

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

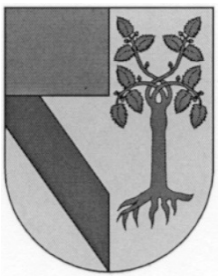
CAMPUS GUADALAJARA

Subsidiariedad, responsabilidad internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Carlos Enrique Arévalo Narváez

Universidad Panamericana
Doctorado en Derecho
Facultad de Derecho

Zapopan, Jalisco; a los 9 de junio de 2026



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

Subsidiariedad, responsabilidad internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Carlos Enrique Arévalo Narváez

Tesis presentada para optar al grado de Doctor en Derecho con reconocimiento de validez oficial de estudios otorgado por la Secretaría de Educación Pública, conforme al acuerdo número 20101202, de fecha 9 de junio de 2026

Zapopan, Jalisco; a los 9 de junio de 2026

Agradecimientos

Como ocurre con toda obra nacida del trabajo intelectual, hay una cierta injusticia histórica en que las portadas y carátulas de las tesis doctorales se reduzcan a llevar únicamente el nombre de sus autores, sin referencia adicional alguna. En realidad, deberían ir acompañadas de una frase más justa: "con la ayuda de Dios y de muchos que jamás dejaron de creer". Porque fueron todos ellos —los aquí mencionados y también aquellos que, por desgracia, mala memoria o simple descuido, hayan quedado omitidos— quienes iluminaron los senderos, muchas veces oscuros, de este largo, exigente y, sin duda, fecundo camino. Si esta tesis lleva mi nombre, la posibilidad de haberla terminado lleva el de todos ustedes.

En este proceso doctoral, como en la vida, he tenido la fortuna de contar con grandes mentores, quienes me acompañaron con su amistad, consejo, ejemplo y generosidad hasta la culminación de este manuscrito. A los profesores Álvaro Mendoza, María Carmelina Londoño y Juan Fernando Córdoba; al Padre Jorge Mario Jaramillo y a Rodrigo Prieto, gracias por su mentoría y por ser una inagotable fuente de inspiración.

Un capítulo especial merece la deuda de gratitud que tengo con mi director, el profesor Pedro Pallares Yabur. Con generoso acompañamiento, supo guiar la pluma de este trabajo; retar el ego y la cabeza para ir más allá de lo esperado; aportar sensatez práctica cuando la ilusión quiso arar más de lo que era posible cosechar; y animar el corazón cuando el objetivo parecía inalcanzable. Hoy, además de un director y un gran colega de quien nunca dejaré de aprender, he ganado un entrañable amigo, capaz incluso de decirme aquellas cosas que yo no quería oír.

A mi casa de estudios, la Universidad de La Sabana en Colombia, a la que debo todo lo que soy profesionalmente. A su rector, Rolando Roncancio Rachid, quien me enseñó a gerenciar el proceso doctoral como un proyecto más, y a todos los miembros de la Comisión de Asuntos Generales, que hoy celebran conmigo este logro. A mis colegas de la Facultad de Estudios Jurídicos, Políticos e Internacionales, en especial a los profesores Juana Acosta, Fabio Pulido Ortiz, Vicente Benítez, Carlos Bernal Pulido, Alejandro Aponte, Luisa María Lozano y Julián

Rodríguez Plata, gracias por su apoyo, sus sugerencias y su compañía intelectual. Y cómo no agradecer a mis estudiantes, si son ellos la motivación por la que trabajo intensamente para ser merecedor de la dignidad que implica estar frente a ustedes en un aula y, aunque sea de manera discreta, convertirme en una nota al pie del maravilloso proyecto de vida que están construyendo, centrado en el rigor intelectual y en el servicio a los demás.

Otro capítulo especial de estos agradecimientos lo merece la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, a la que hoy también considero mi casa. Bajo la dirección de la doctora Isabel Álvarez y en el programa doctoral del doctor Edmundo Romero, su contribución para alcanzar este objetivo ha sido conmovedoramente ejemplar. Mi paso por Guadalajara me deja un grupo de grandes amigos y colegas con quienes tuve el privilegio de compartir mis estudios. A Vinicio Rodríguez Printzen, al magistrado José Ramón Jiménez, a Mónica Lara y a Laura Sableck, gracias por las discusiones, las jornadas de estudio, los aportes a mi investigación y por haberme hecho enamorar de una ciudad extraordinaria.

Nada de esto habría sido posible sin el apoyo de mi familia. El doctorado es, en realidad, un proyecto familiar: exige comprensión, solidaridad, paciencia y sacrificio. Gracias a mis padres y hermanos, a quienes, aunque todavía no les puedo explicar bien de qué trata esta tesis, siempre actuaron como si me entendieran y jamás dejaron de tenerme presente en sus oraciones. A Emilia y María Paz, quienes, con su afán de venir a conocer la ciudad de Pedro, me motivaron también a terminar. Espero, hijas mías, que nunca olviden que el título más grande que tengo lo tengo gracias a su existencia.

A Margarita, la evidencia más clara que tengo del cariño que Dios me tiene; motor y centro de mi vida, sin quien nada de esto habría sido posible ni tendría sentido. Su apoyo permanente en cada paso del camino convirtió este proyecto en una realidad. Su contribución a estas páginas está presente desde la portada hasta la bibliografía, desde la selección del problema de investigación hasta la defensa doctoral, de manera tangible e intangible, como sólo puede hacerlo la persona que más admiro en este mundo. Gracias.

Finalmente, más que un agradecimiento, ofrezco una sincera disculpa a todos aquellos a quienes durante años evité, esquivé o miré con prevención por hacerme la indeseable pregunta: "¿cómo va la tesis?". Hoy, por fin, gracias a la Providencia y a todos los antes mencionados, puedo darles una respuesta asertiva.

Índice

Introducción **1**

1.1 Introducción al problema 1

1.2 Contexto, estado de la cuestión y justificación 2

1.3 Problema, preguntas, hipótesis y objetivos 3

1.4 Marco conceptual, metodología y delimitaciones 4

1.5 Los cinco grandes aportes innovadores de la tesis 8

1.6 Estructura del trabajo 10

Capítulo 1 La naturaleza del principio de subsidiariedad y la doctrina del límite a la discrecionalidad del juez en su aplicación **12**

1.1 El principio de subsidiariedad como una norma secundaria 14

1.2 El principio de subsidiariedad como una norma de competencia 23

1.2.1 La visión positivista de las normas de competencia de Hans Kelsen 25

1.2.2 La concepción permisivista de las normas de competencia de Von Wright 28

1.2.3 Las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia 31

1.2.4 A manera de corolario: el principio de subsidiariedad como norma de competencia y condición de validez 41

1.3 La subsidiariedad como principio: un análisis desde la teoría jurídica **47**

1.4 Conclusión **54**

Capítulo 2 La evolución del concepto de principio general en el derecho internacional y su impacto en la subsidiariedad **59**

2.1 Los orígenes de la idea de principios en el derecho de gentes y las referencias embrionarias del concepto de subsidiariedad como principio del derecho de las naciones **60**

2.2 La evolución del concepto de principio general del derecho como fuente del derecho internacional: el aparente abandono del derecho natural por el positivismo del Siglo XIX **73**

2.3 Los principios generales del derecho en el derecho internacional moderno: la formalización a través de los estatutos de las cortes internacionales **94**

2.4 Conclusión **117**

Capítulo 3 La subsidiariedad como un principio general en el derecho internacional de hoy **124**

3.1 El concepto de principio y su carácter general en el derecho internacional **125**

3.2 ¿Es la subsidiariedad un principio general del derecho? **139**

3.2.1 La subsidiariedad como una idée universalle de droit 141

3.2.2 El pedigree de la subsidiariedad en los sistemas jurídicos nacionales 146
3.2.3 La transposición del principio de subsidiariedad al sistema jurídico internacional 171
3.3 Conclusión **226**
Capítulo 4 El principio de subsidiariedad en el derecho internacional 233
4.1 Origen, concepto y alcance del principio de subsidiariedad **233**
4.2 El principio de subsidiariedad en el derecho internacional general y comparado **240**
4.2.1 La subsidiariedad como principio estructural de un modelo de gobernanza global en un sistema jurídico multinivel 241
4.2.2 Ejemplos de la aplicación del principio de subsidiariedad en el derecho internacional y comparado 247
4.3 Conclusión **268**
Capítulo 5 El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos 271
5.1 La dimensión sustancial del principio de subsidiariedad en materia de derechos humanos **272**
5.2 El margen de apreciación del tribunal europeo y los retos frente a la subsidiariedad en el sistema interamericano **278**
5.2.1 Origen del concepto de margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH 279
5.2.2 Evolución y consolidación del concepto del margen de apreciación 282
5.2.3 Tratamiento del concepto de margen de apreciación en el SIDH 294
5.2.4 Escenarios en que es fundamental la implementación del margen de apreciación para la defensa de DDHH en contextos específicos 301
5.3 La dimensión procesal del principio de subsidiariedad en materia de derechos humanos **304**
5.3.1 El agotamiento de los recursos internos 304
5.3.2 La doctrina de la “cuarta instancia” 312
5.4 Conclusión **318**
Capítulo 6 Las reglas de responsabilidad internacional de los estados como unaherramienta armonizadora entre el derecho internacional general y el régimen propio de los derechos humanos 322
6.1 La fragmentación del derecho internacional y la función armonizadora **323**
6.2 El régimen especial de los derechos humanos y la responsabilidad internacional de los estados **327**

6.3 El régimen de responsabilidad internacional de los Estados bajo los lentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – entre la armonización y la fragmentación **.....334**

6.3.1 El Hecho internacionalmente ilícito según los artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos (ARSIWA) 335

6.3.2 La violación de la obligación internacional a la luz de la Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos.....336

6.3.3 Las reglas generales de atribución contenidas en los artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos (ARSIWA) 338

6.3.4 La atribución de conducta al estado a la luz del Artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos 339

6.3.5 Las etapas de la jurisprudencia interamericana en relación con los estándares de atribución contenidos en ARSIWA.....342

6.3.6 Invocación de la Responsabilidad Internacional del Estado: Diferencias entre ARSIWA y la Jurisprudencia Interamericana 354

6.4 Conclusión**.....358**

Capítulo 7 El principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R: ¿qué hacer a nivel internacional si el estado reconoce la violación, cesa la conducta violatoria y repara adecuadamente?.....362

7.1 Continuidad del deber de cumplir con la obligación internacional y su relación con el reconocimiento de un hecho internacionalmente ilícito: la primer R del modelo R-C-R. **.....367**

7.1.1 El origen de la continuidad del deber de cumplir con la obligación en derecho internacional general 367

7.1.2 Desarrollo y alcance en el derecho internacional general de la continuidad del deber de cumplir con la obligación vulnerada.....369

7.1.3 El reconocimiento de responsabilidad en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos y su relación con el deber de continuar con el cumplimiento de la obligación transgredida 370

7.2 Cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho internacionalmente ilícito: la C en el modelo R-C-R**.....372**

7.2.1 El origen del deber de cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho ilícito en derecho internacional general 372

7.2.2 Desarrollo y alcance en el derecho internacional general de la cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho ilícito 379

7.2.3 La cesación de un hecho internacionalmente ilícito en el sistema Interamericano de Derechos Humanos.....385

7.3 La obligación de reparar los daños generados por el hecho internacionalmente ilícito **.....392**

7.3.1 El origen del deber de cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho ilícito en derecho internacional general 392

7.3.2 Desarrollo y alcance en el derecho internacional general de la obligación de reparar los daños generados por un hecho ilícito 397

7.3.3 La obligación de reparar razonablemente los daños generados por un hecho internacionalmente ilícito en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 401

7.4 Las tres objeciones más fuertes contra el modelo R-C-R y su respuesta **404**

7.4.1 Primera objeción: el riesgo de sofisticación del cumplimiento formal 405

7.4.2 Segunda objeción: la función expresiva de la declaración internacional 406

7.4.3 Tercera objeción: la subsidiariedad como teoría para un estado que no existe 407

7.5 Conclusión **409**

Capítulo 8 Test gradual de proporcionalidad para la construcción de sentencias complementarias en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R 414

8.1 La discrecionalidad de los jueces, el rol de los principios y la subsidiariedad en el SIDH: un preludio desde la teoría **415**

8.2 La complementariedad en el principio de subsidiariedad y la justificación para la realización del test propuesto **425**

8.3 Los niveles de graduación del test de proporcionalidad en el modelo R-C-R, con base en los niveles de escrutinio del control judicial a medidas gubernamentales desarrollado por la Corte Suprema de Estados Unidos **433**

8.3.1 Escrutinio estricto 435

8.3.2 Escrutinio intermedio 438

8.3.3 Revisión de Rational Basis 440

8.4. El test de proporcionalidad en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R **442**

8.4.1 Finalidad legítima 445

8.4.2 Que la sentencia complementaria sea idónea para alcanzar el fin perseguido . 446

8.4.3 La sentencia complementaria es necesaria toda vez que no hay otras medidas que garanticen en mejor medida los derechos de las víctimas 447

8.4.4 La sentencia proferida por la Corte IDH en cumplimiento de su función complementaria es proporcional en sentido estricto 448

8.5 Escenarios de aplicación del Modelo R-C-R **450**

8.6 Conclusión **453**

Capítulo 9 La apliación de una responsabilidad permeada por el principio de subsidiariedad al análisis de los casos concrectos: entre la complementariedad y la

ausencia de responsabilidad – el caso de la masacre del barrio la Chinita de Colombia 457

9.1 Sobre los hechos acaecidos en el barrio "La Chinita" (Apartado/Antioquia) y las indebidas judicializaciones en contra de los miembros de la Unión Patriótica (UP) **.....457**

9.2 Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por las indebidas judicializaciones de los militantes y simpatizantes de la UP en el caso La Chinita **.....461**

9.2.1 Efectos del reconocimiento del hecho ilícito en el caso de las indebidas judicializaciones de integrantes de la UP por el caso de La Chinita 462

9.2.2 Efectos de la cesación del hecho internacionalmente ilícito en el caso de las indebidas judicializaciones 466

9.2.3 Efectos de las reparaciones realizadas por el Estado de Colombia frente a los integrantes de la UP por las indebidas judicializaciones en el caso de La Chinita ...471

9.2.4 Sobre las Garantías de No Repetición y criterios de satisfacción en la reparación integral frente a las indebidas judicializaciones de integrantes de la UP por el caso de La Chinita 480

9.3 Corolario: Sistematización de los aprendizajes del Caso de la Masacre del Barrio "La Chinita" en el marco de la aplicación del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva (R-C-R) **.....485**

Capítulo 10 Conclusiones 492

Bibliografía 500

Introducción

1.1 Introducción al problema

En el derecho internacional contemporáneo, y de manera particularmente intensa en el derecho internacional de los derechos humanos, pocas cuestiones resultan tan decisivas como la determinación del lugar que corresponde a la autoridad interna y a la jurisdicción internacional en la garantía de los derechos. El punto de partida del régimen general permanece, desde luego, intacto: todo hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional. Pero esa constatación, por sí sola, no resuelve un problema ulterior, más fino y acaso más exigente, que se vuelve ineludible en sistemas jurídicos multinivel: si el Estado ha reconocido internamente el hecho ilícito, ha hecho cesar la conducta que lo produjo y ha reparado razonablemente sus consecuencias, ¿conserva siempre una justificación jurídica autónoma la declaración internacional de responsabilidad? ¿O debe entenderse, por el contrario, que en determinados supuestos la intervención del plano internacional pierde necesidad como instancia de sustitución y debe reordenarse bajo la lógica de la subsidiariedad?

La cuestión no es menor. De su respuesta depende no solo el alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino también el modo en que se articula la relación entre derecho internacional general, derecho internacional de los derechos humanos y ordenamientos nacionales en escenarios de gobernanza multinivel. Lo que está en juego no es, por tanto, una mera técnica procesal de admisibilidad, ni una fórmula prudencial de autocontención judicial, sino la arquitectura misma de distribución de autoridad en un sistema que se define, a la vez, por la centralidad de la persona, la función coadyuvante o complementaria de la tutela internacional y la condición del Estado como primer garante de los derechos. En esa intersección entre subsidiariedad, responsabilidad y adjudicación internacionales, se sitúa el núcleo de esta tesis.

1.2 Contexto, estado de la cuestión y justificación

El problema se inscribe en una transformación más amplia del derecho internacional. La expansión de tribunales internacionales, la intensificación de los estándares de protección de derechos humanos y la creciente interdependencia entre órdenes jurídicos han desplazado el análisis desde esquemas bilaterales o puramente soberanistas hacia modelos de articulación entre niveles normativos. En este nuevo escenario, la subsidiariedad aparece con creciente frecuencia en la práctica de regímenes regionales, en la teoría de las fuentes y en la discusión sobre los límites legítimos del control internacional. Sin embargo, su tratamiento sigue siendo fragmentario: a menudo se la presenta como regla procesal, criterio de agotamiento de recursos internos, cláusula de deferencia o simple complemento del control de convencionalidad, sin reconstruir sistemáticamente su densidad dogmática ni sus efectos sobre la declaración misma de responsabilidad internacional.

A ello se añade una segunda insuficiencia. Aunque la jurisprudencia interamericana y la práctica de otros regímenes han reconocido que el Estado es el primer garante y que la intervención internacional se justifica cuando el orden interno no ha resuelto adecuadamente la controversia, no existe todavía una elaboración suficientemente estructurada sobre qué debe hacer la Corte Interamericana cuando la respuesta interna sí ha satisfecho, de modo verificable, el contenido material de la responsabilidad derivada del ilícito. El vacío no es solo jurisprudencial, sino también dogmático y metodológico: faltaba una teoría que permitiera conectar la subsidiariedad con las categorías clásicas de la responsabilidad estatal —continuidad del deber de cumplir la obligación violada, cesación y no repetición, y reparación— y, a partir de esa conexión, formular criterios decisorios para la jurisdicción interamericana.

La justificación de esta investigación se mueve, por ello, en varios planos convergentes. Es teórica, porque busca reconstruir el estatuto normativo de la subsidiariedad más allá de sus usos retóricos o parciales. Es dogmática, porque armoniza el régimen general de responsabilidad internacional del Estado con el derecho internacional de los derechos humanos. Es jurisprudencial, porque sistematiza una práctica dispersa de la Corte Interamericana y de otros tribunales en torno a la centralidad del nivel interno. Y es práctica e institucional, porque propone criterios

para evitar una duplicación adjudicataria confirmatoria que, en vez de fortalecer la tutela internacional, podría debilitar el elemento doméstico de los sistemas multinivel que dice proteger.

1.3 Problema, preguntas, hipótesis y objetivos

Desde esa perspectiva, el problema de investigación puede formularse del siguiente modo: determinar si, en un sistema multinivel de protección de derechos humanos, una respuesta interna suficiente, verificable y convencionalmente adecuada del Estado puede desplazar, reducir o transformar la necesidad de una declaración internacional de responsabilidad, y bajo qué criterios la Corte Interamericana conserva, limita o inhibe su intervención. Dicho de otro modo, el problema no consiste en negar la existencia del hecho internacionalmente ilícito, ni en relativizar el régimen general de responsabilidad, sino en establecer cuál es la respuesta jurídicamente correcta del tribunal internacional cuando el ilícito ya ha sido reconocido y atendido en sede interna.

A partir de ello, la investigación se organiza en torno a dos preguntas centrales. La primera interroga si la subsidiariedad puede ser reconocida, en el derecho internacional contemporáneo, como un principio general del derecho internacional y, en caso afirmativo, cuál es su contenido estructural como norma secundaria de competencia, condición de validez y criterio de articulación entre órdenes jurídicos en sistemas multinivel. La segunda pregunta se desplaza hacia el plano decisorio: bajo qué condiciones y estándares, a la luz de la dimensión sustantiva del principio de subsidiariedad y del régimen de responsabilidad internacional del Estado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe abstenerse de declarar la responsabilidad internacional, declarar su ausencia o limitarse a dictar una sentencia complementaria, cuando el Estado ha satisfecho de manera suficiente, verificable y conforme a los estándares interamericanos el contenido material de la responsabilidad derivada del hecho internacionalmente ilícito.

La hipótesis que orienta el trabajo sostiene que la subsidiariedad puede ser reconocida como principio general del derecho internacional y que, en el Sistema Interamericano, su dimensión sustantiva opera como un criterio decisorio que condiciona la exigibilidad de una declaración internacional de responsabilidad. En consecuencia, cuando el Estado, mediante un

control de convencionalidad suficiente y verificable, ha satisfecho de forma razonable el contenido material de esa responsabilidad, la declaración internacional pierde, como regla, justificación jurídica autónoma. Ello no elimina toda intervención internacional en abstracto, pero sí obliga a reordenarla como competencia residual, correctiva o complementaria, cuya justificación debe ser reconstruida con razones adicionales y no presumida mecánicamente a partir del ilícito originario.

En coherencia con ello, el objetivo general de la tesis consiste en demostrar que la subsidiariedad puede ser reconocida como un principio general del derecho internacional y, a partir de ello, construir un principio decisorio de subsidiariedad sustantiva para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, capaz de articular el régimen de responsabilidad internacional del Estado con la lógica de un sistema jurídico multinivel. De este objetivo se desprenden otros más específicos: reconstruir la naturaleza jurídica de la subsidiariedad; examinar su condición de principio general del derecho internacional; articularla con las categorías de la responsabilidad internacional del Estado; identificar los supuestos en que la declaración internacional de responsabilidad pierde necesidad jurídica autónoma; construir un modelo decisorio para la Corte Interamericana; y formular el estándar que delimita la eventual sentencia complementaria.

1.4 Marco conceptual, metodología y delimitaciones

El principio de subsidiariedad en el derecho internacional y de manera especial en materia de derechos humanos, es un concepto complejo, conformado por dos clústeres de normas: unas protectoras de la inmunidad y otras promotoras de la persona, que interactúan y a su vez se materializa a través de dos dimensiones, una dimensión procesal o formal y otra sustancial. Dichas dimensiones se desarrollan a través de tres funciones: (i) una negativa, que busca combatir la centralización de las decisiones en materia de derechos humanos privilegiando el foro doméstico por ser más cercano a la persona; (ii) una positiva, que busca que haya una intervención de los organismos del derecho internacional cuando los Estados actúan arbitrariamente, son reticentes a la protección de los derechos o no tienen las capacidades para brindar el cumplimiento debido a sus obligaciones, y finalmente, una tercera función (iii), centrada en la complementariedad, en la que se articulan con base en el dialogo inter-

institucional e inter-judicial, los dos niveles de una sistema multinivel, el interno y el internacional, para mejor promover, prevenir proteger y garantizar los derechos humanos.

En coherencia con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por ejemplo, ha indicado en casos como Acevedo Jaramillo y otros c. Perú (2006)[1], Amrhein y otros c. Costa Rica (2018)[2], Rosadio Villavicencio c. Perú (2019)[3], Leite, Peres Crispim y otros c. Brasil (2025)[4] y Zapata c. Colombia (2025)[5], que el principio de subsidiariedad —que denomina complementariedad— informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), Sistema que es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados"[6], quienes son los principales garantes de los derechos humanos, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno, antes de tener que responder ante instancias internacionales[7].

---

[1] Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157.

[2] Ver Corte IDH, *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.

[3] Ver Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.

[4] Ver Corte IDH, *Caso Leite, Peres Crispim y otros v. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2025. Serie C No. 561.

[5] Ver Corte IDH, *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025. Serie C No. 569.

[6] Ver Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, ¶ 33; *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, ¶ 66; *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, ¶ 142; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299, ¶ 159; *Caso García Ibarra y otros v. Ecuador.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, ¶ 103; *Caso Duque v. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, ¶ 128; *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, ¶ 92; *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, ¶ 97; Caso Colindres Schonenberg v. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019. Serie C No. 373, ¶ 73; y Caso Rosadio Villavicencio v. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019, Serie C No. 388., ¶ 166; Corte IDH, *Caso Leite, Peres Crispim y otros v. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2025. Serie C No. 561, ¶ 198; *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025. Serie C No. 569, ¶ 214.

[7] Ver Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, ¶ 166, *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Excepciones

Establece la jurisprudencia interamericana, en casos como Duque o Villamizar Durán y otros contra Colombia, que el Sistema Interamericano tiene dos niveles, uno nacional, conformado por las autoridades internas, y otro internacional, constituido por la Comisión y la Corte, y reconocido a sí mismo como complementario, obligado exclusivamente a actuar si un caso concreto no es solucionado en la esfera interna de cada uno de los Estados[8].

Pero hasta dónde pueden ir las autoridades internacionales en su ejercicio complementario, no solo en materia de Derechos Humanos sino en general. Acaso ese ejercicio complementario es una función absoluta que no tiene límites o, por el contrario, sí los tiene y, en ese caso, cuáles serían esos límites. Parte de lo que se buscará demostrar en el trabajo doctoral, es que no se trata de una función absoluta, pues la subsidiariedad que rige el sistema multinivel la limita. Sin embargo, establecer dichos límites en abstracto resulta imposible, es imperativo atender el caso concreto, dándole un alcance a dicho ejercicio complementario que esté regido por criterios de razonabilidad, que permitan establecer si la actuación internacional es necesaria porque ofrece una mejor alternativa, atiende a la realidad de cada Estado, y constituye una manera más eficiente de alcanzar los fines propios de su ordenamiento y del sistema de protección; por ejemplo, en materia de derechos humanos los fines de respeto y garantía de los derechos y de fortalecimiento del nivel interno, pero sin sustituirlo.

Desde Masacre de Santo Domingo c. Colombia[9], hasta el reciente caso Zapata c. Colombia[10], pasando por sentencias tan importantes como Andrade Salmón c. Bolivia[11], Amhrein y

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C No. 144, ¶ 66, y *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, Serie C No. 354, ¶ 281.

[8] Ver, Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, ¶ 128, y Caso Villamizar Durán y otros v. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, ¶ 129.

[9] Ver Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259.

[10] Ver Corte IDH, *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025. Serie C No. 569.

[11] Ver Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330.

otros c. Costa Rica[12], Rosadio Villavicencio c. Perú[13], Caso Urrutia Laubreaux c. Chile[14] y Leite, Peres Crispim y otros c. Brasil[15], la Corte ha señalado, qué: "[C]uando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla ante el Tribunal Interamericano para su aprobación o confirmación"[16]. Evidenciando a través de su jurisprudencia que esos casos se presentan cuando los tribunales nacionales: "han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad"[17].

En resumen, el trabajo se apoya en un conjunto de categorías cuya precisión resulta decisiva desde el inicio. La subsidiariedad no será entendida aquí como una simple pauta de deferencia, sino como una norma que ordena el establecimiento, el uso y la ubicación del centro de gravedad de la autoridad en un sistema jurídico multinivel; una norma secundaria de competencia que distribuye poderes, condiciona su validez y, al mismo tiempo, un principio que dota de coherencia y orientación al sistema. En estrecha relación con ello, la responsabilidad internacional del Estado no será tratada como un dato abstracto ni exclusivamente declarativo, sino como una relación jurídica con contenido específico, compuesta por deberes de continuidad del cumplimiento, cesación, no repetición y reparación. El control de convencionalidad, la complementariedad, el margen de apreciación, la cuarta instancia y la sentencia complementaria serán leídos, a su vez, como expresiones parciales de una misma problemática de articulación entre niveles normativos.

La metodología utilizada responde a la complejidad de ese objeto. La tesis combina, en primer lugar, un **análisis documental sistemático** de fuentes normativas, doctrinales y

[12] Ver Corte IDH, *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354.
[13] Ver Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388.
[14] Cfr. *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409.
[15] Ver Corte IDH, *Caso Leite, Peres Crispim y otros V. Brasil.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2025. Serie C No. 561.
[16] Ver Corte IDH, *Caso Zapata v. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025. Serie C No. 569., ¶ 214.
[17] *Ibíd.,* ¶ 215.

jurisprudenciales, tanto del derecho internacional general como del derecho internacional de los derechos humanos. En segundo lugar, desarrolla una **reconstrucción histórico-doctrinal y jurisprudencial** de la categoría de principio general del derecho internacional y de las raíces conceptuales de la subsidiariedad, desde la tradición del derecho de gentes hasta su cristalización en regímenes contemporáneos. En tercer lugar, acude al **derecho comparado**, entendido aquí como comparación funcional entre ordenamientos y regímenes —especialmente entre el sistema europeo y el interamericano, pero también mediante el análisis constitucional de diversas jurisdicciones nacionales— para mostrar la densidad normativa transversal del principio. En cuarto lugar, emplea el **estudio de caso**, con el objetivo de poner a prueba en un caso real los elementos del proceso decisorio desarrollado lo largo del escrito y derivar conclusiones relevantes de viabilidad. A ello se suma una aproximación conscientemente **iusfilosófica y de teoría del derecho**, así como una dimensión **reconstructiva y propositiva**, indispensable para pasar del análisis conceptual a la formulación de un principio decisorio y de un test de proporcionalidad aplicable a la sentencia complementaria.

Las delimitaciones del trabajo deben ser igualmente claras. El foco principal recae en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, en particular, en la Corte Interamericana. La tesis dialoga con otros regímenes internacionales y con otros ordenamientos constitucionales, pero no pretende agotarlos. Tampoco busca negar el régimen general de responsabilidad internacional del Estado, sino articularlo con el principio de subsidiariedad en escenarios de gobernanza multinivel. Su objeto no es toda forma de subsidiariedad, sino la **subsidiariedad sustantiva aplicada a la decisión internacional sobre responsabilidad** y a la delimitación del ejercicio coadyuvante de la jurisdicción interamericana.

1.5 Los cinco grandes aportes innovadores de la tesis

La originalidad de esta investigación puede resumirse en cinco aportes principales al derecho internacional.

El **primero** consiste en la reconstrucción de la subsidiariedad como **principio general del derecho internacional**, y no solo como criterio procesal, pauta de deferencia o cláusula de

complementariedad. La tesis demuestra que la subsidiariedad posee densidad normativa suficiente para ser tratada como fuente y principio estructural del sistema, capaz de articular soberanía, cooperación, eficiencia y dignidad humana sin absolutizar ninguno de esos elementos.

El **segundo** aporte reside en la conceptualización de la subsidiariedad como **norma secundaria, norma de competencia y condición de validez** en sistemas jurídicos multinivel. Con ello, la tesis desplaza la discusión desde el lenguaje prudencial o político hacia una teoría jurídica más precisa, capaz de explicar cómo la subsidiariedad distribuye autoridad, condiciona el ejercicio de las potestades internacionales y disciplina la pertenencia y validez de los actos jurisdiccionales.

El **tercero** aporte es la **articulación dogmática entre subsidiariedad y contenido material de la responsabilidad internacional del Estado**. La tesis muestra que la subsidiariedad no solo se expresa en reglas de admisibilidad o agotamiento de recursos internos, sino también en la determinación de cuándo la continuidad del cumplimiento de la obligación violada, la cesación con garantías de no repetición y la reparación razonable hacen perder necesidad jurídica autónoma a la declaración internacional de responsabilidad.

El **cuarto** aporte consiste en la formulación del **principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R**, mediante el cual se articulan reconocimiento, cesación y reparación como clústeres normativos capaces de orientar la respuesta correcta de la Corte Interamericana cuando el Estado ha restablecido suficientemente el orden convencional quebrantado. A partir de ese modelo, la tesis propone tres alternativas decisorias: inadmisibilidad por carencia de objeto o categoría funcional equivalente, declaración de ausencia de responsabilidad y sentencia complementaria.

El **quinto** aporte es la construcción de un **test gradual de proporcionalidad** para delimitar la sentencia complementaria. Su rasgo especialmente innovador no reside solo en el uso de un escrutinio graduado, sino en desplazar el objeto del examen: lo que se pondera ya no es la conducta estatal originaria, sino la decisión potencial de la Corte Interamericana de intervenir adicionalmente pese a que el Estado ha avanzado en el cumplimiento del modelo R-C-R. Con

ello, la tesis ofrece un criterio para limitar jurídicamente la complementariedad y evitar que ella se convierta en duplicidad adjudicataria innecesaria.

1.6 Estructura del trabajo

La tesis se desarrolla de manera progresiva y acumulativa. Los primeros capítulos reconstruyen la naturaleza jurídica de la subsidiariedad y elaboran el andamiaje teórico necesario para comprenderla como norma secundaria, norma de competencia, condición de validez y principio jurídico. Sobre esa base, la investigación se desplaza luego hacia la evolución del concepto de principio general del derecho internacional y hacia la demostración histórico-doctrinal y comparada de que la subsidiariedad puede ser reconocida como uno de esos principios. Con ese presupuesto dogmático ya justificado, los capítulos siguientes examinan el alcance del principio en el derecho internacional general, en el derecho internacional de los derechos humanos y, de manera especial, en la relación entre el sistema europeo y el interamericano.

En una etapa posterior, la tesis articula esa reconstrucción con el régimen de responsabilidad internacional del Estado y muestra que las categorías clásicas de reconocimiento, cesación, no repetición y reparación pueden y deben ser leídas bajo la lógica de la subsidiariedad sustantiva. Ese desarrollo desemboca en la formulación del principio decisorio R-C-R y en la identificación de las tres alternativas de decisión disponibles para la Corte Interamericana cuando el orden interno ha satisfecho, con grado suficiente de certeza, el contenido material de la responsabilidad derivada del ilícito. Finalmente, el último tramo del trabajo construye el test gradual de proporcionalidad que debe regir la eventual sentencia complementaria y, con ello, ofrece una propuesta completa para armonizar subsidiariedad, responsabilidad internacional y función adjudicatoria interamericana sin desdibujar la centralidad de la persona ni vaciar de sentido el papel primario del Estado como garante.

Lo que el recorrido entero busca demostrar, en suma, es que la mejor defensa de la tutela internacional de los derechos humanos no exige una jurisdicción de sustitución permanente, sino una teoría jurídica capaz de determinar con precisión cuándo el nivel internacional debe actuar como garantía última y cuándo, por el contrario, debe reconocer que el orden

convencional ha sido suficientemente restablecido en sede interna. La subsidiariedad aparece así, no como una concesión táctica a la soberanía, sino como el principio que permite ejercer autoridad sin convertirla en dominación, y controlar sin anular el espacio primario de decisión que corresponde a la esfera doméstica en un orden jurídico internacional crecientemente plural.

Capítulo 1

La naturaleza del principio de subsidiariedad y la doctrina del límite a la discrecionalidad del juez en su aplicación

El propósito de esta primera parte, con un decidido enforque más teórico —iusfilosófico si se quiere— es elevar la comprensión que el derecho internacional, el derecho internacional de los derechos humanos y el sistema interamericano tiene de aquella institución que llamamos 'principio de subsidiariedad' cuestionándonos sobre sus razones últimas y los elementos que consideramos necesarios para entenderlos mejor. Parafraseando a Berlín, buscamos no solo limitarnos a estudio empírico del principio de subsidiariedad, ni al examen crítico de lo que ha existido, existe o existirá (tarea a la que pretendemos dedicarnos en los capítulos que siguen), no solo a tener como objeto de estudio los elementos de la experiencia derivada de la aplicación de dicho principio, sino a las formas en que se contemplan, las categorías permanentes o semipermanentes en términos de las cuales se concibe y clasifica dicha experiencia. Se trata de ordenar las categorías teóricas que nos permitirán comprender mejor la institución jurídica y de esa forma, hacernos competentes para aplicarla mejor, en todas sus dimensiones. Obligarnos a entender —nos motiva el filósofo anglo-ruso— las tensiones naturales que subyacen entre la aplicación y su concepto, "[f]inalidad versus causalidad mecánica; organismo versus meras amalgamas; sistemas versus mera unión; orden espaciotemporal versus Ser intemporal; deber versus apetito; valor versus hecho (…) categorías, modelos, perspectivas" [18].

Se pondrá el foco en la estructura lógica del principio de subsidiariedad como norma, en particular en el aparato más conceptual, "para que sea objeto de un análisis (…) más detallado que el que se realiza en el seno de la propia ciencia jurídica"[19]; un análisis propio de la

[18] Berlin, Isaiah. *Concepts and Categories: Philosophical Essays.* 2nd ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2013, 11: "Its subject matter is to a large degree not the items of experience, but the ways in which they are viewed, the permanent or semi-permanent categories in terms of which experience is conceived and classified. Purpose versus mechanical causality; organism versus mere amalgams; systems versus mere togetherness; spatio-temporal order versus timeless being; duty versus appetite; value versus fact – these are categories, models, spectacles".

[19] Ross, Alf. *On Law and Justice.* Editado por Jacob v. Holtermann. Traducción de Uta Brindreiter. Oxford: University Press, Oxford 2019, 33. Para Ross, la ciencia jurídica (entendiendo "ciencia" —como aclara Holtermann en su introducción a la traducción de 2019— en el sentido amplio del término danés *videnskab* que incluye todas las disciplinas académicas y no sólo las ciencias exactas como en el caso del término 'science') es un concepto que integra dos áreas inescindibles: (i) el estudio doctrinal del derecho o ciencia jurídica en un sentido acotado, que se

aproximación filosófica de la epistemología del saber jurídico. En ese sentido, como ejercicio filosófico, no se limitará a una deducción derivada de los principios básicos de la razón que revelen una realidad superior hasta antes desconocida. El objeto del uso de la filosofía en este ejercicio de comprensión conceptual coincide con el de la filosofía del derecho, que no corresponde propiamente al derecho, ni a una parte o aspecto concreto de él, sino a la ciencia jurídica como un todo y en sentido amplio. Implica que desde la filosofía del derecho nos pondremos un escalón más arriba de la ciencia jurídica (del derecho) y de fenómenos como el de la subsidiariedad; para mirarlos, analizarlos y comprenderlos desde ese lugar preferencial[20]. Con las discusiones que surgirán en el marco de esta sección, como diría Von Wright[21], pretendemos construir un andamiaje conceptual que sea capaz de dar cuenta de nuestras intuiciones teóricas para dotar de sentido filosófico nuestra propuesta de principio decisorio.

La hipótesis de la que parte esta investigación es que la subsidiariedad en el Derecho Internacional, y de manera particular en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está constituido ontológicamente por una serie compleja de normas secundarias de competencia, que incluye lo que Hart llamaría reglas de cambio y adjudicación[22]; norma a la que Dworkin le añadiría el calificativo de principio. Es decir, que podemos afirmar que se trata de un principio secundario y complejo de competencia que hace parte de un sofisticado ordenamiento jurídico multinivel compuesto por las esferas internacional y doméstica que interactúan permanentemente entre sí.

Para iniciar este análisis, debemos tomar como punto de partida una definición de principio de subsidiariedad en el derecho internacional, que podrá evolucionar a lo largo de este trabajo. Se trata de una norma que ordena el establecimiento, el uso y la ubicación del centro de gravedad de la autoridad en un sistema jurídico multinivel (compuesto por el derecho internacional y el nacional), mediante una presunción a favor de la instancia primaria —ordinariamente

---

enfoca en el estudio descriptivo de las normas, es decir su enfoque es normativo, y (ii) la sociología del derecho, dirigida a la manera como el derecho trabaja en el mundo real.

[20] *Ibíd.,* 32–33.

[21] Von Wright, George H. *The Varieties of Goodness*. London Routledge & Keagan Paul New York: The Humanities Press, London, 1963, 4–6.

[22] Hart, H. L. A. El *Concepto de Derecho.* Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Aberledo-Perrot, 1998, 125–126.

el Estado o la autoridad más próxima y capaz— para prevenir, decidir, reparar o perseguir las cuestiones comprendidas en su esfera de actuación, sin que esa primacía equivalga a una inmunidad absoluta, pues queda jurídicamente desplazada cuando dicha instancia no puede, no quiere o no logra proteger de manera suficiente los derechos de la persona, evitar la impunidad, salvaguardar bienes comunes o gestionar externalidades que desbordan el ámbito local. Así comprendida, la subsidiariedad no niega la soberanía, sino que la reordena como autoridad primaria presumida dentro de una lógica de deferencia, complementariedad, supervisión y eventual sustitución, y opera por ello como articulador de las relaciones entre órdenes jurídicos, distribuyendo competencias y contribuyendo así a la coherencia de un derecho internacional plural, fragmentado y crecientemente interdependiente.

A continuación, entraremos a explicar cada uno de los elementos que componen la conceptualización normativa del principio de subsidiariedad, tal y como ha sido definido, desarrollando las razones por las cuales creemos que es una norma secundaria, de competencia, que es condición de validez para el accionar de los tribunales regionales (en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y que se trata de un principio de derecho.

1.1 El principio de subsidiariedad como una norma secundaria

La teoría jurídica de Hart, que tiene como punto focal la distinción e intrínseca relación en los ordenamientos jurídicos modernos entre normas primarias y secundarias, parte de la crítica a un modelo de ordenamiento jurídico centrado en la sanción, los mandatos de un soberano y la obediencia de sus súbditos. Los principales expositores de ese —denominado por Hart— "modelo simple de derecho como órdenes coercitivas que fallan en reproducir los rasgos destacados de un sistema jurídico"[23], son los positivistas John Austin y Hans Kelsen.

Austin, recoge su teoría acerca de la naturaleza del derecho en su libro *The Province of Jurisprudence Determined* de 1861, que reúne los contenidos de las diez sesiones de clase de su curso en Jurisprudencia en *University of London* que terminaron por ser condensados en los seis

[23] Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd Editado por Penelope Bulloch, and Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2012, 79.

capítulos en los que está dividida su obra. En resumen, de acuerdo con Austin, la esencia de un derecho imperativo y propio son las "órdenes", lo que él denomina "*commands*", que implican como fundamento principal de existencia una sanción o imposición de obediencia[24]. Para él, el derecho o las reglas son una especie de órdenes.

Una orden, según Austin, es una expresión de deseo de que alguien haga o se abstenga de realizar un acto, acompañado por la consecuencia de un mal (*evil*) sobreviniente como consecuencia del no cumplimiento con la orden dada. En ese sentido, Austin define orden o *command* en esencia como "una significación de deseo. Pero una orden se distingue de otras significaciones de deseo por esta peculiaridad: que la parte a la que se dirige está expuesta al mal [*evil*] de la otra, en caso de que no cumpla con el deseo"[25] Dicho mal o perjuicio que puede sobrevenir en caso de que una orden sea desobedecida o de manera análoga en caso de que un deber sea infringido, es lo que Austin denomina sanción o imposición de la obediencia. En otras palabras, se dice que la orden o el deber serán ejecutados (impuestos) o acarrearán una sanción como consecuencia de la posibilidad de que un perjuicio sea causado a quien no la cumple. La forma más frecuente de esa sanción siendo el castigo (*punishment*)[26].

Finalmente, para Austin el derecho, no importa de que fuente provenga, para ser derecho propiamente dicho, debe ser establecido por un soberano o un cuerpo soberano de personas a un miembro o miembros de una sociedad política independiente en estado de sujeción a su autor que tiene el carácter de superior político[27]. La interacción entre los integrantes de la sociedad política y el soberano, que fundamentan el derecho, tiene dos notas características: "1. El grueso de la sociedad tiene el hábito de obediencia o sumisión a un superior determinado y común; sea ese superior común una persona determinada, o un cuerpo o conjunto de personas determinadas. 2. Ese cierto individuo, o ese cierto cuerpo de individuos, no tiene el hábito de obediencia a un superior humano determinado"[28].

---

[24] Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 2nd ed. London: John Edward Taylor, 1861, xli.
[25] I*bíd.,* 6.
[26] *Ibíd.*
[27] Para ilustrar este punto, en su obra Austin utiliza una cita del Leviatán de Hobbes: "el legislador no es aquel por cuya autoridad se hicieron inicialmente las leyes, sino aquel por cuya autoridad dicha ley continúa siéndolo".
[28] Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 2nd ed. London: John Edward Taylor, 1861, 170.

En resumen, según Austin el derecho equivale a ordenes o mandatos emitidos por un poder soberano, que no responde a nadie más y que a su vez son cumplidos por los miembros de una sociedad por el temor que tienen frente a la amenaza y eventual probabilidad de que se les imponga una sanción, que equivale a un perjuicio si no llegasen a hacerlo.

Hans Kelsen en su Teoría Pura del Derecho, retoma las banderas del positivismo de Austin. Para él, el Derecho es un conjunto de normas, un orden social normativo que regula la conducta mutua de los hombres. Se diferencia de otros órdenes sociales (como por ejemplo la moral) en el carácter coercitivo que tiene el Derecho[29]. Como para Austin, también para Kelsen los mencionados actos coercitivos "establecidos por el Derecho como reacciones contra una determinada conducta humana reciben el nombre de sanciones. (…) || La conducta, que constituye la condición o supuesto para la sanción (…) no es, (…) una negación del Derecho, sino una condición necesaria a la sanción"[30], estando ambas (condición y sanción) determinadas por el Derecho. Sin embargo, para Kelsen el derecho no se reduce a mandatos respaldados por amenazas, como si lo era para Austin, para él una norma jurídica sin sanción es una norma incompleta, aunque el derecho no se reduzca solamente a la sanción o a la coerción.

En definitiva, para Kelsen el fundamento del Derecho está en la noción de validez derivada de la norma hipotética fundamental. De ahí se deriva la idea de deber jurídico, que para él supone la existencia de una sanción (aunque la sanción no es suficiente para que exista un deber jurídico). En ese sentido, si un hombre está obligado a comportarse de cierta manera y lo hace de una manera contraria, se le deberá imponer una sanción como una reacción a dicha conducta contraria, dicho de manera más clara: "Si la 'coacción' es un elemento esencial del derecho, entonces las normas que forman un orden jurídico tienen que ser normas que establezcan actos coercitivos, es decir: sanciones"[31]. La obligación que tiene una persona, es correspondiente al derecho que tiene otro, por eso para Kelsen, al describir la obligación implícitamente se describe el derecho. En ese sentido, cuando alguien infringe su obligación en

[29] Ver Kelsen, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho.* Traducción de Emilio O. Rabasa. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1960, 21.
[30] *Ibíd,* 22–23.
[31] Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado,* México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, 52.

perjuicio de otro, la ley le confiere al afectado el poder jurídico de iniciar un procedimiento judicial que conduzca a una decisión que tendrá la forma de norma individual, será entonces y solo entonces que el afectado tendrá el derecho en el sentido estricto de la palabra. De acuerdo con Kelsen, "[e]ste poder jurídico es el mismo tipo que el poder jurídico conferido por la Constitución a un individuo o grupo de individuos para crear normas jurídicas generales, como es el caso del Poder Legislativo"[32]. No obstante, lo anterior, bajo esta teoría positivista del derecho centrada en el carácter normativo de la coerción, los únicos actos coercitivos no son aquellos que existen como reacción a la conducta de un individuo que actúa en contra de otro u otros, sino que también existen actos coercitivos en contra de hechos distintos que sean considerados por la autoridad jurídica como perjudiciales para la sociedad[33].

Como lo hace Hart y expondremos más adelante, Kelsen también realiza una distinción entre normas primarias y secundarias, pero con alcance muy distinto al dado por Hart si bien mantiene coherencia con su teoría del derecho. En la tesis de Kelsen, la norma secundaria es aquella que tiende a lograr que un individuo observe la conducta debida, y la norma primaria una según la cual un segundo individuo debe ejecutar una sanción en caso de ser violada la primera norma. La norma secundaria sería superflua toda vez que sólo sería válida si la norma primaria le otorga una sanción a su incumplimiento, por eso para Kelsen, si la norma secundaria llegase a existir, estaría subsumida en la primaria, considerada por él la única norma jurídica genuina. Así, la norma que prescribe la omisión del acto antijurídico (secundaria) es dependiente de la norma sancionadora (primaria)[34].

Hart sintetiza en los siguientes términos, las características de lo que él denomina un *modelo simple de derecho de órdenes coercitivas* con el fin de elaborar una crítica que le permitirá plantear su teoría jurídica basada en la existencia de normas primarias y secundarias, diferentes pero interrelacionadas en el ordenamiento jurídico:

---

[32] Kelsen, Hans. *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Emilio O. Rabasa. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, 24–25.
[33] *Ibíd.,* 28.
[34] Kelsen, Hans. Teoría general del derecho y del Estado. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, 71. En el mismo sentido, ver De Páramo, Juan Ramón. *H. L. A. Hart y la teoría del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984; y Pulido-Ortiz, Fabio. *El derecho y sus normas: estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis; Universidad de La Sabana, 2022.

> "(…) [D]ondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si, de acuerdo con Austin, llamamos "soberano" a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente: las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél"[35].

La crítica de Hart a un modelo normativo del derecho basado en la coerción se puede concretar en dos aspectos principales, por lo menos en lo que corresponde a los efectos y alcance de nuestro análisis. En primer lugar, frente al soberano "habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica"[36], para Hart la figura del soberano con las características antes descritas "no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa"[37] propia de un sistema jurídico moderno, ya que la persona o cuerpo de personas soberanas no puede ser identificada con el electorado o el poder legislativo de un Estado moderno[38]. Adicionalmente, no es cierto que el soberano carezca de límites en un Estado moderno, pues las sanciones también les aplican a ellos y no simplemente a otros[39].

---

[35] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 32.
[36] *Ibíd.,* 100.
[37] *Ibíd.*
[38] *Ibíd.*
[39] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 99. Joseph Raz también presenta una crítica en ese sentido sobre profesión de normas por parte del soberano y el carácter mismo del soberano. Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. Traducción de Rolando Tamayo y Salmorán. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986, 58: "Es verdad que todas las disposiciones jurídicas de un legislador supremo pertenecen al mismo sistema jurídico, pero ellas pueden no constituir todo el sistema. Puede haber algunas otras disposiciones jurídicas de un legislador supremo diferente que pertenezcan al mismo sistema; los dos legisladores supremos, conjuntamente, no son sino un solo soberano. Pero ¿cómo puede sostenerse? Austin presumiblemente replicaría que sí, y sólo sí, un legislador supremo es jurídicamente ilimitado, entonces él es el soberano, de otra manera sería sólo una parte de un soberano. Pero entonces ¿cómo va uno a saber si la reglas que pretenden limitar a un legislador supremo son reglas jurídicas o meramente parte de la moral positiva? El único criterio, dado por Austin es que depende de si él es un soberano. De esta forma, el argumento es circular".

En segundo lugar, en los sistemas jurídicos modernos existen una gran variedad de normas distintas a las planteadas por el modelo de órdenes coercitivas, no todas las normas implican un mandato de hacer o no hacer, por ejemplo, las normas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar; ni todas las normas son expresión del deseo de alguien; ni todas las normas son legislativas, por ejemplo, la costumbre[40].

Reconociendo la complejidad de los ordenamientos jurídicos modernos, Hart plantea una distinción entre dos tipos de normas, diferentes pero relacionadas entre sí: (i) las normas primarias, también llamadas por él básicas, que imponen deberes, es decir, prescriben que las personas, queriéndolo o no, hagan u omitan ciertas acciones que implican movimiento o cambios físicos; y las (ii) normas secundarias, que confieren potestades, públicas o privadas, dependen de las primarias, a la luz de estas normas lo seres humanos pueden, "haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación"[41]. Son normas que crean o modifican deberes u obligaciones[42].

Reconoce, que pueden existir sociedades básicas, comunidades primitivas, cuya estructura social esté conformada exclusivamente por normas primarias de obligación y obtengan un buen resultado viviendo bajo un régimen de reglas no oficiales. Pero salvo por el caso de sociedades pequeñas, unidas con lazos de parentesco, sentimientos comunes y creencias, y que esté ubicada en un entorno estable, las demás comunidades tendrá un control social defectuoso, identificando tres problemas para esa sociedad: (i) el defecto de la falta de certeza, generado porque no hay un sentido sistémico en las normas, toda vez que no existen procedimientos o autoridades que puedan determinar su alcance, contenido, relación o aplicación; (ii) el defecto del carácter estático de las reglas, que se presentaría porque la sociedad primitiva no tendría manera de modificar las reglar o incorporar nuevas a su ordenamiento; y (iii) el defecto de la ineficiencia, generada por la difusa presión social por hacer cumplir las reglas, que surgirá como

[40] *Ibíd.* Ver De Páramo, Juan Ramón. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, 187–209.
[41] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 101.
[42] *Ibíd.*

consecuencia de las discusiones interminables que surgirán acerca de si una norma fue violada o no, debido la ausencia de un órgano central con la competencia para dirimir esas discusiones de manera definitiva, así como la magnitud de la sanción correspondiente a la violación. Sin una regla que otorgue esa competencia, todo quedaría sometido a la arbitrariedad subjetiva de los integrantes de la sociedad[43].

Como remedio a los mencionados defectos de una sociedad estructurada exclusivamente bajo normas primarias, Hart propone complementar esas reglas de obligación con reglas secundarias de un tipo distinto, que permitan dar un paso del mundo prejurídico al jurídico gracias a que ellas pueden verificar, introducir, eliminar y modificar dichas normas primarias así como conceder las competencias centralizadas para determinar su violación y consecuencia; transformando un régimen básico en un verdadero sistema jurídico, y estableciendo que el derecho debe ser caracterizado de la manera más iluminadora como una unión de reglas primarias de obligación y secundarias[44].

Para lograrlo, el teórico del derecho identifica tres tipos de reglas secundarias existentes en los sistemas jurídicos contemporáneos, cada una de ellas ordenada a atender cada uno de los mencionados defectos. De esta manera, frente a la falta de certeza, el remedio será la introducción de una "regla de reconocimiento", que en los sistemas jurídicos desarrollados tiene una naturaleza compleja, estableciendo las distintas características y criterios de identificación de las reglas primarias con el orden normativo al que pertenecen. Con respecto al segundo defecto del carácter estático de las reglas, Hart propone como remedio introducir las "reglas de cambio", que corresponden a aquellas que facultan a un individuo o a un grupo de personas a introducir nuevas normas primarias que regulen la cotidianidad de la sociedad o de alguna clase dentro de ella, y la manera como antiguas reglas pueden ser eliminadas. Finalmente, como tercer remedio al defecto de la ineficiencia, se complemente el régimen simple con las "reglas de adjudicación", que consiste en normas secundarias que facultan individuos para que resuelvan de forma autorizada si en un caso concreto una norma primara ha sido violada[45].

---

[43] *Ibíd.,* 114–116.
[44] Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd ed. Editado por Penelope Bulloch y Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2012, 94.
[45] *Ibíd.,* 94–97.

En cuanto al principio de subsidiariedad en el contexto bajo estudio, consideramos que se trata indiscutiblemente de una forma de norma de naturaleza secundaria —de acuerdo con la bifurcación del derecho entre normas primarias y secundarias realizada por Hart— porque la principal preocupación del principio de subsidiariedad no son las acciones individuales que involucran movimiento físico o cambios (como lo es en las normas primarias), sino que está interesado en la concesión de poderes o potestades (*powers*) que pueden crear o modificar deberes y obligaciones. En ese sentido, como la norma secundaria que es, centra su foco de interés no en los sujetos y sus acciones, sino en otras normas, concretamente en las primarias[46]. Si se quiere, correspondería a lo que Guastini denominaría "meta-norma", "normas de segundo grado" o una norma de normas[47], porque es un principio que permite identificar otras reglas o principios como aquellas que definen prioridades procesales o las que permiten realizar interpretaciones a nivel sustancial. Se trata de un principio que especifica la manera como otras normas primarias del ordenamiento "pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible"[48], por ejemplo, en el Sistema Interamericano las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos y la de adecuar el ordenamiento interno a los estándares regionales de protección.

Como ejemplo de lo anterior, en el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, se han reconocido tres poderes o potestades concretas (entre muchas otras) derivadas del principio de subsidiariedad y el carácter coadyuvante o complementario que él le imprime a dicho Sistema. Por un lado, y tal vez en su sentido más básico, el principio de subsidiariedad impone un límite a la jurisdicción internacional al reconocer que cada uno de los Estados nacionales es "el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales"[49], es decir

[46] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 117.
[47] Guastini, Riccardo. "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme". En *Analisi e diritto 1992: ricerche di giurisprudenza analitica*, editado por Paolo Comanducci y Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli, 1992, 193.
[48] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 117.
[49] Ver Corte IDH, *Caso Yangali Iparraguirre v. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo de 2024. Serie C No. 518. Voto Disidente de la Jueza Nancy Hernández López, ¶ 10. *Caso Andrade Salmón V. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, ¶ 93. Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, ¶ 137.

que si los Estados resuelven y reparan adecuadamente a nivel interno un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos, los órganos del Sistema no tendrían un fundamento para ejercer su potestad de intervención.

Por otra parte, y muy relacionado con el límite descrito en el párrafo anterior, la jurisprudencia de la Corte IDH ha resaltado que "en virtud de la naturaleza complementaria o subsidiaria de la jurisdicción internacional, las autoridades estatales deben realizar un control de convencionalidad de forma tal que 'la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos'"[50].

De igual forma, la Corte IDH también ha reconocido en su jurisprudencia y reiterado en fallos recientes, que en virtud de su competencia coadyuvante y complementaria derivada del principio de subsidiariedad, tiene la potestad o poder de examinar los procedimientos internos de investigación en casos de naturaleza penal, con el fin de determinar fallas en la debida diligencia ejercida por los Estados en el marco de los mismos, que puedan haber afectado la investigación en su conjunto como consecuencia de acciones u omisiones que indebidamente impidan obtener y presentar pruebas pertinentes para esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que correspondan[51].

En la medida en que se trata de una norma de normas que contribuye a la identificación de otras disposiciones primarias, poderes o potestades, el principio de subsidiariedad, en la tipología de normas secundarias de Hart, estaría conformado por reglas de adjudicación y reglas

[50] Ver Corte IDH, *Caso Vega González y otros v. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C No. 519. Voto Disidente y Parcialmente Disidente del Juez Humberto Antonio Sierra Porto, ¶ 47. *Caso Andrade Salmón v. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, ¶ 93.

[51] Ver Corte IDH, *Caso Asociación Civil Memoria Activa V. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de enero de 2024. Serie C No. 516, ¶ 152. *Caso Bedoya Lima y otra V. Colombia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, ¶ 128. *Caso Díaz Loreto y otros v. Venezuela.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019. Serie C No. 392, ¶ 103. *Caso Arrom Suhurt y otros V. Paraguay.* Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019. Serie C No. 377, ¶ 143. *Caso Yarce y otras v. Colombia.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2016. Serie C No. 325, ¶ 282. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217, ¶ 172. *Caso de los "Niños de la Calle"* (*Villagrán Morales y otros v. Guatemala).* Fondo, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, ¶ 222.

de cambio además de otros elementos que desarrollaremos más adelante. La subsidiariedad permite, por ejemplo, adjudicar si corresponderá al juez internacional o al nacional atender la violación a los derechos humanos, o si, por el contrario, dicha violación ya fue atendida y remediada en la esfera interna con tal apego a los estándares internacionales que no cabría realizar ningún ejercicio adicional o complementario por parte de la autoridad transnacional. Así mismo, también permitiría identificar que, ante la falta de mecanismos, herramientas jurídicas o voluntad política de los Estados a nivel local, es a la esfera internacional a la que le corresponderá intervenir y hasta donde podrá o deberá ir dicha intervención. Igualmente, bajo su amparo también —tal y como mostramos en los casos ilustrados en párrafos anteriores— se podrán modificar decisiones judiciales internas, creando una nueva normatividad con impacto a nivel nacional e internacional.

En conclusión, el principio de subsidiariedad en el contexto bajo estudio, tiene naturaleza de norma secundaria, compuesta por distintas normas que Hart clasificaría en concreto como reglas de adjudicación y reglas de cambio.

1.2 El principio de subsidiariedad como una norma de competencia

Una de las principales características que tiene el derecho, entendido por Kelsen como un orden dinámico, es que "(…) regula su propia creación" [52]. Es decir, establece la manera (a través de procedimientos, normas o instituciones) como se da origen a nuevos o se eliminan antiguos elementos del ordenamiento que generan consecuencias jurídicas. Por esa razón, la validez de las normas que pertenecen a un sistema jurídico determinado está sometida a una permanente iteración normativa de adición de nuevas normas y eliminación de otras antiguas. Son las normas jurídicas de ese mismo ordenamiento las que determinan las condiciones y procedimientos que deben ser cumplidos para llevar a cabo ese proceso iterativo. Las normas de competencia, o normas que confieren poderes, establecen las condiciones de quién, cuándo y cómo se pueden producir o eliminar normas pertenecientes al conjunto jurídico válido. Por esa razón, si se quiere establecer si una norma concreta de ese conjunto es válida, necesariamente tendremos que

[52] Kelsen, Hans. "The Law as a Specific Social Technique". *University of Chicago Law Review* 9, no. 1 (1941): 87.

determinar si la autoridad que la profirió estaba autorizada para hacerlo. Acción de verificación que sólo podrá ser cumplida observando la norma de competencia correspondiente[53].

Según Føllesdal, al principio de subsidiariedad, le concierne la manera de *establecer*, *ubicar* y *usar* la autoridad. Con una presunción refutable hacia la unidad más local, es decir, hacia la autoridad más próxima[54]. Esa definición de subsidiariedad resulta útil, no solo, como veremos a lo largo de esta sección, para justificar porqué precisamente al ser un principio estructural que establece, ubica y brinda elementos para usar la autoridad, la subsidiariedad es un tipo de norma que constituye a un sujeto específico (una autoridad si se quiere) en el sujeto competente para llevar a cabo cierto acto jurídico sobre una materia dada[55], como será expuesto a la luz de distintos autores y corrientes que explican el concepto de normas de competencia y su alcance.

De igual forma esa definición es coherente con aquello que en el derecho internacional de los derechos humanos se ha afirmado sobre el alcance de este principio. Por ejemplo, en el caso de la CEDH, esta ha considerado que la tarea fundamental de garantizar el respeto por los derechos desarrollados en la Convención Europea reposa, primero y de manera principal, en las autoridades de los Estados contratantes más que en la misma Corte. La Corte solo puede y debe intervenir cuando las autoridades domésticas fallan en el cumplimiento de sus funciones[56]. En el mismo sentido, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia, como ha sido ampliamente discutido a lo largo de este trabajo en capítulos anteriores, que:

> "La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el

[53] Ver Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 1.
[54] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 1.
[55] Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 147 y ss.
[56] European Court of Human Rights. *Interlaken Follow-up: Principle of Subsidiarity*. Nota del Jurisconsulto. 8 de julio de 2010, 2. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_interlaken_follow-up_eng

> Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos""[57].

El principio de subsidiariedad es entonces una norma de asignación de la competencia en el nivel interno o internacional del sistema multinivel de protección de la persona humana.

1.2.1 La visión positivista de las normas de competencia de Hans Kelsen

Como resalta Bulygin, Hans Kelsen fue el primer teórico del derecho en llamar la atención sobre el uso de dos conceptos, que aparentemente tenían conceptualizaciones distintas, pero que en realidad resultan ser muy similares: (i) competencia, utilizado principalmente en el ámbito del derecho público, y (ii) capacidad, aplicado en la esfera del derecho privado[58].

Seguramente, motivado por eso, en la segunda edición de su Teoría Pura del Derecho, Bulygin continúa destacando la referencia que hace el académico austriaco a cuatro términos que, en su opinión, se refieren al mismo concepto o por lo menos están íntimamente emparentados ya que cuentan con una norma que los autoriza como fundamento común (*ernächtigt* es el término exacto usado por Kelsen):

---

[57] Ver Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. ¶ 142. Ver Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú.* Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157. ¶ 66.

[58] Bulygin, Eugenio. "Sobre las normas de competencia". En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Madrid: Trotta, 2021, 503.

> "1) Competencia (*Zuständigkeit*) que es el poder para crear normas jurídicas. Los casos típicos son los de un tribunal, el parlamento o el poder ejecutivo. || 2) Poder jurídico (*Rechtsmacht*) es la participación de los sujetos jurídicos en la creación de las normas jurídicas (generales o individuales). Los típicos ejemplos son los derechos subjetivos, que pueden ser privados (participación en la creación de las normas individuales) o políticos (participación en la creación de las normas generales). || 3) Capacidad (*Handlungsfähigkeit*) es la competencia para crear normas jurídicas que obligan a las personas que las crean o para producir ciertas consecuencias o efectos jurídicos mediante determinados actos. Típicos para esta categoría son los contratos, testamentos, etc. Esto es lo que la doctrina alemana llama *Geschäftsfähigkeit* que incluye la competencia para realizar actos procesales (*Prozeßfähigkeit*) y para cumplir sus propios deberes jurídicos (*Fähigkeit Rechtspfiichte zu erfüllen*). || 4) Imputabilidad (*Deliktsfähigkeit*) es la capacidad o competencia para cometer delitos y otros actos antijurídicos"[59].

Como vimos en secciones anteriores de este capítulo, para Kelsen el derecho es un orden coactivo que tiene como función *normar*, entendiendo esa acción como el establecimiento del acto coactivo como debido, acto que es una conducta humana[60]. Por esa razón, en la teoría kelseniana la función del orden jurídico a la que denomina "facultamiento" está referida exclusivamente a la conducta humana, pues "[s]ólo la conducta humana es facultada, autorizada, por el orden jurídico"[61]. El orden jurídico faculta al individuo, no solo cuando concede el poder jurídico, es decir, la capacidad de producir normas, sino también cundo la conducta del individuo es condición directa o indirecta del acto coercitivo establecido como debido, o la misma conducta del individuo constituye el acto coercitivo como tal[62].

Para Kelsen, la conducta humana regulada por una norma jurídica está conformada por dos elementos que determinan esa conducta como una condición o una consecuencia jurídica:

---

[59] *Ibíd.,* 503–504.
[60] Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2a ed. Traducción de Roberto J. Vernengo. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, 157.
[61] *Ibíd.*
[62] Cfr. *Ibíd.*

un elemento material que establece lo que tiene que ser hecho u omitido, y un elemento subjetivo que establece el individuo que tiene que hacer o no hacer. La relación establecida por la norma jurídica entre el elemento subjetivo y material es lo que el teórico del positivismo denomina competencia. En conclusión, que un individuo sea competente para desarrollar una determinada acción, significa que esa acción coincide con las cualidades de condición o consecuencia jurídica solamente en la medida en que sea realizada por ese individuo[63].

Aunque pareciera que Kelsen realiza una caracterización clara de la existencia de normas de competencia en los ordenamientos jurídicos, el fundamento central en la coerción y la sanción que tiene su teoría le impide poder identificar que ese tipo de normas tienen una naturaleza independiente de las normas que determinan la conducta humana a través de la coerción. Para él, la esencia del derecho es que una norma jurídica sólo puede pertenecer a un ordenamiento jurídico si ha nacido de una manera determinada, lo que deberá a su vez ser establecido por otra norma superior de ese mismo ordenamiento, y así sucesivamente hasta llegar a la norma fundamental[64]. Por eso, podrán existir normas que limiten o eliminen completamente la validez de otras, pero esas normas a las que Kelsen llama derogatorias, "son normas no independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyan actos coactivos"[65]. Tampoco serían independientes para él, las normas que otorgan a un individuo poder jurídico, es decir la facultad de producir normas jurídicas, "[p]uesto que sólo determinan una de las condiciones a las cuales, una norma independiente, enlaza el acto coactivo"[66].

En la teoría positivista de Kelsen, ni siquiera las normas de rango constitucional que autorizan la producción de normas generales, regular la organización y procedimientos legislativos y establecen las normas procesales que autorizan a los tribunales producir con sus

[63]Ver Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Traducción de Anders Wedberg. Cambridge: Harvard University Press, 1949, 90–91; Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2a ed. Traducción de Roberto J. Vernengo. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, 157–161.
[64] Ver Kelsen, Hans. "The Law as a Specific Social Technique". *University of Chicago Law Review* 9, no. 1 (1941): 87 y ss.
[65] Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2a ed. Traducción de Roberto J. Vernengo. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, 68.
[66] *Ibíd.*

decisiones normas individuales, esas normas serían dependientes toda vez que "sólo determinan las condiciones bajo las cuales se han de llevar a cabo las sanciones (…)"[67].

En conclusión, coincido con la caracterización hecha por Jordi Ferrer Beltrán sobre el carácter que les da Kelsen a las normas de competencia como parte de una norma jurídica, aunque no como norma jurídica en pleno. Si la condición definitoria de las normas jurídicas, como hemos reiterado a lo largo de esta sección, es que determinen conductas humanas a través de la imposición de sanciones, las normas de competencia no pueden ser consideradas normas jurídicas pues no imponen sanciones, serían una parte no independiente de éstas últimas, la parte que reúne todos aquellos elementos necesarios para justificar la validez de la norma jurídica completa[68].

1.2.2 La concepción permisivista de las normas de competencia de von Wright

George Henrik von Wright, es uno de los filósofos del derecho más reconocidos por sus aportes a la teoría normativa y concretamente a la postura permisivista de la conceptualización de las normas de competencia, de la cual es su principal expositor.

Aunque von Wright aclara que identificar plenamente el concepto de "normativo" con el de "prescriptivo" y de "norma" con "prescripción" sería demasiado restrictivo[69], sí hace una distinción entre las leyes de la naturaleza, que considera ser descriptivas, en la medida en que describen regularidades que el hombre cree haber descubierto en el curso de la naturaleza; y las leyes del estado que considera ser prescriptivas, porque establecen reglamentos con la finalidad de influenciar la conducta e intercambios humanos, generando que cuando se desobedecen esas leyes la autoridad que los respalda trata de corregir esa conducta, incluso llegando a cambiar en ocasiones las leyes[70].

---

[67] *Ibíd.,* 69.
[68] Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 22.
[69] Ver von Wright, Georg H. *Norma y acción: una investigación lógica*. Traducción de Pedro García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970, 23.
[70] *Ibíd.,* 22.

George von Wright entiende que el contenido de una norma es "aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse. El contenido de una prescripción en particular es, en consecuencia, la cosa prescrita (mandada, permitida, prohibida)"[71]. Las prescripciones se generan, vienen a existir o se cancelan a través de un modo peculiar de la acción humana, que cuando tiene como resultado particular la existencia o derogación de dichas prescripciones, recibe el nombre de *acción normativa*[72]. El agente que emite esa prescripción se denomina *autoridad*, encargada de ordenar, permitir o prohibir a determinados sujetos hacer determinadas cosas en determinadas ocasiones[73]. En otras palabras, según la teoría de von Wright, el contenido esencial de las normas son las prescripciones que existen como resultado de un proceso de promulgación denominado *acción normativa*, realizado por un agente facultado para ese fin al que llamamos *autoridad*.

Von Wright denomina normas de primer orden, a aquellas normas que tienen como contenido actos NO normativos. En oposición, llamará normas de segundo orden a aquellas cuyo contenido sea el acto de dar o cancelar determinadas normas de primero orden; normas de tercer orden a las que dicten o deroguen normas de segundo orden; y de manera análoga, normas de cuarto, quinto, enésimo orden[74]. En la medida en que, como vimos en el párrafo anterior, los actos normativos corresponden a aquellos de dar o cancelar prescripciones, las normas de segundo orden en adelante recibirán el nombre de normas de orden superior. En otras palabras, por normas de orden superior se entenderán normas cuyos contenidos son actos normativos[75], es decir, las normas que regulan la actividad normativa.

El filósofo finlandés denomina *normas de competencia* a ese tipo específico de normas permisivas de orden superior que le entrega el poder a una autoridad normativa para que ésta pueda crear o cancelar nuevas normas de determinado contenido o incluso delegar ese poder en

---

[71] *Ibíd.,* 88.
[72] *Ibíd.,* 91–92, 131 y 196.
[73] *Ibíd.,* 91.
[74] *Ibíd.,* 197.
[75] *Ibíd.,* 196. En el mismo sentido, ver Bulygin, Eugenio. "Sobre las normas de competencia". En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Madrid: Trotta, 2021, 506: "Von Wright llama *normas de primer orden* a las normas, cuyo contenido no son actos normativos, esto es, actos de dictar o derogar una norma, sino otros tipos de actos. Una norma cuyo contenido es un acto normativo, es una norma de segundo orden."

otro[76]. Von Wirght entiende poder como competencia. Ese poder o competencia delegado a la autoridad inferior por la autoridad superior, tiene límites normalmente fijados por prohibiciones. Esto quiero decir, según el filósofo finlandés, que "[l]a autoridad puede dar normas de una determinada especie, pero no debe emitir normas de otras determinadas especies. Puede argüirse que las normas, cuya emisión no le está expresamente permitida a la autoridad, le está prohibido de hecho emitirlas"[77].Sin embargo, dicha prohibición no puede deducirse del permiso otorgado a la autoridad, sino que corresponderá a una norma por derecho propio[78]

En conclusión, de acuerdo con von Wright las normas de competencia son normas permisivas que conceden derechos a la autoridad a la que se dirige, quien sólo estará autorizada para expedir o cancelar normas de determinada especie, y, que si sobrepasa ese límite tornará la norma proferida como inválida o nula, así:

> "Podríamos refinar nuestra definición de validez de tal forma que decir que una norma es válida significara que la autoridad que la emite tiene un permiso equivalente a un derecho de emitir la norma. La competencia normativa o poder significaría entonces permisos en el sentido más fuerte de derechos de ejecutar determinados actos normativos. Tales definiciones de las nociones de competencia y validez darían a la noción de sistema normativo la coherencia de un *corpus*. Pienso que esta reforma de nuestras definiciones es procedente. Los permisos de orden superior, de los que hemos estado hablando aquí, deberían considerarse como derechos"[79].

Hasta este momento hemos visto las posturas de Kelsen y von Wright sobre la naturaleza, conceptualización y alcance de las normas de competencia. Ambas, ejemplifican las corrientes clasificadas en la doctrina como reduccionistas, Kelsen con una posición centrada en mandatos y von Wright en los permisos. Sin embargo, Bulygin concluye que estos "dos intentos

---

[76] Ver von Wright, Georg H. *Norma y acción: una investigación lógica*. Traducción de Pedro García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970, 198 y ss.
[77] *Ibíd.,* 199.
[78] *Ibíd.*
[79] *Ibíd.,* 210.

de reducir las normas de competencia a mandatos o permisiones no logran dar cuenta del aspecto más característico de tales normas"[80]. Pasaremos a ver posiciones más abiertas como las Achourrón y Bulygin, Hart, Ross y finalmente Ferrer Beltrán.

1.2.3 Las normas de competencia como reglas constitutivas de la competencia

Aunque hay una evolución en la teoría de las normas de competencia en la obra de Achourrón y Bulygin, pasando de una visión más permisivista a una de normas de definiciones esenciales de los sistemas normativos, lo cierto es que, en un principio, para Alchourrón y Bulygin, las normas de competencias son permisos, de una manera muy similar a como veíamos que lo planteaba von Wright.

La teoría normativa de Alchourrón y Bulygin parte de distinguir las reglas conceptuales de las normas de conducta, y de la necesidad de no confundir las dos. Para los autores argentinos, las reglas conceptuales son definiciones recursivas, que se limitan a regular el uso de un concepto (o de un término), que no prohíben ni permiten nada, pero que pueden ser útiles para establecer si un enunciado es válido o no. Un ejemplo de reglas conceptuales, son las reglas de admisión o las de rechazo que definen de manera conjunta la noción de enunciado de derecho válido[81].

En contraste, las normas de conducta son aquellas que establecen que una conducta es obligatoria, prohibida o permitida. Para Alchourrón y Bulygin, inicialmente, las normas de competencia "son (una clase especial de) normas permisivas; son normas de conducta que permiten crear nuevas normas"[82]. Ahora bien, los criterios de identificación que utilizan los juristas para seleccionar enunciados de derecho que por ser válidos pueden integrar la base de un sistema jurídico, es decir, que definen la noción de enunciado válido y por eso son normas conceptuales, están comprendidos en dos clases de reglas: las de admisión y de rechazo. Esas

---

[80] Bulygin, Eugenio. "Sobre las normas de competencia". En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Madrid: Trotta, 2021, 507.
[81] Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987, 119.
[82] *Ibíd.,* 120.

dos normas hacen, a menudo, referencia a las normas de competencia, pero no por eso, resaltaban en un primer momento vehementemente los filósofos del derecho argentinos, pueden ser confundidas las normas de competencia y los criterios de identificación[83].

No obstante lo anterior, hay ejemplos dados por Alchourrón y Bulygin, de reglas de admisión que establecen la legislación como fuente de enunciados válidos y hacen una directa referencia a las normas de competencia: "Si existe un enunciado válido que autoriza (permite) a una autoridad normativa X formular el enunciado P, y X ha formulado P, entonces P es válido"[84], es un ejemplo de una regla que "hace expresa referencia a las normas de competencia (normas que autorizan a formular enunciados válidos); para establecer la validez de un enunciado es necesario, por consiguiente, conocer el contenido de ciertas normas de competencia"[85]. Evidenciando así la estrecha relación existente entre las normas de competencia y los criterios de validez.

Hasta aquí, pareciera que Alchourrón y Bulygin tienen una postura concurrente a la de von Wright frente a las normas de competencia, concebir dichas normas como permisos o autorizaciones, pero su principal y diferenciador aporte vendrá como consecuencia de la comprensión que ellos tienen del sistema jurídico y concretamente del foco de atención que ponen en la función jurisdiccional que adelantan los jueces. Para los autores argentinos,

> "La centralización de la función jurisdiccional en manos de funcionarios especializados da lugar a la existencia de dos sistemas normativos paralelos, pero interdependientes: el sistema de normas que regula la conducta de los sujetos del derecho, que llamaremos *sistema primario o sistema del súbdito,* y el sistema de normas que regula las conductas de los jueces y demás órganos jurisdiccionales, que llamaremos *sistema secundario o sistema del juez*"[86].

---

[83] *Ibíd.*
[84] *Ibíd.*
[85] *Ibíd.,* 120–121.
[86] *Ibíd.,* 205.

A su vez, el sistema del juez está conformado por dos tipos de normas: (i) las normas de competencia, constitutivas de la función judicial, que establecen en qué condiciones los jueces pueden juzgar y qué cuestiones pueden resolver[87]; y (ii) las normas de obligación, que establecen obligaciones y prohibiciones para los jueces y tienen por finalidad regular el comportamiento de los jueces en cuanto jueces, es decir, en lo que corresponde al desarrollo de su actividad jurisdiccional[88].

En el marco del *sistema del juez*, definen las normas de competencia como aquellas: "que confieren a los jueces la jurisdicción, es decir, la facultad de juzgar. Tales normas establecen que ciertas personas pueden (son competentes para) entender en ciertos casos y dictar ciertas clases de sentencias, observando determinadas formalidades"[89]. Hasta este punto, ninguna novedad, frente a lo planteado por la postura permisivista, salvo por el enfoque en la función judicial. La novedad que aporta la teoría de Alchourrón y Bulygin estará en que ellos le atribuyen a la norma de competencia una característica adicional a la permisiva, ya no en forma de norma de conducta sino como una norma constitutiva de la autoridad de los jueces, así para ellos:

> "Las normas de competencia son *normas de conducta* para los jueces, si se las concibe como normas permisivas que establecen la permisión de realizar ciertos actos en ciertas circunstancias. Al mismo tiempo, son *constitutivas* de la autoridad judicial; nadie es juez sino en virtud de una norma de competencia y en la medida y con el alcance que esa norma determine. Es que el concepto de juez es habitualmente definido en función de las normas de competencia y, por consiguiente, forman ellas parte del significado del término «juez»"[90].

Jordi Ferrer Beltrán reconoce (aunque afirmando que se debe a un error en el análisis) ese aporte que hacen Alchourrón y Bulygin a la conceptualización de las normas de competencia, para él la tesis de los argentinos es parcialmente distinta a la de von Wright, bajo esta nueva

[87] *Ibíd.,* 219.
[88] *Ibíd.,* 210.
[89] *Ibíd.,* 208.
[90] *Ibíd.,* 208–209.

postura "las normas de competencia son simultáneamente normas permisivas y reglas constitutivas. Permiten la actividad normativa y constituyen a la propia autoridad"[91]

En mi opinión, desde su libro *Normative Systems* de 1971 traducido al español en 1975 como *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Alchourrón y Bulygin no sólo conciben las normas de competencia bajo una teoría mixta según la cual están conformadas por *normas de conducta* y *normas constitutivas*, sino que también dan elementos en su análisis que permiten identificarlas como *normas definitorias,* lo que será más evidente en su texto *Definiciones y Normas* publicado en 1983, y finalmente en el análisis que realizó en *solo* Bulygin en el escrito *On Competence Norms*, presentado en 1988 y publicado en español bajo el título *Sobre las normas de competencia* en 1991. Precisamente en la traducción de 1975, los académicos argentinos establecen que:

> "Es importante distinguir las normas de competencia (permisivas) de las que imponen obligaciones y prohibiciones a los jueces, que también son normas de conducta. **Si definimos el concepto de juez en términos de (o con referencia a) normas de competencia, entonces sólo estas últimas son necesarias para la existencia de los jueces**; en cambio, las normas que establecen obligaciones, incluso la obligación de juzgar, serían meramente contingentes"[92]. (Negrilla fuera del texto original)

Haciendo referencia a la distinción conceptual entre Sanción y Nulidad, en *Definiciones y Norma* Alchourrón y Bulygin profundizan sobre el carácter de *normas definitorias* que tiene las normas de competencia. Según su postura —y haciendo un llamado directo a Hart— no puede haber una violación de una norma permisiva, como lo son las normas de competencia, porque la autoridad que no hace uso del permiso o la potestad no infringe ninguna norma. Por el contrario, esas "(…) reglas que confieren potestades no pueden ser interpretadas como normas permisivas solamente, porque tampoco tiene sentido hablar de nulidad en caso de una norma permisiva. El que no hace uso de la autorización no realiza con eso un acto nulo. En cambio,

---

[91] Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 54.
[92] Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea, 1987, 209.

frente a una definición cabe hablar de nulidad"[93]. Citando a Hart explican como las normas de competencia "definen la jurisdicción de las autoridades del juego"; o "definen lo que hay que hacer para anotarse un tanto" o como posteriormente lo aclarará Bulygin:

> "Las normas de competencia, como las reglas de un juego, no exigen determinadas conductas; no imponen obligaciones o prohibiciones, **sino que definen las formas en que se hacen los contratos, los testamentos o los matrimonios para que estos sean jurídicamente válidos, o las condiciones y los límites dentro de los cuales es válida una decisión de una autoridad jurídica** (un tribunal o la legislatura). Si no cumplimos con estas normas, el resultado no es una sanción o castigo, sino nulidad, porque no se trata aquí de una infracción o delito"[94]. (Negrilla fuera del texto original)

En definitiva, lo que se evidencia en la evolución del análisis de Alchourrón y Bulygin, o por lo menos de manera particular del ruso-argentino Bulygin, es un rechazo por la idea de que las normas de competencia sean equiparables a las normas de conducta que tienen la forma de mandatos, prohibiciones o permisiones, afirmando diáfanamente que para él: "las normas de competencia no pertenecen a esta categoría"[95]. Por el contrario, Bulygin considera que las normas de competencia son reglas conceptuales o constitutivas, ya que las normas que establecen la competencia del legislador, el juez o el funcionario administrativo en su aspecto personal, material y procesal, definen a su vez el concepto de legislador, juez y administrador, y hacen posible la actividad de legislar, juzgar y administrar[96]. Para el jurista ruso-argentino, haciendo referencia a Ross, legislar, juzgar y administrar no son actividades naturales, independientes de reglas preexistentes, sino tipos de conductas que solo son posibles porque existen reglas que establecen qué tipos de conductas son consideradas como actos de legislar, juzgar y administrar, y quién puede realizar tales actos[97].

---

[93] Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin. "Definiciones y normas". En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Madrid: Trotta, 2021, 481.
[94] Bulygin, Eugenio. "Sobre las normas de competencia". En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Madrid: Trotta, 2021, 508.
[95] *Ibíd.,* 511.
[96] *Ibíd.,* 514.
[97] *Ibíd.,* 514–515.

Por su parte, la teoría de Hart se identifica con la tesis de la naturaleza de las normas de competencia como normas definitorias de Bulygin, de hecho, la evolución en la obra de este último (mostrada en párrafos precedentes) se fundamenta tanto en el trabajo del profesor británico como del danés Alf Ross.

Analizando las leyes para la constitución y funcionamiento normal de un tribunal (las que especifican el objeto y contenido de la jurisdicción, el modo de designación, las condiciones para ocupar el cargo, las que determinan cánones de apropiada conducta judicial, etc.), Hart afirma qué:

> "Pocas de ellas parecen ser a primera vista órdenes dadas al juez para que haga o se abstenga de hacer algo; porque si bien no hay razones, por supuesto, para que el derecho, mediante reglas especiales, no prohíba a los jueces, bajo, una pena, excederse en la jurisdicción o decidir un caso en el que tengan interés patrimonial, estas reglas que impondrían tales deberes jurídicos serían adicionales a las que confieren potestades judiciales a los jueces y definen su jurisdicción. **Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas**"[98]. (Negrilla fuera del texto original).

Como fue resaltado por Bulygin, y, desarrollado párrafos atrás, las normas de competencia para Hart son aquellas que, usando su analogía del juego[99], "**definen** la jurisdicción de las autoridades del juego (arbitro, linesmen); (…) **definen** lo que hay que hacer para anotarse un tanto (p. ej.: un gol)"[100]. (Negrilla fuera del texto original). Ferrer Beltrán demuestra cómo "(…) las normas de competencia están encuadradas en la teoría de Hart entre las reglas

[98] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 37.
[99] Como un dato curioso, en la obra original de Hart (The Concept of Law), el autor utilizó un ejemplo muy británico de juego complejo: el Cricket. Buscando hacerlo entendible para el público hispanoparlante y ponerle un acento latinoamericano, Genaro Garrió en la traducción al castellano reemplazó el juego por uno más identificable por todos: el fútbol.
[100] Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, 302.

secundarias de cambio y adjudicación. Todas las reglas de este tipo son normas de competencia, y todas las normas de competencia son reglas de ese tipo"[101].

Ross está de acuerdo con la postura de Bulygin y Hart, negando la naturaleza de las normas de competencia como normas de conducta, cuyo incumplimiento puede ser sancionado. Al respecto estableció:

> "Una norma de competencia determina un procedimiento para establecer directivas jurídicas. La norma de competencia no es en sí misma, en forma inmediata, una directiva: no prescribe un procedimiento como deber. Es una pauta de acción en un sentido diferente de las normas de conducta, porque únicamente indica una pauta que tiene que ser seguida para crear directivas válidas. La norma de competencia no dice que la persona competente está obligada a ejercer su competencia. || Las normas de competencia, por lo tanto, no pueden ser "aplicadas" (maintained) directamente por los tribunales. Solo las normas de conducta pueden ser "aplicadas" directamente. Las normas de competencia solo pueden adquirir significado en forma indirecta en una acción judicial, como presupuestos para decidir si existe o no una norma válida de conducta"[102].

Como se puede observar en el párrafo anterior, para Ross las normas de competencia no pueden ser normas de conducta que generen una obligación de cumplimiento, o acarreen una sanción por no hacerlo. El autor danés entiende las normas de competencia como criterios de validez de las funciones de los tribunales que justifican sus actuaciones. Asimismo, al afirmar que la norma de competencia no establece que la persona competente está obligada a ejercer dicha competencia, es decir puede hacerlo o no sin ninguna consecuencia, convierte la competencia en una facultad. Precisamente en concreto, frente a la naturaleza facultativa o discrecional de la competencia judicial, podríamos utilizar como argumento en contra de lo planteado por Ross uno de los tres principios que Alchourrón considera de particular

[101] Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 76–82.
[102] Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), 1963, 202.

importancia para la concepción del Derecho como un sistema maestro de la sociedad[103]: el principio de inexcusabilidad o *non-liquet*, a la luz del cual los jueces tienen la obligación de resolver todos los casos que les sean sometidos para su juzgamiento en el marco de su competencia[104]. Si el principio de inexcusabilidad es un elemento esencial de la norma de competencia, entonces sí implica que esta tiene un contenido propio de una norma de conducta que puede ser sancionada, por ejemplo, en el caso discutido el juez que no ejerce su competencia debiendo hacerlo iría en contra de su competencia y lo que debe hacer con base en ella.

El principio de inexcusabilidad de los jueces, ha sido recogido en el ordenamiento jurídico mexicano en el artículo 79 del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, en los siguientes términos: "Ninguna autoridad jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación o de las Entidades Federativas pueden negarse a conocer de un asunto, sino por considerar que carece de competencia legal". Por su parte, en el ordenamiento colombiano, la Corte Constitucional ha aclarado que no es preciso pensar que la obligación de los juez de emitir un fallo se deriva de una disposición legal, en concreto, del artículo 48 de la ley 153 de 1887 que reza: "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia", sino como una necesidad ontológica propia de su calidad de juez, "porque ontológicamente el juez es el que falla, y no puede dejar de hacerlo aunque su voluntad se empeñe en lo contrario"[105]. También se puede derivar este deber de fallar de los jueces en el Sistema Interamericano, de lo dispuesto en los artículos 62 y 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de donde se colige que el mandato de la Corte Interamericana es garantizar los derechos contenidos en la Convención, por lo que no puede eludir su deber de resolver controversias, incluso cuando existan lagunas normativas o complejidad en la interpretación de los preceptos normativos aplicables.

---

[103] Ver Alchourrón, Carlos E. "On Law and Logic". *Ratio Juris* 9, no. 4 (diciembre de 1996): 333.
[104] Ver Alchourrón, Carlos E. "On Law and Logic". *Ratio Juris* 9, no. 4 (diciembre de 1996): 333: "Principle of unavoidability": Judges must resolve all the cases submitted to them within the sphere of their competence. || This requirement often appears in positive law in the form of a prohibition against declining to decide a case, and even though each judge is obliged to resolve only the cases within his competence, it is supposed that the competence of all the judges, taken together, is exhaustive. So it is assumed that for each and every possible case there is a judge with competence and the obligation to provide a solution".
[105] Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-083 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, parecería que las normas de competencia de los jueces, aquellas que determinan o constituyen a los jueces y tribunales como autoridades que institucionalmente pueden impartir justicia, incluye el principio de inexcusabilidad. Sin embargo, una postura contraria permitiría establecer que en realidad ese principio corresponde a una norma posterior y distinta a las normas de competencia, que tiene por objeto definir la autoridad judicial, quienes son y qué poderes tienen; las condiciones para proferir los actos normativos que constituyen a las decisiones judiciales y las condiciones de validez para el ejercicio de dichos actos; y en ese sentido, no determinar consecuencias por la falta del ejercicio de la competencia. De no ser así, de estar incluido el principio de inexcusabilidad en las normas de competencia de la autoridad judicial y ser considerado el deber de fallar un elemento ontológico del juez, siempre que un juez o tribunal se abstenga de fallar por el motivo que sea perdería su condición de juez, cuestionando incluso la razón de valides de esa misma decisión, no pudiendo afirmarse que se trata de una autoridad competente en violación de su competencia.

Por lo anterior, las normas de competencia no pueden ser consideradas normas de conducta, no pueden ser sujeto a sanción por su incumplimiento, por el contrario, principios como el de inexcusabilidad de los jueces corresponde a una norma relacionada con la norma de competencia, pero distinta y posterior.

En coherencia con la discusión antes plasmada, Ross también va a coincidir con Bulygin y Hart en considerar que las normas de competencia tienen la naturaleza de normas constitutivas, definidas por Searle como aquellas que no se limitan a regular actividades preexistentes, sino que hacen posible que esas actividades se puedan realizar, lo que Alba Lojo resumiría como aquellas normas que "indican qué debe pasar en el mundo para que se dé la actividad nueva a la que refieren"[106]. Definen la identificación, creación y aplicación de otras normas, no pretenden prescribir las acciones sino constituirlas, hacerlas posibles[107].

---

[106] Lojo, Alba. "Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas". En *Reglas constitutivas y derecho*, editado por Lorena Ramírez-Ludeña y Joseph M. Vilajosana. Madrid: Marcial Pons, 2022, 86.
[107] Ver Searle, John R. *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*. Cambridge: Cambridge University Press, 1969, 33–42; Pulido-Ortíz, Fabio. *El derecho y sus normas: estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis – Universidad de La Sabana, 2022, 129; Schauer, Frederick. "On the Regulative Functions of Constitutive Rules".

Para Ross, el derecho legislado (la principal de las fuentes en el derecho europeo continental o lo que un sentido más genérico podríamos llamar derecho civil, *civil law* o tradición romano-germánica) es producto de una acción específica de ciertos seres humanos, lo que presupone la existencia de normas de competencia que establecen las condiciones bajo las cuales esa acción puede tener lugar[108]. De igual forma, las normas de competencia dotan de autoridad las normas de derecho legislado, ya que "**definen las condiciones** bajo las cuales la sanción tendrá fuerza de ley"[109]. (Negrilla fuera del texto original).

Esas condiciones que emanan de las normas de competencia, afirma Ross, pueden ser divididas en dos tipos (inicialmente veremos que después pasa a tres): (i) las condiciones formales de competencia, que definen los pasos del procedimiento para la sanción de una norma, incluyendo la identificación de las personas calificadas para participar en cada uno de esos pasos; y (ii) las condiciones materiales de la competencia, que definen el objeto o contenido de la norma que puede ser sancionada siguiendo el procedimiento establecido[110]. Es resumen, afirma el jurista danés, "una norma sancionada tiene fuerza legal si ha sido dictada por una autoridad que ha seguido el procedimiento regular y ha obrado dentro de su competencia material"[111].

Más adelante en su obra *Directives and Norms*, publicada en inglés en 1968 y traducida al castellano por José S.P. Hierro en 1971 como *Lógica de las normas*, afirmó que las normas de competencia corresponden a aquellas que enuncian las condiciones y establecen la capacidad jurídica para "crear normas jurídicas (o efectos jurídicos) por medio de y de acuerdo con enunciados al efecto. La Competencia es un caso especial del poder. El poder existe cuando una persona es capaz de producir, por medio de sus actos, los efectos jurídicos deseados"[112]. Las condiciones necesarias para el ejercicio de dicha capacidad, continúa Ross:

En *Revisiting Searle on Deriving "Ought" from "Is"*, editado por Paolo Di Lucia y Edoardo Fittipaldi. Cham: Palgrave Macmillan, 2021, 107–119.

[108] Ver Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Traducción de Genaro Carrió. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), 1963, 77.

[109] *Ibíd.*

[110] *Ibíd.,* 77–78.

[111] *Ibíd.,* 78.

[112] Ross, Alf. *Lógica de las normas*. Traducción de José S. P. Hierro. Madrid: Tecnos, 1971, 123.

> "[S]e dividen usualmente en tres grupos: (1) las que prescriben qué persona (o personas) está cualificada para realizar el acto creador de la norma (competencia personal); (2) las que prescriben el procedimiento a seguir (competencia de procedimiento); y (3) las que prescriben el alcance posible de la norma creada con relación a su sujeto, situación y tema (competencia material)"[113].

1.2.4 A manera de corolario: el principio de subsidiariedad como norma de competencia y condición de validez

En su obra *Las Normas de Competencia- Un aspecto de la dinámica jurídica*, Ferrer-Beltrán busca realizar una propuesta sintética acerca de la conceptualización de las normas de competencia, que no sea reduccionista, sino que tenga un alcance sistémico que evidencie la interrelación que existe entre este tipo de normas y conceptos como competencia, existencia, validez y nulidad de las normas y de los actos jurídicos, sanción, aplicabilidad de las normas, criterio de identificación del orden jurídico, entre otros; con el fin de establecer a las normas de competencia como la piedra angular que permite entender los complejos ordenamientos jurídicos vigentes.

Para Ferrer-Beltrán, como para Ross, Bulygin y Pulido-Ortiz, las normas de competencia son normas constitutivas, ya que "constituyen" la capacidad institucional de producir un determinado acto jurídico. En ese sentido afirma Ferrer-Beltrán que, "[l]as normas de competencia constituyen al sujeto de las mismas en competente para realizar un determinado acto jurídico sobre una materia dada. Ello significa que el sujeto adquiere la propiedad disposicional institucional de "ser competente" a partir de la entrada en vigor de la norma de competencia"[114]. Pero, para el autor español, las normas de competencia no son solamente definiciones de la autoridad competente, porque de serlo sería una definición parcial de esa institución. Las normas de competencia para él no agotan la extensión de las reglas constitutivas, sino que es un tipo de norma

---

[113] *Ibíd.*
[114] Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 147.

constitutiva particular que se diferencia de las otras por su objeto particular: la propiedad de "ser competente"[115].

Sin embargo, esa propiedad de ser competente dentro de las normas de competencia, solo tiene por objeto indicar quien es el sujeto con capacidad para producir ciertos actos jurídicos concretos, para que dichos actos sean realizados de manera efectiva, dependerá del cumplimiento de ciertas normas de competencia[116]. Llevado a nuestro plano del principio de subsidiariedad, esto implica que con base en dicho principio se establece o constituye cuando es competente el juez internacional, pero por ejemplo en el caso de la Corte IDH, se deberán seguir otras normas procesales como por ejemplo el agotamiento previo de los recursos internos en la esfera nacional. Incluso, al mismo nivel de la propiedad de ser competente, podrá haber otro tipo de normas procesales que deberán ser tenidas en cuenta para el desarrollo eficaz de la tarea para la que se es competente, como lo son aquellas que establecen condiciones de actualización de la competencia, como puede ser, por ejemplo, en el caso de la CEDH, la doctrina del margen de apreciación.

Por esa razón, para la tesis de Ferrer-Beltrán será esencial el concepto de "disposiciones de competencia, definidas como aquellas oraciones que expresan al menos una norma de competencia, pero que adicionalmente pueden expresar simultáneamente otras normas del mismo nivel, como una norma permisiva del usos de la competencia, o, por ejemplo, una regla de incompetencia, normas de conducta que establezcan condiciones para el uso de la competencia o reglas que expresen las condiciones de actualización de la competencia. Al rechazar la idea de que las normas de competencia como normas constitutivas están en un nivel superior —metalingüístico si se quiere— frente a las normas de conducta o las permisivas, Ferrer-Beltrán reconoce el carácter sistémico de los ordenamientos jurídicos, creando la viabilidad para la interrelación lógica entre los distintos enunciados que pueden existir en una norma de competencia expresados todos al mismo tiempo en una disposición de competencia. Para permitir esas relaciones, repetirá en numerosas ocasiones en su obra, es necesario que los diversos enunciados jurídicos estén al mismo nivel lingüístico[117].

---

[115] *Ibíd.,* 153.
[116] *Ibíd.,* 154.
[117] *Ibíd.,* 147–166.

El principio de subsidiariedad, como hemos visto a lo largo de este trabajo, es una norma de competencia expresada en distintas disposiciones que contienen, no solo normas constitutivas de la propiedad de ser competente, sino simultáneamente otras reglas procesales y sustanciales. En su sentido más general, dispone la manera como se establece, asigna y usa la autoridad[118], que inicia —en el Sistema Interamericano— por otorgar la propiedad de ser competente a los jueces nacionales para conocer de un hecho violatorio de los derechos humanos, en su calidad de principal garante los mismos, pero que, al mismo tiempo, establece también que en aquellos casos en donde los jueces nacionales no cumplan o ejecuten adecuadamente esa competencia, los jueces internacionales se harán competentes. Es decir, que observamos como en el marco del SIDH, en una misma norma de competencias se otorgan dos propiedades de ser competentes de manera secuencial, no simultánea, o si se quiere, una norma de competencia y una de incompetencia[119], una para la esfera nacional y otra para la internacional o viceversa. En otras palabras, se plantea la norma de competencia como una disposición con competencia negativa de la forma: el juez internacional *I* es competente para *X* en el sistema *S* si, y solo si, el juez nacional *J* no investigó, juzgó, sancionó correctamente la violación a los derechos humanos *D*.

El principio de subsidiariedad en materia de derechos humanos como norma de competencia, también tiene una relación directa con normas de conducta que establecen condiciones claras que deberán ser cumplidas por la esfera nacional del ejercicio jurisdiccional para que no se active la jurisdicción internacional: “cuando han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configuró”[120]. Si el Estado cumple ante una violación a los derechos humanos en su jurisdicción con estos preceptos, no se activa la propiedad competencial del juez internacional.

---

[118] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 1.
[119] Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, 161–162; Hernández-Marín, Rafael. “Autoridad-competencia”. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón-Valdés y Francisco Laporta. Madrid: Trotta, 2000, 118–119.
[120] Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, ¶ 91; *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019. Serie C No. 388, ¶ 167; *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, ¶ 96.

> N_1: el juez internacional *I* es competente para *X* en el sistema *S* si, y solo si, el juez nacional *J* no investigó, juzgó, sancionó correctamente la violación a los derechos humanos *D*.
>
> N_2: el juez internacional *I* no es competente para *X* en el sistema *S* si, y solo si, las autoridades del Estado E han cumplido con C: han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configuró.

En ese ejemplo de la formulación de la norma de competencia, la N_1 corresponde a una norma de competencia y la N_2 a una de incompetencia, mostrando la forma como pueden coexistir las dos. La subsidiariedad como norma de competencia, tendría dos sujetos/órganos competentes, las autoridades estatales o los organismos internacionales, entiéndase en el caso del SIDH la Comisión Interamericana y de manera más concreta con fines de adjudicación judicial, la Corte IDH. En cuanto al elemento de la definición de procedimientos y condiciones, observamos los deberes de reconocer, cesar y garantizar la no repetición, y reparar; así como disposiciones procesales más específicas como el agotamiento de los recursos internos. Finalmente, la determinación de las materias sobre las cuales el órgano ejercerá su autoridad normativa, inicialmente corresponderá a aquellas violaciones a los derechos humanos sobre las cuales, por ejemplo, la Corte IDH tiene una competencia *ratione materiae* reconocida por tratados internacionales, sin embargo, en la actualidad vemos como ese espectro competencial puede ser ampliado a través de figuras hermeneúticas como el *corpus iuris internationale* o la interpretación evolutiva.

Otro ejemplo de norma que se encuentra relacionada con la de competencia, que es el principio de subsidiariedad, y que puede ser expresada en un misma disposición, es la complementariedad que ejercen los tribunales internacionales y que en virtud de ella “las autoridades estatales deben realizar un control de convencionalidad de forma tal que ‘la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado

en materia de derechos humanos'"[121], evidenciando la existencia de una condicional a la norma de competencia.

Por último, la disposición de competencia enmarcada en la subsidiariedad, también contienen normas procesales de conducta, como la regla de agotamiento de los recursos internos, de acuerdo con la cual en el sistema dual de adjudicación multinivel, los sistemas internacionales solo podrán conocer del asusto sometido a su estudio, después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. En el mismo nivel, con el mismo fin de límite procesal, un tribunal internacional no se presenta como cuarta instancia del ordenamiento jurídico nacional para corregir meros errores en la constatación de los hechos o en la interpretación o aplicación del Derecho nacional. Por el contrario, el tribunal internacional se establece con el propósito específico de resolver la reivindicación de los derechos humanos y puede examinar las cuestiones de hecho o del derecho nacional sólo en la medida en que lo considere necesario para garantizar el respeto de la norma de derechos humanos. Un último ejemplo en este nivel de una disposición de competencia, pero en esta oportunidad de manera permisiva, sería el detalladamente analizado en capítulos anteriores, margen de apreciación de la Corte Europea de Derechos Humanos.

Por todo lo anterior, el principio de subsidiariedad es, sin lugar a duda, una norma de competencia, expresada de manera compleja con distintos tipos de normas que contienen permisiones y prescripciones que a su vez condicionan dicha competencia.

Ahora bien, la competencia tampoco es condición suficiente para la validez del acto jurídico realizado por quien es competente, como bien afirma Spaak, porque quien tiene la competencia puede fracasar en ejercerla. Tanto las normas procesales como la norma de competencia son condiciones necesarias, pero no suficientes, para la validez del acto jurídico proferido o

[121] Corte IDH, *Caso Vega González y otros v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C No. 519, voto disidente y parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, ¶ 47; *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, ¶ 93.

de las normas emitidas[122]. En coherencia con esto, el principio de subsidiariedad, además de ser una norma secundaria de competencia, también es un criterio de validez del acto proferido por los jueces internacionales.

Esos actos de los jueces internacionales solo pueden ser válidos si pertenecen al ordenamiento jurídico interamericano, y solo pueden pertenecer a él, si además de existir, también existe otra norma que permitió a la autoridad de la primera decisión tomada emitirla. Una decisión de un juez internacional será válida en el sistema interamericano, si, y sólo si, el acto normativo de proferir esa decisión judicial está permitido en ese sistema, por la norma de competencia que otorga (constituye) la propiedad competencial al juez internacional. En contraposición, una decisión judicial será inválida si su promulgación está prohibida a la autoridad que la promulgó en virtud de alguna norma de orden superior, como lo es el principio de subsidiariedad[123].

La pertenencia de la decisión tomada al ordenamiento jurídico que determina su validez, en el sentido de pertenencia porque también se puede medir la validez de la norma en cuanto a su carácter normativo/obligatorio/vinculante, depende del cumplimiento de dicha decisión con las condiciones para ser parte del ordenamiento[124]. Como bien explica Pulido-Ortiz:

> "Dentro de las condiciones de pertenencia de las normas a un sistema jurídico resultan fundamentales la norma de reconocimiento y las normas de competencia. La norma de reconocimiento –como se explicó- contempla el conjunto de criterios básicos o fundamentales de validez. Las normas de competencia, por otra parte,

---

[122] Ver Spaak, Torben. *The Concept of Legal Competence: An Essay on Conceptual Analysis*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1994; Spaak, Torben. "The Concept of Legal Competence". *The IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory, and Philosophy of Law*, mayo de 2005. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=923531

[123] Ver von Wright, Georg H. *Norma y acción: una investigación lógica*. Traducción de Pedro García Ferrero. Madrid: Tecnos, 1970, 200–203; Bulygin, Eugenio. "Tiempo y validez". En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin. Madrid: Trotta, 2021, 229–231.

[124] Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2.ª ed. Traducción de Roberto J. Vernengo. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, 44–45: "Un "orden" es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es -como veremos- una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica en cuanto pertenece a un determinado orden jurídico, y pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden."

> definen los procedimientos, formas y demás requisitos para que un sujeto pueda crear o modificar normas jurídicas. Las normas de competencias –en otras palabras- establecen las condiciones para que ese sujeto pueda incorporar o expulsar normas al sistema jurídico. Por ello, una norma creada de conformidad con las normas de competencia pertenece a un ordenamiento jurídico [y en ese sentido es válida]"[125].

De lo anterior, se puede concluir que, aunque no todas las condiciones de validez son normas de competencia, sí todas las normas de competencia son condiciones de validez, por lo que el principio de subsidiariedad será una condición de validez de los actos proferidos en el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos.

1.3 La subsidiariedad como principio: un análisis desde la teoría jurídica

Habiendo establecido que la subsidiariedad opera como norma secundaria de competencia y como condición de validez del actuar de los órganos jurisdiccionales, subsiste todavía una cuestión que la sola teoría de las competencias no alcanza a resolver completamente ¿por qué esa institución debe ser comprendida, además, como un principio, y qué consecuencias se siguen de ello para la teoría y la práctica de la decisión judicial? La pregunta no es solo una cuestión de denominaciones. Llamar principio a la subsidiariedad implica situarla en el plano de aquellas normas que no sólo distribuyen poder, sino que confieren sentido, coherencia y orientación al sistema jurídico en su conjunto; normas que justifican las reglas dispersas que de ellas dependen y que permiten ordenar el razonamiento en aquellos lugares done el derecho positivo no ofrece respuestas cerradas. De ahí la necesidad de desplazar el análisis desde la teoría de las normas de competencia hacia la teoría jurídica de los principios, en el terreno en el que dialogan —y se enfrentan— McCormick, Dworkin, Raz, Alexy, Pulido-Ortiz y la tradición positivista contemporánea a propósito de la relación entre regla, principio, validez, peso y discrecionalidad.

La relevancia de ese movimiento se vuelve particularmente aguda en el derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, en el Sistema Interamericano. Si la subsidiariedad

---

[125] Pulido-Ortíz, Fabio. *El derecho y sus normas: estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis – Universidad de La Sabana, 2022, 180.

fuese apenas una cláusula técnica de reparto competencial, bastaría con invocarla para abrir o cerrar la puerta de la jurisdicción internacional. Pero por el contrario si se trata de un principio estructural, su función, como mostraremos en detalle en los capítulos 7 y 8, es mucho más exigente, es ordenar las razones relevantes del juez, limitar la tentación de una complementariedad ilimitada y evitar que la garantía internacional se transforme en sustitución sistemática de las autoridades nacionales. Esta sección examinará, por ello, el carácter principalista de la subsidiariedad y mostrará que su verdadero sentido teórico no consiste únicamente en describir quién puede decidir, sino en disciplinar cómo debe decidirse cuando la respuesta jurídicamente correcta depende de articular, sin arbitrariedad, la coherencia del sistema, la protección efectiva de los derechos y el respeto por la lógica multinivel del orden jurídico internacional.

En la sección anterior de este capítulo, veíamos como para Kelsen, un orden es un sistema de normas que tiene como común denominador la unidad, que corresponde a la relación que tienen todas las normas que hacen parte de él con un mismo fundamento de validez. No puede haber una norma que sea llamada norma jurídica, si ella no pertenece al ordenamiento jurídico y esa relación de pertenencia estará marcada por esa norma fundante de validez[126]. Eso que Kelsen llamaba unidad, McCormick lo destacará como la importancia de la coherencia del derecho. Dicha coherencia debe ser entendida como el hecho de que multitudinarias reglas de un sistema jurídico desarrollado deben "hacer sentido" cuando son tomadas en conjunto. Esos conjuntos de reglas se conformarán con base en la coherencia que cada una de las reglas que los conforman tendrán con una norma más general, por lo que podrán ser consideradas como manifestaciones concretas de esta última. Concluye MacCormick: "Si esa norma más general es considerada por alguien como una norma sólida y sensata, o justa y deseable, para la orientación de los asuntos, entonces esa persona puede tratar adecuadamente esa norma como un "principio" que explica y justifica todas o cualquiera de las reglas más específicas en cuestión"[127].

Los principios son normas que dotan de sentido a los sistemas jurídicos, porque reúnen, enmarcan o contienen en ellos los valores que los ordenan, y por esa razón servirán de

[126] Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. 2.ª ed. Traducción de Roberto J. Vernengo. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, 44–45.
[127] MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; reimpreso en 2003, 152.

fundamento de múltiples reglas que se derivan de ellos. El principio sólo no puede ser suficiente para hacer un sistema jurídico, requiere de reglas específicas que lo desarrollen, pero las reglas sin principios carecerían del orden necesario, la unidad o la coherencia para considerarse parte de dicho sistema. En ese sentido, también son parámetros que limitan el accionar del juez, quien con sus decisiones puede crear consecuencias jurídicas que tengan un alcance normativo, toda vez que "los principios de un sistema jurídico son las normas generales conceptualizadas mediante las cuales sus funcionarios racionalizan las normas que pertenecen al sistema en virtud de criterios observados internamente"[128]. Los principios ordenan las reglas para asegurar que el sistema jurídico no se desvía del propósito de alcanzar los fines para los cuales ha sido constituido.

Concretamente sobre la función de los jueces, MacCormick afirma, evidenciando su visión positivista del derecho, que su función es impartir justicia, pero justicia basada en el derecho, no queriendo proponer con ello que los jueces se limiten a proferir fallos con fundamento en deducciones de reglas jurídicas vinculantes, pero tampoco que los jueces tienen la libertad de fallar con base en sus intereses particulares sin ningún tipo de límites[129]. El ejercicio de su libertad, poder y deber de encontrar soluciones al caso concreto, debe estar limitada por el requisito de que su accionar responda a una consciencia jurídica sobre su función. En ese sentido:

> "Los 'principios generales' que proporcionan esta orientación necesaria, por un lado, pero limitan, por otro, expresan las razones subyacentes de las reglas específicas que existen. Como tales, no se encuentran, sino que se hacen; dar el principio *p* como la 'razón subyacente' de la regla, o de las reglas *r*, r_2, r_3 y así sucesivamente, es imputar a quienes la introdujeron por primera vez alguna política [*policy*] general cuya introducción se suponía que promovía, o alternativamente declarar lo que parece la mejor justificación contemporánea para mantenerla"[130].

---

[128] *Ibíd.,* 55.
[129] Ver MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; reimpreso en 2003, 166. En sentido similar, Raz, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. New York: Oxford University Press, 2009, 236: "Just as justice requires the presence of a relatively stable framework of familiar principles by which individual and social life are governed, so it requires that the application of the principles to specific cases should be mediated by equity, to make sure that no injustice results from their application".
[130] MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; reimpreso en 2003, 166.

La importancia de instituciones jurídicas como la subsidiariedad, es que además de fundamentar un sistema jurídico como el de la protección de los derechos humanos, cristalizar los fines perseguidos por este y dar coherencia a las demás reglas que lo conforman, incluidas aquellas que emanan de las decisiones de los jueces; también sirven como límites a las actuaciones de sus órganos y autoridades, en tanto normas secundarias de competencia y condiciones de validez.

MacCormick pareciera decantarse por una de las dos posturas que existen sobre el origen de los principios en derecho, aquella que los deriva de las reglas existentes en el ordenamiento, por eso habla de "no encontrarlos sino hacerlos", como si la razón subyacente de las reglas fuera el resultado de un ejercicio de identificación del mínimo común denominador en una operación matemática con fraccionarios. Otros autores, como Dworkin, defenderán que los principios son implícitos, anteriores a las reglas y por eso solamente reconocidos por ellas y por el sistema jurídico[131]. No entraré a resolver o tomar postura frente a esta discusión, toda vez que en mi opinión el principio de subsidiariedad tiene un origen compartido en las reglas y en los fines del sistema interamericano preexistentes a ellas.

Para Dworkin, los principios son estándares que deben ser observados, no bajo criterios de todo o nada, como sucede con las reglas, sino entendiendo que son el requisito para la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad, por esa razón, las autoridades o los operadores se verán movidos a tenerlos en cuenta si resulta ser relevante en su relación normativa con un caso concreto, inclinándose a aplicarlos en un sentido o en otro, en una dirección o en otra, porque se trata de un enunciado jurídico abierto, no cerrado, como sí suelen ser las reglas[132]. Los principios, como afirmaba Raz, prescriben acciones altamente no específicas o dicho en términos de Alexy, con un nivel de generalidad alta, mientras las reglas, por el contrario, prescriben actos relativamente específicos (entendiendo actos como *acts* en el sentido anglosajón del término que comprende tanto acciones como omisiones)[133].

---

[131] Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, 22–28.
[132] Dworkin, Ronald. "The Model of Rules". *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967): 23–26.
[133]Ver, con una visión crítica sobre Dworkin, Raz, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law". *The Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972): 838: "The distinction between rules and principles of obligation both in law and

Los principios "tienen una dimensión que las reglas no —la dimensión de peso o importancia"[134], son normas orientadoras que propenden porque algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas o de contexto y jurídicas existentes. Por eso, para Alexy los principios son *mandatos de optimización*[135]; en cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no, la famosa característica del *all-or-nothing* de Dworkin[136]. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige, cumpliendo con los contenidos fácticos, normativos y de relación con el caso bajo estudio que la misma norma en su contenido propone.

Precisamente, por esa característica de aplicación todo o nada a casos difíciles, para Dworkin[137] las reglas o son válidas y aplicables al mencionado caso, y en ese sentido determinan el resultado de la decisión del juez, o son inválidas, inaplicables, y en ese sentido no contribuyen en nada al resultado final obtenido en la decisión. Los principios, por el contrario, como explicamos en el párrafo anterior, por tener una dimensión de peso pueden entrar en conflicto en una situación fáctica concreta sin por ello ser inválidos, por el contrario, en el caso de esa colisión de principios se debe entrar a determinar cuál tiene mayor peso con respecto a la situación concreta *sub judice*. El principio que es superado por tener menos peso en relación con su aplicación al caso no es invalidado[138].

---

outside it turns on the character of the norm-act prescribed. Rules prescribe relatively specific acts; principles prescribe highly unspecific actions".

[134] Dworkin, Ronald. "The Model of Rules". *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967): 27; Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Traducción de Marta Gustavino. 7.ª reimpresión. Barcelona: Ariel, 2009, 76 y ss.

[135] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 86–87.

[136]Dworkin, Ronald. "The Model of Rules." *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967): 25: "The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction. Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give. Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision".

[137] Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, 22–28.

[138] MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; reimpreso en 2003, 155. Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 99.

En coherencia con eso, Alexy resalta que cuando se presenta un conflicto entre dos reglas, se puede resolver por una de dos vías, o (i) se incluye una excepción al interior de la norma que elimina dicho conflicto, o (ii) se inaplica una de las dos normas (se declara inválida afirma Alexy) a través de preceptos como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*[139]. En cambio, cuando se presenta una colisión de principios su solución es completamente distinta:

> "Cuando dos principios entran en colisión —tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido— uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso."[140]

Como entraremos a detallar más adelante, entendiendo la dimensión de peso que subyace dentro del principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos y de manera particular en el sistema interamericano de protección, buscaremos proponer una ponderación que no esté centrada en la necesidad de resolver una colisión de principios, sino en la tensión interna que se genera como producto de la relación entre los distintos elementos y en las

---

[139] Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, 88–89.

[140] *Ibíd.,* 89. Adicionalmente, Ronald Dworkin explica el concepto de la dimensión de peso que tienen los principios y que la diferencia de las reglas. En: Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978, 26–27: "Principles have a dimension that rules do not —the dimension of weight or importance. When principles intersect […], one who must resolve the conflict has to take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgement that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is".

consecuencias jurídicas y extrajurídicas derivada de dicha relación o interacción entre los elementos de la subsidiariedad. El objetivo será la construcción de una herramienta que permita determinar bajo que circunstancias se debe permitir la injerencia del juzgador internacional sobre el nacional y cuál debe ser el grado o nivel de impacto de dicha intervención. Se tratará entonces de una propuesta de ponderación sobre la interacción entre los elementos internos de una regla de reconocimiento del derecho transnacional.

De acuerdo con Raz, existen cinco propósitos para los cuales los principios son usados en el derecho. En algunos casos, dependiendo del ordenamiento, pueden ser usados para todos esos propósitos, para algunos, o para sólo uno de ellos. Estos propósitos son: (i) como criterios de interpretación de normas; (ii) como criterios para modificar normas; (iii) como criterios específicos de excepción a lo establecido de manera general en la norma; (iv) como criterios para crear nuevas normas y (v) como el único criterio para la acción en casos particulares[141]. El principio de subsidiariedad en el derecho internacional, como hemos visto a lo largo de este trabajo, puede ser usado para alcanzar los cinco fines establecidos por Raz, sin embargo, en aras de los objetivos perseguidos en esta sección, resulta relevante hacer un especial énfasis en la última de las finalidades mencionadas: los principios como criterio para la acción.

Existen ciertas circunstancias en las que el derecho le confiere a una entidad poderes específicos para promover objetivos programáticos (*policy*) o valores. Estas potestades, suelen estar recogidas en forma de principios generales. Es por eso que, para Raz, el ejercicio de esos poderes discrecionales es típicamente guiado por principios y no por reglas, debido a que al prescribir actos altamente no específicos los principios son más vagos (amplios si se quiere), menos certeros que las reglas y en ese sentido más adecuados para incorporar en el ordenamiento jurídico esos propósitos y valores perseguidos por la institucionalidad[142]. Los principios son más flexibles en su contenido y alcance. Por esa razón, la totalidad del área dedicada a la emisión de fallos resalta Raz, es regida casi de manera exclusiva por principios[143], mucho más cuando los

[141] Raz, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law." *The Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972): 839–841.
[142] *Ibíd.,* 841.
[143] *Ibíd:* "The whole area of sentencing is governed almost exclusively by principles"

asuntos tratados por dichos jueces tienen relación con los derechos humanos, que como afirma Alexy, tienen la estructura de principios[144].

El principio de subsidiariedad, como entraremos a discutir en detalle más adelante, es una norma que entrega el poder discrecional a las Cortes Internacionales para juzgar si un Estado debe ser declarado responsable internacionalmente por el incumplimiento de una obligación, siempre y cuando —por ejemplo en el caso de los derechos humanos— ese Estado no ha reconocido la violación de la obligación, no haya tomado internamente las medidas para evitar que la violación continúe o se vuelva a repetir, y no haya resarcido adecuadamente los daños generados por su acción u omisión[145]. Adicionalmente, el principio de subsidiariedad internamente, por su naturaleza genérica (vaga, en términos de Raz) y flexible, conlleva una serie de valores, fines y propósitos propios del sistema en el cual se ejerce que deben ser atendidos para que la potestad dada a la autoridad internacional pueda ser ejecutada respetando, por un lado, el contenido y alcance de dicho principio, pero por otro, los fines del sistema multinivel en el que actúan las autoridades que han recibido la competencia normativa resultado del acto de delegación de poder.

1.4 Conclusión

El recorrido emprendido en este capítulo permite formular una conclusión que excede la simple taxonomía conceptual. La investigación ha mostrado que la subsidiariedad, en el derecho internacional y de manera particularmente intensa en el derecho internacional de los derechos

[144]Alexy, Robert. *Law's Ideal Dimension*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 145–146: "Human rights, therefore, stand in need of balancing. Balancing is the central dimension of proportionality analysis. Proportionality analysis presupposes that the rights involved have the structure of principles. This, in turn, implies that human rights have the structure of principles". Ver Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Traducción de Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002, 47–48.

[145] Ver Corte IDH, *Caso Habitantes de La Oroya v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Serie C No. 511, ¶ 51-53. *Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros V. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de agosto de 2023, Serie C No. 496, ¶ 149. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros v. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022, Serie C No. 470, ¶ 194. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil.* Supervisión de cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de enero de 2021, ¶ 29. *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, Serie C No. 409, ¶ 91. *Caso Andrade Salmón v. Bolivia.* Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 330, ¶ 96 y *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 388, ¶ 167.

humanos, no puede seguir siendo entendida como una simple fórmula de prudencia institucional, una teoría retórica de autocontención o una pauta contingente de distribución de tareas entre autoridades nacionales e internacionales. Su verdadera naturaleza normativa es más densa: la subsidiariedad se presenta como una institución jurídica compleja que solo puede ser adecuadamente comprendida si se entiende que contiene, al mismo tiempo, normas secundarias, norma de competencias (de cambio y adjudicación) y condiciones de validez, siendo así un principio estructural de un ordenamiento multinivel, es decir, una norma de reconocimiento para el sistema: un principio general del derecho. En esa medida, la contribución central del capítulo no consiste únicamente en ofrecer una definición más depurada del concepto, sino en haber reconstruido, desde una aproximación conscientemente iusfilosófica, el andamiaje teórico que explica por qué la subsidiariedad cumple una función constitutiva en la arquitectura del sistema y no un papel marginal en su periferia.

El primer resultado del itinerario investigativo emprendido es haber intentado demostrar que la subsidiariedad no puede ser capturada por una concepción simplificada del derecho como mandato coactivo, ni por una teoría que reduzca la juridicidad a la sola sanción o al mero deber de obediencia. Frente a los límites del modelo de Austin y a las insuficiencias del positivismo sancionatorio, el capítulo mostró —siguiendo la distinción hartiana entre normas primarias y secundarias— que la subsidiariedad pertenece al universo de aquellas normas que no prescriben directamente conductas materiales, sino que organizan potestades, distribuyen autoridad, fijan condiciones para el ejercicio válido de competencias y determinan cuándo una instancia puede introducir, modificar, revisar o desplazar los efectos de otras normas.

En ese sentido, la subsidiariedad aparece como una norma constitutiva: una norma de normas interesada no en el movimiento físico de los sujetos, sino en la manera en que el sistema asigna y controla la producción, la aplicación y la revisión del derecho. Precisamente por ello, su función no es secundaria en importancia, aunque sí lo sea en naturaleza: en los sistemas multinivel, es la regla que ordena quién debe decidir primero, bajo qué presupuesto puede intervenir la instancia ulterior y con qué alcance puede hacerlo sin desfigurar el equilibrio del conjunto.

Esa reconstrucción permitió, a su vez, precisar el alcance de la subsidiariedad como norma de competencia —tanto de cambio como de adjudicación— y, por esa vía, como criterio de validez del actuar jurisdiccional en el Sistema Interamericano. Si las normas de competencia determinan quién puede producir válidamente actos jurídicos, sobre qué materias y mediante qué procedimientos, entonces la subsidiariedad cumple precisamente esa función al establecer la relación entre la competencia originaria de las autoridades estatales y la competencia complementaria, coadyuvante y ulterior de la jurisdicción internacional. El capítulo mostró con claridad que la responsabilidad internacional no se activa en abstracto ni sobre la base de una disponibilidad irrestricta del juez internacional, sino sobre la base de una estructura condicional: allí donde el Estado no reconoce la violación, no la cesa, no investiga, no sanciona, no repara o no adecua su actuación a los estándares convencionales, la intervención internacional se justifica; allí donde sí lo hace de manera suficiente, la competencia internacional se contrae o se inhibe. En este punto, la subsidiariedad deja de ser una intuición política y se convierte en una categoría dogmática precisa: no solo distribuye autoridad, sino que delimita la pertenencia de los actos jurisdiccionales al ordenamiento y, por tanto, su pretensión de validez. Una jurisdicción internacional ejercida con desconocimiento de ese criterio perdería la medida de su propia legitimidad y correría el riesgo de convertirse en una instancia de revisión universal incompatible con la lógica misma de la gobernanza multinivel que pretende proteger.

Ahora bien, el capítulo también mostró que detenerse en esa caracterización competencial sería insuficiente. La subsidiariedad no es solo una norma que distribuye competencias; es un principio general del derecho, entendido este concepto desde la teoría jurídica, sin perjuicio que el capítulo 3 sea demostrado desde la práctica del derecho internacional de hoy, como un compendio de distintas normas que, además, tiene valor fundante para el sistema. La discusión sostenida con MacCormick, Dworkin, Alexy, Raz, Coleman, Pulido-Ortiz y la tradición analítica contemporánea permitió advertir que los principios no son equivalentes a reglas cerradas (si bien en este sentido que evidencia su importancia en el sistema no son conceptos opuestos) ni a simples exhortaciones morales carentes de sentido, sino normas que dotan de coherencia y dirección al sistema jurídico, expresan las razones subyacentes de las reglas que de ellos derivan y operan con una textura abierta y una dimensión de peso que impide tratarlos bajo una lógica de todo o nada.

En ese marco, la subsidiariedad aparece como el principio que justifica y ordena múltiples reglas e instituciones del derecho internacional de los derechos humanos —desde el agotamiento de los recursos internos hasta la complementariedad, el control de convencionalidad o los límites al alcance de la revisión internacional— y que, precisamente por ello, no puede ser reducida a una cláusula técnica ni a una fórmula procesal de admisibilidad. Su carácter principalista explica que no produzca automáticamente respuestas únicas, pero sí que organice el razonamiento, determine cuáles razones son jurídicamente relevantes y exija una operación de ponderación y articulación interna entre sus distintos componentes. La subsidiariedad es principio porque expresa una razón estructural del sistema; y es principio, además, porque sólo desde esa condición puede cumplir adecuadamente la función de orientar y limitar a quienes ejercen autoridad dentro de él.

El aporte más relevante que realiza este capítulo es haber sentado las bases para una teoría de la aplicación de la subsidiariedad que no la reduzca ni a un automatismo procesal ni a una deferencia sin crítica. Desde la teoría, el capítulo pretendió ofrecer un lenguaje más preciso para comprender la posición de la subsidiariedad dentro del sistema jurídico internacional: no como categoría accesoria, sino como forma jurídica que articula competencia, validez, coherencia y control de la discrecionalidad. Ofrece un criterio para evaluar la legitimidad del actuar de los órganos internacionales y, en especial, para impedir que el juez interamericano confunda su función de garantía con una potestad general de sustitución.

En ese sentido, la subsidiariedad, operando como condición de legitimidad del ejercicio jurisdiccional internacional, debería disciplinar la decisión de la Corte IDH de modo tal que el ejercicio de la competencia contencioso-complementaria que ignore el cumplimiento material estatal pierda justificación jurídica autónoma, aunque no por ello se vuelva per se inválida en el sentido técnico de la teoría de las competencias.

Quedan, sin duda, tensiones abiertas que el propio capítulo deja planteadas: la necesidad de especificar con mayor rigor la metodología mediante la cual deben sopesarse los distintos elementos internos del principio; la determinación de los umbrales a partir de los cuales la

respuesta estatal puede considerarse suficiente; la forma en que la subsidiariedad se articula con instituciones como el control de convencionalidad, la inexcusabilidad judicial o la interpretación evolutiva; y, en último término, la pregunta por el modo en que un principio de esta naturaleza puede seguir limitando al juez sin petrificar la capacidad del sistema para responder eficazmente a graves violaciones. Pero esas preguntas no debilitan la conclusión alcanzada. Solo un verdadero principio —y no una regla menor— genera este tipo de exigencias metodológicas. En un orden jurídico internacional crecientemente plural, la subsidiariedad aparece, así, como la gramática normativa que hace posible ejercer autoridad sin convertirla en dominación, y controlar sin anular el espacio primario de decisión que corresponde a la esfera doméstica.

Capítulo 2
La evolución del concepto de principio general en el derecho internacional y su impacto en la subsidiariedad

En la teoría contemporánea de las fuentes del derecho internacional, pocos enunciados gozan de aceptación tan inmediata y, al mismo tiempo, de una genealogía tan escasamente interrogada como la afirmación de que los principios generales del derecho constituyen una fuente autónoma del sistema internacional. Su consagración en el artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ha tendido a estabilizar el punto de llegada, pero no a esclarecer el itinerario que condujo hasta allí ni las transformaciones conceptuales que hicieron posible que la idea misma de "principio" adquiriera densidad normativa en un ordenamiento marcado, desde sus orígenes, por la tensión entre soberanía, comunidad y juridicidad. Esa insuficiencia histórica y dogmática se vuelve especialmente relevante cuando el objeto de estudio es la subsidiariedad, pues la cuestión decisiva no radica únicamente en constatar su presencia en determinados regímenes contemporáneos, sino en determinar si su inteligibilidad jurídica presupone una tradición más profunda, inscrita en la propia evolución del derecho de gentes y de la teoría de las fuentes.

Desde esa perspectiva, el problema que articula este capítulo no consiste en decidir todavía si la subsidiariedad satisface, en el presente, todos los requisitos para ser reconocida como principio general del derecho internacional, sino en reconstruir el ámbito histórico e intelectual que vuelve jurídicamente plausible esa pretensión. Esto exige apartarse de las narrativas lineales que describen la historia de los principios como el tránsito simple desde un iusnaturalismo originario hacia una positivización estatutaria tardía, para examinar, con mayor atención, el modo en que los lenguajes del derecho natural, de la voluntad estatal, de la práctica arbitral y de la codificación judicial coexistieron, se corrigieron mutuamente y terminaron configurando una fuente dotada de fuerza normativa propia. Solo a la luz de esa reconstrucción puede evaluarse con rigor si la subsidiariedad constituye una irrupción exógena en el derecho internacional o,

por el contrario, la sedimentación moderna de una racionalidad ya latente en su desarrollo histórico.

El análisis que sigue adopta, por tanto, una aproximación histórico-doctrinal y jurisprudencial, que presta especial atención tanto a la larga duración de las categorías como a los momentos de cristalización institucional. A partir de los tratadistas clásicos del derecho de gentes, pasando por las reformulaciones decimonónicas de la idea de principio en el contexto afán cientificista del derecho internacional, hasta llegar a la práctica arbitral y a los debates de codificación que resultaron en los estatutos de las cortes internacionales; el capítulo busca mostrar que la evolución del concepto de principio general no marginalizó a los principios, sino que los convirtió en uno de las instituciones jurídicas centrales mediante los cuales el orden internacional ha intentado dotarse de coherencia y evitar tanto el activismo judicial como la insuficiencia del voluntarismo. En ese marco, la subsidiariedad aparecerá no todavía como una conclusión demostrada, sino como una categoría cuya genealogía permite comprender por qué su ulterior defensa como principio general del derecho internacional no parte de una analogía improvisada, sino de una tensión constitutiva del propio sistema.

2.1 Los orígenes de la idea de principios en el derecho de gentes y las referencias embrionarias del concepto de subsidiariedad como principio del derecho de las naciones

Nadie cuestiona el carácter de fuente del derecho internacional que tienen los Principios Generales del Derecho, en gran medida, porque cualquier estudiante del primer curso universitario de derecho internacional podrá repetir que se encuentra codificado como una fuente de este derecho en el literal c), del numeral primero, del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Lo que pocos desconocen, es el rol que esos principios han jugado en la construcción, consolidación y evolución del derecho internacional. Por supuesto, siendo —como pretenderemos demostrar en esta primera parte— el principio de subsidiariedad.

Como si estuviésemos frente a un debate entre Hart, Dworkin y Raz, sobre lo cual profundizaremos en el último acápite de esta sección, la primera referencia que podemos encontrar a los principios del derecho, está íntimamente emparentada con la idea misma de fuente del

derecho en la obra de Marco Tulio Cicerón[146]. En su *De legibus,* escrito alrededor del 52 a.C., se presenta un dialogo entre Quintus, Atticus y Marcus (Cicerón) similar al que en su momento tuvo Platón con el cretense Clinias y el lacedemonio Megilio en *Las Leyes* (360 a.C.)[147], pero con la finalidad específica de encontrar la fuente de las leyes y del derecho (*fons legum et iuris)*[148]. Rápidamente en su conversación, como siglos después lo planteara Dworkin, los tres contertulios cuestionan que la fuente exclusiva del derecho fueran las normas positivas, que en su tiempo, como bien resalta Atticus, tenían la forma de los edictos del pretor o de las XII tablas de los *decemviri legibus scribundis* (451 a.C.)[149], ya que entienden que su tarea va más allá de solo leer edictos pues les correspondía encontrar "la causa entera del derecho universal y de las leyes (*tota causa est universi iuris ac legum*)"[150].

Cicerón concluirá que efectivamente la fuente del derecho no se agota con las leyes, sino que hay algo más grande de donde emana toda facultad y autoridad: "los principios del derecho (*iuris principia*)"[151], principios que ya tenían en esa época una fuerza normativa aun cuando se describían como "(…) la fuerza de la naturaleza; (…) la mente y razón del prudente; (…) la regla de lo justo y de lo injusto."[152], identificando o reconociendo si se quiere, que el principio constitutivo del derecho se deriva de "aquella ley suma que, común a todos los siglos, nació antes de que alguna ley fuera escrita o de que fuera constituida de manera absoluta alguna ciudad"[153]. Haciendo alarde de la corriente estoica a la que pertenecía, Cicerón extraerá "la raíz del derecho de la naturaleza (*repetam stirpem iuris a natura*)" y de ella, los principios considerados como ley/derecho – *a lege ducendum est iuris exordium*[154].

---

[146] Ver Haggenmacher, Peter. "Sources and Ius Gentium revisited by theologians – Ius Naturae and Ius Gentium revisited by theologians". En: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 47–50.
[147] Platón. *Las leyes*. Edición de José Manuel Ramos Bolaños. Madrid: Ediciones Akal, 1988.
[148] Cicerón, Marco Tulio. *De las leyes (De Legibus)*. Edición de Julio Pimentel Álvarez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, IV (16), 8.
[149] *Ibíd.,* IV (17), 8.
[150] *Ibíd.*
[151] Cicerón, Marco Tulio. *De las leyes (De Legibus)*. Edición de Julio Pimentel Álvarez. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, IV (18), 9.
[152] *Ibíd.,* IV (19), 9 – 10: "*Ea est enim naturae vis, ea mens ratioque prudentis, ea iuris aque iniuriae regula*"
[153] *Ibíd.,* IV (19), 10: "*Constituendi vero iuris ab illa suma lege capiamos exordium, quae, saeclis -communis- ómnibus, ante nata est quam scripta lex ulla aut quam omnino civitas constituta*".
[154] *Ibíd.,* IV (20), 10. Para Haggenmacher conceptos como *exordium*, *iuris ortus*, *stirps* o *principium* hacen parte de lo que Cicerón considerará el origen y verdadera base del derecho. Ver Haggenmacher, Peter. "Sources and Ius Gentium revisited by theologians – Ius Naturae and Ius Gentium revisited by theologians". En: Besson, Samantha

Esta relación entre los principios generales del derecho y el derecho natural estará presente en la obra de los primeros tratadistas en materia de derecho internacional, o como era llamado antes de Bentham[155], Derecho de Gentes o Ius Gentium. Por ejemplo, el religioso dominico español, profesor de la Universidad de Salamanca, Francisco de Vitoria, quien desarrolló novedosos conceptos de comunidad internacional y de Estado donde se pueden identificar rastros embrionarios de una conceptualización moderna de principios generales del derecho, como el de subsidiariedad. Como resaltó en su análisis de la obra de Vitoria el reconocido internacionalista norteamericano James Brown Scott, la mejor forma de probar la importancia de la contribución de Vitoria al derecho internacional es observando la manera como sus enseñanzas impactaron los principios del derecho de las naciones[156].

En el caso de la subsidiariedad, dos elementos de la teoría de Francisco de Vitoria han sido relevantes. Por una parte, estableció el principio de igualdad de los Estados como un elemento seminal del derecho de gentes, el cual entendía que no era aplicable exclusivamente a los Estados cristianos o europeos, sino también los territorios americanos, quienes consideraba no debían ser excluidos de la comunidad internacional. En ese sentido, la relación estatal con la comunidad internacional será relevante, el Estado, como resaltó Brown Scott, se contemplaba con una doble dimensión interna y externa, donde en la interna regía el derecho constitucional y en la externa el internacional, "[d]esde dentro [afirmaba Brown Scott] debe ser autosuficiente para ser un Estado perfecto; desde fuera, no es más que un miembro de la comunidad

y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 48.

[155] Al filósofo inglés y teórico del derecho Jeremy Bentham se le adjudica el haber acuñado por primera vez el término derecho internacional – *international law* en su obra Introducción a los principios de la moral y la legislación, escrita en 1780 y publicada en 1789. BENTHAM, Jeremy. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Dover Publications, Mineola NY, 2007. Appendix Note No. 350: "The word *international*, it must be acknowledged, is a new one; though, it is hoped, sufficiently analogous and intelligible. It is calculated to express, in a more significant way, the branch of law which goes commonly under the name of the law of nations: an appellation so uncharacteristic, that, were it not for the force of custom, it would seem rather to refer to internal jurisprudence. The chancellor D'Aguesseau has already made, I find, a similar remark: he says that what is commonly called *droit des gens*, ought rather to be termed *droit entre les gens*". En eso orden de ideas, el concepto de Derecho internacional de Bentham, se deriva del concepto *droit entre les gens* (derecho entre las gentes) de D'Aguesseau (1716), que a su vez se deriva del concepto de *Jus inter Gentes* de Richard Zouche (1650).

[156] Brown Scott, James. *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2008, 281.

internacional"[157]. Bajo esa concepción de Estado, en donde la autodeterminación y la igualdad entre los Estados serán elementos esenciales, la idea de una Corte Internacional que juzgara a los Estados como lo hacen internamente los tribunales a los individuos fue totalmente rechazada, siendo este uno de los puntos en donde Alberico Gentili se distanciará parcialmente de Vitoria, como mostraremos más adelante.

Por otra parte, para Vitoria la idea de una comunidad internacional fuerte era muy importante. Concibió un sistema en donde la comunidad poseía el derecho inherente a imponer su voluntad a los Estados individuales y sancionarlos si se incumple, no en razón a un acuerdo (tratado, por ejemplo) sino como una consecuencia de una necesidad de la comunidad internacional[158], la que entendía tenía sustento tanto el derecho natural, como en el derecho positivo derivado de la construcción social[159]. Al respecto concluye Brown Scott sobre el concepto de Vitoria de Derecho de las Naciones:

> "Pues, así como el Estado no es un Estado "perfecto" si no es autosuficiente, la comunidad internacional sería imperfecta si no fuera autosuficiente en un sentido superior y universal y si no pudiera imponer su juicio colectivo, en forma de derecho de gentes, a la humanidad -considerada como tal- y a los Estados como miembros de la comunidad internacional. Todo esto no es una mera consecuencia de la doctrina de Vitoria; es la doctrina misma expresada e inequívocamente enunciada en términos clásicos cuatro siglos antes de que nuestro mundo moderno se esforzara por crear mediante pacto lo que Vitoria había proclamado como principio fundamental y que nosotros, llamaríamos la culminación de su derecho de gentes"[160].

---

[157] *Ibíd.*
[158] Ver, *Ibíd.,* 283.
[159]De Vitoria, Francisco. "De Iure Gentium et Naturali". En: Brown Scott, James. *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2008, apéndice E, cxii–cxiii.: "There is one kind of positive law taken from private agreement and consensus, and another kind taken from public agreement. In like manner we say of the *jus gentium* that a certain kind of *jus gentium* is from the common consensus of all peoples and nations, (…) and are inviolable among all nations. For the jus gentium so closely approaches to the natural law that the natural law cannot be preserved without this *jus gentium*".
[160] Brown Scott, James. *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2008, 283.

Además de los múltiples principios generales del derecho, hoy vigentes, que pueden ser rastreados a las enseñanzas de Francisco de Vitoria, su idea de Estado como una entidad autosuficiente con vocación de ser perfectible para el bienestar de sus asociados políticos, pero que también hace parte de una comunidad internacional con capacidad de implementar normas que se derivan del derecho natural, la costumbre y el consentimiento de la mayoría de la humanidad[161], sienta las bases de lo que hoy conocemos como subsidiariedad, un principio guía de las relaciones entre la esfera local y la internacional en un modelo de gobernanza multinivel.

Siguiendo en muchos aspectos el trabajo de Vitoria, en su obra de 1598 *De Iure Belli Libri Tres*, Alberico Gentili, otro de los fundadores del derecho internacional, establece una serie de principios derivados del derecho natural que aplican al desarrollo de las guerras, planteando así un primer modelo de derecho internacional humanitario, desarrollando ampliamente el principio de necesidad, el de guerra justa y el prescripción de las razones que justificaron los ataques iniciales (lo que hoy conocemos como uso de la fuerza). Llama la atención que, en su desarrollo del principio de soberanía de las naciones en el marco de los conflictos armados, basándose en San Agustín de Hipona y otros teólogos escolásticos como Santo Tomás de Aquino, Gentili identifica que la guerra tiene sus orígenes en la necesidad, "necesidad que surge porque no puede haber procesos judiciales entre soberanos supremos o pueblos libres al menos de que se cuente con su consentimiento, ya que ellos no reconocen juez o superior"[162]. En ese sentido, "El soberano no tiene un juez terrenal, porque aquel sobre el cual otro tiene una posición superior no es soberano"[163], razón por la que Gentili concluye que es ese principio de soberanía de acuerdo con el cual actúan los soberanos[164].

---

[161] De Vitoria, Francisco. "De Potestate Civili". En: Brown Scott, James. *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 2008, apéndice C, xc: "From all that has been said, a corollary may be inferred, namely: that international law has not only the force of a pact and agreement among men, but also the force of a law; for the world as a whole, being in a way one single national law. State has the power to create laws that are just and fitting for all persons, as are the rules of international law. Consequently, it is clear that they who violate these international rules, whether in peace or in war, commit a mortal sin; moreover, in the gravest matters, such as the inviolability of ambassadors, it is not permissible for one country to refuse to be bound by international law, the latter having been established by the authority of the whole world".

[162] Gentili, Alberico. *De Iure Belli Libri Tres*. Traducción de John C. Rolfe. Oxford: Clarendon Press, Londres, 1933, 15, ¶ 23.

[163] *Ibíd.*

[164] *Ibíd.*

Esta idea seminal de Gentili, será el origen de lo que en 1928 terminará siendo la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza, la obligación de recurrir a la solución pacífica de controversias, la necesidad de constituir una Corte Internacional con competencia para juzgar a los Estados[165], el principio de soberanía y por supuesto el de subsidiariedad en las relaciones entre el nivel nacional y el internacional.

En resumen, Gentili aportó al derecho internacional y a la concepción de los principios generales del derecho, con una propuesta de derecho de gentes basado en: (i) el derecho natural, (ii) el Corpus Iuris Civilis de Justiniano, cuyos principios como "vivir de manera honorable; no dañar a otros; dar a cada cual lo que le es debido; proteger sus hijos; defenderse contra un perjuicio; reconocer bondad en todos los hombres; mantener relaciones comerciales; junto con otros similares"[166], para él hacían parte del derecho de las naciones y del derecho de la guerra y por tanto eran aplicables a todos los soberanos; y (iii) estableció lo que para entonces sería una noción novedosa de soberanía como poder supremo, perpetuo e indivisible con base en la obra de Jean Bodin[167]. Rafael Domingo y Giovanni Minnucci concretizan magistralmente los aportes de Gentili al derecho de gentes en cuatro puntos, que Pagden complementará afirmando que tendrán la consecuencia de eliminar la posibilidad de discrecionalidad de los jueces[168], punto que tocaremos más adelante:

> "(a) la sociedad de naciones es una sociedad de Estados soberanos plenamente independientes; (b) las naciones soberanas no están sujetas a ninguna autoridad común externa, excepto Dios y la ley natural, que es la ley divina; (c) el derecho de gentes no es el derecho civil, sino el derecho natural, y por lo tanto el derecho de gentes puede aplicarse en la sociedad de naciones sin que se agote la soberanía; (d) el *Corpus Iuris*, aunque es una compilación de derecho civil, contiene derecho natural y

[165] Sobre esta idea, ver Hathaway, Oona y Shapiro, Scott. *The Internationalists: How a Radical Plan to Outlaw War Remade the World*. New York: Simon & Schuster, 2017.
[166] Gentili, Alberico. *De Iure Belli Libri Tres*. Traducción de John C. Rolfe. Oxford: Clarendon Press, Londres, 1933, 18, ¶ 28.
[167] Domingo, Rafael y Minucci, Giovanni. "Alberico Gentili and the Secularization of the Law of Nations". En: Domingo, Rafael y Witte Jr., John (eds.). *Christianity and Global Law*. London: Routledge, 2020, 98.
[168] Pagden, Anthony. *The Burdens of Empire: 1539 to the Present*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 92 y ss.

de gentes (sin embargo, no en relación con la guerra) y, por tanto, el *Corpus Iuris* puede aplicarse también entre los soberanos"[169].

Si bien Hugo Grocio no fue el primero en hablar sobre la dicotomía entre el derecho natural y el derecho de las naciones o de gentes —porque Isidoro de Sevilla ya lo había hecho en el 630 d.C.[170]— si fue uno de sus principales exponentes, quien de manera más clara conceptualizó que el derecho de las naciones no era exclusivamente derecho natural y ciertamente el autor a quien más referencian autores posteriores fervorosos seguidores de su doctrina[171]. Pero como mostraremos brevemente a continuación, la visión de Grocio del derecho internacional —que como resaltaran Wright y Koskenniemi se ubica en la mitad entre naturalistas y positivistas[172], "entre el inescrupuloso realismo de Thomas Hoobes e idealismo abstracto de Immanuel Kant"[173]— era predominantemente iusnaturalista, cuando mucho dualista (derecho natural -

[169] Domingo, Rafael y Minucci, Giovanni. "Alberico Gentili and the Secularization of the Law of Nations". En: Domingo, Rafael y Witte Jr., John (eds.). *Christianity and Global Law*. London: Routledge, 2020, 103–104.
[170] Barney, Stephen, et al. *The Etymologies of Isidore of Seville*. New York: Cambridge University Press, 2006, 117–118. Para Isidoro de Sevilla el Derecho se dividía en múltiples ramas, pero con dos fuentes troncales: la ley divina y la ley humana (*De legibus divinis et humanis*). Afirmaba que "todas las leyes son o divinas o humanas. Leyes divinas aquellas basadas en la naturaleza, humanas aquellas basadas en la costumbre". Resaltaba que "El Derecho Natural (*ius naturale*) es común a todas las naciones, y, toda vez que existe en todas partes por el instinto de la naturaleza, no se mantiene gracias a regulación alguna". Por su parte a la pregunta "Que es el derecho de las naciones (*Quid sit ius Gentium*)" responde, "El derecho de gentes se refiere a la ocupación del territorio, la construcción, la fortificación, las guerras, los cautiverios, las esclavitudes, el derecho de retorno, los tratados de paz, las treguas, el compromiso de no molestar a las embajadas, la prohibición de matrimonios entre razas diferentes. Y se llama 'derecho de las naciones' (*ius gentium)* porque casi todas las naciones (gentes) la utilizan".
[171] Ver Pufendorf, Samuel. *De Jure Naturae et Gentium: Libri Octo*. Edición de James Brown Scott. Vols. I–II. Traducción de C. H. Oldfather y W. A. Oldfather. Oxford: Clarendon Press, Londres, 1934. Aunque sin duda alguna Pufendorf puede ser leído como uno de los grandes continuadores de la obra de Grocio, lo cierto es que tienen una comprensión del derecho internacional y de lo que hoy entenderíamos como la subsidiariedad muy distintos. Como Grocio, Pufendorf también entiende que las fuentes del derecho internacional se derivan del derecho natural y del positivo, pero su fundamento en el contractualismo racionalista cartesiano hace que la centralidad en el Estado y en la necesidad de mantener su unidad sea mucho más relevante que para Grocio. Por eso, distinto a él, Pufendorf no concibe la idea de una gobernanza multinivel y solo justificaría una intervención en los asuntos de un Estado si es esencial para mantener su unidad. El acento que pone Pufendorf en la centralidad del poder en la autoridad del Estado, hace que le sea más difícil que para Grocio alinearse a una idea de subsidiariedad en el derecho internacional. Wolff, Christian. *The Law of Nations Treated According to the Scientific Method (Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum)*. Edición de Thomas Ahnert. Traducción de Joseph H. Drake. Indianapolis: Liberty Fund, 2017.
[172] Ver Wright, Martin. *International Theory: The Three Traditions*. Edición de Gabriele Wright y Brian Porter. Leicester: Leicester University Press for the Royal Institute of International Affairs, 1991, 233–258.
[173] Koskenniemi, Martti. "Imagining the Rule of Law: Rereading the Grotian 'Tradition'". *European Journal of International Law* 30, no. 1 (febrero de 2019): 20.

derecho humano), pero, ciertamente, no completamente centrado en la voluntad de las partes como terminará siendo la concepción derivada del positivismo radical del Siglo XIX[174].

Como resalta el historiador del derecho internacional Stephen C. Neff, en su análisis de la obra de Grocio, para el holandés "dos cuerpos normativos muy distintos regulan las relaciones entre los Estados: el derecho natural y lo que él usualmente denominaba "derecho de gentes" (ius Gentium)[175]. Grocio, definía el derecho natural desde una perspectiva muy racionalista como "un dictado de la recta razón, que señala que un acto, según sea o no conforme con la naturaleza racional, tiene en sí una cualidad de bajeza moral o de necesidad moral; y que, en consecuencia, tal acto está prohibido o prescrito por el autor de la naturaleza, Dios."[176]. En cuanto al derecho de gentes, de las naciones o lo que hoy conocemos como derecho internacional, Grocio entendía que se trata de una forma de derecho volitivo humano que tiene un espectro más amplio que el derecho municipal o local y que deriva su autoridad o fuerza vinculante de la voluntad de todas las naciones o por lo menos de muchas naciones. Resalta el autor que incluyó "muchas" porque difícilmente se encontrará un derecho común a todas las naciones con excepción del derecho natural[177].

Para Grocio, podríamos resumir, el derecho internacional tenía dos fuentes principales: (i) aquellos principios deducibles de la naturaleza, intrínsecos del ser humano y necesarios para la sociedad (*ex principiis homini internis necesario profluit*)[178], que constituyen el derecho natural, que son inmutables y fácilmente sistematizados por ser siempre iguales (lo que hoy

---

[174]Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Edición de Stephen Neff. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, xxxv. En un sentido más crítico de la escuela positivista del derecho internacional: VEC, Miloš. 'Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myht of Positivism'. In: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 133: "Their starting point was mostly the assumption that international law was a juridical system of norms. As we all know, not all scholars shared this view. Some nineteenth- century authors claimed that the interpower- normativity was not based on law, but on the mere morality of States; others saw its source in domestic law, not in international legal normativity. Among this academic minority were such eminent lawyers as Gustav Hugo, Georg Friedrich Puchta, John Austin, theologians as Thomas Rutherforth, but also philosophers John Stuart Mill, or Georg Friedrich Wilhelm Hegel. This group— often labelled as 'deniers' of international law— was heterogeneous, and generalizations are hard to make".

[175] Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Edición de Stephen Neff. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, xxxii.

[176] *Ibíd.,* 28–29.

[177] Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Edición de Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, libro 1, cap. 1, ¶ XIV, 162–163.

[178] *Ibíd., Prolegomena* a la primera edición de *De jure belli ac pacis*, 1748–1749.

podríamos denominar principios generales del derecho); y (ii) la práctica y costumbre de los Estados que surge como consecuencia de su ejercicio soberano del consentimiento común o la voluntad (que hoy podríamos denominar derecho consuetudinario)[179]. Todo esto sin desconocer la importancia de los acuerdos especiales entre Estados que surgían como resultado del ejercicio del libre albedrío de sus soberanos. Para Grocio, la idea de derecho internacional surgía de una gran verdad: "todo es inseguro tan pronto abandonamos el derecho"[180]. Por eso para él: "[s]i ninguna comunidad puede preservarse a sí misma sin normas (como Aristóteles argumentó con su famoso ejemplo de los bandoleros), la comunidad que todos los seres humanos, o una multiplicidad de naciones, construyen entre sí ciertamente requiere normas"[181].

En cuanto al principio de subsidiariedad, aunque Grocio no habla explícitamente de lo que hoy en día conocemos como tal, ya que se trata de un concepto que será cristalizado siglos después, sí se logran identificar en distintas partes de *iure belli ac pacis* discusiones que evidencian una referencia embrionaria sobre la subsidiariedad, como lo expusimos en un capítulo anterior. En el prolegómeno a la primera edición de los tres libros que conforman su tratado, Grocio resalta que, así como el derecho municipal al interior de cada Estado busca el beneficio de este, también entre todos o al menos para la mayoría de ellos, existe un derecho acordado por el consentimiento común, que no busca el beneficio de un Estado en particular sino el de todos[182]. Criticaba la estigmatización que el filósofo escéptico Carnéades hizo de la justicia, "pues, al igual que un ciudadano no es irracional si obedece la ley civil de su Estado, aunque para ello tenga que renunciar a algún beneficio personal, una nación no es irracional si no persigue su propio interés a expensas de las leyes comunes de las naciones"[183]. Resaltaba, citando los discursos políticos de Temistio, como "los reyes que se rigen por las normas de la sabiduría no se preocupan exclusivamente por la nación a ellos asignada sino por toda la raza humana"[184].

---

[179] Ver Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Edición de Stephen Neff. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, prólogo, 9 y 12. Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Edición de Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, discurso preliminar, ¶ XL–XLI, 111–112.
[180] Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Edición de Richard Tuck. Indianápolis: Liberty Fund, 2005, *Prolegomena* a la primera edición de *De jure belli ac pacis*, 1751.
[181] *Ibíd.*
[182] Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Edición de Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, discurso preliminar, ¶ XVIII, 94.
[183] I*bíd., Prolegomena* a la primera edición de *De jure belli ac pacis*, 1750.
[184] *Ibíd.,* 1752.

Grocio desarrolló en su obra un concepto fuerte de soberanía, amparada en los principios que emergen del derecho natural. Parte de un precepto general y básico a la hora de analizar la intervención de un Estado en los asuntos de otro: "Por naturaleza, todos son los defensores de sus propios derechos, por esa razón nos han dado manos"[185]. Reconoce que se puede intervenir en favor de otros, pero siempre bajo estrictas limitaciones. En su segundo libro, establece que es posible, aunque no deseable, la intervención en los asuntos de otro Estado, pero solo en aquellos casos en que se hayan contravenido los principios básicos de la ley natural. Lo hombres, resalta el autor holandés referenciando a Séneca, para ayudarse los unos a los otros[186].

Finalmente, Grocio no creía en la idea de un procedimiento judicial que pudiese establecer la justicia entre los Estados, porque distinto a lo que pasa con los ciudadanos dentro de un Estado, que no tienen los medios para defenderse de sus acciones, los Estados —que sí cuenta con todos los medios para defenderse y garantizar su bienestar— no necesitan de esa forma de justicia similar a la desarrollada en las cortes nacionales[187]. En contraste, si creía en el uso de la posición dominante de aquellos Estados con más poder, pero nunca más soberanía, en el marco de alianzas, para mediar en las discusiones que existieran entre los Estados que la conforman[188].

Como hemos visto hasta ahora, Cicerón, Vitoria, Gentili y Grocio contribuyeron a la conceptualización del derecho internacional, a la identificación de sus fuentes dándole una prevalencia particular a los principios generales derivados del derecho natural y por ende autoevidentes e inmutables, y, por supuesto, a sembrar las semillas de la subsidiariedad como un principio estructural del derecho transnacional. Sin embargo, aunque todos los anteriores son considerados padres del derecho internacional, muchos autores coinciden en que es la obra *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio* de Richard Zouch,

---

[185] Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Edición de Stephen Neff. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, libro 1, cap. 5, n. 1, 77. Ver Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Edición de Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, libro 1, cap. 5, 384.
[186] Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Edición de Richard Tuck. Indianapolis: Liberty Fund, 2005, libro 2, cap. XXV.
[187] *Ibíd.,* discurso preliminar, ¶ XXII, 97.
[188] Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Edición de Stephen Neff. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, libro 1, cap. 3, n. 21, 62–63.

publicada en 1650, el primer manual que comprende en su totalidad y de una manera sistemática el derecho de las naciones[189].

En la mencionada obra, desde la introducción dirigida a sus lectores, Zouche —quien expresamente hace referencia a los trabajos de Gentili y Grocio— deja claro que su propósito será "mostrar los fundamentos de Derecho y Procedimiento de acuerdo con el principio de la comunidad humana, establecidos en primer lugar, en los principios generales del derecho para una comunidad en general"[190]. (*Author Elementorum Jurisprudentiae pro ratione Communionis, humanae, Juris & Judicii fundamenta exhibere instituens; primum pro Comunione in genere, Juris & Judicii principia generalia*)[191]. Es decir, encontrar aquellos principios generales que rigen las relaciones entre las naciones, en sus distintas esferas, comercial, política, de guerra y paz, de propiedad, entre otros.

Para Zouche, el Derecho de las Naciones, es ese conjunto de normas reconocidas por todos los pueblos, como resultado de la existencia de una razón natural establecida entre todos los hombres y respetada así por todos ellos. Tenía dos fuentes principales, aquello que era de uso común por todos los hombres en distintos lugares del mundo en el marco de las relaciones al interior de sus territorios; y aquello que se observaba como común en el trato entre distintos príncipes o pueblos de distintas naciones. Ese derecho que se aplica en la relación entre los príncipes o las naciones es lo que Zouche llamará "Jus inter-Gentes"[192].

---

[189]Nussbaum, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. ed. rev. New York: The Macmillan Company, 1954, 166: "Zouche was the first author to undertake a systematic treatment of the entire field of international law". Ver von Ompteda, Dietrich H. L. F. *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*. Johann Leopold Montags sel. Erben, Regensburg, 1785, 252, ¶ 64. Erskine Holland, Thomas. "Introduction". En: Zouche, Richard. *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Traducción de Thomas Erskine Holland. Vol. I. Washington D. C.: Carnegie Institution of Washington, 1911, xiii. Haggenmacher, Peter. "Sources and Ius Gentium revisited by theologians – Ius Naturae and Ius Gentium revisited by theologians". En: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 45–46.

[190] Zouche, Richard. *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Traducción de Thomas Erskine Holland. Vol. II. Washington D. C.: Carnegie Institution of Washington, 1911, vii.

[191] Zouche, Richard. *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Traducción de Thomas Erskine Holland. Vol. I. Washington D. C.: Carnegie Institution of Washington, 1911.

[192] Ibíd., parte I, 1- 2, ¶ 1: "Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque *jus gentium*, quasi quo jure omnes gentes utuntur, inquit Gaius jurisconsultus, estque primum, quo singularum gentium populi communiter inter se utuntur: ut porro apud singulos homines alii liberi, alii servi; res aliae communes, aliae in privato dominio; personae alii ex contractibus, alii ex delictis obligati censentur. Deinde, quod inter principes vel populos diversarum gentium communiter intercedit, cum ex hoc jure, uti refert Gaius jurisconsultus, gentes discretae sunt, regna condita, commercia instituta, et denique bella introducta.

El Jus inter-Gentes de Zouche, se desarrolla normativamente en los principios que emanan, de manera similar a como fue propuesto por autores que lo precedieron en el derecho natural y en el consenso de los integrantes de la comunidad internacional. En concreto, para el jurista inglés siguiendo a Grocio e incluso usando las mismas palabras[193], un descubrimiento que se deriva del trabajo de los griegos, romanos, religiosos y paganos es que, "cuando muchas personas en momentos y lugares distintos se rigen por el mismo principio, ese principio debe tener una causa universal, que no puede ser otra más que una conclusión correcta que emanan de los principios básicos de la naturaleza o un acuerdo general, en donde el anterior apunta al Derecho Natural y el último al *Jus Gentium"*[194], o Ius inter Gentes, como él lo denominaría, del que, además de los principios, también harían parte como fuentes, las costumbres o prácticas comunes, y "aquello en lo que las naciones, una a una, consienten entre sí, mediante pactos, convenciones y tratados, ya que el compromiso común de la República establece derecho, y el pueblo entero, no menos que los individuos, queda obligado por su propio consentimiento"[195].

Finalmente, en cuanto al aporte de la obra de Zouche al principio de subsidiariedad, en su comprensión de *Jus inter Gentes*, reconoce que éste se construye como consecuencia del ejercicio de poder soberano que ejercen los pueblos o naciones, que tienen la potestad de consentir en un cuerpo normativo común que regula las relaciones entre ellos, pero que al mismo tiempo cobija con su autoridad a los individuos, familias y naciones que hacen parte de ese consenso, de tal manera que se garantiza la actuación en unidad, como una comunidad[196].

Quod est posterioris generis, *jus inter gentes* placet appellare (…)". Se realizaron ajustes menores del texto original en latín para garantizar claridad. Ver Zouche, Richard. *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Traducción de Thomas Erskine Holland. Vol. II. Washington D. C.: Carnegie Institution of Washington, 1911, parte I, sección I, 1, ¶ 1.

[193] Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Edición de Stephen Neff. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 12.

[194] Zouche, Richard. *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Traducción de Thomas Erskine Holland. Vol. I. Washington D. C.: Carnegie Institution of Washington, 1911, parte I, 2, ¶ 1: "Deprehendi possunt, quia cum multi diversis temporibus ac locis idem affirmant, id ad causam universalem referri debeat, quae alia esse non potest quam recta conclusio ex naturae principiis proveniens, aut communis aliquis consensus, è quibus illa jus Naturae indicat, hic jus Gentium".

[195] *Ibíd:* "Deinde, praeter mores communes, pro jure etiam inter Gentes habendum est, in quod gentes singulae cum singulis inter se consentiunt, utpote per pacta, conventiones et foedera, cum communis reipublicae sponsio legem constituat, et populi universi, non minus quam singuli, suo consensu obligentur".

[196] *Ibíd:* "Deinde hoc Jus inter Gentes obtinet inter eas gentes aut populos, penes quos est imperium, vel universalis et summa potestas de iis quae ad communionem inter gentes, tum in pace, tum in bello spectant, decernendi; quia hujusmodi imperio singulae personae, familiae, et gentes in unum corpus rediguntur, unde omnes idem velle et

En esta sección hemos hecho un recuento de la historia inicial de la concepción de fuentes del derecho internacional, con una centralidad en la idea de principios generales del derecho y la identificación, en el marco de esta tarea, de algunas ideas embrionarias que lo que hoy podemos trazar hacia la constitución de un concepto de subsidiariedad. El propósito de esto es comprende el orden de magnitud de lo que significan y han significado desde sus inicios los principios generales para esta rama del derecho, buscando razones históricas del por qué es importante establecer con claridad que el principio de subsidiariedad, además de ser estructural para la consolidación de un modelo de gobernanza multinivel en el mundo de hoy, es simple y sencillamente un principio general del derecho internacional, con todo lo que ya empezamos a vislumbrar, eso significa.

En esa tarea de identificar algunos rasgos históricos que nos permita entender que son los principios generales del derecho, en su arista de fuentes del derecho internacional, de dónde provienen y las razones que justifican su relevancia; realizamos un recorrido desde la primera obra en la que identificamos una noción de fuente de derecho internacional y de los principios como parte de ellas —Cicerón— hasta el trabajo sistemático y sintético de Zouche, lo cual nos ha permitido llegar a cuatro conclusiones que consideramos relevantes para los fines generales de este trabajo: (i). Un marcado origen del derecho internacional en aquello que era común a todos los pueblos, a todas las naciones, a todas las personas, logrando identificar una identidad entre *el ius gentium* y el posterior derecho de gentes, con el derecho natural, como aquello que nos rige a todos porque posee una fuente más alta que el acuerdo o la voluntariedad de los integrantes de las comunidades políticas: la naturaleza. (ii). Una necesidad de concebir un sentido de comunidad internacional en donde las obligaciones provienen directamente de esa inmutabilidad del derecho natural, entendiendo que los acuerdos y la práctica común entre las naciones también son fuentes, pero limitadas por esos principios básicos e inmutables que emanan del derecho natural. Estos orígenes justifican la idea de muchos autores del derecho internacional de reconocer las normas de ius cogens como una aplicación moderna de principios

facere intelliguntur. Multi vero, seu plures homines extra imperium, quorum unusquisque habet propriam voluntatem, non ut populus, sed ut personae singulae agunt, ita ut quot sint homines, tot sint actiones; atque aliquis in illa multitudine existens, si iis quae facta sunt non consenserit, neque opem tulerit, non fecisse censendus est".

generales derivados del derecho natural[197]. (iii). Los principios generales, derivados del derecho natural, son una fuente del derecho y por lo tanto parámetro de control para las demás acciones y obligaciones que surjan como resultado del relacionamiento entre los Estados. Finalmente, (iv) Aunque no se desarrolla todavía en este periodo de la historia del derecho internacional un concepto claro de subsidiariedad, si se empiezan a denotar algunas características de lo que hoy entendemos como ese principio, por ejemplo la idea de necesidad de interacción entre un nivel local y uno internacional, o la resistencia para reconocer que una autoridad superior pueda juzgar a las naciones como funciona en el caso de los individuos, sin perjuicio de que un Estado en concreto pudiera liderar las acciones de un grupo de estados propendiendo por un fin común y eso le permitiera a ese Estado, hacer cumplir los compromisos comunes.

Siguiendo con esta línea de análisis, pasaremos ahora a describir, con sentido crítico, la manera como el concepto de principio como fuente del derecho internacional, fue evolucionando hasta convertirse en una fuente principal de esta rama del Derecho.

2.2 La evolución del concepto de principio general del derecho como fuente del derecho internacional: el aparente abandono del derecho natural por el positivismo del Siglo XIX

Como pudimos ver en el análisis que hicimos en el acápite anterior, una de las características de los orígenes del concepto de derecho de gentes era su marcada influencia iusnaturalista, asociada a la motivación de sus principales promotores por tener un derecho de alcance y aplicación universal. No es precipitado afirmar que, en los comienzos del derecho internacional, la postura

[197] Janis, Mark. *An Introduction to International Law*. 4.ª ed. New York: Aspen Publishers, 2003, 62–67. "Rather close to natural law is the notion of *jus cogens*, compelling law. (…) It makes better sense to view *jus cogens* as a modern form of natural law, a viewpoint supportedboth in history and by function. (…) *Jus cogens* is a legal emanation that grew out of the naturalist school, from those who were uncomfortable with the positivists' elevation of the state as the sole source of international law". Ver Verdross, Alfred von. "Forbidden Treaties in International Law: comments on Professor Garner's report on 'The Law of Treaties'". *American Journal of International Law* 31, no. 4 (octubre de 1937): 571–577. En este artículo Verdross, aunque pupilo de la escuela positivista de Kelsen, reconoce que no puede existir tratados que vayan en contra de principios generales como el de *contra bonos mores.* Verdross, Alfred. "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law". *American Journal of International Law* 60, no. 1 (enero de 1966): 56. Escrito 30 años después como una segunda parte de su artículo de 1937, en él Verdross resalta la importancia para el concepto de ius cogens del derecho necesario de la escuela ius naturalista en contraste con el de derecho voluntario del positivismo. Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 322–325. Cassese, Antonio. *International Law*. 2.ª ed. New York: Oxford University Press, 2005, 198 y ss.

iusnaturalista y el afán por encontrar un derecho aplicable a todos los seres humanos eran dos caras de una misma moneda. Por esta razón, para los "padres del derecho internacional" la generalidad y sentido abstracto de los principios del derecho, resultaron ser la herramienta idónea para incorporar máximas originadas en el derecho natural que limitaran el consentimiento de las naciones y sus soberanos.

En coherencia con lo anterior, uno de los principales autores de la filosofía y el derecho internacional del Siglo XVII, cuya obra sirve de puente para entender las tensiones que surgirían en el siguiente Siglo con la influencia del positivismo, fue el suizo Emer de Vattel, quien desde el título de su obra permite entrever la relación, evidenciada desde los ya mencionados orígenes del Ius Gentium, entre el derecho natural, los principios generales y la vocación universalizante de un derecho aplicable a todas las naciones. El título de la obra seminal de Vattel publicada en 1758: "*Le droit des gens. Ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite & aux affaires des nations & des souverains* (El Derecho de Gentes, o Principios de la ley natural aplicable a la conducta y los asuntos de las Naciones y de los Soberanos), demuestra la importancia de los principios derivados del derecho natural para la construcción del carácter normativo del derecho internacional.

El jurista suizo, influenciado por la obra del filósofo alemán Christian Wolff —cuya obra estudió, tradujo y comentó durante los primeros tres años de su estancia en Neuchâtel[198]— compartía con él una preocupación muy propia del racionalismo filosófico de la época: cómo transformar el derecho internacional en una ciencia. De ahí que, para él, el propósito de su trabajo fuera "establecer los fundamentos sólidos para los derechos y obligaciones de las

[198] De Vattel, Emer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*. Edición de Béla Kapossy y Richard Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, prefacio, 13: "Although my work be very different from his [Wolff] (as will appear to those who are willing to take the trouble of making the comparison), I confess that I should never have had the courage to launch into so extensive a field, if the celebrated philosopher of Halle had not preceded my steps, and held forth a torch to guide me on my way". Kapossy, Béla y Whatmore, Richard. "Introduction", x–xi. En: De Vattel, Emer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*. Edición de Béla Kapossy y Richard Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund, 2008. Para más análisis sobre la relación de Wolff y Vattel, ver Chetail, Vincent. "Vattel et la sémantique du droit des gens: une tentative de reconstruction critique", 418–423. En: Chetail, Vincent y Haggenmacher, Peter (eds.). *Vattel's international law in a XXIst century perspective / Le droit international de Vattel vu du XXIe siècle*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.

naciones"[199], comenzando por definir este derecho en los siguientes términos: "[e]l Derecho de las Naciones es la ciencia que enseña cuales son los derechos que emergen entre las naciones o estados y las obligaciones correspondientes a esos derechos"[200].

Al igual que Wolff, quien siguiendo el modelo dualista promovido por Grocio hace la distinción entre un derecho de las naciones necesario y otro voluntario[201], Vattel consideraba que el Derecho de las Naciones estaba dividido en dos: (i) el derecho necesario (natural), que consistía en la aplicación del derecho natural a las naciones y que precisamente era considerado necesario por ser inmutable y porque las naciones estaban absolutamente obligadas a observarlo. Servía como parámetro de control, bajo la forma de principios, para determinar si una convención o contrato era válido o para establecer si una costumbre era inocente, razonable, injusta o censurable[202]. (ii) el derecho positivo de las naciones, conformado por tres tipos de derecho que al mismo tiempo constituyen los únicos modos para deducir algún tipo de normas de la voluntad de las naciones: el voluntario, el convencional y el consuetudinario; que tienen en común —como ya se aclaró— que los tres dependen de la voluntad (*will*) de las naciones expresada en formas distintas, el voluntario a través del consentimiento presunto, el convencional de su consentimiento expreso y el consuetudinario de su consentimiento tácito[203].

Sin embargo, a pesar de sus similitudes conceptuales, Vattel se separa de Wolff en la justificación que este último daba de la existencia del derecho internacional como aquel que

---

[199] De Vattel, Emer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*. Edición de Béla Kapossy y Richard Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, 67.
[200] Ibíd. Una definición casi idéntica a la realizada por Wolff: Wolff, Christian. *The Law of Nations Treated According to the Scientific Method*. Traducción de Joseph H. Drake. Edición de Thomas Ahnert. Carmel, IN: Liberty Fund, 2017, prolegómenos, 12.: "By the Law of Nations we understand the science of that law which nations or peoples use in their relations with each other and of the obligations corresponding thereto".
[201] Ver Wolff, Christian. *The Law of Nations Treated According to the Scientific Method*. Traducción de Joseph H. Drake. Edición de Thomas Ahnert. Carmel, IN: Liberty Fund, 2017, prolegómenos, 14 (¶ 4), 25 (¶ 22).
[202] De Vattel, Emer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*. Edición de Béla Kapossy y Richard Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, 70.
[203] *Ibíd.,* 78.

regulaba a un Estado Supremo (*civitas maximae*) en el que se agrupaban los demás Estados, como los individuos se unen para formar las naciones[204]. Según Wolff:

> "Se entiende que todas las naciones se han unido en un Estado, cuyos miembros separados son naciones separadas o Estados individuales. Porque la naturaleza misma ha establecido la sociedad entre todas las naciones y las obliga a preservarla, con el fin de promover el bien común mediante sus poderes combinados. Por lo tanto, puesto que una sociedad de hombres unidos con el propósito de promover el bien común mediante sus poderes combinados, es un estado, la naturaleza misma ha combinado las naciones en un estado"[205].

El vínculo de los Estados individuales al Estado Supremo de Wolff implicaba que este último podía emitir normas, directrices obligatorias y ejercer el derecho de coaccionar a aquel que no las cumpliera en aras del bien común[206]. Ese derecho voluntario acordado por los integrantes del supraestado, no existía como resultado de la voluntad de las partes sino anclado a una serie de principios que los fundamentan, que son inmutables y no se dejan a merced de las costumbres y actuaciones de los estados miembros, si no que se entiende que sobre ellos ya existe un cierto consenso universal[207].

Vattel manifiesta diferir completamente de la idea de una gran república (civitas maximae) propuesta por Wolff y, más aún, de que la membresía de los Estados a esa gran república sea el fundamento del derecho de las naciones denominado voluntario, como si se tratara del derecho civil local pero aplicable a la sociedad de naciones. Para el autor suizo esa ficción de una república que una a todas las demás en un Estado Supremo, superior a todos los demás, resultaba inadmisible en sí misma e incapaz de "proporcionar bases suficientemente sólidas sobre las que construir las reglas del derecho universal de gentes que necesariamente reclamarán la obediente aquiescencia de los estados soberanos. No reconozco otra sociedad

---

[204]Wolff, Christian. *The Law of Nations Treated According to the Scientific Method*. Traducción de Joseph H. Drake. Edición de Thomas Ahnert. Carmel, IN: Liberty Fund, 2017, prolegómenos, 18 (¶ 10): The state, into which nations are understood to have combined, and of which they are members or citizens, is called the supreme state.
[205] *Ibíd.,* prolegómenos, 17 (¶ 9).
[206] *Ibíd.,* prolegómenos, 18–27 (¶¶ 11–26).
[207] Ver, Ibíd, prolegómenos, 25 (¶ 22).

natural entre las naciones que la que la naturaleza ha establecido entre la humanidad en general"[208].

De lo anterior, se puede concluir que Vattel dio paso al siglo XIX con una visión de derecho de las naciones dualista (natural y positiva), pero profundamente principalista, evidenciado en el uso en su trabajo de aquella parte de la obra de Wolff que le resultaba "más digno de atención, especialmente las definiciones y los principios generales"[209]. Afirmaba estar satisfecho con que su escrito se limitara a "exponer las reglas y principios generales que el derecho de la naturaleza proporciona para orientar a los soberanos a este respecto"[210]. Consideraba que era la tarea de establecer esos principios generales del derecho lo que correspondía a un tratado (en el sentido de obra de producción académica y no de acuerdo internacional) sistemático sobre el derecho de gentes, toda vez que el detalle particular de los diversos tratados/acuerdos y costumbres de los diferentes Estados era una tarea que le correspondía a la historia y no la fundamentación jurídica de la cual él era exponente[211].

Aunque existían puntos esenciales de discrepancia entre la obra de Wolff y la de Vattel, los dos escritores del siglo XVIII compartían un rasgo común a todos los autores que hemos estudiado hasta este punto: producto de su concepción predominantemente iusnaturalista del derecho internacional, consideraban que el derecho entre las naciones tenía las mismas características y elementos que el derecho local con respecto a los individuos, es decir, que respetaba las mismas lógicas contractualistas en su creación, así como los individuos se unían y accedían a la creación de unos derechos civiles a cambio de la protección y bienestar derivados del Estado, las naciones también se integraban en una comunidad y accedían ceder parte de su soberanía para alcanzar sus fines y el bien común. De igual forma, así como los individuos conformaban comunidades políticas producto de su ontológica sociabilidad, al ser conformados por individuos, los Estados también se asociaban entre sí producto de esa sociabilidad. Finalmente, si existen unas máximas aplicables a todos los seres humanos, al ser las naciones

---

[208] De Vattel, Emer. *The Law of Nations, Or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*. Edición de Béla Kapossy y Richard Whatmore. Indianapolis: Liberty Fund, 2008, prefacio, 14.
[209] Ibíd., prefacio, 13.
[210] *Ibíd.,* prefacio, 17.
[211] Ver, *Ibíd.*

una asociación de seres humanos, esas mismas máximas en forma de principios, también les serían aplicables.

Esa homologación automática de lo individual a lo estatal es lo que en la literatura ha sido denominado la 'analogía doméstica', resumida por Koskenniemi como, asumir "que los principios que consideraban válidos en las relaciones interindividuales podían, en general, ser aplicables a las relaciones interestatales"[212]. El concepto fue acuñado por Hedley Bull, quien desde el contractualismo de Hobbes realiza un análisis crítico frente a la manera en que se aplican los conceptos propios de las personas naturales a las personas morales en aras de la universalización del derecho. De acuerdo con Bull, la 'analogía doméstica' es:

> "[E]l argumento de la experiencia de los individuos en la sociedad doméstica a la experiencia de los estados, según el cual los Estados, como los individuos, son capaces de una vida social ordenada sólo si, como en la frase de Hobbes, están bajo el temor de un poder común. En el caso del propio Hobbes y de sus sucesores, la analogía doméstica adopta simplemente la forma de la afirmación de que los Estados o príncipes soberanos, como los individuos que viven sin gobierno, se encuentran en un estado de naturaleza que es un estado de guerra. Ni Hobbes ni otros pensadores de su escuela consideran que deba o pueda producirse un contrato social de Estados que ponga fin a la anarquía internacional. Por el contrario, en el pensamiento de quienes miran para delante —o para atrás— hacia un gobierno universal o mundial, la analogía doméstica se lleva más allá, abarcando no sólo la concepción de un estado de naturaleza, sino también la de un contrato social entre Estados que reproducirá las condiciones de orden dentro del Estado a escala universal"[213].

---

[212] Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, 89.

[213] BULL, Hedley. The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics. 4th Ed. Palgrave Macmillan. p. 44: "[T]he argument from the experience of individual men in domestic society to the experience of states, according to which states, like individuals, are capable of orderly social life only if, as in Hobbes's phrase, they stand in awe of a common power. In the case of Hobbes himself and his successors, the domestic analogy takes the form simply of the assertion that states or sovereign princes, like individual men who live without government, are in a state of nature which is a state of war. It is not the view of Hobbes, or other thinkers of his school, that a social contract of states that would bring international anarchy to an end either should or can take place. By contrast, in the thinking of those who look forward – or backward – to a universal or world government, the domestic analogy is taken further, to embrace not only the conception of a state of nature but also that of a social contract among states that will reproduce the conditions of order within the state on a universal scale".

Lassa Oppenheim, positivista alemán de finales del Siglo XIX y comienzos del XX, sentenció en el marco de su definición de derecho internacional, centrada en las fuentes consuetudinarias y convencionales vinculantes para los Estados civilizados como consecuencia de su relacionamiento[214], el sentido de lo que daría origen al fenómeno de la 'analogía domestica' en el derecho internacional, afirmando que, "[el] Derecho de las Naciones es un derecho para el relacionamiento de los Estados entre sí, no es un derecho para los individuos"[215].

Como reacción a esa idea de un derecho internacional de alcance universal, surge la contrapropuesta del iuspositivismo con un enfoque centrado en el derecho europeo de gentes[216], que no pretendía tener un alcance global a través del derecho natural, pues entendía que, al ser el resultado de la construcción formal entre los Estados, para ser verdaderamente derecho tenía que ser el resultado de su voluntariedad. Ese rechazo al universalismo iusnaturalista de los siglos anteriores de evolución del derecho internacional, fue evidenciado por uno de los mayores exponentes de la escuela positivista del Derecho Internacional en los Estados Unidos de América, Henry Wheaton, quien en su obra *Elements of International Law* de 1836 exponía: "¿Existe un Derecho de las Naciones uniforme? Ciertamente no existe el mismo para todas las naciones y Estados del mundo. El derecho público, con ligeras excepciones, se ha limitado siempre, y se sigue limitando, a los pueblos civilizados y cristianos de Europa o a los de origen europeo"[217].

---

[214] Oppenheim, Lassa F. L. *International Law – A Treatise*. Vol. 1 – *Peace*. London: Longmans, Green, and Co., 1905, 3 (¶ 1).
[215] *Ibíd.,* 4 (¶ 1).
[216] Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš. "The Birth of International Law as a Legal Discipline in the 19th Century". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law – The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, XIV: "However, 19th century International Law remained a European Law. It could only be a positive law if it were the law of those populations who shared the same form of government, the same history and the same moral tradition". Vec, Miloš. "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism". En: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 122: "The European Law of Nations became the global standard and was adopted by scholars all over the world".
[217] Wheaton, Henry. *Elements of International Law*. 6.ª ed. Introducción de William Beach Lawrence. Boston: Little, Brown and Company, 1855, 16: "Is there a uniform law of nations? There certainly is not the same one for all the nations and States of the world. The public law, with slight exceptions, has always been, and still is, limited to the civilized and Christian people of Europe or to those of European origin".

Lo anterior es coherente con el pensamiento filosófico de la época, comandado por figuras tan prominentes como G.W.F. Hegel, quien, con respecto al derecho internacional, establece las bases del positivismo, el abandono del universalismo, y lo más importante, del derecho natural como fundamento último de los principios que rigen a los Estados. Afirmaba Hegel en su obra de 1821:

> "Las naciones europeas [*Nationen*] forman una familia con respecto al principio universal de su legislación, costumbres y cultura [*Bildung*], de modo que su conducta en términos de derecho internacional se modifica en consecuencia en una situación que, por lo demás, está dominada por la imposición mutua de perjuicios [*Übeln*]. Las relaciones entre los Estados son inestables y no existe un pretor que dirima los litigios; el pretor superior es simplemente el espíritu universal que tiene ser en sí y para sí, es decir, el espíritu del mundo"[218].

Nehal Bhuta analiza esta frase de Hegel, en el marco de su comentario al capítulo 12 del libro de Martti Koskenniemi *To the Uttermost Parts of the Earth,* titulado *The End of Natural Law* (el final del derecho natural)[219], en el que el internacionalista finlandés plantea la decadencia del derecho natural en el Siglo XIX y su transformación en otras disciplinas del derecho. Concluye Bhuta que, en ese periodo de la historia, gracias a la influencia de la filosofía positivista, "civilización, en lugar de una sabiduría estatal (*Staatsklugheit*) derivada del derecho natural, se convierte en el verdadero fundamento del derecho internacional"[220]. Lo que Hegel llamaba "derecho público externo" (el derecho que surge entre los Estados), resaltan Bhuta y Koskenniemi, encuentra su validez exclusivamente en la delgada vida ética establecida por aquellos países que compartían los valores y principios propios de una civilización común.

---

[218] Hegel, G. W. F. *Elements of the Philosophy of Right*. Edición de Allen Wood. Traducción de H. B. Nisbet. Cambridge: Cambridge University Press, 1991 (1.ª ed.), 2003 (8.ª reimpresión), 371 (¶ 339).
[219] Koskenniemi, Martti. *To the Uttermost Parts of the Earth*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, 873–951.
[220] Bhuta, Nehal. "'Like a Tree in the Garden of State Sciences': From Staatswissenschaften to External Public Law: Chapter 12: The End of Natural Law: German Freedom 1734–1821." *European Journal of International Law* 32, no. 3 (agosto de 2021): 1040.

En el mismo sentido, sobre la obra de Georg Friedrich von Martens, considerado de manera uniforme como uno de los más destacados representantes del positivismo cuyo trabajo representa un punto de quiebre de la era del derecho natural a la del positivismo en el derecho internacional[221] y a quien Vec denomina el padre del positivismo[222]; explica Arthur Nussbaum que la idea de: "un derecho positivo de las naciones universal, (…) no es para nada realista; solo un derecho natural puede ser universal"[223], evidenciando así el interés del positivismo de abandonar la idea derecho internacional universal en cuanto iusnaturalista.

La visión positivista del derecho internacional que se empezaba a gestar en el Siglo XIX, estaba altamente motivada por la intención de transformar esta área del derecho en una ciencia, despojándola de la moral, la política y alejándola de la filosofía. Esa llamada 'modernización' de la ahora ciencia del derecho internacional —que para muchos fue originada formalmente como disciplina científica en la segunda mitad de ese siglo[224]— tenía como punto de partida la incorporación de "una nueva técnica enfocada principalmente en las fuentes históricas, los tratados y la costumbre, en lugar de la eternidad del derecho natural"[225].

Esa —hasta el momento algo novedosa— centralidad en las fuentes derivadas del consentimiento de los Estados, más que en las provenientes del derecho natural, generaría un

---

Koskenniemi, Martti. "Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and Modern International Law". *Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory* 15, no. 2 (junio de 2008): 190: "In conventional histories, Martens is uniformly presented as a leading "positivist" and a turning point from the era of natural law to "positivism" in international law". Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš. "The Birth of International Law as a Legal Discipline in the 19th Century". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law – The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, X: "Georg Friedrich von Martens, founder of the modern "positivist" tradition of the discipline (…)".

[222] Vec, Miloš. "Principles in 19th century international law doctrine". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law – The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, 211.

[223]Nussbaum, Arthur. *A Concise History of the Law of Nations*. ed. rev. New York: The Macmillan Company, 1954, 182: "A universal positive law of nations, he asserts [von Martens], has no reality at all; only a natural law would be universal".

[224]Ver Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš. "The Birth of International Law as a Legal Discipline in the 19th Century". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law – The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, XV: "Yet pursuing the objective to understand how International Law has become an autonomous discipline, all the themes afforded referred directly or indirectly to the theoretical frame of 19th century legal culture. In this period every legal discipline referred to a specific object with a specific method. Thus it became an autonomous system unified by definite rules that linked its propositions and was able to produce new scientific principles".

[225] Vec, Miloš. "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism". En: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 129.

rechazo tan fuerte por este último en las filas del positivismo de la segunda mitad del Siglo XIX y comienzos del XX[226], que dividió en dos bandos a los defensores de esta corriente iusfilosófica, aquellos autodenominados 'verdaderos positivistas' y los que podríamos denominar positivistas blandos o lo que muchos años después Waluchow llamaría positivistas inclusivos[227]. Un claro ejemplo de esto es la conclusión a la que llegó Oppenheim, evidenciando una fuerte influencia de Austin en su obra:

> "A partir de los años setenta del siglo la influencia generada por la decadencia de la teoría del derecho natural se hace visible en los tratados sobre el Derecho de las Naciones, por lo que hacen su aparición verdaderos tratados positivistas. Esto, debido a que el Positivismo de Zouche, Bynkershoek, Martens, Klüber, Heffter, Phillimore y Twiss no era un verdadero Positivismo, pues estos autores reconocían un Derecho Natural de las Naciones, aunque no hacían mucho uso de él. El verdadero Positivismo debe evitar por completo el Derecho natural de las Naciones. Hoy sabemos que no existe un Derecho natural. Así como la llamada Filosofía Naturalista tuvo que dar paso a una verdadera ciencia natural, el Derecho de la Naturaleza tuvo que dar paso a la jurisprudencia, o filosofía del derecho positivo. Sólo un Derecho positivo de las naciones puede ser una rama de la ciencia del Derecho"[228].

---

[226] Un ejemplo del positivismo radical que rechazaba el derecho natural, sin negar su existencia, era la obra de la primera mitad del siglo XX del holandés Jan Kosters, quien sólo consideraba que el derecho natural podía ser considerado en el derecho internacional, en cuanto este no contradijera el derecho positivo acordado por los Estados. Kosters, Jan. *Le fondements de droit du gens*. Leiden: E. J. Brill, 1925, 259: "(…) n'admet comme droit des gens que les seules regles, au sujet desquelles il existe réellement un consentement -fut-il présumé- entre les Etats, et qui, dans cette sphere de droit, ne reconnait d'influence aux considérations de droit naturel -justice, équité, nature de choses, etc.- que pour autant qu'elles ne sont pas contraires aux regles de droit positif". (sólo acepta como derecho de gentes las normas sobre las que existe un consentimiento real -aunque sea presunto- entre los Estados y que, en este ámbito del derecho, sólo reconoce la influencia de consideraciones de derecho natural -justicia, equidad, naturaleza de las cosas, etc.- en la medida en que no sean contrarias a las normas de derecho positivo).

[227] Ver Waluchow, W. J. *Inclusive Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

[228] Oppenheim, Lassa F. L. *International Law – A Treatise*. Vol. 1 – *Peace*. London: Longmans, Green, and Co., 1905, 92 (¶ 59): "From the seventies of the century the influence of the downfall of the theory of the Law of Nature becomes visible in the treatises on the Law of Nations, and therefore real positivistic treatises make their appearance. For the Positivism of Zouche, Bynkershoek, Martens, Klüber, Heffter, Phillimore and Twiss was no real Positivism, since these authors recognized a natural Law of Nations, although they did not make much use of it. Real Positivism must entirely avoid a natural Law of Nations. We know nowadays that a Law of Nature does not exist. Just as the so-called Natural Philosophy had to give way to a real natural science, so the Law of Nature had

Lo anterior pareciera ser coherente con la conclusión a la que llega Anthony Carty cuando se cuestiona acerca de si el derecho internacional realmente se convirtió en una ciencia al final del Siglo XIX, afirmando: "[c]reo que es probablemente indiscutible que normalmente la constitución del derecho internacional como ciencia a finales del siglo XIX se interpreta como el abandono del derecho natural, su eliminación del pensamiento sobre el derecho internacional. El derecho natural se convirtió en *el otro* para los internacionalistas"[229]. De ahí que, Mónica García-Salmones Rovira en su premiado texto *The Project of Positivism in International Law*, dedicara una sección, bajo el título La Caída del Derecho Natural (The Fall of Natural Law), a explicar cómo en este periodo de la historia del derecho internacional, el surgimiento del derecho internacional privado en Francia, el cientificismo alemán y el pragmatismo económico de la época que inspiraba a los dos anteriores, contribuyeron al destierro del derecho natural imponiendo una visión positivista de él[230].

Mónica García-Salmones sustenta su trabajo en un riguroso estudio de autores de la época, destacando visiones como la del formalista Karl Bergbohm quien, coincidiendo con la escuela analítica inglesa, concluía que "una aproximación verdaderamente científica del derecho internacional implica renunciar a las especies de fantasías ofrecidas por el idealismo alemán"[231]. A Bergbohm le preocupaba —afirma García-Salmones— la separación que existía entre la academia y la práctica, concretada en la creación de bellas teorías del derecho internacional que terminaban, para él, produciendo un "derecho científico aristocrático"[232], completamente inoperante para regular las complejidades de la vida práctica. Concluiría el análisis de Bergbohm resaltando que para él el derecho positivo comprendía simplemente aquel derecho

to give way to jurisprudence, or the philosophy of the positive law. Only a positive Law of Nations can be a branch of the science of law".

[229] Carty, Anthony. "Did International Law Really Become a Science at the End of the 19th Century?" En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law – The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, 231: "I think that it is probably uncontested that normally the heralding of international law as a science in the late 19th century is taken to mean the routing of natural law, its elimination from thinking about international law. Natural law has become the other for international lawyers".

[230] Ver García-Salmones Rovira, Mónica. *The Project of Positivism in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 30–35.

[231] *Ibíd.,* 31.

[232] *Ibíd.,* 32.

que surge de cualquier fuente y forma, una necesidad para separar el derecho de las intrusiones del derecho natural, del derecho de la razón y del idealismo jurídico[233].

El arribo de este positivismo radical al derecho internacional, que buscaba, enarbolando las banderas de su transformación científica, alejarlo del derecho natural, de la idea de un fundamento común a todas las naciones preexistente al consentimiento estatal y a la existencia de máximas universalizantes, pareciera indicar que en esta época los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional entraron en crisis, sin embargo, parte de las contradicciones existentes al interior del pensamiento positivista del Siglo XIX en lo que atañe a esta rama del derecho evidenciará que eso no fue así.

El antes mencionado padre del positivismo Georg Friedrich Martens, por ejemplo, ubicado —como afirmaría Bhuta— entre el consensualismo civilizacionista de Hegel para quien la validez del derecho internacional reposaba en los acuerdos comunes europeos y la "revolución copernicana" de Kant, para quien el fundamento de validez en el derecho era la razón, entendida como la autonomía del sujeto[234]; no estaba de acuerdo (Martens) con la 'analogía doméstica' ya que entendía que las diferencias de propósito entre Estados e individuos, generaba que el derecho que regulaba sus actuaciones también tuviese que ser distinto. Para Martens: "las modificaciones que la diversidad del objeto aporta a su aplicación nos obligan a distinguir de nuevo este derecho de gentes (derecho de las naciones) del derecho natural de los individuos"[235].

Sin embargo, aun cuando Martens revindicaba la existencia de un derecho de las naciones separado del derecho natural, no negaba la existencia de este último, ni tampoco de principios generales que consideraba podían extraerse, tanto de dicho derecho natural, como de las convenciones y usos comunes entre los Estados. En ese sentido afirmaba que: "[e]s reuniendo los principios más generalmente seguidos por la mayoría, especialmente por las Grandes

---

[233] Ver, *Ibíd.*
[234] Bhuta, Nehal. "'Like a Tree in the Garden of State Sciences': From Staatswissenschaften to External Public Law: Chapter 12: The End of Natural Law: German Freedom 1734–1821". *European Journal of International Law* 32, no. 3 (agosto de 2021): 1038–1040.
[235] Von Martens, Georg Friedrich. *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*. 2.ª ed. Librairie de Dieterich, Göttingen, 1801, 3: "Mais les modifications que la diversité de l'object apporte a leur application, obligent a distinguer encore ce droit de gens (droit de nations) du droit naturel de individus".

Potencias de Europa, ya sea en virtud de convenciones particulares, expresas o tácitas, uniformes o similares, ya sea en virtud de usos del mismo género, como se forma por abstracción una teoría del derecho de gentes general, positivo, moderno y práctico de Europa"[236]. De ahí que históricamente a Martens se le atribuya el surgimiento de una conceptualización del derecho internacional novedosa para su época asociada con la compilación detallada de prácticas y tratados, de lo cual es evidencia su trabajo más significativo el *Recueil de Traités* (1791)[237], "la colección más importante de tratados, declaraciones y otros actos internacionales que existió hasta la publicación de la *League of Nations' Treaty Series*"[238].

Un caso similar sucede en la obra de Louis Renault, reconocido por Arthur Eyffinger como el fundador del derecho internacional en Francia en muchos aspectos[239], y por James Brown Scott como "el mismísimo oráculo del derecho internacional"[240]. Este célebre diplomático, profesor de *Sciences Po* y de la Universidad de París, y ganador del Premio Nobel de Paz, afirmaba que "la única fuente del derecho internacional positivo es el consentimiento de las naciones, ya que éstas sólo pueden someterse a las normas que han aceptado"[241], sin embargo, reconocía que no se trataba de un voluntarismo ilimitado, sino que éste debía ser atemperado por la razonabilidad derivada del derecho natural. Afirmaba Renault, "[c]on esto no queremos

---

[236] *Ibíd.,* 11–12: "C'est en rassemblant les principes suivis le plus généralement par la plupart, surtout par les Grandes Puissances de l'Europe, soit en vertu des conventions particulières, expresses ou tacites, uniformes ou ressemblantes, soit en vertu des usages du même genre qu'on forme par abstraction une théorie du droit des gens de l'Europe général, positif, modern et pratique".

[237] Von Martens, Georg Friedrich. Recueil des principaux traités d'Alliance, de Paix, de Trêve, de neutralité, de commerce, de limites, d'éxchange etc. conclus par les puissances de l'Europe tant entre elles qu'avec les Puissances etÉtats dans d'autres parties du monde depuis 1761 jusqu'à présent. Tiré des copies publiées par autorité, des meilleurs collections particulières de traités, et des auteurs les plus estimés. Jean Chretien Dieterich, Gottingue, 1791.

[238] Koskenniemi, Martti. "Into Positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and Modern International Law". *Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory* 15, no. 2 (junio de 2008): 195: "The first three volumes came out in 1791 and covered the years 1761 to the date of publication. In 1801 the Recueil was extended to seven volumes with another four to follow the following year. In 1817 Martens began his Nouveau Recueil with yet another four volumes. After his death, the Recueil was edited by several eminent German lawyers so that the third series covered the years 1908– 1944 and consisted of 41 volumes. The total number of volumes in five series arose to 126".

[239] Eyffinger, Arthur. *The 1899 Hague Peace Conference: 'The Parliament of Man, the Federation of the World'*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, 144: "In many respects Renault is the founder of international law in France".

[240] Scott, James Brown. "In Memoriam: Louis Renault." *Proceedings of the American Society of International Law at the Meeting of Its Executive Council* 12/13 (1918): 38: "He was, indeed, although he knew it not, "the very Oracle of international law".

[241] Renault, Louis. *Introduction à l'étude du droit international*. Paris: L. Larose, libraire-éditeur, 1879, 33 (¶ 25).

decir que sea su voluntad la que cree el derecho, y que sean libres de comportarse como les parezca, sin tener en cuenta los preceptos de la razón natural"[242]. Con esa afirmación, el internacionalista francés demuestra su afinidad con la Escuela inglesa analítica de Austin, quien recurrentemente remitirá a la 'naturaleza común de los hombres', valiéndole críticas de autores como Bergbohm que consideraban que los positivistas adscritos a esa línea de pensamiento no eran lo suficientemente científicos[243].

Pareciera ser evidente que el ´positivismo´ del Siglo XIX no logró desplazar del todo el derecho natural del derecho internacional y que fuentes como los principios generales del derecho servirían como puente entre estos dos últimos[244]. Dos aspectos vividos en el contexto europeo de la época: por un lado, las contradicciones resultado de un afán contra-universalista, regionalista europeo si se quiere, y el alcance general (universal) del derecho natural; y por el otro, la motivación que generaba el propósito de construir un derecho internacional científico, libre de moralismos, sustentado en fuentes originadas en la voluntad de los Estados, también estuvieron presentes en la academia latinoamericana del siglo diecinueve. Primero, a través de la obra del célebre y erudito Andrés Bello, autor del primer tratado de derecho internacional escrito en América Latina titulado "Principios de Derecho de Jentes" de 1832 y después con la obra de Carlos Calvo "Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América" publicado en París en 1868.

---

[242] *Ibíd.*

[243] Ver García-Salmones Rovira, Mónica. *The Project of Positivism in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 31.

[244] Kolb, Robert. *La bonne foi en droit international public*. Genève: Graduate Institute Publications, 2000, 28–29 (¶ 54): "[L] la mention des principes généraux de droit dans diverses grandes codifications du droit civil n'a pu manquer d'influencer les internationalistes malgré le progrès du dualisme. Ainsi, l'article 7 du Code civil autrichien de 1811 (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch) prévoyait qu'en cas de lacune dans la loi l'opérateur ait recours à l'analogie, et, à défaut de solution, aux 'principes du droit naturel'. Cette disposition eut une influence certaine. L'article 3 du Code civil italien de 1865 est en tout point correspondant, sauf à parler de 'principes généraux de droit' en lieu et place de l'invocation du droit natural". (La mención de los principios generales del derecho en varias codificaciones importantes del derecho civil no podía dejar de influir en los internacionalistas a pesar del progreso del dualismo. Por ejemplo, el artículo 7 del Código Civil austriaco de 1811 (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*) disponía que, en caso de laguna jurídica, el operador debía recurrir a la analogía y, a falta de solución, a los «principios del Derecho natural». Esta disposición tuvo una influencia definitiva. El artículo 3 del Código Civil italiano de 1865 se corresponde en todos los aspectos, salvo que se refiere a los «principios generales del Derecho» en lugar de invocar el Derecho natural).

En la obra de Bello se lograba identificar un dualismo con arraigo iusnaturalista propio de la escuela grociana, que reconocía la existencia de un derecho de jentes (sic) natural, al que él llamaba primitivo y otro positivo, al que trataba de convencional o arbitrario. Según el jurista de origen venezolano: "Se llama derecho de jentes natural, universal, común, primitivo, el que no tiene otro fundamento que la razón o la equidad natural, y arbitrario, especial, convencional, positivo, el que han formado las convenciones expresas o tácitas, y cuya fuerza solo se deriva mediatamente de la razón, que prescribe a las naciones, como regla de importancia suprema, la inviolabilidad de los pactos (sic)"[245]. El derecho primitivo era para Bellos inmutable y en ese sentido las obligaciones derivadas de él no admitían dispensa alguna[246].El derecho consuetudinario para él saca su valor de las prácticas de las naciones, sobre aspectos que son sujeto de acuerdo para ellas y en ese sentido no reguladas por la ley natural, toda vez que sirven de parámetro de control para los acuerdos entre las naciones: "El derecho introducido por los pactos y la costumbre es al derecho primitivo de jentes lo que el código civil de cada pueblo es a los preceptos y prohibiciones de la lei natural. Especifica, pues, y regulariza lo que en el derecho primitivo era vago y necesitaba de reglas fijas (sic)[247]". Así, establece una relación inescindible para el derecho internacional entre el derecho natural y el derecho positivo, donde "por la vaguedad de las leyes naturales se necesitan reglas específicas [positivas o derecho introducido por los pactos y costumbres] que sirvan para evitar las controversias y dirimirlas"[248].

Con respecto a los principios generales, planteaba una conceptualización muy interesante que evidenciaba la influencia del cientificismo que nutría el contexto académico de la época y en concreto el *jurisprudence* británico de autores como Blackstone, sin perder su concepción naturalista del derecho internacional. Para Bello, "El derecho de jentes no es pues otra cosa que el natural, que, aplicado a las naciones, considera al jénero humano, esparcido sobre la faz de la tierra, como una gran sociedad de que cada cual de ellas es miembro, y en que las unas respecto de las otras tienen los mismos deberes que los individuos de la especie humana entre sí"[249]. Reconocía que era una desgracia que no existiera un código, como el derecho

[245] Bello, Andrés. *Principios de derecho de gentes*. Santiago de Chile: Imprenta de la Opinión, 1832.
[246] *Ibíd.,* preliminares, 6 (¶ 5).
[247] *Ibíd.,* preliminares, 7 (¶ 5).
[248] *Ibíd.*
[249] *Ibíd.,* preliminares, 1-2 (¶ 2).

doméstico, que recopilara el derecho primitivo y el consuetudinario, porque eso generaba incertidumbres que los Estados poderosos buscaban aprovechar con interpretaciones favorables para ellos, por eso, proponía:

> "A falta de este código se recurre ordinariamente a las obras de los autores más acreditados de jurisprudencia internacional, como son Grocio, Barbeyrac, Wiquefort, Puffendorf, Wollio, Vattel, Bynker choeck, Valin, Pothier, Burlamaqui, Azuni, Emerigon y otros. En algunos puntos no es uniforme su doctrina; pero donde los principales escritores están de acuerdo, hai una fortísima presunción a favor de la solidez de sus máximas, y ninguna potencia civilizada se atreverá a despreciarlas, si no tiene la arrogancia de sobreponerse a los principios de la recta razón y al juicio del jénero humano; de lo que a la verdad no han faltado ejemplos en los últimos siglos y en la parte ms culta de Europa (sic)"[250].

En ese sentido, para Bello los principios generales del derecho correspondían a esas máximas que se identifican comunes a todos los autores y que por eso no pueden ser desconocidas por los Estados.

La aproximación de Calvo, aunque viene desde una orilla iusfilosófica completamente distinta, siendo el jurista argentino marcadamente más positivista que Bello, coincide con él en la importancia y origen de los principios. Calvo, citando el primer Volumen de los Comentarios al derecho americano de James Kent[251], establecía al igual que Bello que: "Si los principales publicistas (…) están de acuerdo acerca de un principio, la presunción á favor de la legitimidad de este principio será de tal fuerza, que solo podrá dejar de cumplirlo una nación que se mofe de la ley y de la justicia"[252], es decir que reconocía que los principios son una fuente del derecho internacional y que, al menos uno de sus fundamentos, serán los trabajos de reconocidos

---

[250] *Ibíd.,* preliminares, 7 (¶ 5).
[251] Kent, James. *Commentaries on American Law*. Vol. 1. 6.ª ed. New York: William Kent, 1848, 19: "In cases where the principal jurists agree, the presumption will be very great in favour of the solidity of their maxims; and no civilized nation, that does not arrogantly set all ordinary law and justice at defiance, will venture to disregard the uniform sense of the established writers on international law".
[252] Calvo, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Tomo primero. Paris: D'Amyot Librairie Diplomatique; Durand et Pedone-Lauriel, librairies-éditeurs, 1868, 74 (¶ 32).

tratadistas, trabajos que aclarará más adelante, no era necesario que estuviesen unánimemente de acuerdo para ser considerados como fuente del derecho internacional.

Su concepto de derecho internacional, cercano al cientificismo alemán —podríamos especular que justificada en su cercanía cultural con la escuela teutona evidenciada en su designación posterior como ministro plenipotenciario de Argentina ante el Imperio Alemán— tiene una marcada influencia en la obra de Henry Wheaton[253], quien afirmaba el argentino nacido en Montevideo, se colocaba "entre las dos grandes escuelas que se han dividido desde el siglo XVII, el dominio del derecho internacional, escuelas que podemos designar con los nombres de idealista y de positivista"[254], al entender que el fundamento del derecho internacional era "por una parte, los tratados y convenciones de los Estados, y por otra, los principios de justicia aplicables á las relaciones de las naciones independientes"[255]. Para Calvo, el derecho internacional no tenía extensión universal y se encontraba limitado a los Estados de Europa y América[256], por lo menos en lo que correspondía al alcance de su obra. Se definía en los siguientes términos:

> "(…) sin desconocer que la idea general de justicia puede modificar en bien y provecho común las relaciones de los Estados, nos inclinaremos en nuestra obra á los principios definidos por los tratados, á las reglas que se deduzcan de las convenciones ó de los casos ocurridos y resueltos, á la jurisprudencia establecida, sin permitirnos aplicaciones inútiles ó perjudiciales de teorías no justificadas, ni alterar con sistemático fin el lenguaje de los hechos, siempre claro y terminante, cuando el ánimo del que los examina está guiado por el espíritu de la más severa imparcialidad (sic)"[257].

---

[253] Wheaton, Henry. *Elements of International Law*. 6.ª ed. Introducción de William Beach Lawrence. Boston: Little, Brown and Company, 1855, 22 (¶ 11).: "International law, as understood among civilized nations, may be defined as consisting of those rules of law which reason deduces, as consonant to justice, from the nature of the society, existing among independent nations; with such definitions and modifications as may be established by general consent".
[254] Calvo, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Tomo primero. Paris: D'Amyot Librairie Diplomatique; Durand et Pedone-Lauriel, librairies-éditeurs, 1868, 69 (¶ 28).
[255] *Ibíd.*
[256] Calvo, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Tomo primero. Paris: D'Amyot Librairie Diplomatique; Durand et Pedone-Lauriel, librairies-éditeurs, 1868, 70 (¶ 29).
[257] *Ibíd.,* 69 (¶ 28).

Además de coincidir en la importancia de establecer los principios generales como fuente del derecho internacional, derivada de las opiniones de los tratadistas, pero también de la identificación que ellos hacían de las prácticas de los Estados en el marco de sus relaciones, Calvo sigue también en esto la línea de Wheaton y de Bello (que califica de notoriamente insuficiente)[258] de construir un listado de fuentes, haciendo una constante referencia a la obra del General norteamericano Henry Wager Halleck[259], incluyó en esta lista: (i) los libros de los publicistas más autorizados[260]; (ii) la historia[261]; (iii) la correspondencia diplomática[262]; (iv) las opiniones de los jurisconsultos (asesores de los gobiernos en temas internacionales)[263]; (v) las decisiones de los tribunales de presas marítimas en tiempos de guerra, en cuento su alcance fuese general y no exclusivamente local[264]; (vi) las decisiones de los tribunales de presas de los Estados Unidos, por la manera como eran constituidos y la variedad de decisiones que toma-ban[265]; (vii) decisiones de los tribunales locales[266]; (viii) las leyes y reglamentos mercantiles de cada Estado, y las que los gobiernos prescriban a sus cruceros de guerra[267]; (ix) las decisiones de los árbitros, que Calvo consideraba como una de las fuentes más autorizadas del derecho internacional; (x) los tratados y las convenciones, considerados por el argentino como la fuente más firme y legítima del derecho internacional. Consideraba que: "[u]nas veces los tratados afirman los principios del derecho de gentes generalmente reconocidos, ó establecen reglas particulares entre los contratantes; otras resuelven cuestiones dudosas ó llevan á las relaciones internacionales el germen fecundísimo de nuevas ideas (sic)"[268]; bajo el título de otras fuentes, Calvo manifiesta estar en desacuerdo con la idea de Halleck de incluir la ley divina como

[258] *Ibíd.,* 81 (¶ 43): "Creemos que nuestra clasificación, enteramente práctica, como la de Wheaton, salva los ligeros inconvenientes que ofrece la del publicista norteamericano, y la extremada concisión de la admitida por Heffter, ó la notoria insuficiencia de la de Bello, que hasta olvida los tratados públicos (sic)".
[259] Halleck, Henry Wager. *Elements of International Law and Laws of War*. Philadelphia: J. B. Lippincott & Co., 1866, 30–41 (¶ ¶ 1–30).
[260] Calvo, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. Tomo primero. Paris: D'Amyot Librairie Diplomatique; Durand et Pedone-Lauriel, librairies-éditeurs, 1868, 73 (¶ 32).
[261] *Ibíd.,* 74 (¶ 33).
[262] *Ibíd.,* 75 (¶ 34).
[263] *Ibíd.,* 75 (¶ 35).
[264] *Ibíd.,* 76 (¶ 36).
[265] *Ibíd.,* 77 (¶ 37).
[266] *Ibíd.,* 77 (¶ 38).
[267] *Ibíd.,* 78 (¶ 39).
[268] *Ibíd.,* 78 (¶ 40)

fundamente último del derecho internacional, pues considera que es propio de jurisconsultos de la época de Grocio, pero no de la suya[269]; (xii) finalmente, el derecho romano[270].

La principal conclusión a la que podemos llegar es que en el Siglo XIX, el derecho internacional estaba lejos de abandonar el derecho natural, como establecería Casper Sylvest: "(…) no hay una distinción clara entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo en el pensamiento jurídico internacional del siglo XIX; durante la mayor parte del siglo los dos coexistieron, pero especialmente en las últimas décadas lo hicieron de una manera distintiva que aseguró la coherencia y la respetabilidad del tema"[271]. Coincidimos con Koskenniemi, en que resulta infructuoso clasificar los autores que hemos analizado en esta sección como iuspositivistas o iusnaturalistas, porque siempre fueron los dos, justificando las normas más prácticas del relacionamiento entre los Estados en máximas comunes cargadas de contenido político y moral, o su sentido humanitario teniendo evidencia concreta en la práctica de las naciones europeas, a nivel local o en las interacciones entre ellas[272].

El siglo XIX, como establecería Miloš Vec, fue el siglo de los principios (*A Century of Principles*)[273]. Un periodo en el que los internacionalistas de la época recurrían a ellos para llenar las brechas dejadas por el derecho internacional positivo, hacer declaraciones acerca de la naturaleza de las relaciones internacionales o incorporar valores al sistema del derecho internacional[274]. Son el resultado de la necesidad del movimiento que buscaba convertir al

---

[269] *Ibíd.,* 79 (¶ 41).
[270] *Ibíd.,* 80 (¶ 43).
[271] Sylvest, Casper. "International Law in Nineteenth-Century Britain." *British Yearbook of International Law* 75, no. 1 (2004): 12: "The main import of the analysis is that there is no clear distinction to be discerned between legal positivism and legal naturalism in nineteenth-century international legal thought; for most of the century the two co-existed, but especially in the later decades they did so in a distinctive fashion that secured the coherence and respectability of the subject".
[272] Ver Koskenniemi, Martti. *The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, 95–96.
[273] Vec, Miloš. "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism". En: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 140. Kolb, Robert. *La bonne foi en droit international public*. Genève: Graduate Institute Publications, 2000, 28 (¶ 52): "A regarder de plus près, on s'aperçoit que les principes généraux n'ont pas disparu de l'avant-scène. Ils ont ajusté leur rôle". (Una mirada más atenta revela que los principios generales no desaparecieron del primer plano. Ajustaron su rol).
[274] Vec, Miloš. "Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: The Myth of Positivism". En: Besson, Samantha y D'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017, 140.

derecho internacional en una ciencia, en seguir teniendo el fundamento que inicialmente le daba el derecho natural, sin tener que nombrarlo, y en ese sentido, aunque bajo la óptica del positivismo radical, el derecho natural en un contexto científico no podía tener carácter normativo, los principios sí lo tenían, así fueran un producto de la misma escuela iusnaturalista[275].

Los principios desde el Siglo XIX se convirtieron en la manera más efectiva de transformar las interpretaciones y alcances de las reglas del derecho internacional positivo, en normas generales y abstractas que ayudaran a la construcción de un sistema jurídico, que además tenían la propiedad de volver normas jurídicas los acuerdos que surgían de las relaciones entre las naciones, y que, de otra forma, no tendrían más que una connotación política. Este punto era trascendental para la escuela positivista obsesionada con el ideal de una academia jurisprudencial pura. Por otra parte, como ya lo hemos dicho, si para os positivistas os principios les eran útiles para transformar en normas lo que originalmente no lo era y así mantener puro al derecho, para los iusnaturalistas del Siglo XIX, los principios resultaron ser el sustituto ideal del derecho natural. En un sentido más práctico, al no existir un sistema legislativo internacional, los principios se convirtieron en ese parámetro de control que permitía ajustar las dimensiones de los acuerdos entre los Estados en los temas difíciles, algo así como un estilo de fuente para lo que en el derecho doméstico sería el *judicial review* con base en las normas constitucionales, de esta forma los principios en conjunto se convirtieron en el fundamento de un sistema jurídico complejo que permitiría la construcción de marco normativo para el orden mundial[276].

El ya citado Miloš Vec, en su estudio sobre el derecho internacional en el Siglo XIX, hizo un listado de algunos de los principios generales que fueron identificados en la doctrina de la época: (i) el principio de no intervención, que como bien resaltaría el italiano Giuseppe Carnazza Amari, "[t]al vez nunca un tema del derecho de gentes haya sido más diversamente estudiado, más enérgicamente discutido, más diferentemente desarrollado y decidido que el

[275] Ver Steiger, Heinhard. "Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson". En: Klippel, Diethelm (ed.). *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität—Inhalt—Funktion—Wirkung*. Keip, Goldbach, 1997, 50.
[276] Ver Vec, Miloš. "Principles in 19th century international law doctrine". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law – The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012, 216–222.

principio de no intervención"[277]. (ii) El principio de igualdad entre los Estados. (iii) El principio de equilibrio de poder. (iv) El principio de legitimidad. (v) El principio de 'comunidad internacional'. (vi) La idea (otra forma de llamar a los principios en esa época) de reciprocidad (o mutualidad) internacional.

Si bien en la lista de principios que hace Vec, no está incluido el de subsidiariedad, lo cual hace sentido pues no será cristalizado —como hemos expuesto antes— hasta la segunda mitad del siglo veinte, sí podemos identificar algunos elementos normativos que permiten establecer ideas embrionarias de lo que después terminará siendo este trascendental precepto del derecho internacional, por ejemplo, los principios de equilibrio de poderes y de reciprocidad.

Tal vez otro de esos rastros originarios más importantes fue la noción de soberanía, fundamental para los internacionalistas de la segunda mitad del siglo diecinueve y comienzos del veinte, que consideraban que el derecho internacional era el resultado de las relaciones jurídicas entre Estados soberanos e independientes. Esto convirtió de cierta manera a la soberanía "en un elemento fundamental de la disciplina. Sin embargo, las inclinaciones ideológicas de la recién creada ciencia también produjeron numerosos intentos de circunscribir la soberanía, o al menos definiciones absolutas del concepto"[278]. La mayoría de los académicos de la época se ubicaron en el centro de la tensión generada, por un lado, por el afán de salvaguardar los intereses locales de los Estados y, por el otro, por la motivación de la idea universalista de una comunidad internacional, como resalta Koskenniemi:

> "Si puede hacerse alguna generalización a este respecto, es más bien que estos hombres [iuspositivistas en el S. XIX] eran centristas que intentaban equilibrar su

[277] Carnazza Amari, Giuseppe. "Nouvel exposé du principe de non-intervention". *Revue de droit international et de législation comparée* V (1873): 352: "Jamais peut-être thème du droit des gens ne fut plus diversement étudié, plus énergiquement discuté, plus différemment développé et décidé que le principe de non-intervention. Et, ce qui est plus grave, malgré les laborieuses recherches des publicistes, malgré les profondes élucubrations des philosophes et les discussions animées des diplomates, il n'existe pas encore aujourd'hui de principe certain, assuré et uniforme, qui, fermant le passage à toute discussion théorique, donne aux peuples une règle positive et absolue offrant une solution- facile aux contestations entre les États, et soit en même temps susceptible de se réaliser un jour en fait".

[278] Sylvest, Casper. "International Law in Nineteenth-Century Britain." *British Yearbook of International Law* 75, no. 1 (2004): 68: "On one level this turned the notion of sovereignty into a crucial building block of the subject. Yet, the ideological inclinations of the newly formed discipline also produced numerous attempts to circumscribe sovereignty, or at least absolute definitions of the concept".

> nacionalismo moderado con su internacionalismo liberal. En Europa, se consideraban contrarios a las políticas egoístas de los Estados y partidarios de la integración, el libre comercio y la regulación internacional de muchos aspectos de la sociedad nacional, incluidos los derechos humanos. Su credo era menos soberanista que una crítica de la soberanía"[279].

Como hemos evidenciado a lo largo de esta sección, el derecho internacional en el siglo XIX, no fue una época de positivismo puro o radical, por el contrario, se vio el interés —incluso en los defensores de esa escuela del pensamiento jurídico— de establecer normas generales que ayudaran a darle forma a un orden mundial con carácter normativo, un sistema conformado por valores comunes que no dependieran de la voluntariedad del momento, del acuerdo instantáneo entre los Estados o de la interpretación derivada de un análisis caso por caso. Fue una época donde los principios generales del derecho se hicieron fundamentales para que el derecho internacional alcanzara el nivel científico, tan buscado en esta época. Aunque la centralidad en el derecho natural fue impopular en este periodo de la historia, casi todos los autores que hicieron parte de él lo tenían en cuenta como fuente y parte esencial.

2.3 Los principios generales del derecho en el derecho internacional moderno: la formalización a través de los estatutos de las cortes internacionales

En su curso de la *Academié de droit internationale de La Haye,* titulado "*Les príncipes généraux du droit dans la jurisprudience internationale*" y dictado en 1935, el reconocido internacionalista austriaco Alfred Verdross lanza una paradigmática afirmación al introducir su recorrido por aquellos laudos arbitrales que —antes de su elevación a la categoría de fuente del derecho internacional por el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ)— habían hecho una referencia directa a los principios del derecho, con todo lo que eso implicaba iusfilosoficamente hablando, como se expuso en las secciones anteriores: "resulta interesante notar

[279] Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 4: "If any generalization can be made in this regard, it is rather that these men were centrists who tried to balance their moderate nationalism with their liberal internationalism. In Europe, they saw themselves as arguing against the egoistic policies of States and in favor of integration, free trade, and the international regulation of many aspects of domestic society, including human rights. Their credo was less sovereignty than a critique of sovereignty".

que la jurisprudencia internacional moderna nunca ha aceptado la doctrina del positivismo puro"[280]. Viniendo de uno de los más influyentes miembros de la Escuela vienesa de teoría jurídica, pupilo de Hans Kelsen, no era una deducción realizada a la ligera. Sin embargo, encontraba sustento en el hecho que para él "[l]os tribunales arbitrales modernos no sólo basan sus laudos en el derecho convencional y consuetudinario, sino que tampoco dudan en invocar los principios generales del derecho para llegar a una solución razonable de los litigios que se les someten"[281], lo que le permitió concluir "(…) que los principios generales del derecho siempre han sido reconocidos por la jurisprudencia internacional"[282].

Aunque muchos autores coinciden con Verdross en afirmar que el fundamento para la incorporación de los principios generales del derecho en el listado de fuentes del derecho internacional realizado por el Estatuto de la CPIJ, era en efecto la práctica de los Estados y principalmente de los órganos encargados en la época de solucionar sus controversias[283], voces como la de Jean d'Aspremont sientan una rigurosa disidencia académica frente a esta postura. Para el reconocido jurista belga, la inclusión de los principios como una fuente de derecho en el estatuto no puede ser explicada como el resultado de la codificación del trabajo académico y las prácticas previas a 1920, sino como una gran innovación en el derecho internacional. D'Aspremont justifica esta conclusión en dos razones: en primer lugar, en que los principios no se encontraban consignados como una fuente del derecho internacional en ningún tratado relevante de finales del siglo XIX y principios del XX. En segundo lugar, en que la práctica arbitral anterior al artículo 38 del Estatuto de la CPIJ, trataba los principios generales como una herramienta hermeneútica, una expresión de la equidad o un recurso retórico, más que como fuentes formales del derecho.

---

[280] Verdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 52 (1935): 208: "(…) il est intéressant de noter que lajurisprudence internationale moderne n'a jamais accepté ladoctrine du positivisme pur".
[281] Ibíd: "Car les Tribunaux arbitraux modernes ne se contentent pas de fonder leurs sentences surle droit conventionnel et coutumier, ils n'hésitent guère à invoquer aussi les principes généraux du droit pour arriverh une solution raisonnable des conflits qui leur sont soumis".
[282] *Ibíd.,* 220: "Le chapitre précédent nous a fourni la preuve que lesprincipes généraux du droit furent toujours reconnuspar la jurisprudence internationale".
[283] Ver Pellet, Alain y Müller, Daniel. "Article 38". En: Zimmermann, Andreas y Tams, Christian J. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 3.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2019, 923; Gaja, Giorgio. "General Principles of International Law". En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Heidelberg: Oxford University Press, 2020, § 1; Jennings, Robert y Watts, Arthur (eds.). *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*. 9.ª ed. New York: Oxford University Press, 2008, 38–39.

Incluso cuando eran utilizados en laudos para determinar el derecho —alegaba— tales principios se extraían sistemáticamente del derecho romano[284].

Frente al primer argumento presentado por D'Aspremont, si bien es cierto que no se suscribieron durante la segunda mitad del siglo XIX y la primera del XX, hasta el Estatuto de la CPIJ, tratados de alcance global que explícitamente incorporaran el uso de los principios como una fuente del derecho, lo cierto es que sí podemos encontrar acuerdos bilaterales, regionales, e incluso con pretensiones universales, por ejemplo, en materia de Derecho Internacional Humanitario, que hacían referencia a los principios generales como fuente, como expondremos a continuación.

En el otoño de 1870, en el marco de la guerra Franco-prusiana, tras la captura y rendición de Napoleón III y la decisión de Francia de establecer un Gobierno de Defensa Nacional y continuar luchando, Rusia manifestó su intención de emanciparse de la neutralidad en el Mar Negro que había impuesto el tratado de París de 1856 que puso fin a la Guerra de Crimea[285]. Reconociendo las terribles consecuencias que el permitir ese retiro unilateral de Rusia causaría para el derecho internacional en Europa y principalmente para los acuerdos alcanzados mediante tratados[286], los gobiernos europeos involucrados se reunieron a comienzos de 1871 en Londres con el objetivo de llegar a una solución favorable para sus intereses. Fue en ese contexto que, como afirman Benvenisti y Lustig, "(…) las potencias europeas consideraron necesario comprometerse formal e irrevocablemente por primera vez con el principio de *pacta sunt servanda* —considerado hasta entonces como una obligación moral— como derecho internacional vinculante"[287].

---

[284] D'Aspremont, Jean. "What Was Not Meant to Be: General Principles of Law as a Source of International Law". En: Pisillo Mazzeschi, Riccardo y De Sena, Pasquale (eds.). *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Cham, Switzerland: Springer, 2018, 168.

[285] Precisamente en el texto del Tratado de París del 30 de marzo de 1856, suscrito por Reino Unido, Francia, el Imperio Otomano, el Reino de Cerdeña y Rusia, en el artículo XII que hacía parte del régimen del Mar Negro, se hacía expresa referencia a los principios del derecho internacional en los siguientes términos: "In order to afford to the Commercial and Maritime interests of every Nation the security which is desired, Russia and the Sublime Porte will admit Consuls into their Ports situated upon the Coast of the Black Sea, in conformity with the principles of International Law".

[286] Ver Bederman, David J. "The 1871 London Declaration, *Rebus sic stantibus* and a Primitivist View of the Law of Nations". *American Journal of International Law* 82, no. 1 (enero de 1988): 1–40.

[287] Benvenisti, Eyal y Lustig, Doreen. "Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856–1874". *European Journal of International Law* 31, no. 1 (febrero de 2020): 167.

En la conferencia, Rusia abandonó su posición inicial de denunciar el Tratado de París y una declaración fue suscrita el 17 de enero de 1871 por todos los poderes europeos en cuestión, incluyendo a Rusia, reconociendo: "que es un principio esencial del Derecho de Gentes [*Law of Nations*] que ninguna Potencia puede liberarse de los compromisos de un Tratado, ni modificar sus estipulaciones, salvo con el consentimiento de las Potencias Contratantes mediante un acuerdo amistoso"[288]. Concluirían Sir Augustus Oakes y Robert B. Mowat al analizar este episodio de la historia del derecho internacional que, como consecuencia de la Declaración de Londres, "[e]l Tratado que revisó los artículos correspondientes al régimen del Mar Negro del Tratado de 1856 se firmó el 13 de marzo de 1871. Rusia, por lo tanto, logró sus objetivos, o algunos de ellos, mientras que el 'principio esencial del Derecho de Gentes' [*pacta sunt servanda*] fue reivindicado por el consentimiento de las potencias"[289]. Una clara evidencia de la conceptualización que se tenía desde la segunda mitad del siglo XIX de los principios generales del derecho como una fuente vinculante del derecho internacional.

Otro ejemplo, es el Tratado de Washington, celebrado el 8 de mayo de 1871 entre el Reino Unido y los Estados Unidos, en el que se buscaban establecer los mecanismos para la solución pacífica de las controversias surgidas entre los dos Estados, conocidas como las "*Alabama Claims*". En los Artículos VI y VII del tratado, las partes aceptan a cumplir con las reglas establecidas en el texto del acuerdo, las cuales debían ser coherentes con los "principios del derecho internacional"[290].

Así mismo, en materia de Derecho Internacional Humanitario, la II Convención relativa a las reglas y costumbres de la Guerra Terrestre, celebrada el 29 de julio del 1899 y la IV Convención relativa a las reglas y costumbres de la Guerra Terrestre, celebrada el 18 de octubre del 1907, también conocidas como las II y IV Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 respectivamente, consignaron en su preámbulo lo que hoy en día se conoce como la cláusula Martens

---

[288] Oakes, Sir Augustus y Mowat, Robert B. (eds.). *The Great European Treaties of the Nineteenth Century*. London: Oxford University Press, 1918 (imp. 1930), 11.
[289] *Ibíd.*
[290] Treaty between the United States and Great Britain.—Claims, fisheries, navigation of the St. Lawrence, &c., American lumber on the river St. John, boundary.—Concluded May 8, 1871; ratifications exchanged June 17, 1871; proclaimed July 4, 1871. Disponible en: https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1871/d257 (consultado el 15 de julio de 2025).

que hace referencia a los principios del derecho de gentes en los siguientes términos, evidenciando su carácter normativo:

> "En espera de que un código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las Altas Partes Contratantes juzgan oportuno hacer constar que, en los casos no comprendidos en las disposiciones reglamentarias adoptadas por ellas, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los **principios del derecho de gentes**, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública". (Negrilla fuera del texto original).

Finalmente, en el contexto latinoamericano, la Convención para el Establecimiento de una Corte de Justicia Centroamericana del 20 de diciembre de 1907, estableció la que podríamos considerar como la referencia más clara al uso de los principios del derecho como una fuente del derecho internacional, realizado de una manera similar a como años después lo haría el Estatuto de la CPIJ. El artículo XXI de la mencionada Convención establecía que: "La Corte de justicia Centroamericana juzgará acerca de los puntos de hecho que se ventilen, según su libre apreciación; y en cuanto a los de derecho, **conforme a los principios del derecho internacional**. La sentencia definitiva comprenderá cada uno de los puntos en litigio". (Negrilla fuera del texto original).

De esta manera queda desvirtuada la primera consideración desarrollado por el profesor belga para afirmar que no había un uso de los principios del derecho como fuentes en instrumentos internacionales de la época. Ahora bien, con respecto al uso de dichos preceptos en las decisiones tomadas para dirimir controversias entre los Estados, veremos que tampoco se puede afirmar que el uso de los principios, prioritariamente en laudos, haya sido como una herramienta hermeneútica o un mero recurso retórico, como demostraremos a continuación.

Según D'Aspremont, en las decisiones arbitrales anteriores al Estatuto de la CPIJ los principios no eran usados con el valor jurídico de fuente de derecho. Se pueden identificar decisiones que parecieran evidenciar lo contrario. Un ejemplo de ello, son los laudos emitidos por

las comisiones establecidas en el marco del Tratado de Amistad, comercio y navegación entre Gran Bretaña y los Estados Unidos, suscrito el 19 de noviembre de 1794 —conocido como el Jay Treaty por John Jay el negociador norteamericano del mismo— decisiones que son reconocidas por muchos como las precursoras del arbitraje moderno e incluso de los modelos internacionales de adjudicación en general[291].

Ante la Comisión Mixta del Artículo VII del Tratado Jay, fue presentado el caso del *Neptune*[292], un barco estadounidense cargado parcialmente con arroz, que fue detenido por barcos británicos en 1795 en la ruta de Charleston a Burdeos. El barco fue restituido a sus dueños y el gobierno británico les pagó el valor de la carga; sin embargo, los afectados alegaron que le pago era considerablemente menor a lo que les habrían pagado en un puerto británico o en el puerto francés de destino, si el barco no hubiese sido detenido y la carga confiscada, por lo que decidieron llevar el caso ante la Comisión, obteniendo un resultado favorable de tres miembros a favor de ellos versus dos en contra.

Lo interesante de este caso es que los representantes del Reino Unido alegaron dos argumentos para justificar su actuación, por un lado, que las mercancías llevadas a Francia eran contrabando de guerra, haciendo una interpretación amplia del concepto de contrabando que fue descartada por la comisión, y en segundo lugar—y más interesante para nuestro estudio—que se trataba de un caso de un caso donde se aplicaba la excepción de estado de necesidad por la

---

[291] Moore, John Bassett. *International Adjudications: Ancient and Modern History and Documents*. Modern Series, Vol. 1. New York: Oxford University Press, 1929, xcv: "The St. Croix River Arbitration enjoys a peculiar preeminence. As the first of the three distinct arbitrations for which the treaty between Great Britain and the United States of November 19, 1794, provided, it marks the revival in modern times of the practice of international arbitration (…)". Schwarzenberger, Georg. "Present-Day Relevance of the Jay Treaty Arbitrations". *Notre Dame Law Review* 53, no. 4 (1978): 715: "The Arbitrations under the Jay Treaty of November 19, 1794, are commonly treated as the starting point of present-day international adjudication". *Interpretation of Peace Treaties (second phase)*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1950, p. 242. *Dissenting Opinion of Judge Read*: "(…) it would go directly contrary to international usage in the matter of arbitration as it has been developed since the Jay Treaty of 1794". Ziegler, Katja S. "Jay Treaty (1794)". En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Heidelberg: Oxford University Press, noviembre de 2024, ¶¶ 15–16.: "The decisions of the claims commissions set up under the Jay Treaty were 'final and conclusive', set a precedent for the finality of mixed arbitration awards, and were forerunners of successful mixed claims arbitration bodies such as the Alabama Arbitration of 1872, the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), established in 1966, or the Iran–United States Claims Tribunal, established in 1981. || The composition of the claims commissions is a precursor of more modern forms of arbitration, which can be traced back to the Treaty of Ghent that ended the War of 1812 between the US and Britain".

[292] Moore, John Bassett. *International Adjudications: Ancient and Modern History and Documents*. Modern Series, Vol. 4. New York: Oxford University Press, 1931, 372 y ss.

escasez de esos productos (arroz) que se vivía en el Reino Unido en esa época. La comisión no acogió la posición británica, haciendo un análisis con base en la doctrina de Hugo Grocio concluyendo que no se cumplían las cuatro condiciones planteadas por el internacionalista holandés. Como bien lo expresó en su opinión el integrante de la Comisión, John Trumbull: "La necesidad que puede suspender todas las leyes, dice, debe ser absoluta e irresistible, y no podemos, mientras no se hayan agotado todos los demás medios de salvación, justificar por medio de la necesidad la incautación y el uso para nuestro propio beneficio de la propiedad ajena"[293].

Como concluiría años después Alfred Verdross en su análisis de este hito de la justicia internacional: "[e]ste hecho demuestra claramente que una de las primeras instancias internacionales de la era moderna no dudó en invocar un principio general del derecho [necesidad], aunque aún no estuviese confirmado por la costumbre internacional"[294].

Otro ejemplo de una decisión histórica en la que se hizo referencia a los principios como fuente de derecho fue el laudo proferido por el Presidente de Chile el 1º de agosto de 1870[295], nombrado arbitro por Argentina y el Reino Unido para dirimir una controversia surgida entre los dos Estados. En 1845 Argentina y Uruguay se encontraban en Guerra y como una medida preventiva en el marco de las confrontaciones, el 13 de febrero de ese año el Gobierno de la entonces llamada confederación argentina profirió un decreto prohibiendo a partir del 1º de marzo la entrada al puerto de Buenos Aires de cualquier embarcación que proviniera directamente del puerto de Montevideo. Esa decisión perjudicó a seis embarcaciones británicas que, como advirtió el representante del Gobierno de la reina Victoria, no alcanzarían a realizar los cambios necesarios para no llegar primero a descargar al puerto de Montevideo y después al de Buenos Aires: el Cestus, el Sultana, el James, el Richard Watson, el Jean Baptiste y el Caledonia. Los ciudadanos británicos dueños de los barcos presentaron reclamaciones en contra de Argentina.

---

[293] De La Pradelle, Albert G. y Politis. *Recueil des arbitrages internationaux*. Vol. 1 (1798–1855). 2.ª ed. Paris: Les Éditions parlementaires, 1957, 161.

[294] Verdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 52 (1935): 210: "Ce fait montre à l'évidence qu'une des premières instances internationales des temps modernes n'a pas ihésité à invoquer un principe général du droit, même non encore confirmé par une coutume internationale".

[295] La Fontaine, Henri. *Pasicrisie internationale – Histoire documentaire des arbitrages internationaux*. Imprimerie Stämpfli & Cie., Berne, 1902, 61–67.

Al árbitro le correspondía establecer si el gobierno argentino debía indemnizar a los británicos afectados, como consecuencia de la decisión de negarles la posibilidad de entrar al puerto de Buenos Aires. El Presidente chileno José Joaquín Pérez Mascayano concluyó que: "(…) El Gobierno de la Confederación Argentina no está obligado a indemnizar las pérdidas sufridas por los seis buques a los que se le denegó la entrada al puerto de Buenos Aires en virtud del Decreto del 13 de febrero de 1845, emitido por dicho Gobierno"[296]. Uno de los seis argumentos principales en los que basó el árbitro su decisión fue que: "[e]s un principio de la jurisprudencia universal que quien ejerce su derecho no ofende a nadie"[297].

En la decisión del 1885 del controversial caso Pelletier[298], en el que un ciudadano estadounidense (Antonio Pelletier – originario de Francia, pero naturalizado en Nueva York en 1852), máster de un bergantín llamado el *William*, fue sancionado penalmente por los tribunales de Haití por haber cometido el delito de tráfico de esclavos, que para la legislación nacional se asimilaba a la piratería. El exjuez de Corte Suprema de Justicia William Strong, nombrado árbitro de común acuerdo por Estados Unidos y Haití, decidió en ese punto a favor de Pelletier considerando que los tribunales haitianos se habían equivocado en la aplicación del derecho de las naciones. Su principal consideración fue centrada en el principio de jurisdicción del pabellón del barco, en los siguientes términos:

> "Es una regla general del derecho internacional que los delitos cometidos por un buque en el mar o a bordo mientras se encuentra en el puerto de un país extranjero solo pueden ser juzgados en los tribunales del país al que pertenece el buque. **Esta regla se basa en el principio aceptado de que el buque se considera parte del territorio del país al que pertenece, y las leyes penales no se extienden fuera del país que las ha promulgado**. Es cierto que existen algunas excepciones a esta regla. (…) Y la piratería, tal y como la entiende el derecho de gentes, es también una excepción a la regla general. Se considera un delito contra toda la humanidad y es punible dondequiera que se encuentre el autor, independientemente del lugar donde

[296] *Ibíd.,* 67.
[297] *Ibíd.*
[298] La Fontaine, Henri. *Pasicrisie internationale – Histoire documentaire des arbitrages internationaux*. Imprimerie Stämpfli & Cie., Berne, 1902, 245–259.

> se haya cometido el delito y de la nacionalidad del buque. Estos son casos excepcionales. El presente no entra dentro de la descripción de ninguno de ellos. Es la regla general la que debe aplicarse ahora. Por lo tanto, opino que, según el derecho de gentes, los tribunales de Haití no tenían jurisdicción para juzgar y castigar al capitán del bergantín William por ninguna de las infracciones que había cometido, ni para condenar y confiscar el buque"[299].

El desenlace del caso es polémico, porque ante la protesta de Haití por considerar que el honorable William Strong se habría equivocado en sus valoraciones, toda vez que pensó que las conductas juzgadas por el país caribeño habían sido cometidas al interior de un barco norteamericano, sumado a las evidencias que existían sobre la comisión de tráfico de esclavos por parte de Pelletier, llevaron a que el Secretario de Estado norteamericano Thomas F. Bayard coincidiera con la opinión de Haití y el laudo nunca fuese ejecutado[300], sirviendo además de antecedente para el desarrollo del principio de manos limpias (*Clean-hands doctrine*) en el derecho internacional[301].

---

[299] *Ibíd.,* 256.

[300] Schachter, Oscar. "The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions". *American Journal of International Law* 54, no. 1 (enero de 1960), nota 9: 3–4.

[301] U.S. Department of State. *Papers Relating to the Foreign Relations of the United States, 1887*, transmitidos al Congreso con un mensaje del Presidente, 26 de junio de 1888. Washington: Government Printing Office, 1888, 1339: "But I do not hesitate to say that in my judgment the claim of Pelletier is one which this Government should not press on Hayti, either by persuasion or by force, and I come to this conclusion, first, because Hayti had jurisdiction to inflict "on him the very punishment of which he complains, such punishment being in noway excessive in view of the heinousness of the offense; and, secondly, because his cause is of itself so saturated with turpitude and infamy that on it no action, judicial or diplomatic, can be based." En el mismo sentido, antes de llegar a la conclusión presentada sobre la posición del Departamento de Estado frente al caso de Pelletier, en concreto sobre el principio de manos limpias, el Secretario Bayard ya le había manifestado al representante de Estados Unidos en Haití que: "On the general question of turpitude of cause of action as barring the present claim, I am now prepared to give an emphatic, and, I trust, final decision. Even were we to concede that these outrages in Haytian waters were not within Haytian jurisdiction, I do now affirm that the claim of Pelletier against Hayti, on the facts exhibited, must be dropped, and dropped peremptorily and immediately by the Government of the. United States. "The principle of public policy," said Lord Mansfield, in Holman v. Johnston, Cowper's Rep., 343 "is this: *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man "who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act." *Ex turpi causa non oritur actio*; by innumerable rulings under the Roman common law, as held by nations holding Latin traditions, and under the common law as held in England and the United States, has this principle been applied. The lex fori determines the question of turpitude; and nowhere, and with better reason, has the slave-trade been stamped with such an infamy and turpitude as in England and the United States." 1296 – 1297.

En el célebre caso Fabiani entre Francia y Venezuela, resuelto en Berna mediante laudo del 30 de diciembre de 1896 proferido por el Presidente de la Confederación Suiza[302], en el que se buscaba establecer si Venezuela era responsable por los daños sufridos por el señor Fabiani a causa de la denegación de justicia experimentada en dicho país. Como afirmara Lauterpacht, ofrecería "otro ejemplo del recurso a los principios generales del derecho, en particular del derecho público. Esta era una reclamación basada en la denegación de justicia (…) que representaba una buena oportunidad para una aplicación atrevida de los principios generales del derecho"[303]. En ese sentido, para responder a la pregunta de si el retardo injustificado en dar un pronunciamiento puede ser considerado denegación de justicia, el árbitro estableció:

> "Al consultar los **principios generales del derecho internacional sobre la denegación de justicia, es decir, las normas comunes a la mayoría de las legislaciones o enseñadas por la doctrina**, se llega a la conclusión de que la denegación de justicia no solo comprende la negativa de una autoridad judicial a ejercer sus funciones y, en particular, a pronunciarse sobre las solicitudes que se le presentan, sino también los retrasos obstinados por su parte a la hora de dictar sentencia"[304]. (Negrilla fuera del texto original).

Este caso también es considerado como un precedente relevante en la historia de la adjudicación internacional, porque genera la discusión originaria sobre los distintos grados de responsabilidad de los Estados, si esta varía cuando se trata de hechos ilícitos generados por autoridades administrativas o judiciales, y lo más importante, como deben ser tazados los perjuicios y su correspondiente indemnización, lo cual resuelve el laudo arbitral teniendo como base los principios generales del derecho:

---

[302] La Fontaine, Henri. *Pasicrisie internationale – Histoire documentaire des arbitrages internationaux*. Imprimerie Stämpfli & Cie., Berne, 1902, 343–369.
[303] Lauterpacht, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 124.
[304] La Fontaine, Henri. *Pasicrisie internationale – Histoire documentaire des arbitrages internationaux*. Imprimerie Stämpfli & Cie., Berne, 1902, 356: "En consultant les principes généraux du droit des gens sur le déni de justice, c'est-à-dire les règles communes à la plupart des législations ou enseignées par la doctrine, on arrive à décider que le déni de justice comprend non seulement le refus d'une autorité judiciaire d'exercer ses fonctions, et, notamment, de statuer sur les requêtes qui lui sont soumises, mais aussi les retards obstinés de sa part à prononcer ses sentences".

> "En el derecho moderno, el autor de una falta aquiliana está, en principio, obligado a reparar todos los daños que puedan considerarse razonablemente como consecuencia directa o indirecta (*damnum emergens y lucrum cessans*), algunas legislaciones, como las de Francia y Alemania, no hacen depender la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios de la gravedad de la falta, mientras que otras, como el Código Civil austriaco y el Código Federal de Obligaciones, solo conceden la indemnización íntegra en caso de dolo o falta grave. Por lo demás, la indemnización por daños y perjuicios no debe ser fuente de beneficio para quien la obtiene"[305].

Esta discusión sobre la indemnización de perjuicios a causa de la responsabilidad de los Estados, fue también desarrollada en el *Russian Indemnity case*, resuelto por la Corte Permanente de arbitraje en 1912, en donde la Corte —usando Fabiani como un referente—también recurrió al uso de principios generales del derecho para establecer si el imperio turco-otomano debía, y de ser así, hasta que monto, intereses moratorios por el retraso en el pago de la indemnización de los perjuicios causados en la guerra a favor del imperio ruso, en virtud del artículo 5 del Tratado de Constantinopla de 1879, que dio continuación al tratado de San Stefano y puso fin a la guerra ruso-turca de 1877-1878.

En particular, la Corte de Arbitraje consideró que: "(…) el principio general de la responsabilidad de los Estados implica una responsabilidad especial en materia de demora en el pago de una deuda monetaria, a menos que se demuestre la existencia de una costumbre internacional contraria"[306]. Al no haber sido comprobada en el proceso la existencia de una costumbre contraria a lo establecido en el principio de responsabilidad, la Corte dio paso a aplicar lo que Lauterpacht denominaría "principios del derecho privado"[307], para establecer el alcance de

---

[305] *Ibíd.,* 364: "En droit moderne, l'auteur d'une faute aquilienne est, en principe, tenu de réparer tout le préjudice qui peut raisonnablement en être envisagé comme la conséquence directe ou indirecte (*damnum emergens y lucrum cessans*), certaines législations, comme celles de la France et de l'Allemagne, ne faisant pas dépendre la quotité des dommages et intérêts de la gravité de la faute, d'autres, comme le Code civil autrichien et le Code fédéral des obligations, n'accordant la réparation intégrale qu'en cas de dol ou de faute lourde. Au demeurant, les dommages et intérêts ne doivent pas être la source d'un profit pour celui qui les obtien".

[306] Brown Scott, James. *The Hague Court Reports*. New York: Oxford University Press, 1916, 313: "The tribunal is, therefore, of the opinion that the general principle of the responsibility of States implies a special responsibility in the matter of delay in the payment of a money debt, unless the existence of a contrary international custom is proven".

[307] Lauterpacht, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. Oxford: Oxford University Press, 2011, 124.

la obligación de Turquía con base en los elementos comunes identificados en distintas jurisdicciones:

> "Todas las legislaciones privadas de los Estados que forman el concierto europeo admite, al igual que lo hacía antiguamente el derecho romano, la obligación de pagar al menos intereses por demora en los pagos como indemnización legal cuando se trata del incumplimiento de una obligación consistente en el pago de una suma de dinero fijada por convenio, clara y exigible, debiendo pagarse dichos intereses al menos a partir de la fecha en que se haya requerido al deudor en la forma prevista por la ley"[308].

La identificación por parte de tribunales de arbitramento y la Corte Permanente de Arbitraje del contenido de esa obligación de reparar los perjuicios causados por los Estados, que se enmarca en el principio de responsabilidad de los mismos; fue el fundamento para que años después, y ya con su Estatuto en vigor, la Corte Permanente de Justicia Internacional reconociera: "(…) que es un **principio del derecho internacional**, e incluso una **concepción general del derecho**, que cualquier incumplimiento de un compromiso implica la obligación de reparar el daño causado"[309].

Del recuento por los instrumentos internacionales suscritos a finales del siglo XIX y principios del XX, así como por decisiones de órganos de adjudicación internacional del mismo periodo, podemos concluir que sí era una práctica entre los Estados, los árbitros y tribunales el uso de los principios generales como una fuente de derecho, lo cual sustenta su codificación en el Estatuto de la CPJI, discusión que, como veremos a continuación, no fue ni sencilla ni corta.

---

[308] Brown Scott, James. *The Hague Court Reports*. New York: Oxford University Press, 1916, 316: "All the private legislation of the States forming the European concert admits, as did formerly the Roman law, the obligation to pay at least interest for delayed payments as legal indemnity when it is a question of the non-fulfilment of an obligation consisting in the payment of a sum of money fixed by convention, clear and exigible, such interest to be paid at least from the date of the demand made upon the debtor in due form of law".

[309] Permanent Court of International Justice. No. 13, *Case Concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits)*. Series A, No. 17. 13 September 1928, 29: "(…) the Court observes that it is a principle of international law, and even a general conception of law, that any breach of an engagement involves an obligation to make reparation".

La discusión sobre una Corte Mundial y las fuentes que deberían ser aplicadas por esta, comienza (en nuestra era) con el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, incorporado al Tratado de Paz que fue firmado en Versalles el 28 de junio de 1919, que estableció que le correspondería a su Consejo "preparar un proyecto de Corte Permanente de Justicia Internacional". Para cumplir con este encargo, en su segunda sesión, a principios de 1920, el Consejo de la Sociedad nombró un Comité Asesor de Juristas, quienes, encabezados por el Barón Édouard Descamps de Bélgica, se dieron a esta tarea.

Uno de los puntos más importantes y controversiales de la redacción del Estatuto correspondería al derecho que iba a ser aplicado por la Corte, asunto que empezó a ser discutido en la 13ª sesión del Comité. Como era de esperarse, "[l]os tratados y la costumbre se aceptaron rápidamente y sin mucha discusión. Por el contrario, los principios generales del derecho fueron objeto de largos debates y suscitaron opiniones divergentes en el seno del Comité"[310], a pesar de que mucho antes de que el Comité Asesor iniciara sus labores, varios Estados ya habían enviado comentarios y observaciones, que hacían referencia expresa a los principios generales del derecho o denominaciones similares como una de las fuentes en la que la Corte debería fundamentar sus decisiones[311].

Por ejemplo, el Gobierno de Alemania envió una propuesta de articulado correspondiente a la estructuración de la CPJI, que en su artículo 35 establecía que: "Para dictar sus sentencias, la Corte de Justicia se fundamenta en los convenios internacionales, los usos del derecho internacional, y los principios generales del derecho y la equidad"[312]. De igual forma, el profesor Heinrich Lammasch, en representación de la delegación germano-austriaca, sugirió en una propuesta de artículo 12 del Estatuto, que los países miembros de la Sociedad de Naciones se comprometieran a someter ante la jurisdicción de la Corte todas las controversias jurídicas "que pueden resolverse con base en los principios del derecho internacional (generales o especiales,

---

[310] Comisión de Derecho Internacional. *Primer informe sobre principios generales del derecho* (presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial), 71.º período de sesiones, 5 de abril de 2019 (A/CN.4/732), 27 (¶ 92).
[311] *Ibíd.*
[312] Cour permanente de justice internationale. Comité consultatif de juristes. *Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de justice internationale*, 128. Disponible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_documents_to_comm_existing_plans.pdf (consultado el 8 de agosto de 2025).

existentes entre ellos)"[313]. De manera conjunta los gobiernos de Dinamarca, Noruega y Suecia, enviaron un borrador de articulado, donde en su artículo 27 proponía que las decisiones debían basarse en un acuerdo en vigor entre las partes; de no existir dicho acuerdo, en las reglas establecidas (reconocidas de manera general) en el derecho internacional y, "[a] falta de reglas generalmente reconocidas, la Corte juzgará con base en los principios generales del Derecho"[314].

De una manera similar a como fue propuesto por los países escandinavos, Suiza, en su *Avant-projet* del Estatuto de la Corte, también establece una aplicación progresiva de las fuentes, en lo que sería el artículo 42 de su propuesta: "Todo juez llamado a resolver una controversia en aplicación del presente Estatuto aplicará en primer lugar los acuerdos existentes entre las partes. A falta de tales estipulaciones, se basará en los principios del derecho general. Si no existe una norma generalmente reconocida o reconocida por las partes, resolverá basándose en los principios generales de justicia y equidad"[315].

Después de haber recibido las propuestas presentadas por las distintas delegaciones y sus representantes, la discusión sobre las fuentes de derecho que debía aplicar la Corte se empezó a ventilar durante la 13ª sesión del Comité de Asesores Jurídicos, donde sus miembros se concentraron en dar respuesta a la pregunta propuesta por el Presidente Descamps: "¿cuáles son las normas que debe aplicar la Corte?"[316], para lo cual él inició el debate presentando una propuesta de articulado:

> "Las normas que debe aplicar el juez para resolver controversias internacionales son las siguientes, en el orden sucesivo en que se imponen a su examen:
>
> 1. El derecho internacional convencional, ya sea general o especial, como manifestación de las normas expresamente adoptadas por los Estados;

[313] *Ibíd.,* 130.
[314] *Ibíd.,* 178.
[315] *Ibíd.,* 266: "Tout juge appelé à statuer sur un différend en exécution du présent Statut applique en première ligne, les conventions existant entre las parties. A défaut de telles stipulations, il se base sur les principes du droit des gen. S'il n'existe pas de règle généralement reconnue ou reconnue par les parties, il statue en prenant pour base les principes généraux de la justice et de l'équité".
[316] Cour permanente de justice internationale. Comité consultatif de juristes. *Procès-verbaux des séances du comité. 16 juin – 24 juillet 1920 avec annexes*. La Haye: Van Langenhuysen Frères, 1920, 293.

2. La costumbre internacional, como prueba de una práctica común de las naciones, aceptada por ellas como ley;

3. Las normas de derecho internacional tal y como las reconoce la conciencia jurídica de los pueblos civilizados;

4. La jurisprudencia internacional, como órgano de aplicación y desarrollo del derecho"[317].

La propuesta de fuentes presentada por el Barón Descamps generó de manera inmediata la discusión entre sus colegas miembros del Comité. Una primera postura, si se quiere de corte positivista, fue expuesta por Elihu Root, ex Secretario de Estado de los Estados Unidos, quien alegó no tener problema con las convenciones y la costumbre como fuentes, pero sí con los puntos 3 y 4 de la propuesta, ya que para él: "(…) el Comité debe limitarse [en la propuesta de Estatuto] a las reglas cometidas en las Convenciones y en el derecho internacional positivo (…)"[318]. A Root le preocupaba que la Corte legislara extralimitando las funciones propias de su naturaleza como órgano judicial[319]. Una postura alternativa y diferente, fue la del Dr. Loder, miembro de la Corte de Casación de Países Bajos, para quien una labor fundamental de la Corte debía ser: "(…) desarrollar el derecho, 'madurar' las costumbres y principios universalmente reconocidos y cristalizarlos en normas positivas; en una palabra, establecer una jurisprudencia internacional"[320].

A pesar de lo interesante de la discusión que empezaba a gestarse, sería la intervención del diplomático noruego Francis Hagerup, al cierre de la 13ª sesión del Comité, la que evidenciaría una preocupación que acompañarán las discusiones subsiguientes, el principio de inexcusabilidad de los jueces o *non liquet* que hemos tratado en secciones anteriores. Qué deben hacer los jueces cuando no haya una norma positiva en la cual basar la decisión de la Corte:

---

[317] *Ibíd.,* 306.
[318] *Ibíd.,* 294.
[319] *Ibíd.,* 309: "The Court must not have the power to legislate".
[320] *Ibíd.*

> "Puede haber casos en los que no sea aplicable ninguna norma de derecho convencional o general. Debe establecerse una norma para hacer frente a esta eventualidad, a fin de evitar la posibilidad de que la Corte se declare incompetente (*non liquet*) por falta de normas aplicables (...) El Tribunal debe tener la facultad de aplicar principios para colmar las lagunas del derecho positivo"[321].

La discusión continuó en la 14ª sesión, en la que Arturo Ricci-Busatti, de Italia, instó al Comité a encontrar una fórmula bajo la cual la Corte tuviese la posibilidad de acceder a varias fuentes simultáneamente[322]. Manifestó estar de acuerdo con Root en que la Corte no debería ser un legislador y que esta era una competencia que en el derecho internacional le correspondía a los Estados, por lo que no se debía confundir con la administración de justicia. Pero tal vez su postura más controversial se dio cuando propuso como antídoto al *non-liquet* el principio de "lo que no está prohibido está permitido"[323], toda vez que, si no existía una regla de derecho positivo que pudiese ser aplicada al caso concreto, entonces la Corte no podría fallar en contra del Estado que cometió el acto reconociéndole el derecho a otro Estado. Para él, esa era la utilidad de los principios[324].

El Presidente del Comité, Descamps, no estuvo de acuerdo con la posición de Ricci-Busatti, ya que, para él, las fuentes debían ser aplicadas por la Corte de manera sucesiva, primero los textos de las convenciones, si esto no era suficiente la costumbre internacional y si todavía no se encontraba una regla aplicable ¿entonces debería la Corte excusarse y no resolver? Descamps consideraba que no, que la Corte no podía *non-liquet*, "el juez debía entonces aplicar los principios generales del derecho. Pero debía evitar la tentación de aplicar esos principios a su antojo. Por esa razón, instó al juez a que dictara sentencias acordes con los dictados de la conciencia jurídica de los pueblos civilizados y, con ese mismo fin, recurriera a las doctrinas de los publicistas que gozaban de autoridad"[325].

---

[321] Cour permanente de justice internationale. Comité consultatif de juristes. *Procès-verbaux des séances du comité. 16 juin – 24 juillet 1920 avec annexes*. La Haye: Van Langenhuysen Frères, 1920, 296.
[322] *Ibíd.,* 315.
[323] *Ibíd.,* 314 y 332
[324] *Ibíd.,* 314–315.
[325] *Ibíd.,* 318–319.

El 3 de julio de 1920, en el marco de la 15ª Sesión del Comité, sus miembros lograron alcanzar un consenso con respecto a la incorporación de los principios generales como una fuente aplicable por la Corte, gracias al borrador presentado por Elihu Root, quién según Ole Spiermann, cambió de opinión aceptando una fórmula que incluía a los principios, porque la redacción estaba basada en una decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos[326]. El borrador de Root establecía que las fuentes debían ser analizadas en orden y que la tercera de ellas correspondería a: "3. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas"[327], después del derecho internacional convencional y la costumbre internacional, y antes de las decisiones judiciales y las opiniones de los autores.

Lord Philimore, miembro del Privy Council del Rey de Inglaterra, manifestó que por "principios generales del derecho" él entendía "máximas del derecho"[328], y que la fuente recogida en el punto 3 de la propuesta, correspondía a aquellos "que fueron aceptados por todas las naciones en el ámbito interno (*foro domestico*), tales como ciertos principios de procedimiento, el principio de buena fe y el principio de cosa juzgada, etc."[329]. Por su parte, Albert de Lapradelle, profesor francés de la Universidad de París, resaltó que esa concepción de los principios "bordeaba la muy difícil y oscura cuestión de los límites de la costumbre"[330], reconoció que "los principios que son la base del derecho nacional, también constituyen las fuentes del derecho internacional. Pero que no existen en realidad principios generales, salvo aquellos que han obtenido la unanimidad o la cuasi-unanimidad"[331], por eso, concluyó, que lo mejor sería no entrar en demasiado detalle y mantener la frase simple con "principios generales del derecho" sin entrar a especificar la fuente de la que se derivarían dichos principios[332].

---

[326] Spiermann, Ole. "'Who Attempts too Much Does Nothing Well': the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice". *British Yearbook of International Law* 73, no. 1 (2002): 217.
[327] Cour permanente de justice internationale. Comité consultatif de juristes. *Procès-verbaux des séances du comité. 16 juin – 24 juillet 1920 avec annexes*. La Haye: Van Langenhuysen Frères, 1920, 344: "(…) 3. les principes généraux de droit reconnus par les peuples civilisés.
[328] *Ibíd.,* 335.
[329] *Ibíd.*
[330] *Ibíd.*
[331] Cour permanente de justice internationale. Comité consultatif de juristes. *Procès-verbaux des séances du comité. 16 juin – 24 juillet 1920 avec annexes*. La Haye: Van Langenhuysen Frères, 1920, 335–336.
[332] *Ibíd.,* 336.

Finalmente, el 19 de julio de 1920, durante la 27ª sesión del Comité[333], se aprobó la propuesta del que hasta ese entonces era el artículo 31 del Proyecto de Estatuto de la CPJI y que a la postre terminaría siendo el artículo 35, el cual rezaba:

> "Dentro de los límites de su competencia definidos en el artículo 34, la Corte aplicará en orden sucesivo:
>
> 1. los convenios internacionales, generales y especiales, que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
>
> 2. la costumbre internacional, que evidencie una práctica general aceptada como ley;
>
> 3. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
>
> 4. las decisiones judiciales y las enseñanzas de los publicistas más cualificados de diferentes naciones, que son medios subsidiarios para la definición de las normas jurídicas"[334].

Como una nota al margen frente al tema que nos interesa, llama la atención que la versión en francés del texto aprobado para primera lectura se utilizó la fórmula: "*les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées*" mientras que en la versión en inglés la formula fue: "*the general principles of law recognised in civilised nations*"[335]. Aunque pareciera una diferencia sutil de traducción, evidencia las dos corrientes presentes en las discusiones del Comité, una de corte más anglosajón o de *common law* si se quiere, que consideraba que los principios generales del derecho debían provenir exclusivamente de los ordenamientos internos, del foro domestico de los Estados. La otra, de corte más francesa, continental si se quiere, que ve los principios como aquellos incluso que eran aplicados por los Estados en el marco de sus relaciones. A final, en el proyecto definitivo aprobado se cambió en la formula en inglés el "*in*" por el

[333] *Ibíd.,* 584, 635 y 636.
[334] *Ibíd.,* 680.
[335] *Ibíd.,* 659 y 666.

"*by*"[336], pero la discusión inicia sobre el origen de los principios generales del derecho nos sigue acompañando hasta nuestros días.

El proyecto de Estatuto ordenado por el artículo 14 del Estatuto de la organización multilateral, fue sometido ante la Sociedad de las Naciones y a la consideración de sus Estados miembros. Sólo se realizaron tres cambios relevantes a la propuesta de artículo 35. (i) Durante la 7ª sesión de la Subcomisión de la Tercera Comisión de la primera Asamblea, el representante de Gran Bretaña (M. Cecil Hurst), propuso eliminar la frase: "Dentro de los límites de su competencia definidos en el artículo 34". (ii) Los representantes de Francia (M. Henri Fromageot) y Países Bajos (Dr. Loder), propusieron eliminar la oración: "en orden sucesivo" permitiendo así que las fuentes del derecho fueran aplicadas por la Corte de manera simultánea. Estas dos enmiendas fueron aceptadas sin mayores contratiempos[337].

Por su parte, durante la sesión 7ª adelantada el 7 de diciembre de 1920 se aprobó la tercera modificación (iii), discusión que se originó con la propuesta de Grecia (M. Politis), que pretendía que el numeral 3 del artículo 35 del estatuto que recogía la aplicación de los principios generales como una fuente, hiciera un distinción entre la aplicación de los principios generales del derecho y la de los principios de justicia, siendo necesario para que la Corte pueda hacer uso de estos último, la voluntariedad de las partes[338]. Como resultado de la discusión desatada por la propuesta de Politis, Francia, en cabeza de M. Fromageot, propuso incluir un texto en el articulado del estatuto que cumpliera con los intereses de Grecia y de los demás representantes, texto que a la postre sería aprobado y pasaría a ser parte del Estatuto de la CPIJ: "La presente disposición se entenderá sin perjuicio de la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono* si las partes así lo convinieren"[339].

---

[336] *Ibíd.,* 730.
[337] Société des Nations. Cour permanente de justice internationale. *Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*. Septième séance, 1er décembre 1920, 145.
[338] *Ibíd.,* 157: "Le príncipes généraux du droit et, si les parties sont d'accord, les príncipes généraux de la justice reconnus par les nations civilisées"
[339] *Ibíd.*

Finalmente, en Ginebra, mediante resolución del 13 de diciembre de 1920, los miembros de la Asamblea de la Sociedad de las Naciones aprobaron por unanimidad el borrador del Estatuto de la CIPJ, preparado por el Concejo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que fue integrado, como hemos afirmado anteriormente, al Tratado de Paz de Versalles de 1919[340]. El artículo definitivo de fuentes, que pasaría en la versión final del Estatuto a estar identificado con el número 38, rezaba:

"La Corte aplicará:

1. Los convenios internacionales, generales o particulares, que establezcan normas expresamente reconocidas por los Estados contendientes;
2. La costumbre internacional, como prueba de una práctica general aceptada como derecho;

3. Los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

4. sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59, las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas más calificados de las diversas naciones, como medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de la facultad de la Corte para decidir un caso *ex aequo et bono*, si las partes así lo acuerdan"[341].

Con el fracaso de la Sociedad de las Naciones y el inicio de la Segunda Guerra Mundial, la preocupación entre los países aliados (principalmente Estados Unidos, Reino Unido, la Unión Soviética y China) por alcanzar una paz duradera, llevó a que se realizaran varias reuniones, conferencias y compromisos en el marco de las cuales se fue dando forma a la idea de una organización internacional que propendiera por la paz y la seguridad mundial a través de la

[340] *Ibíd.,* 257.
[341] *Ibíd.,* 264.

cooperación de los pueblos libres del mundo[342], que a la postre pasaría a ser la razón de ser de la Organización de las Naciones Unidas[343]. Sin embargo, en ninguna de estas reuniones se hizo referencia a la creación de una Corte Internacional de Justicia o a la reactivación de la Corte Permanente. No se encuentra referencia a esto, ni en la declaración adoptada en el marco de la reunión en el St. James Palace de Londres en junio de 1941[344]; ni en la llamada Carta del Atlántico, que corresponde a la declaración conjunta realizada por el Presidente de los Estados Unidos y el Primer Ministro Churchill en representación del Gobierno del Reino Unido del 14 de agosto de 1941[345]; ni en la Declaración de las Naciones Unidas suscrita por 26 países en Washington el 1º de enero de 1942[346], ni las conclusiones de las conferencias de Moscú[347], Teherán[348] y el Cairo de 1943[349].

La primera referencia —aunque indirecta— al establecimiento de una Corte internacional, su estatuto o a las fuentes sobre las cuales debe fallar, la encontraremos en el Acuerdo que daría origen al Fondo Monetario Internacional, producto de la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas, también conocida como Conferencia de Bretton Woods, ya que se celebró en esta localidad de Nuevo Hampshire en Estados Unidos entre el 1º y el 22 de julio de 1944. Tanto en el literal c) del artículo XVIII del citado Acuerdo del Fondo Monetario Internacional[350], como en el literal c) del artículo IX del Acuerdo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento[351], establecen que en caso de presentarse una discrepancia entre el Fondo o el Banco y los Estados, esta se deberá resolver a través de un arbitraje en el que el

---

[342] *Inter-Allied Meeting Held in London at St. James' Palace on June 12, 1941*. Resolution Cmd. 6285. En: *United Nations Documents 1941–1945*. The Royal Institute of International Affairs. London: Oxford University Press, 1947 (reimpresión), 9: "3. That the only true basis of enduring peace is the willing co-operation of free peoples in a world in which, relieved of the menace of aggression, all may enjoy economic and social security; and that it is their intention to work together, and with other free peoples, both in war and peace to this end".
[343] Carta de las Naciones Unidas. Preámbulo: "Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos (…) a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará; la fuerza armada sino en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos".
[344] *United Nations Documents 1941–1945*. The Royal Institute of International Affairs. London: Oxford University Press, 1947 (reimpresión), 9.
[345] *Ibíd.,* 9–10.
[346] *Ibíd.,* 11.
[347] *Ibíd.,* 13–16.
[348] *Ibíd.,* 24.
[349] *Ibíd.,* 25.
[350] *Ibíd.,* 56.
[351] *Ibíd.,* 88.

Presidente de la Corte Permanente Internacional de Justicia o quien haga sus veces, dice la norma, seleccionará el tercer arbitro independiente.

Será hasta las conversaciones de Dumbarton Oaks, Washington D.C. sobre la creación de una Organización Mundial, llevadas a cabo inicialmente del 21 de agosto al 28 de septiembre de 1944 entre Estados Unidos, Reino Unido y Rusia; y después del 29 de septiembre al 7 de octubre entre Reino Unido, Estados Unidos y China[352], que se hará una referencia directa a la creación o restablecimiento de una Corte Internacional de alcance general.

El resultado de esos diálogos fue un conjunto de propuestas encaminadas al establecimiento de una organización internacional general. Como se lee en la introducción del documento que recoge las conclusiones de las reuniones sostenidas: "[s]e debe establecer una organización internacional bajo el nombre de las Naciones Unidas, cuya Carta debe contener las disposiciones necesarias para dar efecto a las propuestas que se presentan a continuación"[353]. Desde un principio, cuando en el capítulo IV de las propuestas se planteaba cuáles serían los órganos principales de la organización, en el literal c) se establecía la necesidad de una "Corte Internacional de Justicia"[354]. Esta idea se desarrolló en el capítulo VII de la propuesta de Carta, donde se concluyó que dicha Corte constituiría el principal órgano judicial de la organización, que sus funciones estarían consignadas en un Estatuto que correspondería a un anexo de la Carta y, lo más importante, presentaba dos opciones frente a su constitución: (i) que el Estatuto de la Corte fuera el mismo de la CIPJ con las modificaciones que fueran deseables o (ii) que se desarrollara un nuevo estatuto para el que el de la CIPJ debería ser usado como su base[355].

En el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, celebrada en 1945 en San Francisco, Estados Unidos; se constituyeron la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el cual, siguiendo las recomendaciones de Dumbarton Oaks, se basó casi en su totalidad en el de la CIPJ. Así, el antes artículo

[352] *Ibíd.,* 92.
[353] *Ibíd.,* 93.
[354] *Ibíd.,* 94.
[355] *Ibíd.,* 98.

38.3 pasó a ser el 38.1.c[356], sin ninguna modificación sustancial. Sin querer implicar con esto que no hubo discusiones, aunque menores, sobre el texto que —hasta hoy— recoge las fuentes del derecho internacional, aunque se trate de una lista ni agotada, ni taxativa.

Así, en el marco de la 7ª reunión del Comité de Juristas de las Naciones Unidas, llevada a cabo el viernes 13 de abril de 1945, el Dr. León De Bayle, delegado de Costa Rica, propuso "que la palabra 'generales' fuera retirada del punto 3 del artículo 38"[357], es decir, que quedaran sólo como fuente del derecho internacional "[l]os Principios del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas". La propuesta fue rechazada por el Comité, Jules Basdevant, delegado de Francia fue uno de los que no estuvo de acuerdo con ella, señalando que: "si bien el artículo 38 no estaba bien redactado, sería difícil elaborar un mejor borrador en el tiempo que el Comité tenía. También llamó la atención sobre el hecho de que la Corte había funcionado muy bien a la luz del artículo 38. Por lo que consideraba que no se debía perder tiempo en redactarlo de nuevo"[358].

La versión final del artículo 38, junto con el resto del borrador de Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, fue aprobado por el Comité el 20 de abril de 1945 y enviado a la Conferencia de San Francisco el 25 de abril del mismo año, con el siguiente comentario:

> "El artículo 38, que determina, según sus términos, lo que la Corte 'aplicará', ha suscitado más controversias en la doctrina que dificultades en la práctica. El Comité consideró que no era el momento oportuno para emprender la revisión de este artículo. Ha confiado en la Corte para ponerlo en práctica y lo ha dejado sin cambios, salvo el que figura en la numeración de las disposiciones de este artículo"[359].

---

[356] *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*. United Nations Committee of Jurists, Vol. XIV. New York: United Nations Information Organization, 1945, 492–493 y 508–509.
[357] *Ibíd.,* 170.
[358] *Ibíd.*
[359] *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*. United Nations Committee of Jurists, Vol. XIV. New York: United Nations Information Organization, 1945, 843.

Hemos visto como desde mediados el siglo XIX, los principios generales del derecho se han venido usando por los Estados y órganos de adjudicación, como una fuente autónoma con claro carácter normativo, llegando así en nuestros días a convertirse en una fuente del derecho internacional vinculante para los sujetos del derecho internacional y aplicable por la Corte Internacional de Justicia. Concordamos así, con las conclusiones a las que arribó en su primer informe (2019) el Relator de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas para el tema de los principios generales del derecho: (i) que la inclusión de los principios en el listado de fuentes del Estatuto tanto de la CIPJ como de la Corte Internacional de Justicia, sus redactores no consideraban que estaban desarrollando el derecho internacional e incorporando un nueva fuente, sino que por el contrario, como hemos demostrado a lo largo de esta sección, ellos creían que estaban codificando una ya existente. (ii) el principio de inexcusabilidad de los jueces o *non liquet*, fue uno de los principales promotores de la inclusión de los principios como fuente, sin embrago, la preocupación por tener una Corte activista que extralimitara sus funciones judiciales, suplantara a los Estados y legislara, siempre estuvo presente en la discusión, por eso para los redactores de los Estatutos siempre estuvo claro que los jueces no debían tener la facultad de crear nuevo derecho. (iii) De la discusión en los distintos comités redactores de los Estatutos, sumado a la práctica de Estados y tribunales arbitrales, se puede establecer que los principios generales como fuente del derecho internacional, pueden tener su origen en el foro doméstico, es decir, del ordenamiento interno de los Estados; pero también de otros orígenes. (iv) No hay una jerarquía entre las fuentes del derecho internacional aplicables por la Corte, quien podrá acudir simultáneamente a Convenciones, costumbre o los principios y de manera subsidiaria a las decisiones judiciales y la doctrina. (iv) el artículo 38 marca de manera contundente la diferencia entre los principios del derecho, como una fuente con carácter normativo, y la equidad[360].

2.4 Conclusión

El recorrido histórico y doctrinal desarrollado en este capítulo permite llegar a una conclusión que conviene formular con precisión: la evolución del concepto de principio general en el derecho internacional no puede ser descrita como una secuencia lineal que parte de un iusnaturalismo

[360] Comisión de Derecho Internacional. *Primer informe sobre principios generales del derecho* (presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial), 71.º período de sesiones, 5 de abril de 2019 (A/CN.4/732), 31 (¶¶ 108–109).

originario, atraviesa una ruptura positivista en el siglo XIX y desemboca, casi por accidente, en la positivización de los principios en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y, después, de la Corte Internacional de Justicia. En su lugar, lo que la investigación mostró, fue es un proceso de transformación, evolución y reformulación de la idea de principio, en el que los elementos iusnaturalistas, voluntaristas, doctrinales y jurisprudenciales no se suceden de manera excluyente, sino que conviven, se corrigen y se rearticulan.

Vista desde esa perspectiva, la historia de los principios generales del derecho es, al mismo tiempo, la historia de una necesidad estructural del orden internacional, la de disponer de criterios normativos capaces de dotar de coherencia, inteligibilidad y vocación jurídica a un sistema que nunca ha podido descansar exclusivamente ni en el consentimiento temporal de los Estados ni en la fragilidad de sus relaciones de poder. Ése es, precisamente, el punto en el que la subsidiariedad adquiere relevancia, no como una categoría tardía, accidental o exclusivamente sectorial, sino como una figura cuya inteligibilidad depende de esa larga historia de tensiones entre comunidad, soberanía, juridicidad y autoridad.

En sus orígenes más remotos, esa historia pone de manifiesto que la idea de principio fue pensada, antes que nada, como fundamento del derecho y no simplemente como instrumento auxiliar de aplicación judicial. Desde Cicerón hasta los primeros tratadistas del derecho de gentes, lo que emerge es la convicción de que el derecho no se agota en las disposiciones positivas, sino que reposa sobre máximas anteriores, superiores o al menos más generales, que orientan la vida jurídica y suministran sus criterios de corrección. Francisco de Vitoria, Alberico Gentili, Hugo Grocio y Richard Zouche, con diferencias profundas entre sí, comparten un presupuesto central: el orden de las relaciones entre los pueblos y las naciones no puede reducirse a la voluntad de sus gobernantes, porque existe un plano normativo más denso —sea que este se identifique con el derecho natural, con la recta razón o con un consenso común de las naciones— que condiciona y hace posible la juridicidad del derecho de gentes.

Lo relevante para los fines de esta tesis es que, aun cuando en ese momento no existiera todavía una formulación cristalizada del principio de subsidiariedad, sí aparecen algunos de sus rasgos estructurales, como lo son la afirmación de una autoridad primaria radicada en la

comunidad política particular, la resistencia frente a la idea de un superior judicial universal que juzgue a los Estados como se juzga a los individuos y, simultáneamente, la admisión de una esfera internacional orientada al bien común de una comunidad más amplia, capaz de imponer límites, deberes o exigencias a las unidades políticas particulares cuando así lo reclama la preservación del orden común.

Los documentos históricos analizados en este capítulo, además, lograron demostrar que el siglo XIX —lejos de representar el entierro del derecho natural y, con él, de los principios— fue el escenario en el que éstos adquirieron una relevancia metodológica y sistémica decisiva. El llamado giro positivista, visto de cerca, aparece menos como una sustitución total de los principios por la voluntad estatal y más como una operación de reacomodo conceptual. El discurso jurídico de la época buscó cientifizar el derecho internacional, desprenderlo de formulaciones metafísicas explícitas y anclarlo con mayor intensidad en tratados, costumbres y prácticas estatales; pero fue infructuoso toda vez que no logró prescindir de principios generales que siguieran cumpliendo funciones de unificación, orientación, generalización y control. De ahí que la aparente oposición entre iusnaturalismo e iuspositivismo resulte, en el contexto del derecho internacional decimonónico, más porosa de lo que la narrativa clásica permite suponer.

Autores como Martens o Renault, y en el ámbito latinoamericano Bello y Calvo, muestran precisamente esa coexistencia: el lenguaje del consentimiento gana densidad, pero los principios continúan operando como presupuestos racionales, como máximas comunes, como parámetros de razonabilidad o como reglas generales derivadas de la práctica compartida. En ese marco, el siglo XIX fue, en un sentido estricto, un siglo de principios; y no porque hubiera conservado intacto el antiguo derecho natural, sino porque logró traducirlo, a una gramática normativa compatible con las exigencias de una disciplina que aspiraba a presentarse como ciencia jurídica.

Esta constatación tiene una consecuencia directa para el problema de la subsidiariedad. Si los principios fueron el lenguaje mediante el cual el derecho internacional del siglo XIX buscó conciliar soberanía y sistema, autonomía estatal y orden común, entonces no sorprende que precisamente en esa época puedan identificarse las condiciones de posibilidad de una formulación

futura de la subsidiariedad. No porque el término existiera ya, ni porque su contenido se presentara con la nitidez que alcanzará después, sino porque las categorías que la hacen pensable se hallaban ya en elaboración: el equilibrio entre intereses locales y exigencias de una comunidad internacional, la reciprocidad como forma de limitación de la pura unilateralidad, la soberanía entendida no como licencia absoluta sino como poder que debe ser compatibilizado con una estructura jurídica más amplia, y la necesidad de principios que ordenen la relación entre distintos planos normativos.

En este sentido, el impacto de la evolución del concepto de principio general sobre la subsidiariedad es profundo: la vuelve jurídicamente imaginable. La subsidiariedad deja de aparecer como una innovación exógena al derecho internacional y empieza a revelarse como una racionalidad latente en la propia historia de sus fuentes. Dicho de otro modo, el capítulo permite concluir que la subsidiariedad no irrumpe en el derecho internacional desde fuera de su tradición, sino desde una de sus tensiones constitutivas, la que enfrenta, y al mismo tiempo articula, la autosuficiencia relativa del Estado con la necesidad de un orden jurídico común.

La tercera gran enseñanza del capítulo proviene del examen de la práctica normativa y adjudicativa de finales del siglo XIX y comienzos del XX. Contra la tesis según la cual los principios generales habrían sido una creación *ex novo* de los redactores del Estatuto de la Corte Permanente o una simple cláusula de cierre concebida en abstracto para evitar el *non liquet*, la evidencia recogida muestra que existía desde esa época una práctica suficientemente significativa de invocación y aplicación de principios en instrumentos internacionales, en laudos arbitrales y en decisiones de órganos de adjudicación. La Declaración de Londres de 1871, el Tratado de Washington, las Convenciones de La Haya, la experiencia de la Corte Centroamericana y una serie de decisiones arbitrales sobre necesidad, jurisdicción, denegación de justicia, responsabilidad e indemnización demuestran que los principios eran utilizados con pretensión normativa, no meramente ornamental. La formalización estatutaria de 1920 y su continuidad en 1945, por tanto, no deben leerse como el nacimiento artificial de una fuente, sino como la codificación de una práctica previa y de una convicción doctrinal ya asentada acerca de la juridicidad de los principios.

Esa conclusión resulta de especial importancia para la tesis general del trabajo, porque permite descartar la objeción según la cual reconocer valor jurídico a un principio que no se encuentre exhaustivamente positivizado equivaldría a judicializar la moral o a introducir sin ningún rigor fuentes no autorizadas en el sistema internacional. La historia examinada en el capítulo muestra exactamente lo contrario que el derecho internacional siempre ha necesitado, reconocido y utilizado principios para seguir siendo derecho.

Ahora bien, el análisis de los debates de codificación en torno al Estatuto de la Corte Permanente y luego al de la Corte Internacional de Justicia también permite precisar el alcance de esa juridicidad. La inclusión de los principios generales en el artículo 38 no respondió únicamente a la preocupación por evitar que la Corte se declarara impotente frente a una laguna normativa; respondió, además, a la convicción de que el orden internacional no podía concebirse sin principios jurídicos dotados de fuerza normativa propia. Sin embargo, el mismo debate mostró también un temor persistente: que el recurso a los principios abriera la puerta a un activismo judicial capaz de transformar al juez internacional en legislador. De ahí la importancia capital de la distinción entre principios del derecho y equidad, así como la negativa a conferir a la Corte una potestad general de creación jurídica desvinculada del sistema.

La conclusión derivada de ese análisis es particularmente relevante para la subsidiariedad: si este principio ha de ser reconocido y aplicado en el derecho internacional, ello no puede ocurrir bajo la forma de una discrecionalidad judicial radical ni como resultado de una arbitraria apelación a la justicia material, sino como ejercicio de identificación y aplicación de una verdadera fuente normativa. A su vez, la discusión estatutaria permite despejar otras dos cuestiones de método que inciden directamente sobre el problema estudiado: primero, que no existe una subordinación jerárquica de los principios respecto de tratados y costumbre, aunque sí una relación de articulación sistemática con ellos. Segundo, que el origen de los principios no queda encerrado de manera excluyente *in foro domestico*, puesto que la práctica histórica revela una interacción más compleja entre ordenamientos internos, práctica internacional, conciencia jurídica común y necesidades estructurales del sistema.

Sobre esa base, el impacto de esta evolución conceptual en la subsidiariedad puede formularse en términos más precisos. El capítulo no demuestra todavía —ni era ése su cometido inmediato— que la subsidiariedad satisfaga en el presente todos los requisitos para ser reconocida como principio general del derecho internacional; esa demostración exige una labor adicional de determinación conceptual, verificación comparada y análisis de transposición al orden internacional que se hará en el siguiente capítulo. Pero sí establece como algo previo y decisivo, que no existe ninguna razón histórica, teórica o dogmática seria para tratar la subsidiariedad como un cuerpo extraño al derecho internacional de las fuentes. Por el contrario, la reconstrucción efectuada muestra que el terreno en el que la subsidiariedad podrá ser ulteriormente defendida como principio general fue abonado durante siglos por una tradición que, una y otra vez, debió enfrentarse al mismo problema de fondo: cómo articular un orden internacional dotado de juridicidad con la persistencia de entidades políticas soberanas, iguales y renuentes a reconocer un superior absoluto. En esa tensión, la subsidiariedad aparece como una respuesta especialmente plausible, porque no exige anular ninguno de los dos extremos de la discusión: los ordena. Su lógica no es la de la absorción de lo estatal por lo internacional ni la de la clausura absoluta de lo internacional en favor de lo estatal, sino la de una estructuración relacional de competencias, responsabilidades y deferencias. Precisamente por eso, la genealogía reconstruida en este capítulo no es un simple antecedente erudito, constituye la prehistoria dogmática de la subsidiariedad como categoría jurídica internacional.

Las implicaciones de esta conclusión son, a su vez, relevantes tanto para la teoría general del derecho internacional como para la práctica de sus órganos de aplicación. Teóricamente, el capítulo obliga a revisar las narrativas simplificadas sobre las fuentes, en particular aquellas que reservan a los principios un papel puramente residual, subsidiario en el sentido débil del término o dependiente por completo de la voluntad expresa de los Estados. La historia reconstruida enseña que los principios han operado, desde muy temprano, como elementos constitutivos de la normatividad internacional, han servido para generalizar reglas, controlar prácticas, orientar la interpretación, suplir deficiencias del derecho positivo y mantener la coherencia del sistema. Lo que esto significa, es que el recurso a los principios —y eventualmente a la subsidiariedad entre ellos— no es sinónimo de libertad irrestricta para el juez, sino exigencia de rigor metodológico. La prudencia con la que los redactores del artículo 38 separaron principios de derecho y de

principios de justicia o equidad, así como la insistencia en evitar que la Corte legislara, conserva plena actualidad.

Si la subsidiariedad ha de ser operativa como principio internacional, su identificación y aplicación deberán estar siempre acompañadas de una justificación estrictamente jurídica, atenta a su origen, a su función sistémica y a su compatibilidad con la estructura del orden internacional. Esa exigencia metodológica es, en realidad, una de las contribuciones más sobrias, pero más importantes del capítulo, mostrar que la historia de los principios no autoriza arbitrariedad alguna; autoriza, más bien, una comprensión más refinada de la juridicidad internacional.

Quedan, desde luego, cuestiones abiertas, y es conveniente reconocerlas precisamente para no sobrecargar a este capítulo con demostraciones que pertenecen a los siguientes. Persisten ambigüedades acerca del concepto mismo de principio, del alcance del adjetivo “general”, de la relación entre principios provenientes de los sistemas jurídicos internos y principios formados en el propio orden internacional, así como del grado de especificidad con el que un principio puede proyectarse sobre ámbitos materiales diferenciados sin perder su carácter general. Del mismo modo, si bien la reconstrucción histórica permite afirmar que la subsidiariedad tiene antecedentes normativos discernibles y una matriz compatible con la tradición de los principios, todavía resta precisar bajo qué criterios ha de ser identificada hoy, cuál es su contenido común mínimamente determinable y de qué manera se proyecta en regímenes concretos, especialmente en el derecho internacional de los derechos humanos.

Capítulo 3
La subsidiariedad como un principio general en el derecho internacional de hoy

En el estado actual del derecho internacional, la apelación a los principios generales ha recuperado una centralidad que contrasta con la persistente indeterminación conceptual que rodea tanto la noción de "principio" como el alcance del calificativo "general". Las discusiones recientes en el seno de la Comisión de Derecho Internacional han vuelto a poner de presente que no existe todavía una respuesta pacífica sobre qué hace de una norma un principio general del derecho ni sobre si su generalidad remite a su estructura normativa, a su ámbito de aplicación o a estas dos dimensiones simultáneamente. Esa ambigüedad no se reduce a un problema simplemente terminológico: compromete la identificación misma de una de las fuentes previstas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y, por esa vía, afecta la manera en que el orden jurídico internacional se piensa a sí mismo en un momento complejo marcado por la fragmentación normativa, la proliferación de regímenes especializados y la necesidad de criterios capaces de articular autoridad, legitimidad y coherencia sistémica. Es precisamente en ese punto donde la subsidiariedad adquiere relevancia, no solo por la frecuencia con que aparece invocada en el derecho internacional contemporáneo, sino por la insuficiencia de los esfuerzos dogmáticos dirigidos a explicar por qué, y en qué sentido, podría ser considerada un verdadero principio general del derecho internacional.

Sin embargo, el problema jurídico que aquí se aborda no consiste simplemente en constatar la presencia de la subsidiariedad en ámbitos tan diversos como el derecho comunitario, el derecho penal internacional o el derecho internacional de los derechos humanos. La cuestión decisiva es otra, y es más exigente: determinar si la subsidiariedad satisface las condiciones de existencia, reconocimiento y aplicabilidad que el derecho internacional contemporáneo exige para admitirla como principio general del derecho. Ello obliga, de un lado, a distinguir entre la subsidiariedad como técnica de distribución de competencias, como criterio de deferencia o

como condición fáctica para el correcto funcionamiento de ciertos subsistemas y, de otro, la subsidiariedad como norma jurídica fundamental, dotada de un núcleo estructural susceptible de ser identificado comparativamente y de ser transpuesto al plano internacional sin incurrir en un trasplante mecánico desde el derecho interno.

Por esa razón, el análisis adopta el marco metodológico que hoy ofrece la Comisión de Derecho Internacional —la verificación de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo y su transposición al sistema jurídico internacional—, pero lo desarrolla críticamente mediante un enfoque funcional y sistemático, tomando en cuenta tanto las variaciones *ratione personae* y *ratione materiae* del principio, como la necesidad de verificar su compatibilidad con los fundamentos propios del orden jurídico internacional.

Sobre esa base, el hilo conductor del capítulo pasa, en un primer momento, por depurar el concepto mismo de principio general del derecho, despejando la ambigüedad que rodea la noción de generalidad y proponiendo una definición operativa capaz de servir de criterio de identificación; pasando luego al examen de la subsidiariedad como *idée universelle de droit*, la reconstrucción de su *pedigree* en una muestra amplia y representativa de sistemas jurídicos nacionales y la verificación de las condiciones de su transposición al derecho internacional contemporáneo. La apuesta no es menor: no se trata simplemente de reiterar que la subsidiariedad ocupa un lugar relevante en la arquitectura del orden internacional, algo que con frecuencia se da por supuesto, sino de demostrar que satisface efectivamente las condiciones para ser reconocida como un principio general del derecho internacional en los términos del artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En ello reside la contribución específica de este capítulo: cerrar un vacío dogmático persistente y mostrar que la subsidiariedad opera como una norma rectora capaz de favorecer la cohesión del sistema, la convergencia entre regímenes especializados y la articulación jurídica de un orden plural, complejo y multinivel.

3.1 El concepto de principio y su carácter general en el derecho internacional

A lo largo de la historia del desarrollo de los principios generales en el derecho internacional, hay una cuestión que se ha mantenido como una constante a la que no se le ha brindado una

respuesta clara: ¿cómo se definen los principios generales del derecho, en especial en su caracterización como fuente del derecho internacional? No se trata de una pregunta analítica, sino conceptual, que no puede ser definida a través de ejemplos, aplicaciones concretas o elementos esenciales —ya sean naturales o accidentales— aunque, todos ellos resulten ser útiles para la tarea. El problema de no contar con una definición clara para esta fuente en el derecho internacional fue puesto recientemente de presente por algunos Estados, en el marco de sus comentarios al proyecto de conclusiones presentada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) como resultado del trabajo realizado desde 2018 bajo la relatoría del ecuatoriano Marcelo Vásquez-Bermúdez sobre el tema "Principios generales del derecho".

Así, por ejemplo, a finales de 2023, en el marco de la presentación del informe de la CDI ante Comisión Jurídica (Sexta) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, India resaltó la conveniencia de tener una definición clara de principios generales del derecho. En concreto, propuso que: "[d]ada la falta de claridad sobre lo que constituyen principios generales del derecho, es necesario articular una definición. Después de abordar las funciones de los principios generales del derecho, la Comisión debería considerar la posibilidad de introducir tal definición para dilucidar el alcance de su labor"[361].

En un sentido similar, Polonia presentó comentarios al trabajo de la CDI sobre principios, con el fin que fueran discutidos en el 76º periodo de sesiones a mediados de 2025. En sus observaciones, planteaba que, todavía existían dos temas pendientes que la Comisión debía resolver: en primer lugar, cómo debería ser entendido el término "general" cuando hablamos de principios generales del derecho. Acaso este hacía referencia al carácter general de la norma calificada como principio o más bien significa que la norma obliga a todos los Estados independientemente de su nivel de especificidad. En segundo lugar, cuál es la relevancia del uso del término "principio". Debe ser entendida esa referencia en oposición a "regla" o tal vez debe entenderse como una referencia implícita a su origen en el derecho interno[362].

---

[361] Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexta Comisión. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 73.º y 74.º (continuación). Acta resumida de la 25.ª sesión de la Comisión celebrada en Nueva York el 25 de octubre de 2023*. ONU Doc. A/C.6/78/SR.25 (11 de diciembre de 2023), 7 (¶ 33). Disponible en: https://docs.un.org/es/A/C.6/78/SR.25 (consultado el 26 de octubre de 2025).

[362] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho. Comentarios y observaciones recIbídos de los Gobiernos*. 76.º período de sesiones. ONU Doc.

En su cuarto informe de febrero de 2025 el relator Vázquez-Bermúdez respondió a las observaciones realizadas por las dos delegaciones. Con respecto a la propuesta de India, consideró que la inclusión de una definición de "principios generales del derecho" en el proyecto de conclusiones era injustificada, ya que "(…) al aclarar los orígenes de dicha fuente o sus categorías, la metodología para identificarlos, sus funciones y su relación con otras fuentes del derecho internacional, el proyecto de conclusiones en su conjunto ya brindaba una indicación general de lo que debe entenderse por "principios generales del derecho"[363], por lo que incluir en el proyecto de conclusiones una nueva que hiciera referencia a su definición —en palabras del relator— "sería redundante"[364] o incluso podría generar confusión[365].

Con respecto a las observaciones realizadas por Polonia al informe presentado por la CDI, el Relator Especial respondió inicialmente al cuestionamiento de la utilidad del concepto "principio", haciendo referencia a informes presentados en años anteriores, explicando que: "(…) en la práctica y en la doctrina escrita suelen utilizarse indistintamente los términos 'principios' y 'normas', por lo que no tendría mucha utilidad sacar conclusiones únicamente sobre el término 'principios'"[366]. Efectivamente, en su primer informe, presentado en 2019[367], el Relator hace referencia a algunos autores y a la decisión de la CIJ sobre la delimitación de las

A/C.6/78/SR.25 (28 de enero de 2025), 5. El texto completo del comentario de Polonia se encuentra disponible en: https://legal.un.org/ilc/sessions/76/pdfs/english/gpl_poland.pdf (consultado el 1 de noviembre de 2025).

[363] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Cuarto informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/785 (18 de febrero de 2025), 8 (¶ 31).

[364] *Ibíd.*

[365] International Law Commission. *Provisional summary record of the 3707th meeting – Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 5 May 2025, at 10 a.m.* 76.º período de sesiones. UN Doc. A/CN.4/SR.3707 (11 June 2025), 16: "(…) he [the Special Rapporteur] did not consider it necessary to insert a new draft conclusion defining "general principles of law". The draft conclusions as a whole already gave a general indication of what was to be understood by that term; thus, inserting a new draft conclusion in that regard could be repetitive and also confusing".

[366] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Cuarto informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/785 (18 de febrero de 2025), 8–9 (¶ 32).

[367] Ver Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Primer informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 71.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/732 (5 de abril de 2019), 46–48 (¶¶ 146–152).

fronteras marítimas del Golfo de Maine de 1984[368], para concluir que los términos principios, regla y normas se usan de manera indistinta en el derecho internacional.

Sobre esta respuesta, aunque es comprensible el sentido pragmático que el Relator le ha querido dar a las discusiones sobre los principios en el derecho internacional, considero que su apreciación sobre el uso indistinto de los términos principio, regla y norma no es acertada. Posiblemente se deba a un error lingüístico, toda vez que suelen traducir el término *rules* del inglés al de 'normas' en español, en lugar de hacerlo como 'reglas', como si se hace al francés *"règle"*[369], que sería más apropiado. Como explica Pulido-Ortiz, en su acepción más genérica, "norma" se refiere a "las unidades de los sistemas jurídicos que exigen acciones, posibilitan actos, consagran las condiciones de validez o definen conceptos jurídicos"[370]. Autores como Ronald Dworkin o Robert Alexy han especificado que, incluidas dentro de las normas, se distinguen las reglas y los principios; lo que ha llevado a algunos autores a concluir que "las normas jurídicas son el género conformado por dos especies: las reglas y los principios"[371]. Por esa razón, pensar que los dos conceptos pueden ser usados de manera análoga en el derecho internacional, es un error en el manejo de los conceptos, error que como se ha expuesto ya ha sido aclarado por la teoría normativa que irradia toda la ciencia jurídica, incluyendo dentro de ella, por supuesto, el derecho internacional.

Precisamente, sobre la diferencia conceptual entre Principios y reglas en el derecho internacional, reflexionó a principios del siglo XX el jurista norteamericano Jackson H. Ralston,

---

[368] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1984, 288–290 (¶ 79): "(…) The time has therefore come to begin consideration of the problem of ascertaining the rules of law, in the international legal order, which govern the matter at issue in the present case. In the Chamber's opinion, the association of the terms "rules" and "principles" is no more than the use of a dual expresion to convey one and the same idea, since in this context "principles" clearly means principles of law, that is, it also includes rules of international law in whose case the use of the term "principles" may be justified because of their more general and more fundamental character."

[369] Ver, por ejemplo, el uso en francés dado por la CIJ en *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1984, 288–290 (¶ 79): "Quant à l'association des termes règles)) et principes)), il ne s'agit, de l'avis de la Chambre, que d'une expression double pour énoncer la même idée, car dans ce contexte on entend manifestement par príncipes des principes de droit, donc aussi des règles du droit international pour lesquelles l'appellation de príncipes peut être justifiée en raison de leur caractère plus général et plus fonda- mental".

[370] Ver Pulido-Ortiz, Fabio. *El derecho y sus normas – Estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis – Universidad de La Sabana, 2022, 135.

[371] *Ibíd.* Ver Alexander, Larry y Sherwin, Emily. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, 31–63.

quien en su opinión como árbitro para dirimir las diferencias entre el comisionado Italiano Agnoli y el venezolano Zuloaga en el caso sobre la indemnización del ciudadano italiano Odoardo Gentini, estableció:

> "Una 'regla', tal y como nos indican Bourguignon y Bergerol en su *Dictionnaire des Synonymes*[372], es esencialmente práctica y, además, obligatoria […]; hay reglas del arte como hay reglas de gobierno, mientras que el principio (*principe*) expresa una verdad general, según la cual se dirigen las acciones, que sirve de base teórica a los diversos actos de la vida y cuya aplicación a la realidad tiene tal o cual consecuencia"[373].

A la reflexión de Ralston, Bin Cheng añadiría que: "[d]ado que los principios expresan verdades generales, los principios generales del derecho expresan verdades jurídicas generales. Constituyen las bases teóricas de las normas jurídicas positivas"[374].

Con respecto al segundo comentario presentado por Polonia, el Relator consideró que sí valía la pena estudiar con más detalle a qué se refería el adjetivo "generales", aplicado a los principios como fuente en el derecho internacional. Esto a debido a que, entre los miembros de la Comisión se han presentado discusiones sobre su interpretación, con dos posturas marcadas: (i) por un lado, que "generales" hace referencia al carácter genérico, general o abstracto del contenido de los principios; por otro (ii), que dicha cualificación hace referencia al ámbito de aplicación de dichos principios[375]. En su cuarto informe de 2025, el Relator de la CDI pareciera haber decantado esta dicotomía, alegando que el resultado de las discusiones en la Comisión ha

---

[372] Ver Bourguignon, Auguste y Bergerol, E. *Dictionnaire des synonymes de la langue française*. Paris: Librairie Garnier Frères, 1884, 533.

[373] Opinion of Umpire Ralston. *Gentini Case (of a general nature)*. *Reports of International Arbitral Awards* X (1903). New York: United Nations, 2006, 556: "A '*règle'*, as we are told in Bourguignon & Bergerol's Dictionnaire des Synonymes— est essentiellement pratique et, de plus, obligatoire * * *; il est des règles de l'art comme des règles de gouvernement, while principle (principe) exprime une vérité générale, d'après laquelle on dirige ses actions, qui sert de base théorique aux divers actes de la vie, et dont l'application à la réalité amène telle ou telle conséquence".

[374] Cheng, Bin. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge, UK: Grotius Publications Limited, 1987, 376.

[375] Ver Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Cuarto informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/785 (18 de febrero de 2025), 9 (¶ 33).

llevado a concluir "(…) que los principios generales del derecho pueden tener un contenido tanto abstracto como específico, y que ello debe determinarse caso por caso"[376], como fue consignado en los comentarios a la conclusión 5 – Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo[377]. Para él, esto evidencia que una interpretación válida de lo establecido en el artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la CIJ, es que el adjetivo "generales", "se refiere al ámbito de aplicación general de los principios generales del derecho y, más concretamente, que, por definición, estos principios siempre forman parte del derecho internacional general, vinculante para todos los Estados"[378].

Sin embargo, tampoco es claro que el adjetivo "generales" se refiera al ámbito de aplicación de los principios, toda vez que se identifica en los informes de la Comisión de Derecho Internacional y del Relator Especial (incluso desde el primero de ellos)[379], la existencia de una cuestión pendiente relacionada con dicha interpretación, elevada por Estados y Organizaciones Internacionales y acogida por los miembros de la CDI. La existencia de principios que tengan un ámbito de aplicación limitado, solo para algunos Estados y no para todos, también llamado *rationae personae*, por ejemplo, principios aplicables a nivel regional, subregional o bilateral; y limitados sustancialmente o *rationae materiae*, como sucede en el caso de principios, que pueden ser comunes al derecho internacional general, pero que tienen un desarrollo en contenido propio de cada régimen especial particular (v.gr. derecho económico internacional, derecho internacional de los derechos humanos, derecho del mar, etc.)[380].

---

[376] *Ibíd.*

[377] Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 74.º período de sesiones*. Documentos Oficiales, septuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10. ONU Doc. A/78/10 (3 de noviembre de 2023), 18–19, comentario 3) a la conclusión 5. Disponible en: https://docs.un.org/es/A/78/10 (consultado el 30 de noviembre de 2025): "La Comisión consideró que, dado que los principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales podían tener distinto contenido y alcance, convenía no ser excesivamente prescriptivos a ese respecto y permitir un análisis caso por caso. En muchos casos, el resultado del análisis comparativo puede ser la determinación de la existencia de un principio jurídico de carácter general y abstracto. En otros, no obstante, el análisis comparativo puede llevar a determinar la existencia de principios jurídicos con un carácter más concreto o específico".

[378] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Cuarto informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/785 (18 de febrero de 2025), 9 (¶ 34).

[379] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Primer informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 71.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/732 (5 de abril de 2019), 37 (¶ 125).

[380] Ver United Nations General Assembly. International Law Commission. *Provisional summary record of the 3707th meeting – Held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 5 May 2025, at 10 a.m.* 76.º período de sesiones. UN Doc. A/CN.4/SR.3707 (11 June 2025), 16–17.

La práctica de la comunidad internacional recogida por el Relator Especial, lo llevó a identificar "(…) la existencia de determinados principios generales del derecho con un ámbito de aplicación limitado a un sistema jurídico regional o subregional que, sin embargo, son análogos a los previstos en el Artículo 38, párrafo 1 c), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia"[381], motivando así la adición de un nuevo proyecto de conclusión, la número 12, titulada "Principios generales del derecho con un ámbito de aplicación limitado"[382], y que en su contenido establecía: "El presente proyecto de conclusiones se entenderá sin perjuicio de la existencia de principios generales del derecho con un ámbito de aplicación limitado"[383].

En su periodo de sesiones de 2025, el Comité de Redacción estudió el tema y, como consta en la declaración presentada por su Presidente, el Embajador argentino Mario Oyarzábal, hubo acuerdo general entre los comisionados para incluir la cláusula de naturaleza "sin perjuicio" en el proyecto de conclusión 12. Sin embargo, se presentó un debate considerable a la hora de establecer las fronteras del "alcance limitado" de determinados principios generales en el derecho internacional, concluyendo que:

> "[E]l ámbito de aplicación del proyecto de conclusión 12 se limitaba *rationae personae* a los principios generales del derecho que operan en determinados sistemas jurídicos para un número limitado de actores internacionales (regionales, subregionales y otros), pero no se aplicaría a los principios generales estrictamente temáticos, como los principios generales del derecho penal internacional o del derecho internacional del medio ambiente. El Comité opinó que una extralimitación del proyecto de conclusiones 12, en caso de que incluyera principios generales con un alcance sustantivo o temático limitado, podría socavar el alcance global del proyecto de conclusiones y la eficacia o pertinencia de los trabajos de la Comisión sobre el tema"[384].

---

[381] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Cuarto informe sobre los principios generales del derecho* [elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial]. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/785 (18 de febrero de 2025), 15 (¶ 61).
[382] *Ibíd,* 15 (¶ 63).
[383] *Ibíd.*
[384] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho. Declaración del Presidente del Comité de Redacción, Sr. Mario Oyarzábal*. 76.º período de sesiones. Ginebra, 27 de mayo de 2025, 14–15. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/statements/2025_dc_chair_statement_gpl.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025).

Si bien resulta entendible la razón por la cual la Comisión optó por reconocer en su proyecto de conclusiones el alcance *rationae personae* y no el *rationae materiae*, buscando darle un alcance global a su trabajo, lo cierto es que es innegable que además de tener principios que en su dimensión general tienen un alcance diferenciado a nivel regional o subregional, también lo tienen dependiendo del ámbito de aplicación sustancial en el que dichos principios se originen y apliquen[385]. No es lo mismo el principio de precaución en materia ambiental que en el derecho internacional humanitario, así en ambos casos ese principio se aplique de manera general a todos los Estados.

Otro ejemplo de lo anterior es el principio de subsidiariedad, si bien puede tener el mismo núcleo esencial, su contenido y alcance no es el mismo en materia de derecho comunitario donde hay una directa y expresa cesión de soberanía a favor de la comunidad, que en materia de derecho penal internacional donde la colaboración enmarcada en la complementariedad para adelantar los procesos es esencial; que en materia de derechos humanos. Incluso puede existir un "alcance limitado" en el que se crucen los dos criterios (el material y el personal), porque no es igual el alcance de la subsidiariedad en materia de derechos humanos, en el Sistema Europeo, con instituciones como el margen de apreciación; que el contenido del mismo principio en el Sistema Interamericano.

En resumen, lo que es claro es que el término "generales" posee una gran ambigüedad conceptual cuando se trata de los principios aplicables en el derecho internacional, empezando por el uso de la denominación que históricamente se le han dado en la CIJ y en su antecesora —como lo resaltara Virdzhiniya Petrova Georgieva[386]— llamándolos "principios tradicionales"[387], "principio elemental del derecho internacional"[388], "principios fundamentales del

---

[385] *Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2010 (separate opinion of Judge Cançado Trindade), 155 (¶ 48): "There are, in fact, general principles of law proper to international law in general, and there are principles of law proper to some domains of international law, such as, inter alia, International Environmental Law".

[386] Ver Petrova Georgieva, Virdzhiniya. *Los principios comunes a los tribunales internacionales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) – Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 98–99.

[387] *Question of Jaworzina (Polish-Czechoslovakian Frontier)*, Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B, No. 8 (6 December 1923), 37.

[388] *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, Judgment, P.C.I.J. Series A, No. 2 (30 August 1924), 12.

derecho internacional"[389], "principios generalmente aceptados"[390], "regla bien conocida"[391], "principios esenciales"[392], "principios generales del derecho reconocidos por los pueblos civilizados"[393], "principios generales del derecho"[394], "principio bien establecido del derecho internacional"[395], "principios básicos"[396] o "reglas relevantes"[397].

Esa ambigüedad, también está presente en la doctrina, donde se evidencia que el adjetivo "generales" ha sido entendido, desde el origen de su utilización, de manera matizada. Desde una postura puramente empírico-comparativo de corte iuspositivista, para la que los principios generales son exclusivamente derivados de los sistemas jurídicos municipales (locales) de los Estados[398]; hasta una esencialista-universal, que concibe a los principios como una materialización normativa del derecho natural, que ilumina todo el derecho internacional dándole validez y

---

[389] *Ibíd.,* 16.
[390] Case concerning The Factory at Chozów (Ger v. Pol.) 1927 P.C.I.J (Ser. A) No. 9, p. 31 (Jul. 26).
[391] *Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)*, Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B, No. 12 (21 November 1925), 32.
[392] *Ibíd.*
[393] *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1960, 43–44.
[394] *South West Africa (Second Phase)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1966, 47 (¶ 88).
[395] *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2024, 419 (¶ 142); *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 1998, 296 (¶ 38).
[396] *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2024, 419 (¶ 142); *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, *I.C.J. Reports* 1988, 105 (¶ 94); *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1974, 268 (§ 46); *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1974, 473 (¶ 49).
[397] *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 2024, 20 (¶ 50).
[398] Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, 34–37: "Root and Phillimore regarded these principles as rules accepted in the domestic law of all civilized states, and Guggenheim held the firm view that paragraph (c) must be applied in this light. However, Oppenheim's view is preferable: '[t]he intention is to authorize the Court to apply the general principles of municipal jurisprudence, in particular of private law, insofar as they are applicable to relations of States'."; Jennings, Sir Robert y Watts, Sir Arthur (eds.). *Oppenheim's International Law*. 9.ª ed. Vol. I (Peace). London: Longman, 1996, 36–37 (¶ 12): "(…) Article 38(l)(c) of the Statute of the International Court of Justice authorises it to apply, in addition to treaties and custom, 'the general principles of law recognised by civilised nations'. The meaning of that phrase has been the subject of much discussion.' The intention is to authorise the Court to apply the general principles of municipal jurisprudense, insofar as they are applicable to relations of states". Crawford reconocerá más adelante la existencia de "Principios Generales del Derecho Internacional", afirmando que, aunque muchos están vinculados a la práctica de los Estados, algunos son abstracciones aceptadas por tanto tiempo y de manera tan general que no pueden ser vinculados con ella, dejando en duda si efectivamente los principios son una fuente independiente del derecho internacional. Por otra parte, vale la pena aclarar que, aunque manteniendo su visión positivista radical, Jennings y Watts se apartan de la obra original de Oppenheim publicada en 1905, al incluir los principios generales del derecho como una fuente del derecho internacional, pues para él las únicas dos fuentes existentes eran la Costumbre internacional y los tratados.

haciéndolo verdaderamente universal[399]; pasando por enfoques mixtos como el de Anzilotti, quien aunque con una visión positivista bajo la cual las únicas fuentes válidas del derecho internacional eran las que contaban con el consentimiento de los Estados, aceptaba la validez de decisiones judiciales tomadas con base en los principios, no porque fueran derecho internacional, sino como un derecho creado por analogía por los jueces, convirtiéndose estos últimos en legisladores[400]; sin dejar de reconocer que lo establecido en el 38.1 (c) se refería tanto a los principios generales del ordenamiento jurídico internacional, como por los principios universalmente admitidos en las legislaciones de los pueblos civilizados[401]. Verdross, por otra parte, dualista-iusnaturalista, aseguraba que el derecho internacional positivo no es hermético, debía ser

---

[399] *Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2010 (separate opinion of Judge Cançado Trindade), 209 (¶ 200).: "Fundamental principles are consubstantial to the international legal order itself, wherein they give expression to the idea of an "objective justice", proper of natural law (cf. supra). Principles of international law shed light into the interpretation and application of international law as a whole, they pertain to the very substratum of this latter, and are identified with the very foundations of the international legal system. They permeate every legal system. Their continuing validity is beyond question. Principles of international law are essential to humankind's quest for justice, and of key importance to the endeavours of construction of a truly universal international law". En su curso ante la Academia de La Haya, Lauterpacht afirmó que los principios generales del derecho le daban un golpe mortal al positivismo: Lauterpacht, Hersch. "Règles générales du droit de la paix". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 62 (1937): 164: "(…) coup mortel au positivisme"; Lauterpacht, Hersch. *International Law and Human Rights*. New York: Frederick A. Praeger, Inc., 1950, 115: "With the Statute of the Permanent Court of International Justice, which declared 'general principles of law as recognised by civilised States' —in some ways a modem version of the law of nature— to be one of the primary sources of international law, what was of the essence of the law of nature, namely, its conformity with the actual legal experience of mankind, came once more into its own". En la página 100 de la misma obra, aclaraba sobre el Derecho Natural en el derecho internacional: "There is nothing inevitably arbitrary about the law of nature. On the contrary, it has been a constant challenge to arbitrariness in the name of what is in the long run universal —because generally accepted— and commendable to reason and to the nature of man including his sense of justice. Its essence is not, as some have thought, the opposition of the ideal law to the law as actually in operation. Actual law is often the full embodiment of natural law or it is an approximation to it (which is merely another way of saying that law is the realisation of the maximum of socially obtainable justice). It is only when the positive law of any given time and place departs from what reason, the sentiment of right and the general legal experience of mankind make to constitute the law of nature that the latter assumes the character of a challenge and a protest. In this sense the law of nature is both an expression of reality and a standard of fitness"; Ver Scobbie, Iain G. M. "The Theorist as Judge: Hersch Lauterpacht's Concept of the International Judicial Function". *European Journal of International Law* 8, no. 2 (1997): 273–274.

[400] Anzilotti, Dionisio. *Cours de droit international*. Traducción de Gilbert Gidel. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1929, 117: "(…) Les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. Cette disposition, dictée per le souci d'éviter que la Cour puisse se trouver dans la nécessité de rejeter une demande par un *non liquet*, par manque de normes juridiques applicables, démontre, avant tout, que l'on a voulu pousser jusqu'à la dernière limite la productivité, si nous pouvons ainsi dire, des sources; et l'analogie en est l'instrument premier et fondamental. Il s'ensuit que les limitations que les normes ont établies, en un sens déterminé, pour certains cas particulièrement visés, doivent valoir également pour les cas analogues non visés. Si l'on admet, en d'autres termes, ce que l'on appelle l'*analogia juris*, il faut retenir a fortiori comme implicitement voulue l'*analogia legis*".

[401] *Ibíd:* "Quant aux principes généraux de droit, dont parle le n° 3 de l'article 38, ce sont avant tout les principes généraux de l'ordre juridique international, et, en second lieu, les principes universellement admis dans les législations des peuples civilisés : une sorte, comme on l'a bien dit, de novissimum *ius gentium* au sens classique, *quasi quo itire omnes gentes utuntur"*.

complementado por los principios generales y es un sistema que va más allá de sí mismo, teniendo como guía principios jurídicos cuya validez presupone[402]. Para él, los principios como fuente en el derecho internacional se dividían en dos tipos: (i) preceptos primarios o esenciales fundados en ideas generales aplicables a las relaciones entre Estados, derivados de una conciencia jurídica universal y vinculados al derecho natural, y (ii) principios derivados de normas concurrentes encontradas en todos los sistemas jurídicos desarrollados del mundo, criticando el reduccionismo del calificativo "civilizados"[403].

Es esta última la postura por la que se decanta la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de conclusiones. Reinterpreta "generales" como reconocidos por la comunidad internacional de Estados, eliminando "civilizadas"[404], por considerarla una expresión

---

[402] Verdross, Alfred. *Derecho internacional público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. 4.ª ed. Madrid: Aguilar, 1974, 20–25; Truyol y Serra, Antonio. "Verdross et la théorie du droit". *European Journal of International Law* 6 (1995): 59: "Par conséquent, conclut Verdross en se servant d'une formule suggestive, *'les principes généraux du droit forment le pont entre le droit naturel pur et le pur droit positif'*[*] Et ceci, tant en droit international qu'en droit étatique, a cette différence près que les principes généraux du droit international sont l'expression de la conscience juridique et du sentiment juridique de la société internationale et non tout simplement ceux d'un Etat particulier". * VERDROSS, Alfred. Völkerrecht. 5 neubearb. U. erw. Aufl. Springer-Verlag, Wien, 1964. p. 39.

[403] Verdross, Alfred. *Derecho internacional público*. Traducción de Antonio Truyol y Serra. 4.ª ed. Madrid: Aguilar, 1974, 133–134; Simma, Bruno. "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law". *European Journal of International Law* 6 (1995): 49–50: "This view of the functions of general principles differs fundamentally from the very limited and rather technical role assigned to them by mainstream positivism. It is important, therefore, to take a closer look at what Verdross precisely understands by such principles, and how he categorizes them. Here, we encounter an essential distinction between two kinds of general principles. || The first category consists of those fundamental principles which are inherent to all legal systems, in the sense that without their recognition such systems simply could not, or hardly, function. (…) These principles stand above consent-based international law in the sense that they have the character of *ius cogens:* no international treaty or customary rule contradicting such principles could acquire legal force. It is this first category of general principles which is essential to Verdross's entire international legal *Weltanschauung;* to use a term of the computer age, the interface between man-made and natural law. || The second category of 'general principles' corresponds to the meaning given to the third formal source enshrined in Article 38 by mainstream international law doctrine. It denotes principles derived from concurrent rules to be found in all developed legal systems. Such concurrence shows that the principles in question have been generally recognized in domestic law *(inforo domestico).* Consequently, if they are transferable to the realm of international relations, they can be applied to international problems by way of analogy because —and to the extent that— no rule of treaty or customary law has yet emerged as a more concrete *lex specialis* covering
the pertinent question".; Truyol y Serra, Antonio. "Verdross et la théorie du droit". *European Journal of International Law* 6 (1995): 60: "Ces principes généraux, telle est sa conclusion, illuminent l'ordre juridique international tout entier. Ils n'interviennent pas seulement pour suppléer a l'éventuelle absence de régies conventionnelles ou coutumières, mais également pour interpréter les régies existantes".

[404] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025). Proyecto de conclusión 2 – Reconocimiento – Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional.

anacrónica[405]. Establece que no es necesario que los principios estén presentes en todos los sistemas jurídicos del mundo, sino en los principales de ellos bajo criterios de amplitud y representatividad[406]. Reconoce la existencia de dos categorías de principios generales: (i) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales y (ii) los que pueden formase en el sistema jurídico internacional[407], poniendo fin a este debate que data desde la inclusión de esta fuente del derecho en el Estatuto de la CPIJ. En ese sentido, los proyectos de conclusiones de la CDI parecieran indicar que "generales" abarca tanto generalidad horizontal (entre Estados) como vertical (principios intrínsecos al orden internacional). Finalmente, resalta la necesaria condición de compatibilidad de los principios identificados con los fundamentos del derecho internacional general para transponer un principio interno al plano internacional[408].

---

[405] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho. Declaración del Presidente del Comité de Redacción, Sr. Mario Oyarzábal*. 76.º período de sesiones. Ginebra, 27 de mayo de 2025, 3. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/statements/2025_dc_chair_statement_gpl.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025); Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 74.º período de sesiones*. Documentos Oficiales, septuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10. ONU Doc. A/78/10 (3 de noviembre de 2023), 15, comentario 3 al proyecto de conclusión 2. Disponible en: https://docs.un.org/es/A/78/10 (consultado el 30 de noviembre de 2025); Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 72.º período de sesiones. ONU Doc. A/76/10. Nueva York: Naciones Unidas, 2021, 165 (¶ 177).

[406] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025), 1–2, proyecto de conclusión 5, "Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo": 1. Para determinar la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo, se requiere un análisis comparativo de los sistemas jurídicos nacionales; 2. El análisis comparativo ha de ser amplio y representativo, e incluir las diferentes regiones del mundo (…). Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g25/079/75/pdf/g2507975.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025); Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la labor realizada en el 74º período de sesiones. Documentos Oficiales, Septuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10. ONU Doc. A/78/10 (3 de noviembre de 2023), 19–20, comentarios 1, 2 y 4 al proyecto de conclusión 5, y 18, comentario 3 al proyecto de conclusión 4. Disponible en: https://docs.un.org/es/A/78/10 (consultado el 30 de noviembre de 2025); Asamblea General de las Naciones Unidas. Informe de la Comisión de Derecho Internacional. 72º período de sesiones. ONU Doc. A/76/10. Nueva York: Naciones Unidas, 2021, 166 (¶ 184) y 177, comentario 3 al proyecto de conclusión 4. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/reports/2021/spanish/a_76_10.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025).

[407] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. 76º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025), 1, proyecto de conclusión 3, "Categorías de principios generales del derecho". Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g25/079/75/pdf/g2507975.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025).

[408] Ibíd., 1, proyecto de conclusión 4, "Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales": para determinar la existencia y el contenido de un principio general del derecho derivado de sistemas jurídicos nacionales, es necesario cerciorarse de: a) la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo; y b) su transposición al sistema jurídico internacional.

En conclusión, *"generales"* en el derecho internacional de hoy, significa ampliamente reconocidos y fundamentales en carácter. A pesar de las ambigüedades, subyace como núcleo común que esa expresión implica una cualidad de universalidad, sea de hecho (común entre ordenamientos) o de valor (necesario para todos). La interpretación contemporánea. —respaldada por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) y la práctica judicial— concibe "generales" como aquellos principios comúnmente reconocidos en las tradiciones jurídicas del mundo (sin exigir un consenso absoluto), que a la vez suelen expresar valores jurídicos básicos de validez transversal (v.gr. buena fe, equidad, debido proceso), pero en donde, en mi opinión, esa universalidad puede estar circunscrita a una región o subregión y a un ámbito sustancial particular, sin socavar con esto su validez como fuente. No se trata de reglas técnicas particulares, sino de principios rectores de alcance amplio, presentes en múltiples órdenes jurídicos y/o inherentes al ordenamiento internacional mismo. Esta comprensión evita caer en nociones eurocéntricas anacrónicas, por ejemplo, reemplazando "naciones civilizadas" por "comunidad internacional", y reconoce que "generales" implica tanto generalidad en su aceptación (extensión horizontal entre pueblos) como generalidad en su naturaleza (importancia vertical para la estructura del Derecho).

Los tribunales internacionales han utilizado estos principios principalmente como mecanismo de cierre o en el ejercicio de una función supletoria, llenando vacíos, asegurando de esa manera que ninguna controversia jurídica quede sin resolver por ausencia de tratado o costumbre aplicable. La conclusión del estudio realizado en esta sección propone un entendimiento integrador: "generales" se refiere a principios jurídicos básicos, de validez universal o casi universal, compartidos por los sistemas jurídicos del mundo o intrínsecos al derecho internacional, que por su carácter fundamental trascienden ordenamientos particulares. Esta interpretación equilibrada facilita identificar principios legítimos sin diluir exigencias de evidencia comparativa, aportando mayor claridad metodológica y reduciendo riesgos de arbitrariedad al invocarlos.

Producto de los elemento establecidos, es pertinente llenar un vacío histórico existente en el derecho internacional que, como se expuso al inicio de esta sección, no tiene pensado llenar el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional: proponer una definición de principio

generales del derecho como fuente del derecho internacional, que si bien no es la razón de ser de este trabajo, es una tarea necesaria para obtener la claridad conceptual que permitirá dar paso a la siguiente parte de este capítulo, en la que entraremos a demostrar que la subsidiariedad sí es un principio esencial, estructural, fundamental y general del derecho internacional.

Así, los principios generales del derecho, en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ, son normas jurídicas vinculantes de carácter fundamental y formulación abierta, reconocidas por la comunidad internacional de Estados como derecho aplicable. Su carácter general se establece, bien porque expresan un principio común a los diversos sistemas jurídicos del mundo y es susceptible de transposición al plano internacional, bien porque la comunidad internacional o regional lo ha reconocido como intrínseco al propio orden jurídico internacional, regional o subregional. Estos principios funcionan como normas jurídicas rectoras que tienen peso persuasivo en el razonamiento jurídico, en lugar de operar como reglas inflexibles. Deben estar ampliamente reconocidos y aceptados en diferentes jurisdicciones o por un consenso internacional o regional general, reflejando nociones básicas de justicia, equidad o buena fe. Una vez identificados y reconocidos, los principios generales del derecho pasan a formar parte del *corpus iuris* del derecho internacional en el mismo plano que los tratados y las normas consuetudinarias. En esa medida, pueden operar en registros sustantivos y procesales y cumplen, ante todo, una función de cierre y coherencia sistémica: colman lagunas al proporcionar soluciones allí donde no resulta aplicable directamente ningún tratado o costumbre, aseguran la coherencia del sistema jurídico al sustentar e interpretar las normas existentes, y orientan el desarrollo de nuevas normas jurídicas conforme a los valores y razonamientos comunes compartidos por la comunidad de naciones.

En resumen, un principio general del derecho es un estándar normativo fundamental (*norma fundamental*, *Grundnorm*) de validez general que el derecho internacional extrae ya sea de la convergencia de los ordenamientos jurídicos nacionales o de sus propios principios fundamentales, y que jueces y juristas aplican atendiendo a su razón de ser y a su peso relativo, en armonía con las demás fuentes del derecho internacional.

3.2 ¿Es la subsidiariedad un principio general del derecho?

Para responder a esa pregunta en el derecho internacional actual, es necesario remitirnos al ya citado proyecto de artículos para la identificación de los principios generales del derecho como fuente del derecho internacional, desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, y que establece que pueden existir dos vías para la identificación de un principio: (i) que se deriven de los sistemas jurídicos nacionales o (ii) que se formen en el sistema jurídico internacional[409]. A lo largo de este trabajo demostraremos que el principio de subsidiariedad cumple las dos condiciones, lo encontramos ampliamente desarrollado en el derecho local, pero también reconocido en el derecho internacional.

Frente a la primera vía de identificación de los principios relacionado con su presencia en los ordenamientos internos, el proyecto de conclusiones plantea una metodología de dos pasos: (i) primero, que el principio sea común a los distintos sistemas jurídicos del mundo[410], lo que implica realizar un análisis comparado de los distintos sistemas jurídicos, que si bien no es necesario que sea de alcance universal, si requiere tener una muestra amplia y representativa de ordenamientos jurídicos, incluyendo en ese análisis comparado, la revisión de legislación y decisiones de Cortes y Tribunales locales[411]. (ii) en segundo lugar, es necesario que el principio identificado, se pueda transponer al sistema jurídico internacional[412], lo cual, a su vez, implica que exista compatibilidad entre lo dispuesto en el derecho interno y lo reconocido en el derecho internacional[413].

---

[409] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. 76º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025), 1, proyecto de conclusión 3, "Categorías de principios generales del derecho". Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g25/079/75/pdf/g2507975.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025).

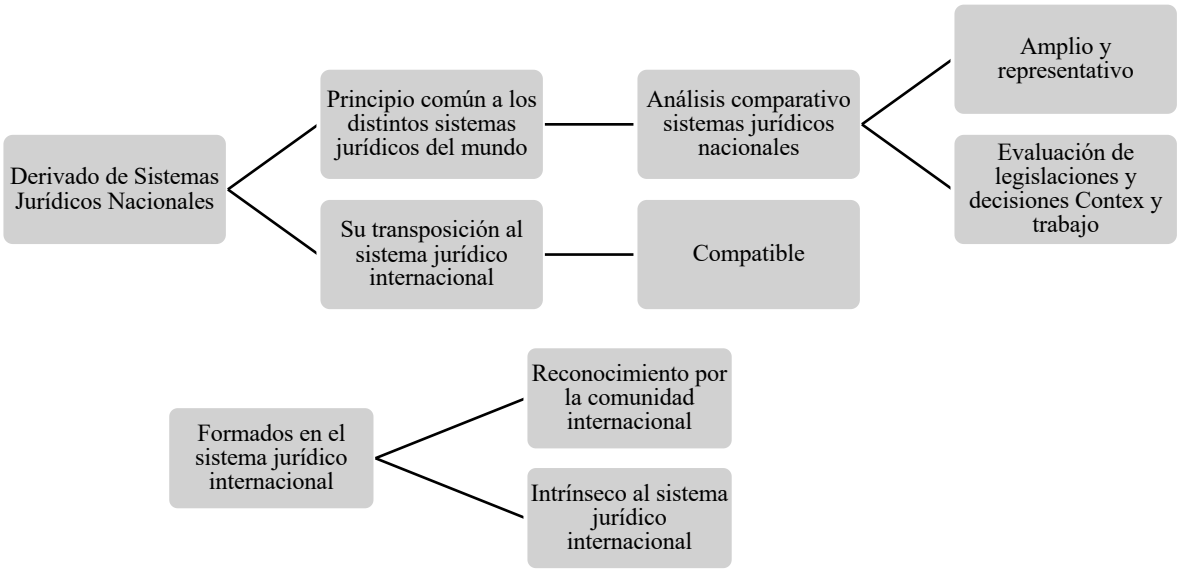
[410] *Ibíd.,* 1, proyecto de conclusión 4, "Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales", literal a).

[411] *Ibíd.,* 1–2, proyecto de conclusión 5, "Determinación de la existencia de un principio común a los diferentes sistemas jurídicos del mundo".

[412] *Ibíd.,* 1, proyecto de conclusión 4, "Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales", literal b).

[413] *Ibíd.,* 2, proyecto de conclusión 6, "Transposición al sistema jurídico internacional".

Figura 1. Interacción entre sistemas jurídicos nacionales e internacional



Nota. Elaboración propia.

A lo largo de este trabajo se demostrará que la subsidiariedad es un principio general del derecho, tanto derivado de los sistemas jurídicos nacionales, como formado en el sistema jurídico internacional. Lo segundo será demostrado en los capítulos donde se desarrollará el rol que cumple en el derecho internacional y en particular en el derecho internacional de los derechos humanos, con un especial énfasis en el sistema interamericano de protección; demostrando con ello el reconocimiento de la comunidad internacional que estamos frente a un principio intrínseco. En esta sección, a continuación, entraremos a analizar el carácter de la subsidiariedad como una idea universal, su *pedigree* en los sistemas jurídicos nacionales y su transposición con

el derecho internacional, demostrando con eso, que se trata de un principio general del derecho internacional.

3.2.1 La subsidiariedad como una idée universalle de droit

Al inicio de su curso de la Academia de la Haya, el danés Max Sørensen, no se concentró en contradecir la opinión generalizada que sobre los 'principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas' tenían la mayoría de los positivistas de la segunda mitad del siglo pasado y que logró encapsular magistralmente en una lapidaria pregunta: "¿No es acaso opinión casi unánime de la doctrina que estos principios constituyen una fuente subsidiaria del derecho internacional, cuya función es, en cierto sentido, colmar las lagunas del derecho positivo?"[414]. Pero para fortuna nuestra, Sørensen no se limitó a repetir esa visión reduccionista del papel de los principios, por el contrario, consideró que ellos "(…) desempeñan un papel más fundamental. Son, por así decirlo, el cemento que asegura la cohesión del derecho internacional con los ordenamientos jurídicos nacionales y que permite concebir todos los fenómenos jurídicos de la humanidad bajo un aspecto de unidad"[415].

La apreciación de Sørensen evidencia la importancia que tiene para el derecho internacional su relación con el derecho interno de los Estados, sirviendo de vaticinio para lo que se pretende demostrar esta sección: que el principio de subsidiariedad, que precisamente regula el establecimiento, el uso y la ubicación del centro de gravedad de la gobernanza de un modelo multinivel iterativo, es un principio general del derecho en los términos del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ.

Muy temprano en el Siglo XX, autores como Verdross explicaban la relación que existe entre el derecho internacional y el interno, así como el rol que en ella juegan los principios

---

[414] Sørensen, Max. "Principes de droit international public – Cours général". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 101 (1960): 16 (¶ 1): "N'est-ce pas l'opinion quasi-unanime de la doctrine que ces principes constituent une source subsidiaire de droit international, dont la fonction est, dans un certain sens, de combler les lacunes du droit positif?

[415] *Ibíd.,* 16 (¶ 1): "Les principes généraux de droit jouent un rôle plus fondamental. Ils sont, pour ainsi dire, le ciment qui assure la cohésion du droit international avec les ordres juridiques nationaux et qui permet de concevoir tous les phénomènes juridiques de l'humanité sous un aspect d'unité".

generales, clasificando estos últimos en tres tipos según la fuente de donde emanan: (i) aquellos principios derivados directamente de la 'idea del derecho' como tal, lo que denominaba una *idée universalle de droit*, que surge como resultado de una base jurídica común que es la fuente más fecunda de los principios generales del derecho[416]. Principios como el de interpretación de los acuerdos para que surtan el efecto deseado o el de buena fe, son algunos de los ejemplos que Verdross da de este tipo de principios, podríamos añadir el de *pacta sunt servanda*. Subsidiariedad, como mostraremos más adelante, también es uno de estos principios derivados de una idea universal de derecho. (ii) La segunda clase de principios generales, corresponde, según Verdross, a aquellos que se pueden dar en una institución jurídica determinada, no están expresados en el derecho positivo, pero se dan de manera implícita en una institución regulado por él. Por ejemplo, los principios relacionados con el derecho de los tratados, la responsabilidad de los Estados o el Derecho internacional de los derechos humanos, donde se podría argumentar que la subsidiariedad es un principio que irradia múltiples normas, como la fórmula de la cuarta instancia, el agotamiento previo de los recursos internos o el margen de apreciación en el derecho interno[417]. Finalmente, (iii) la tercera clase de principios generales del derecho, corresponde a aquellos provenientes de las legislaciones (derecho positivo dirá Verdross) de lo que antes correspondía a las 'naciones civilizadas' pero hoy en día, gracias al trabajo de la CDI, entendemos de una manera más amplia e incluyente como la de 'comunidad internacional'[418]. Al respecto aclaró Verdross:

> "(…) Pero si un principio del derecho es aceptado por la legislación de las diferentes naciones civilizadas, se puede suponer que se trata de una conclusión derivada de la idea del derecho y que, por lo tanto, ese principio también puede ser aplicado por el juez internacional. || Así pues, hay que distinguir claramente entre la técnica del derecho interno y los principios generales que lo sustentan. Por lo tanto, no basta con buscar las normas formuladas por la ciencia del derecho comparado para aplicarlas a las relaciones internacionales, sino que es necesario profundizar en los

[416] Verdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 52 (1935): 202.
[417] *Ibíd.,* 204.
[418] Ver, Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. 76º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025).

> principios generales que subyacen al derecho positivo. || El reconocimiento de estos principios por el derecho interno de las naciones civilizadas no implica, por lo tanto, su aplicabilidad en el ámbito internacional, sino que solo constituye la prueba de su existencia objetiva (…)"[419].

Las apreciaciones de Verdross en 1935, siguen siendo coherentes con los proyectos de conclusiones actuales de la CDI, en la medida en que: "Para que un principio general del derecho exista, debe ser reconocido por la comunidad internacional[420]" y éstos comprenden: "a) los que se derivan de los sistemas jurídicos nacionales"[421] y "b) los que pueden formarse en el sistema jurídico internacional"[422].

En particular, el elemento del reconocimiento de la comunidad internacional de un principio para que este exista como principio general, es coherente con la idea de Verdross de una norma que se derive de una "*idée universalle de droit*, que surja del derecho común a todos los sistemas jurídicos. Ese derecho común, resaltaba Cançado Trindade, "emana de la conciencia humana [y] allana el camino para un *jus gentium* universal"[423], reconocido, precisamente, como un conjunto de normas comunes de las diferentes naciones desde los trabajos académicos enmarcados en la teoría medieval de Isidoro de Sevilla y Santo Tomás de Aquino, hasta nuestros días, pasando por la nueva ciencia del derecho de gentes de la precursora escuela española de Vitoria y Suárez[424].

---

[419] Verdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 52 (1935): 204–205: "(…) Mais si un principe du droit est accepté par la législation des différentes nations civilisées, il est permisde présumer qu'il s'agit d'une conclusion découlant de l'idée du droit, et que, par conséquent, ce principe peut être appliqué aussi par le juge linternational. || On doit ainsi distinguer nettement la technique du droit interne et les principes généraux qui se trouvent à sa base. Il ne suffit donc point de rechercher les règles formulées par la science du droit comparé pour les appliquer aux relations internationales, il est nécessaire de pénétrer jusqu'aux principes généraux supposés par le droit positif. || La reconnaissance de ces principes par le droit interne des nations civilisées n'entraîne donc pas leur applicabilité dans le domaine international, elle ne constitue que la preuve de leur existence objective".

[420] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. 76º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025), proyecto de conclusión 2, "Reconocimiento".

[421] *Ibíd.,* proyecto de conclusión 3, "Categorías de principios generales del derecho".

[422] *Ibíd.*

[423] *Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2010 (separate opinion of Judge Cançado Trindade), 138 (¶ 32).

[424] Verdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 52 (1935): 202.

Como expondría el internacionalista chileno Alejandro Álvarez, esta primera clase de principios corresponde a las normas que prevalecen en el derecho internacional, orientan sus reglas y se presentan como manifestaciones de la consciencia jurídica de los pueblos[425], lo que lo llevó a él en su momento a proponer, en la época de posguerra, una reconstrucción del derecho internacional que dejara de lado el protagonismo del derecho positivo y le abriera paso a un fundamento más fuerte en los principios, ideas que sin duda siguen siendo vigentes y necesarias para el contexto internacional que vivimos hoy en día.

La subsidiariedad en el derecho internacional es una idea común a las naciones, presente en distintas civilizaciones y necesaria para garantizar los objetivos de justicia, paz y bien común, que fundamentan la existencia de una comunidad internacional y las instituciones relacionadas con ella. Autores como Fassbender[426], Tachtman[427] y Kumm[428], resaltan la importancia

[425] Álvarez, Alejandro. *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*. 2.ª ed. Paris: Éditions Internationales, 1938, 8–9 y 16–23.

[426] Fassbender, Bardo. "Rediscovering a Forgotten Constitution: Notes on the Place of the UN Charter in the International Legal Order". En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 145: "To regard the [UN]Charter as the constitution of the international community does not mean to equate it with a national constitution, such as that of the United States, or the constitution of a highly integrated regional association of states, like the European Union. In spite of its partial extrapolation from domestic constitutional law, the constitutional idea in (global) international law must be understood as an autonomous concept. In accordance with subsidiarity as a principle that can guide the allocation of competencies in a multilevel system of governance, a constitution of the international community shall, and need not, replicate a national or regional constitution. Instead, its contents depend on the specific tasks and responsibilities of the international community. As those tasks and responsibilities are different from those of a national body politic organized for civil rule and government or of a regional association with a focus on a common market, the respective constitutional rules must differ".

[427] Trachtman, Joel P. "Constitutional Economics of the World Trade Organization". En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 229: "Constitutional economics can provide a perspective and a set of tools that can be brought to bear on whether tertiary rules are needed, and what their structure should be. For example, the perspective of constitutional economics would endorse a rule of constitutional subsidiarity, allocating constitutional functions at the constitutional level that may address the relevant issue most efficiently. Furthermore, a kind of interfunctional rule of constitutional subsidiarity, allocating authority to the international organization best able to address the relevant issue, is also consistent with constitutional economics".

[428] Kumm, Mattias. "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State". En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 277: "(…) But in liberal democracies, legitimate authority is not tied to the idea of legality alone. It is also tied to procedural and substantive requirements that are reflected in constitutional commitments to democracy and the protection of rights. That does not mean that the authority of international law, from the perspective of national law, should be determined exclusively by national constitutions, as suggested by dualists. Both legal monism and the dualist conception of the legal world provided by the statist version of national constitutionalism ultimately provide one-sided and thus unpersuasive accounts of the principle of legality. What it suggests instead is that the presumption in favor of applying

estructural que tiene el principio de subsidiariedad en un modelo de constitucionalismo pluralista, constitucionalismo cosmopolita como lo definirá Kumm[429], constitucionalismo económico según Tachtman[430] o Pluralismo Sistemático, como será bautizado por Krisch[431]; propendiendo por la reubicación de competencias en un sistema de gobernanza multinivel con el fin de legitimar el derecho internacional, con base en estándares objetivos de acciones y normas correctas, discernibles por la razón humana basándose en las características de la naturaleza humana, la ley y el orden social natural y maleable[432].

La preocupación por el uso responsable del poder estatal orientado a garantizar el bien común de actuales y futuras generaciones que conforman la sociedad, justifica la existencia de la subsidiariedad, lo cual está presente en la tradición del derecho natural[433], pero es compartido por otras, como el Ubuntu africano, que irradia la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[434]; el Confucionismo[435], el hinduismo[436] y el islamismo[437]. Esto evidencia la

international law can be rebutted if in a specific context, when international law violates countervailing principles in a sufficiently serious way. More will be said about these principles later. Here it must suffice to name them: besides the principle of legality, which establishes a presumptive duty to enforce international law, the potentially countervailing principles are the jurisdictional principles of subsidiarity, the principle of due process, and the substantive principle of respect for human rights and reasonableness".

[429] *Ibíd.,* 258 y ss.

[430] Trachtman, Joel P. "Constitutional Economics of the World Trade Organization". En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 206 y ss.

[431] Ver Krisch, Nico. "Global Legal Pluralism". En: Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. *International Legal Theory – Foundations and Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 240 y ss.

[432] Føllesdal, Andreas. "Natural Law: Current Contributions of the Natural Law Tradition to International Law". En: Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. *International Legal Theory – Foundations and Frontiers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 41.

[433] Ibíd., 45: "Natural law theories often underscore that social institutions are 'artifacts' whose details may vary, and that need justification. Justifications of the authority of families, states and other institutions – including PIL – rest on claims that their legal powers are necessary to protect and promote these features of individuals and their organizations, and always subordinate to those objectives. Institutions such as property, states and rules such as PIL are legitimate only insofar as they perform their proper purpose or function – to the rational benefit of their subjects so that these objective features flourish".; *Finnis, John. Natural Law and Natural Rights. 2.ª ed. New York: Oxford University Press, 2011, 168–171.*

[434] Ver Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 9–10, 61; Stråth, Bo. "Ch. 3 – The Translation of the unwritten: Ubuntu as religion, as law, and as politics". En: *Ujamaa and Ubuntu Conceptual Histories for a Planetary Perspective*. Abingdon: Routledge, 2024, 56–93.

[435] Wood, Alan T. *Limits to autocracy – From Sung Neo-Confusionism to a Doctrine of Political Rights*. Honolulu: University of Hawai'i Press, 1995, 143–147 y 170–177.

[436] Ver Hay, Stephen (ed.). *Sources of Indian Traditions*. 2.ª ed. New York: Columbia University Press, 1988.

[437] Ver An-Na'im, Abdullahi y Baderin, Mashood A. *Islam and Human Rights: Selected Essays of Abdullahi An-Na'im*. "Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives". Farnham: Ashgate, 2010, 67–106 (texto original: *Harvard Human Rights Journal* 3, 1990: 13–52).

universalidad de la subsidiariedad, su carácter estructural —no solo actualmente sino como una característica atemporal— demostrando así su condición de principio general del derecho[438].

3.2.2 El pedigree de la subsidiariedad en los sistemas jurídicos nacionales

El principio de subsidiariedad está presente en las constituciones mundiales de manera recurrente y relevante, con particular ahínco en los sistemas federales por la importancia que tiene la discusión sobre la ubicación del ejercicio del poder en el nivel nacional o en el estatal, pero se podría afirmar que en todas las constituciones liberales en donde la desconcentración del poder, con el fin de evitar abusos y proteger mejor a los individuos, sea un valor fundamental del ordenamiento[439]. En ese sentido, Jenna Bednar ha afirmado que la subsidiariedad es "en un sentido muy real, el alma del federalismo (...) la filosofía que anima a la Unión Europea y que impregna las doctrinas federalistas de Canadá y Alemania. Es, de forma discreta pero no menos poderosa, la visión que subyace a muchas otras federaciones, entre ellas (...) los Estados Unidos"[440]. Adicional a un detallado recuento sobre la presencia de la subsidiariedad en estos ordenamientos, que realizaremos unos párrafos más adelante, Bednar resalta que la subsidiariedad mejora el bienestar social al satisfacer las diversas preferencias y fomentar una gobernanza eficiente de lo público[441].

En su seminal artículo "*Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States"* de 1994, George Bermann —a pesar de considerar el principio de subsidiariedad como una institución de origen europeo y sin raíces en el

---

[438] Ver Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 36 y ss.; Pascual-Vives, Francisco. "Subsidiarity as a General Principle in International Human Rights Law". En: *Consensus-based interpretation of regional human rights treaties*. Leiden y Boston: Brill Nijhoff, 2019, 54–71. Pastor Ridruejo, José Antonio. "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme". En: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005*. Carl Heymanns Verlag, 2005, 1077–1083.

[439] D'Atena, Antonio. "El principio de subsidiariedad entre democracia liberal y solidaridad". *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, año 18, núm. 36 (julio–diciembre de 2021): 83: "El principio de subsidiariedad se inscribe en la trama de tensiones que marcan la conflictividad axiológica que recorre las Constituciones democráticas de tipo pluralistas. La mayor tensión a este respecto se deriva de la circunstancia de que, en este tipo de sistemas, no existe un sistema de democracia absoluta, sino un sistema de democracia liberal: un sistema en el que el principio democrático coexiste con principios liberales-garantistas que limitan su alcance".

[440] Bernard, Jenna. "Subsidiarity and Robustness: Building the Adaptive Efficiency of Federal Systems". En: Fleming, James E. y Levy, Jacob T. (eds.). *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV. New York: New York University Press, 2014, 231–232.

[441] *Ibíd.,* 232.

constitucionalismo de los Estados Unidos— resaltó la importancia que tenía para el constitucionalismo norteamericano tomar medidas tendientes a materializar este principio, el cual, consideraba no podía ser aplicado de manera aislada, sino que debía hacerlo en conjunto con una serie de valores que busca promover[442]: (i) autodeterminación y responsabilidad, valores bajo los cuales cuando las normas son creadas por gobiernos locales donde las comunidades tienen una mayor representación, los particulares tiene mayores posibilidades de regular sus asuntos personales y profesionales, incrementando autonomía, sentido de dignidad y valores democráticos. (ii) Libertad política, la subsidiariedad promueve la fragmentación del poder difuminando la autoridad en distintos niveles del gobierno, lo que promueve la libertad personal y contribuye a la lucha contra la opresión y la tiranía. (iii) Flexibilidad, la subsidiariedad permite que la población se adecue mejor a las circunstancias físicas, económicas, sociales, morales y culturales, así como a los cambios repentinos en estas, incrementar esa capacidad de reacción produce un buen gobierno y mejora la democracia. (iv) Contribuye a preservar el sentido social y la identidad cultural de la población local. (v) La subsidiariedad también promueve la subsidiariedad dentro de la comunidad política más amplia. (vi) preserva la ubicación del poder interno en los Estados miembro, reduciendo la intervención del órgano del nivel superior al mínimo, lo que reduce el poder propio de esos mismo Estados parte, consideración que subraya la especial relación que existe entre el federalismo y la subsidiariedad[443].

Para Calabresi y Bickford, estamos viviendo una era de federalismo y subsidiariedad, precisamente porque estos dos responden a aspectos esenciales de la condición humana, ya que se encuentran enraizados en el derecho natural y ese mismo sentido, sostiene que confían en que la estructura constitucional de los Estados Unidos, siendo este país la federación democrática funcional más antigua del mundo, los proteja[444]. Concluían, que el derecho constitucional de los

---

[442] Bermann, George A. "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States". *Columbia Law Review* 94 (1994): 339–340: "Subsidiarity expresses a preference for governance at the most local level consistent with achieving government's stated purposes. Although the virtues of local governance are sometimes treated as self-evident, they actually depend on our willingness to draw connections between local governance and certain more fundamental values. It is important to identify these values, both because subsidiarity should not be viewed in isolation from them-as if an end in itself-and because intelligent application of the subsidiarity principle on any given occasion may require knowing precisely what values are at stake".
[443] *Ibíd.,* 340–342.
[444] Calabresi, Steven G. y Bickford, Lucy D. "Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law". En: Fleming, James E. y Levy, Jacob T. (eds.). *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV. New York: New York University Press, 2014, 137.

Estados Unidos ha estado impregnado desde sus inicios con consideraciones sobre el principio de subsidiariedad, tal y como se indica en la historia de la Resolución VI, enmendada por el delegado de Delaware Gunning Bedford y discutida durante Séptimo Congreso de la Confederación, que en 1787 ya no se reunía en Filadelfia donde inició sino en Nueva York[445].

Esas discusiones embrionarias sobre subsidiariedad a la postre terminarían reflejadas en el Artículo I, Sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos que trata el tema de los poderes del Congreso y establece la que se conoce como la cláusula necesaria y adecuada (*necessary and proper clause)*[446]: "El Congreso tendrá la facultad ...] de promulgar todas las leyes que sean necesarias y adecuadas con el fin de desarrollar los poderes [Federales] anteriormente mencionados". Finalmente, ese artículo sería también complementado por la Novena Enmienda: "La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no se interpretará en el sentido de negar o menospreciar otros derechos que conserva el pueblo"; y la décima enmienda: "Las facultades que no se delegan a los Estados Unidos por la Constitución, ni se prohíben por ella a los Estados, se reservan respectivamente a los Estados o al pueblo".

Finalmente, Calabresi y Bickford hacen un recorrido detallado por la jurisprudencia norteamericana[447], concluyendo que "las cuestiones relacionadas con la subsidiariedad han animado durante mucho tiempo a la Corte Suprema de los Estados Unidos, incluso sin ponerle la etiqueta de subsidiariedad"[448]. Autores críticos de esa postura, como Vicki Jackson, cuestionan la naturaleza de la subsidiariedad como principio constitucional y el valor normativo que tiene como criterio jurisdiccional en el ordenamiento estadounidense, pero no dejan de reconocer su

---

[445] *Ibíd.,* 148; ver Farrand, Max (ed.). *The Records of the Federal Convention of 1787*, vol. 2. New Haven: Yale University Press, 1911, 26–27..

[446] Ver Lawson, Gary, et al. *The Origins of the Necessary and Proper Clause*. New York: Cambridge University Press, 2010.

[447] Ver *National Labor Relations Board (NLRB) v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970); *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992); *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995); *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997); *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997); *Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999); *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000); *Board of Trustees of the University of Alabama v. Garrett*, 531 U.S. 356 (2001); *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

[448] Calabresi, Steven G. y Bickford, Lucy D. "Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law". En: Fleming, James E. y Levy, Jacob T. (eds.). *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV. New York: New York University Press, 2014, 158.

importancia como un valor esencial del proceso legislativo federal que debería ser tomado en serio por los miembros del Congreso[449].

Otro ejemplo del reconocimiento de la subsidiariedad en el derecho interno de los Estados, lo encontramos en la Constitución Federal de la Confederación Suiza, originaria de 1848 reformada —aunque manteniendo sus principios esenciales— el 18 de abril de 1999. El país helvético incorporó de manera expresa el principio de subsidiariedad en su artículo 5a, aprobado mediante votación popular, es decir, a través de mecanismo de participación ciudadana, el cual reza: "El principio de subsidiariedad debe respetarse en la asignación y el desempeño de las tareas del Estado"[450].

De esta manera, el principio de subsidiariedad irradia otras disposiciones constitucionales que le dan alcance material a esta norma en el ordenamiento suizo, como es el caso del artículo 3, que establece la soberanía de los Cantones, salvo en aquella medida en que dicha soberanía sea limitada por la Constitución federal. En la segunda parte de la disposición normativa, se aclara que los Cantones ejercen todos aquellos derechos que no sean expresamente atribuidos por la Carta Política a la Confederación.

Otras normas de la constitución suiza que le dan alcance al principio de subsidiariedad las encontramos en el art. 43 que establece que los Cantones tienen la potestad de decidir sobre los deberes que deben cumplir en el ámbito de sus poderes. El artículo 43a titulado Principios para la asignación y cumplimiento de las tareas estatales, el cual, en su numeral primero establece que la Confederación solo asume las tareas que los Cantones no pueden realizar o requieren una regulación uniforme por su parte.

En el caso del ordenamiento jurídico italiano, mediante la Ley Constitucional No. 3 del 18 de octubre 2001, aprobada por el Senado el 8 de marzo de 2001 y confirmada mediante

---

[449] Jackson, Vicki C. "Subsidiarity, the judicial role, and the Warren Court's contribution to the revival of State Government". En: Fleming, James E. y Levy, Jacob T. (eds.). *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV. New York: New York University Press, 2014, 203.

[450] *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, 19 avril 1999, RO 101, art. 5a (principe de subsidiarité): l'attribution et l'accomplissement des tâches étatiques se fondent sur le principe de subsidiarité (accepté en votation populaire du 28 novembre 2004, en vigueur depuis le 1er janvier 2008).

referéndum el 7 de octubre del mismo año, Italia incorporó en su Carta política de manera explícita el principio de subsidiariedad, si bien desde 1997 se habían ido adoptando medidas legislativas de inferior rango que lo desarrollaban[451], en la modificación realizada al título V de la Carta que entró en vigor el 1º de enero de 1948 se buscó darle más autonomía legislativa y administrativa a las entidades subnacionales (regiones, provincias y municipios).

Antes de la reforma, los parlamentos regionales italianos sólo podían legislar sobre los temas que constitucionalmente le eran autorizados, con la reforma, después de 2001 la carga se invertía y dichos parlamentos pasaban a estar facultados para legislar autónomamente sobre todos los aspectos, salvo, aquellos reservados en el nuevo artículo 117 para el nivel nacional[452]. En cuanto a las funciones administrativas, con una clara inspiración en el derecho de la Unión Europea, se incorporó el principio de subsidiariedad en el artículo 118 implicando que esas funciones deberían ser "llevadas a cabo por las instituciones más cercanas al ciudadano —en este caso las municipalidades—[453], "(…) a no ser que éstas, para asegurar su ejercicio unitario, se encomienden a las Provincias, las Ciudades Metropolitanas, las Regiones y el Estado, sobre la base de los principios de subsidiariedad, de diferenciación y de adecuación"[454].

De igual forma, en el artículo 118.4, la Constitución italiana le encarga al Estado, las regiones, provincias, ciudades metropolitanas y municipios la tarea de fomentar "(…) la iniciativa autónoma de los ciudadanos, individualmente o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general sobre la base del principio de subsidiariedad"[455]. En el artículo 120, se recoge el principio de subsidiariedad fiscal, estableciendo un balance arancelario entre la actividad en el orden nacional y en el inferior, ya sea regional o local. Al respecto reza el correspondiente aparte del texto superior: "Se establecerán por ley procedimientos oportunos para garantizar que las potestades subrogadas se ejerzan de conformidad con el principio de subsidiariedad y de colaboración leal"[456].

---

[451] Ver Maltoni, Andrea. "The Principle of Subsidiarity in Italy: Its Meaning as 'Horizontal' Principle and Its Recent Constitutional Recognition". *The International Journal of Not-for-Profit Law* 4, no. 4 (June 2002).
[452] Groppi, Tania y Scattone, Nicoletta. "Italy: The Subsidiarity Principle". *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 1 (January 2006): 132–133.
[453] *Ibíd.,* 133.
[454] *Constitución de la República Italiana* (*Costituzione Italiana* – traducción al español, actualizada a la Ley constitucional 26 de septiembre de 2023, n.º 1). Senato della Repubblica, 2023, art. 118.1, 56.
[455] *Ibíd.,* art. 118.4, 57.
[456] *Ibíd.,* art. 120.2, 59.

Al poco tiempo de haber sido aprobada la reforma constitucional de 2001, siete regiones y dos provincias autónomas de Italia presentaron una acción de inconstitucionalidad contra la ley 443 del 21 de diciembre de 2001, que le delegaba al Gobierno Nacional la potestad de establecer proyectos de infraestructura y asentamientos estratégicos tendientes a reactivar las actividades productivas. Mediante la sentencia No. 303 de 2003, la Corte Constitucional italiana interpretó el alcance del principio de subsidiariedad, estableciendo que éste no puede operar sólo en sentido estático, como criterio de distribución de competencias ya predeterminadas, sino que debe entenderse en sentido dinámico, como un instrumento que legitima la asunción de funciones administrativas por parte del Estado o de las regiones para asegurar su verdadero ejercicio unitario teniendo en cuenta el interés nacional. Para la Corte, con la reforma de 2001 se implementa una idea de subsidiariedad convertida en un verdadero factor de flexibilidad que permite el desplazamiento de un nivel a otro de la función administrativa con base en exigencias de unidad y adecuación. Resulta relevante, que para el alto tribunal italiano el principio de subsidiariedad no puede aplicado de manera ilimitada, sino que debe ser matizado por criterios de proporcionalidad y colaboración leal entre los distintos niveles de la administración[457].

En el caso de países africanos, la Constitución de Kenia de 2010 desarrolla el principio de subsidiariedad a través de la descentralización, que en el texto original en inglés de la Carta Política se consigna como "*devolution*", concepto que aunque puede traducirse —como hacemos en este escrito— como descentralización, autores como Nyanjom considera que es uno de los tres tipos de descentralización que hay: desconcentración, delegación y devolución (*devolution*)[458], también conocida como descentralización democrática, es un acuerdo interno que otorga a las entidades destinatarias derechos casi autónomos, idealmente integrados en un marco legislativo que especifica las relaciones entre las entidades periféricas entre sí, y entre ellas y el nivel central[459].

---

[457] Ver Corte costituzionale. *Sentenza n.º 303/2003*. Disponible en: https://www.cortecostituzionale.it/scheda-pronuncia/2003/303 (consultado el 3 de enero de 2026); Groppi, Tania y Scattone, Nicoletta. "Italy: The Subsidiarity Principle". *International Journal of Constitutional Law* 4, no. 1 (January 2006): 134–136; Morrone, Andrea. "La Corte costituzionale riscrive il titolo V?". *Quaderni costituzionali. Rivista italiana di diritto costituzionale* 4 (2003): 818–819.

[458] Othieno, Nyanjom. *Devolution in Kenya's New Constitution*. Society of International Development (SID), Constitution Working Paper Series, No. 4, 2011, 3.

[459] *Ibíd.*

La incorporación del principio de subsidiariedad a través de la descentralización en Kenia[460], materializada en el capítulo 11 de la Carta Política, titulado Descentralización del Gobierno, implicó un cambio en su forma de Estado, de un modelo originalmente unitario avalado por la Constitución independentista de 1963, a uno más cercano al federalismo con la nueva Constitución de 2010 la cual creó un sistema de 47 condados autónomos. De ahí que el artículo 174, literal c) de la Carta estableció como uno de los principios de la descentralización "[d]ar poderes de autogobierno al pueblo y mejorar la participación del pueblo en el ejercicio de los poderes del Estado y en la toma de decisionales que los afectan" y en el literal d) "Reconocer el derecho de las comunidades a gestionar sus propios asuntos y promover su desarrollo".

Como otro ejemplo en el continente africano, aunque la Constitución de Sudáfrica no hace una referencia expresa al principio de subsidiariedad, varias normas en ella demuestran su aplicación. En concreto, el capítulo 3 establece un modelo de Gobierno cooperativo, reconociendo en el artículo 40.1 de la Carta que "en la República, el gobierno se constituye en esferas nacionales, provinciales y locales, que son distintas, interdependientes e interrelacionadas". El artículo 41, numeral 1, literales f), g) y h) establece que en ese modelo gubernamental de esferas multinivel (nacional, provincial y local) ninguna de las esferas debería "asumir ningún poder, ni función que no les haya sido conferido en virtud de la Constitución", deberán "ejercer sus poderes y desempeñar sus funciones de manera que no se vulnere la integridad geográfica, funcional o institucional del gobierno en otra esfera"; y "cooperar entre sí con confianza mutua y de buena fe".

En el artículo 156.4 de la Carta sudafricana, al consignar los poderes y funciones de las municipalidades, se establece que "[e]l gobierno nacional y los gobiernos provinciales deben asignar a un municipio, mediante acuerdo y sujeto a las condiciones pertinentes, la administración de un asunto (...) que necesariamente se relacione con el gobierno local, si: (a) ese asunto se administraría de manera más eficaz a nivel local; y (b) el municipio tiene la capacidad para

[460] Para autores como Anwar Shah y Theresa Thompson, como herramienta de Gobierno la descentralización se basa en el principio de subsidiariedad. Ver Shah, Anwar y Thompson, Theresa. *Implementing Decentralized Local Governance: A Treacherous Road with Potholes, Detours and Road Closures*. World Bank Policy Research Working Paper 3353 (June 2004). Disponible en: https://documents1.worldbank.org/curated/en/349441468761683659/pdf/wps3353.pdf (consultada el 4 de febrero de 2026).

administrarlo", evidenciando una clara aplicación a nivel constitucional del principio de subsidiariedad.

A pesar de tener claros rasgos de aplicación de la subsidiariedad, el hecho de que no sea explícitamente consignada bajo esa denominación en las constituciones africanas, incluso de construcción reciente como es el caso de Kenia, posiblemente se deba a que ven este principio y concepto como algo muy europeo.

En cuanto a la práctica de países asiáticos, Filipinas en su Constitución de 1987, aunque no hace una referencia explícita al principio de subsidiariedad, si tienen un enfoque en la descentralización de su gobernanza basada en una redistribución del ejercicio de la administración en múltiples entidades subnacionales. En el Artículo X, establece la división territorial y política del Estado en provincias, ciudades, municipalidades y barrios (*barangays*) (sección 1), subdivisiones que deben gozar de autonomía local (sección 2) que se materializa en un sistema de descentralización que opera bajo la lógica del principio de subsidiariedad, partiendo de la premisa de que son las autoridades locales las que tiene una mejor posición, que el Gobierno central en Manila, para atender las necesidades de sus comunidades. Esta idea fue ampliada a través del Código de Gobierno Local de 1991, norma que amplía el alcance hermeneútico y de aplicación de la Constitución filipina.

Al respecto establece la citada norma del ordenamiento de Filipinas declarando objeto:

> "Por la presente se declara como política del Estado que las subdivisiones territoriales y políticas del Estado gozarán de una autonomía local genuina y significativa que les permita alcanzar su máximo desarrollo como comunidades autosuficientes y convertirlas en socios más eficaces en la consecución de los objetivos nacionales. Con este fin, el Estado establecerá una estructura de gobierno local más receptiva y responsable, instituida mediante un sistema de descentralización por el que se otorgarán más poderes, autoridad, responsabilidades y recursos a las unidades de

gobierno local. El proceso de descentralización se llevará a cabo desde el Gobierno nacional hacia las unidades de gobierno local"[461].

Se identifica como en el ordenamiento filipino existe un sentido de descentralización fundado en el principio de subsidiariedad y en la necesidad de permitir el florecimiento de comunidades autónomas y autosuficientes, que colaboren entre sí y con el nivel central, para alcanzar los objetivos comunes del Estado y la resolución eficiente de los problemas que surjan a nivel local.

Después de ganar su independencia, tras 350 años de dominio colonial holandés y 3 años y medio de ocupación japonesa, la Constitución de 1945 de Indonesia estableció desde su primer artículo que "(…) será un Estado unitario bajo la forma de República", sin embargo, con la incorporación de la segunda enmienda constitucional en el año 2000, ahora el artículo 18 desarrolla elementos de descentralización identificables con el principio de subsidiariedad, que después terminarían profundizándose con distintas reformas legislativas. En el mencionado precepto de la Carta Política, establece que Indonesia debe ser dividida en provincias y a la vez esas provincias en regencias y esas regencias en municipalidades, cada una de ellas con su propia autoridad administrativa (Art. 18.1). Esas autoridades (según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 18) "administrarán y gestionarán sus propios asuntos de acuerdo con los principios de autonomía regional y el deber de asistencia (*tugas pembantuan*)". Resalta la importancia de tener en cuenta las particularidades y diferencia propias de cada región en las relaciones entre el nivel central y el regional (Art. 18A.1), así como garantizar que el trato entre las entidades de los distintos niveles sean justas y equitativas (Art. 18A.2).

[461] *Local Government Code of 1991*, Republic Act No. 7160, 10 October 1991. *Official Gazette*. Disponible en: https://www.officialgazette.gov.ph/1991/10/10/republic-act-no-7160/ (consultado el 10 de febrero de 2026). "Section 2. Declaration of Policy. – (a) It is hereby declared the policy of the State that the territorial and political subdivisions of the State shall enjoy genuine and meaningful local autonomy to enable them to attain their fullest development as self-reliant communities and make them more effective partners in the attainment of national goals. Toward this end, the State shall provide for a more responsive and accountable local government structure instituted through a system of decentralization whereby local government units shall be given more powers, authority, responsibilities, and resources. The process of decentralization shall proceed from the National Government to the local government units".

Después de su independencia, los primeros dos presidentes que tuvo Indonesia fueron fieles promotores de la centralización y la dirección del país desde el nivel nacional. Primero, Sukarno con su 'Democracia Guiada'[462], quien al recibir un país en ruinas consideraba esa forma de gobernar como la mejor estrategia, y después de más de 20 años de su Gobierno, Suharto, quien lideró el país asiático por 30 años con mano autoritaria, imponiendo un nuevo orden bajo el cual la "centralización se intensificó, justificada como necesaria para la estabilidad y la cohesión nacional tras la turbulenta transición del antiguo régimen"[463]. Al igual que su antecesor, Suharto veía la centralización como la forma más eficiente de gobernar una nación amplia y compleja como Indonesia.

El contexto cambiaría radicalmente para el país asiático, ante la renuncia del dictador en mayo de 1998, como consecuencia de las presiones sociales debido a la crisis económica de 1997. Ante la amenaza de la desintegración de su territorio, la elite indonesia giró hacia la descentralización y con ella a la reubicación de los centros de poder, transformando uno de los países más centralizados del mundo en un sistema político con estructuras casi federales[464]. La implementación de esta estrategia que se conoció como el 'big-bang', se diseñó en 1999, pero se terminó implementando en 2001 con la entrada en vigor de las leyes No. 22/1999 y No. 25/1999. Mas recientemente, con la promulgación de la Ley No. 23/2014, se hace un énfasis mayor en la autonomía de las regiones.

A manera de conclusión, del ejemplo indonesio de la incorporación en su ordenamiento del principio de subsidiariedad a través del concepto de descentralización, podríamos afirmar en palabras de Widjajanti I. Suharyo: "[l]a implementación de la reforma de descentralización, complementada con la democratización, ha reformado todo el sistema de gobernanza,

[462] Ver Booth, Anne. "Before the 'big-bang': decentralization debates and practice in Indonesia, 1949–1999". En: Hill, Hal (ed.). *Regional Dynamics in a Decentralized Indonesia*. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2014, 32–33.
[463] Pramusinto, Agus. *Decentralization in Indonesia: Challenges and Improvements*. Disponible en: https://www.soumu.go.jp/main_content/001045227.pdf (consultado el 8 de febrero de 2026), 172.
[464] Mietzner, Marcus. "Indonesia's decentralization: the rise of local identities and the survival of the nation-state". En: Hill, Hal (ed.). *Regional Dynamics in a Decentralized Indonesia*. Singapore: Institute of Southeast Asian Studies, 2014, 45–46.

influyendo no solo en la forma en que interactúan los gobiernos locales, provinciales y centrales, sino también en la forma en que el gobierno interactúa con la población"[465].

El último país asiático que quisiéramos incluir en este análisis comparado sobre la presencia del principio de subsidiariedad en distintos ordenamientos constitucionales del mundo, es Tailandia, que en su Constitución de 2017 desarrolla en la sección 78 acciones en pro de la descentralización, la autonomía administrativa de los entes locales y la participación de la comunidad en las decisiones de gobierno. Puntualmente, en el numeral 3 de la mencionada sección 78, establece la norma de normas tailandesa:

> "Descentralizar los poderes a las organizaciones administrativas locales con el fin de lograr la independencia y la autodeterminación de los asuntos locales, alentar a las organizaciones administrativas locales a participar en los Principios Rectores de las Políticas Fundamentales del Estado, desarrollar la economía local, los servicios públicos y los sistemas de instalaciones, así como la infraestructura de información fundamental en las localidades de manera exhaustiva y equitativa en todo el país, desarrollar una provincia que esté preparada para convertirse en una organización administrativa local de gran tamaño teniendo en cuenta la voluntad de la población de esa provincia.

La evolución del constitucionalismo tailandés le ha permitido afirmar a expertos en subsidiariedad, como Andreas Føllesdal, que en Tailandia "la Constitución guía la discrecionalidad del Estado a través de consideraciones de subsidiariedad"[466].

En el caso de los países de América Latina, del análisis de los textos de sus cartas políticas, así como de los desarrollos realizados a nivel jurisprudencial, se puede concluir que el principio de subsidiariedad está sólidamente arraigado en el constitucionalismo

[465] Suharyo, Widjajanti I. "Indonesia's transition to decentralized governance – Evolution at the local level". En: Holtzappel, Coen J. G. y Ramstedt, Martin (eds.). *Decentralization and Regional Autonomy in Indonesia – Implementation and Challenges*. Singapore: International Institute for Asian Studies and Institute of Southeast Asian Studies, 2009, 95–96.
[466] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 13.

latinoamericano, adoptando diversas manifestaciones —desde la descentralización política hasta la concepción del Estado frente a la sociedad civil y la justicia constitucional residual— en prácticamente todos los países de la región. Este arraigo, aunque con matices ideológicos, permite afirmar que existe un principio regional latinoamericano de subsidiariedad, operativo y justiciable, que contribuye a la configuración de Estados más equilibrados y participativos, muy propio del constitucionalismo liberal moderno.

El ejercicio de análisis constitucional comparado realizado entre las distintas jurisdicciones, demuestra que prácticamente todos los países de la región incorporan alguna dimensión del principio de subsidiariedad, ya sea de forma explícita, como puede ser el caso de las constituciones recientes de los países de la subregión andina (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) o implícita, como puede ser el caso de los modelos federalistas de Argentina, Brasil o México. Esta densidad normativa y jurisprudencial regional proporciona una conexión metodológica que permitirá, en conjunto con lo identificado en otras regiones de mundo, transponer la subsidiariedad al derecho internacional general, toda vez que si un principio análogo emerge consistentemente en numerosos sistemas jurídicos (Latinoamérica, Europa, África, Asia y Estados Unidos), puede ser reconocido como un principio general del derecho aplicable a nivel internacional. En resumen, como mostraremos a continuación con ejemplos concretos, la subsidiariedad —entendida como criterio de distribución del poder y de las funciones entre niveles e instancias, privilegiando la iniciativa de las comunidades inferiores y la intervención estatal sólo en aquellos casos en que se deba garantizar los fines de un sistema con múltiples niveles de administración— ha echado raíces en el constitucionalismo latinoamericano, lo que justifica su reconocimiento como principio general del derecho internacional, particularmente en ámbitos como la protección de derechos humanos (donde dicha subsidiariedad rige las relaciones y articulaciones entre jurisdicciones internas e internacionales) y en la gobernanza multinivel global.

En 2006 con el desarrollo de una asamblea constituyente, Bolivia iniciaría el camino hacia la construcción de una nueva Carta Política, promulgada el 7 de febrero de 2009 después ser aprobada mediante referéndum el 25 de enero de ese mismo año, la cual regiría los destinos de la nación, que, a partir de ese momento, recibiría el nombre de Estado Plurinacional de

Bolivia[467]. La Constitución de Bolivia hace una referencia expresa al principio de subsidiariedad en su dimensión de competencia territorial, similar a la que hemos visto en otros sistemas jurídicos del mundo antes reseñados; en el título de la Carta que corresponde a la Organización territorial del Estado, se estructura la división territorial en: "(…) departamentos, provincias, municipios y territorios indígena originario campesinos"[468]. En el artículo 270 de la Constitución se establecen la lista de los principios que rigen dicha organización territorial, así como las entidades descentralizadas y autónomas, resaltando textualmente que uno de esos principios es la subsidiariedad[469].

El alcance del principio de subsidiariedad, en esa específica dimensión de gobernanza territorial, fue desarrollado mediante sentencia de 2007 por el Tribunal Constitucional de Bolivia, que sería sucedido en 2009 por el actual Tribunal Constitucional Plurinacional manteniendo su historia jurisprudencial. En la citada decisión, el Tribunal boliviano dispuso que:

> "[E]l principio de subsidiariedad, establece que las competencias o iniciativas que puedan ser cumplidas con eficiencia y eficacia por el gobierno municipal, no deben corresponder a un ámbito superior del Poder Ejecutivo, salvo que esté expresamente prevista por ley; dicho principio, debe ser comprendido como la falta de necesidad de intervención del Poder Ejecutivo, en aquellas áreas que el gobierno municipal pueda atender con eficiencia y eficacia, a no ser que exista una ley que en forma expresa hubiera reservado esa competencia para alguna instancia del Poder Ejecutivo; de tal modo que, lo que el municipio pueda atender con eficiencia y eficacia, debe ser reservado para esa instancia"[470].

---

[467] Ver Vicepresidencia del Estado Plurinacional – Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional. *Proceso Constituyente Boliviano*. Dirección General de Relacionamiento Social e Institucional, La Paz, Bolivia, 2025, 21 y ss. Disponible en: https://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/proceso_constituyente_boliviano.pdf (consultado el 11 de marzo de 2026).

[468] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. *Compendio Normativo Constitucional. Constitución Política del Estado*. Sucre, 2024, art. 269.I, 146.

[469] *Ibíd.,* art. 270 de la Constitución Política del Estado.

[470] Tribunal Constitucional de Bolivia. *Sentencia de Constitucionalidad (SC) No. 0001/2007 CCC*, 10 de mayo; Tribunal Constitucional Plurinacional. *Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) No. 0001/2013*, 12 de marzo (voto particular disidente de la magistrada Ligia Mónica Velásquez Castaños); Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. *Sentencia No. 587/2015*, 10 de diciembre.

Esa concepción fue recogida por la Magna Asamblea Constituyente boliviana, que contó con un Comisión encargada de los temas de autonomías, descentralización y ordenamiento territorial. Dicha Comisión en su informe de la mayoría, definió el principio de subsidiariedad en esta dimensión como: "[g]arantiza la toma de decisiones y provisión de los servicios públicos desde el gobierno más cercano al ciudadano(a), excepto cuando por razones de eficiencia o escala se justifiquen proveerlos de otro modo"[471]. En el mismo sentido, el informe de la minoría de la Comisión expresó lo que consideraba debería ser el alcance del analizado principio en los siguientes términos:

> "El principio de subsidiariedad es una herramienta fundamental para la asignación y determinación de competencias entre los tres niveles de gobierno que cabrían en el Estado autonómico: nacional, departamental y municipal y que requieren estar mínimamente listadas en la Constitución. La tendencia propuesta es la de asignar la mayor cantidad de competencias al nivel municipal en la medida que dichas competencias puedan ser ejercidas eficientemente"[472].

Los dos citados informes de la Asamblea Constituyente, contribuyen a determinar el sentido que los arquitectos de la Carta Política boliviana le quisieron dar a la subsidiariedad, en el marco de su aplicación como un principio propio de la gestión territorial.

Finalmente, otra dimensión de la subsidiariedad que también está presente en el constitucionalismo boliviano es la jurisdiccional, recogido en el artículo 129.I. de la Carta, de acuerdo con el cual: "[l]a Acción de Amparo Constitucional se interpondrá (…) siempre que no exista otro medio o recurso legal para la protección inmediata de los derechos y garantías restringidos, suprimidos o amenazados"[473], precepto constitucional que ha tenido amplio desarrollo

[471] República de Bolivia. Magna Asamblea Constituyente. Comisión de Autonomías, Descentralización y Ordenamiento Territorial. *Informe Bloque de Mayoría*. Sucre, Bolivia, julio de 2007, 2. Disponible en: https://www.bivica.org/files/constitucion-autonomias-mayoria.pdf (consultado el 11 de marzo de 2026).
[472] República de Bolivia. Magna Asamblea Constituyente. Comisión de Autonomías, Descentralización y Ordenamiento Territorial. *Informe Bloque de Mayoría*. Sucre, Bolivia, julio de 2007, 2. Disponible en: https://www.bivica.org/files/constitucion-autonomias-mayoria.pdf (consultado el 11 de marzo de 2026).
[473] Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. *Compendio Normativo Constitucional. Constitución Política del Estado*. Sucre, 2024, art. 129.I, 85.

jurisprudencial, en especial con el fin de establecer aquellos casos en que puede ser exceptuado, por ejemplo, cuando se trate de personas en situación de vulnerabilidad[474].

En el caso de Colombia, la subsidiariedad en su dimensión territorial se encuentra expresamente recogida en el artículo 288 de la Constitución de 1991, según el cual: "[l]as competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley". Esto implicó un cambio importante en el ordenamiento colombiano, que "(…) pasó de un esquema con centralización política y descentralización administrativa, donde el énfasis estaba en lo nacional y la descentralización era una mera técnica de administrar, a un sistema de autonomía para las entidades territoriales sin perder de vista la unidad del Estado"[475].

Muy temprano en su jurisprudencia, la Corte Constitucional colombiana lidió con las tensiones propias de lo unitario representado en la injerencia del nivel central frente a lo autónomo del orden territorial[476], definiendo el alcance del principio de subsidiariedad como un

---

[474] Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucionalidad Plurinacional (SCP) No. 0334/2023-S2, que de acuerdo con el resumen realizado por el propio Tribunal, dispuso que: "La situación de vulneración de derechos y garantías de niños en procesos de asistencia familiar permiten la abstracción del principio de subsidiariedad en acciones de amparo constitucional, por tratarse de un grupo vulnerable o de indefensión manifiesta".

[475] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-478/92*, 6 de agosto de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

[476] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-263/96*, 13 de junio de 1996. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Salvamento de Voto. Mag. Eduardo Cifuentes Muñoz, ¶ 24: "A partir de la Carta de 1991, el modelo territorial que ella establece es de una índole radicalmente distinta. Según este modelo, la legitimidad del Estado se construye de abajo hacia arriba, a partir de la instancia territorial más cercana a las necesidades del individuo. Este es el sentido del artículo 311 de la Constitución, según el cual el municipio es la "entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado" a quien corresponde, en primera instancia, la gestación del bienestar de los ciudadanos. En este sentido, la autonomía no se concibe ya como una simple concesión que el centro hace la periferia, sino como un poder propio de *indirizzo politico*, que se fundamenta en el poder otorgado por la propia comunidad. En este sentido, la estructura territorial del Estado colombiano es de carácter subsidiario: el poder nace del individuo autónomo (C.P., artículo 16) cuyas decisiones no pueden ser interferidas por el Estado. Este poder sustenta a su turno la autonomía del municipio que, para lograr el bienestar de los individuos que conforman la comunidad local, goza de libertad de opción política frente al departamento y la nación. A su turno, el departamento puede dirigir sus destinos de manera autónoma frente a la nación, la cual, como se verá más adelante al explicar el alcance del principio de subsidiariedad, conserva un rol de garante del funcionamiento general y unitario del Estado. Las instancias superiores de autoridad sólo están legitimadas para intervenir en los asuntos de las autoridades más pequeñas, cuando éstas sean manifiestamente incapaces o ineficientes para prestar un servicio o adoptar una determinada decisión". De igual forma, esta tensión sería posteriormente desarrollada con más detalle en la Sentencia C-579/01, 5 de junio de 2001. Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-123/14*, 5 de marzo de 2014. Magistrados ponentes: Eduardo Montealegre Lynett y Alberto Rojas Ríos.

límite que ayuda a gobernar dicha tensión. Al respecto aclaró la Corte en una sentencia de agosto de 1992:

> "Si se confiere a las autoridades locales el manejo de los asuntos de su respectiva entidad territorial, es lógico que las autoridades nacionales —hasta hoy omnipresentes— se retiren a un segundo plano, para adoptar una posición de ayuda y de reemplazo potenciales. Esta nueva actitud del Estado central obedece al principio de "subsidiariedad", consagrado en el segundo inciso del artículo 288 de la nueva Carta y tiene dos formas de expresarse. El principio de la subsidiariedad en su variante positiva significa que la comunidad o entidad más amplia debe apoyar a aquella de menor alcance. El inciso del art. 365 de la Constitución, así como el inciso segundo del 367 constituyen ejemplos de la utilización de la subsidiariedad positiva. La subsidiariedad cabe asimismo interpretarla como la prohibición de intervenir en los asuntos locales a menos que sus autoridades se vean impotentes para realizar determinada tarea. La premisa básica será la de respetar la capacidad de acción de Municipios y Departamentos, de modo tal que sólo cuando no puedan objetivamente enfrentar satisfactoriamente una actividad, entrará a actuar el órgano nacional"[477].

La posición de la jurisprudencia constitucional en Colombia frente al principio de subsidiariedad ha sido estable desde 1992, aplicándose a casos complejos y muy relevantes para las dinámicas sociales, económicas y ambientales del país, como fue el caso en la Sentencia C-123 de 2014, en donde se discutió que tanta autonomía tenían las regiones para la disposición de la exploración y explotación de sus recursos naturales. En esa ocasión, se aclaró que:

> "[E]l principio de subsidiariedad corresponde a un criterio tanto para la distribución y como para el ejercicio de las competencias. Desde una perspectiva positiva significa que la intervención del Estado, y la correspondiente atribución de competencias, deben realizarse en el nivel más próximo al ciudadano, lo cual es expresión del principio democrático y un criterio de racionalización administrativa, en la medida en que son esas autoridades las que mejor conocen los requerimientos ciudadanos. A

[477] *Ibíd.*

> su vez, en su dimensión negativa, el principio de subsidiariedad significa que las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas se muestren incapaces o sean ineficientes para llevar a cabo sus responsabilidades".

En Colombia también están presentes otras dimensiones del principio de subsidiariedad además de la territorial, como es el caso de la dimensión prestacional, que busca la provisión de derechos sociales y económicos con pluralismo institucional, articulando los distintos sectores, públicos y privados, buscando garantizar la universalidad en el cubrimiento, el acceso, la apertura del servicio y la calidad y eficacia del mismo[478]. Como fue mencionado por la jurisprudencia antes citada, el artículo 365 de la Carta Política establece que: "[l]os servicios públicos (…) podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios"; y en el mismo sentido, el inciso segundo del artículo 367, reza: "Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación". Sobre esta dimensión de la subsidiariedad se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional estableciendo que:

> "La aplicación del *principio de subsidiariedad* es relevante allí donde las Entidades Territoriales son capaces de garantizar de la mejor manera posible la prestación de los servicios básicos. Ahora bien, no en vano estableció el Constituyente en el caso colombiano que junto al *principio de subsidiariedad* también el *principio de concurrencia* y el *principio de coordinación* habrían de desempeñar un papel decisivo en el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos niveles. || Vale la pena recordar que, en términos generales, *el principio de subsidiariedad* significa, por una parte, que el Estado no requiere intervenir cuando los individuos se basten a sí mismos. El apoyo del Estado se requiere allí en donde se hace imposible o demasiado difícil poder satisfacer de manera eficaz las necesidades básicas. No se puede

[478] Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-983/95*, 26 de septiembre de 1995. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

proyectar el principio de subsidiariedad sobre el tema de distribución de competencias entre la Nación y las Entidades Territoriales de manera simplista"[479].

Finalmente, como es común en otros países latinoamericanos, también se encuentra presente en el ordenamiento colombiano el principio de subsidiariedad en su dimensión jurisdiccional, al establecer en el inciso tercero del artículo 86 de la Carta, que la acción de tutela a la que puede acceder toda persona para la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, "(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Ecuador, es uno de los países en el hemisferio que más ha incorporado el principio de subsidiariedad en su ordenamiento constitucional. La Carta Política entró en vigor el 20 de octubre de 2008, como resultado del trabajo realizado en la Asamblea Constituyente que se instaló el 29 de noviembre de 2007 en la pequeña ciudad de Montecristi, Provincia de Manabí, cuna del general Eloy Alfaro, precursor de la revolución liberal de 1895 y presidente del Ecuador durante dos periodos (1895 – 1901 y 1906 – 1911), de ahí que también sea conocida como la Constitución de Montecristi. El texto final de la Carta fue aprobado mediante referéndum constitucional con un 63.93% de los votos favorables y en él se recogen de manera expresa múltiples dimensiones de subsidiariedad, como lo son prestacional, social, territorial y jurisdiccional.

En ese sentido, se evidencia el reconocimiento implícito de una dimensión social de la subsidiariedad que regula las relaciones entre el Estado y la sociedad, basándose en el reconocimiento de la autonomía de cuerpos intermedios, como la familia, y el rol supletorio que juega el Estado. Así, por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 29 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece que: "[l]as madres y padres o sus representantes tendrán la libertad de escoger para sus hijas e hijos una educación acorde con sus principios, creencias y opciones pedagógicas"; evidenciando el reconocimiento de la autonomía de los padres para escoger el modelo de educación de sus hijos de su preferencia, sin ninguna injerencia del Estado.

---

[479] *Ibíd.*

Por su parte, en el artículo 34 de la Carta Política ecuatoriana, se consagra el derecho a la seguridad social como irrenunciable, en cabeza de todas las personas y con un doble carácter (además de derecho) de deber y responsabilidad del Estado. De acuerdo con la citada norma: "La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas". Esto evidencia un reconocimiento constitucional del principio de subsidiariedad en su dimensión prestacional, que se hace coherente con la arquitectura del Sistema de Seguridad Social, definido como un sistema de naturaleza pública y universal, que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 367 de la Constitución: "(…) se guiará por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad"[480].

Por otra parte, en la dimensión de gobernanza territorial, el principio de subsidiariedad se encuentra recogido los capítulos de la norma de normas que corresponden a la regulación de la organización territorial del Estado, concretamente en el artículo 238, según el cual: "[l]os gobiernos autónomos descentralizados gozarán de autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana", contribuyendo así a la materialización de la subsidiariedad como una herramienta para la descentralización y ubicación eficiente del centro de gravedad de la toma de decisiones del Estado.

En una combinación del desarrollo de la subsidiariedad en sus dimensiones prestacional y territorial, el régimen constitucional de competencias del Ecuador, inicia por reconocer en el artículo 260 que el ejercicio de dichas competencias, de manera exclusiva, "no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno". Esto es profundizado más adelante, cuando en el artículo 268 se expresan la forma como de manera excepcional —y sin dejar de tener en cuenta la subsidiariedad— el gobierno central podrá intervenir en la gestión de la competencia que realiza el gobierno descentralizado. Puntualmente el artículo en mención

[480] Ver Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 49-16-IN/19*, 7 de noviembre de 2019. Jueza ponente: Carmen Corral Ponce.

dispone que: "La ley determinará los casos excepcionales, el procedimiento y la forma de control, en los que por omisión o deficiente ejecución de una competencia se podrá intervenir en la gestión del gobierno autónomo descentralizado en esa competencia, en forma temporal y subsidiaria, hasta que se supere la causa que motivó la intervención".

De manera similar, al hacer referencia a las funciones del organismo técnico que hará parte del Sistema Nacional de Competencias y que tendrá como sus miembros a un representante de cada uno de los niveles de gobierno, el artículo 269 dispone en su numeral tercero, que corresponderá a este órgano: "[r]egular la gestión de las competencias concurrentes entre los diferentes niveles de gobierno, de acuerdo al principio de subsidiariedad y sin incurrir en la superposición de competencias"; y en el numeral quinto, "[r]esolver en sede administrativa los conflictos de competencia que surjan entre los distintos niveles de gobierno, de acuerdo con los principios de subsidiariedad y competencia, sin perjuicio de la acción ante la Corte Constitucional". Se evidencia que la subsidiariedad también sirve como medio de control para dirimir diferencias entre los distintos niveles de un sistema de gobernanza multinivel.

Con una perspectiva más enfocada en la generación y gestión de recursos económicos en cabeza de las entidades descentralizadas del Estado, la Carta Política ecuatoriana establece en el artículo 270 que: "Los gobiernos autónomos descentralizados generarán sus propios recursos financieros y participarán de las rentas del Estado, de conformidad con los principios de subsidiariedad, solidaridad y equidad", demostrando con ello que la subsidiariedad también termina siendo un criterio útil para la ubicación de responsabilidades que impactan directamente el bienestar de los ciudadano, ubicando el elemento económico de ese bienestar lo más cerca posible del ciudadano. Esto resulta particularmente relevante para un modelo constitucional que se centró, ubicando su principal fin, en el Buen Vivir o Sumak Kawsay (principio indígena traducido del Kichwa que también se puede entender como "vida en plenitud")[481].

[481] República el Ecuador. Constitución de la República del Ecuador. Preámbulo: "NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador (…) con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay (…)". Artículo 3.5: "Son deberes primordiales del Estado: (…) 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir".

En materia de prevención, mitigación y atención de desastres, la Constitución ecuatoriana crea un modelo descentralizado de gestión del riesgo con una gobernanza multinivel en los ámbitos locales, regionales y nacional, como consta en el artículo 389 de la Carta Política. Se hace referencia a la subsidiariedad en el artículo 390, con la finalidad de ordenar a través suyo responsabilidades y circunstancias de intervención del nivel superior en el inferior, en los siguientes términos:

> "Los riesgos se gestionarán bajo el principio de descentralización subsidiaria, que implicará la responsabilidad directa de las instituciones dentro de su ámbito geográfico. Cuando sus capacidades para la gestión del riesgo sean insuficientes, las instancias de mayor ámbito territorial y mayor capacidad técnica y financiera brindarán el apoyo necesario con respeto a su autoridad en el territorio y sin relevarlos de su responsabilidad"

De igual forma, en caso de presentarse algún daño ambiental, "el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas", según lo dispuesto en el artículo 397.

Finalmente, en la dimensión jurisdiccional del principio de subsidiariedad, la Constitución del Ecuador de 2008, sustituyó el recurso de amparo por un mecanismo judicial más robusto, que no sólo buscara declarar la violación a un derecho y que esta cesara, sino que también tuviese una vocación reparatoria de los daños generados. Esta medida se denomina 'Acción de protección' y se encuentra regulada en el artículo 88 de la Constitución. El artículo 94 de la Carta crea la denominada 'Acción extraordinaria de protección', la cual "(…) procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. Se deberá interponer ante la Corte Constitucional, pero, sólo "procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado"[482].

[482] Ver Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 356-18-EP/23*, 12 de julio de 2023. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez; Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 1730-16-EP/21*, 24 de marzo de 2021. Juez ponente: Ramiro Ávila Santamaría.

Como se ha podido observar, el régimen constitucional ecuatoriano incorpora múltiples dimensiones del principio de subsidiariedad, contribuyendo así a reconocer su desarrollo tanto en él como en una selección representativa de los distintos ordenamientos del mundo, evidenciado así un de los elementos necesarios para su cristalización como un principio general del derecho.

En el caso del régimen constitucional peruano, la Carta Política promulgada el 29 de diciembre de 1993, a diferencia de su antecesora de 1979[483], reconoce expresamente el rol que juega el principio de subsidiariedad en la garantía del pluralismo económico, consagrado en el artículo 60 de la Constitución en los siguientes términos: "El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. |Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal".

El alcance de este uso de la subsidiariedad, ha sido ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional peruano, quien en una sentencia del 2003, analizó la acción de inconstitucionalidad interpuesta por un ciudadano en representación de 5.728, contra el Decreto de Urgencia No. 140-2001 proferido por el Presidente Alejandro Toledo, toda vez que consideraban que no existía ninguna circunstancia extraordinaria o de excepcional gravedad para el sector económico o financiero del país; y que medidas concretas adoptadas, como el crear la competencia para establecer las tarifas del servicio de transporte a través de un Decreto Supremo, resultaban contrarias a la Constitución y la ley. El Tribunal consideró fundados los cargos de inconstitucionalidad presentados por los demandantes, declarando la inconstitucionalidad del Decreto, pero lo más interesante se dio en los razonamientos jurídicos en los que se basó, donde reconoció la actuación subsidiaria del Estado en la economía como uno de los supuestos

[483] Tribunal Constitucional del Perú. *STC 0008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003, fund. ¶ 4.6 y ¶ 23: "A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° (…). Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común".

fundamentales del Estado social y democrático de derecho peruano, realizando las siguientes consideraciones sobre el principio en cuestión al que, inicialmente, le reconocen un sentido vertical y otro horizontal:

> "La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor —que puede ser una organización nacional o central— y un ordenamiento menor —que pueden ser las organizaciones locales o regionales— según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. || Por su parte, la subsidiaridad horizontal esta referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial"[484].

Adicionalmente, el Tribunal también reconoce el rol protagónico que juega el principio de subsidiariedad para el orden democrático y el constitucionalismo moderno peruano, al servir como herramienta para resolver conflictos entre el nivel local y el nacional, el público y el privado:

> "A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal"[485].

---

[484] Tribunal Constitucional del Perú. *Sentencia STC 0008-2003-AI/TC*, 11 de noviembre de 2003, fundamentos ¶ 4.6 y ¶ 19.
[485] *Ibíd.*

De igual forma, en el citado análisis constitucional realizado por el Tribunal en el marco del fallo bajo análisis, los magistrados identificaron tres usos prácticos del principio de subsidiariedad a nivel constitucional, que "(…) no se consideran separados los unos de los otros, sino como momentos de una única esencia que caracteriza la configuración del ordenamiento estatal". Estos tres usos, de acuerdo con la autoridad judicial peruana, son:

a. "El primero tiene que ver con el sentido horizontal del principio y está referido a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.
b. El segundo está relacionado con la teoría de las fuentes del derecho objetivo, la misma que supone la titularidad del poder de normación en el Estado-persona o bien en entes dotados de soberanía. Por tanto, se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre, por sí solo, conseguir los efectos jurídicos deseados, situaciones en las cuales existe la posibilidad de que la ley estatal intervenga.

c. El tercero, que tiene algunos elementos en común con la materia de fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas. Está vinculado a la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación diferente de las relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor. Se trata, en suma, del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical"[486].

Finalmente, el Tribunal Constitucional deja entrever una visión teleológica de la subsidiariedad en donde la intervención Estatal se concilia con la autonomía de las comunidades inferiores o más cercanas a la persona a través suyo (del principio), solamente justificando su intervención cuando 1. Se persiga una necesidad real de la sociedad que contribuya al interés

[486] Ibíd., ¶ 20.

general y 2. Los grupos social no estén en condiciones de atender dicha necesidad. Al respecto afirma:

> "Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.
>
> Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo"[487].

En resumen, en el ordenamiento peruano se identifica una interiorización y desarrollo de lo que significa el principio de subsidiariedad, evidenciando así su relevancia e incorporación en el ordenamiento constitucional el país.

Como conclusión general de esta sección, se ha demostrado a través del análisis del tenor literal de los textos constitucionales y de los desarrollos realizados a nivel jurisprudencial, que la subsidiariedad está sólidamente arraigada en el constitucionalismo latinoamericano y funge como principio estructural en nuestras constituciones, impregnando las relaciones entre niveles de gobierno (nivel central/autonomías regionales), entre Estado y ciudadanos (fomento de la iniciativa privada y comunitaria con intervención estatal supletoria) y entre jurisdicciones (nacional e internacional). Sumando la experiencia de América Latina, con los ejemplos de otros países americanos, así como los de Europa, Asia y África, se concluye que, para efectos de impacto en el derecho internacional, existe una base suficiente para afirmar la subsidiariedad

[487] *Ibíd.,* ¶ 21.

como *principio general del derecho*, debido a su reconocimiento en numerosos sistemas nacionales representativos de distintas regiones del mundo.

Como resultado del ejercicio de derecho comparado realizado, en el que se han analizado al detalle los ordenamientos jurídicos de un número amplio y representativo de países, se concluye que el principio de subsidiariedad es un principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo, cumpliendo así con el primer requisito establecido en el proyecto de conclusión 4 de la Comisión de Derecho Internacional. A continuación, analizaremos si este principio común a los ordenamientos del mundo puede transponerse al sistema jurídico internacional.

3.2.3 La transposición del principio de subsidiariedad al sistema jurídico internacional

Como se expuso al inicio de esta sección, de acuerdo con el trabajo realizado por la CDI, el segundo paso para identificar si un principio común a un número representativo de jurisdicciones puede ser considerado y aplicado como una fuente de derecho internacional, es que debe demostrarse su transposición al sistema jurídico internacional[488]. La justificación de este paso en el análisis de reconocimiento de los principios, radica en no poder presumir que dicha transposición se surte de manera automática ya que como consecuencia de las diferencias y características singulares en aspectos formales, sustanciales y teleológicas entre el derecho interno y el derecho internacional[489], no es trivial que los principios que aplican en el primero lo puedan hacer por vía directa en el segundo[490]. Como explican Bonafé y Palchetti:

---

[488] Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025), 1, proyecto de conclusión 4, "Identificación de principios generales del derecho derivados de sistemas jurídicos nacionales". Disponible en: https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g25/079/75/pdf/g2507975.pdf (consultado el 30 de noviembre de 2025).

[489] Esta objeción fue expuesta y debatida a comienzos del Siglo XX por Hersch Lauterpacht, quien le atribuía a una concepción positivista del derecho internacional esa visión reduccionista que negaba la posibilidad de aplicar por analogía los principios del derecho privado al derecho internacional. Ver Lauterpacht, Hersch. *Private Law Sources and Analogies of International Law*. London: Longmans, Green and Co. Ltd., 1927, 71 y ss. No obstante, en el mundo de hoy donde se confunden el objeto del derecho interno con el derecho internacional, en un contexto normativo con regímenes como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Penal Internacional o el Derecho de las Inversiones que también buscan la protección de las personas, sostener una diametral diferencia entre los dos sistemas es más complejo. No sin esto, reconocer la relevancia que el paso de verificar la transposición tiene.

[490] Comisión de Derecho Internacional. *Segundo informe sobre principios generales del derecho (Presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial)*, 72.º período de sesiones, 9 de abril de 2020. ONU Doc. A/CN.4/741, 24, ¶ 73.

> "El proceso descrito para la elaboración de los principios generales excluye la mera transferencia de un principio del derecho interno al derecho internacional. Los principios generales constituyen una fuente de derecho internacional incluso cuando su aceptación generalizada se demuestra recurriendo a los ordenamientos jurídicos nacionales, ya que su aplicabilidad a nivel internacional debe ponerse a prueba y no puede darse por sentada. De hecho, se reconoce comúnmente que la aplicación de los principios generales basados en el derecho interno debe ir acompañada de cierta cautela"[491].

Un ejemplo claro de un principio identificable en el derecho interno, que no cumple con las condiciones para ser trasplantado directamente al derecho internacional es el acceso a la justicia. En los ordenamientos nacionales cualquier persona que necesite resolver un problema jurídico tiene el derecho de acudir ante un juez para hacerlo, ya sea que el problema sea contra un particular o incluso contra el mismo Estado sus órganos o agentes, sin que la voluntad de la contraparte sea un criterio relevante para que el juez pueda ejercer su jurisdicción. No es así en el caso de las cortes o tribunales internacionales, pues en virtud del principio fundamental de consentimiento —desarrollo del principio de soberanía— no se puede demandar a un Estado sin que éste haya estado previa o concomitantemente de acuerdo con darle competencia al órgano judicial que conocerá del caso. Este ejemplo es una prueba comúnmente usada para demostrar que la transposición de un principio común del derecho interno al derecho internacional no puede ser automático[492].

---

[491] Bonafé, Beatrice I. y Palchetti, Paolo. "Relying on general principles in international law". En: Brölmann, Catherine y Radi, Yannick (eds.). *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016, 164. "The described process of construction of general principles excludes mere transfer of a principle from municipal to international law. General principles are a source of international law even when their generalized acceptance is proved by having recourse to municipal legal orders, because their ability to be applied at the international level must be tested and cannot be taken for granted. Indeed, it is commonly recognized that a certain caution should surround the application of general principles based on municipal law".

[492] Ver Gaja, Giorgio. "General Principles of International Law". En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Heidelberg: Oxford University Press, 2020, ¶ 15; ver Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en el 74.º período de sesiones*. Documentos Oficiales, septuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10. ONU Doc. A/78/10 (3 de noviembre de 2023), 3, comentario 5) a la conclusión 6. Disponible en: https://docs.un.org/es/A/78/10 (consultado el 23 de marzo de 2026).

Otro ejemplo similar se da en el *South West Africa (Ethiopia v. South Africa) Case*, fallado por la CIJ en 1966, en donde los jueces consideraron que el argumento planteado por el demandante equivalía a una:

> "(…) petición para que el Tribunal admita el equivalente a una *'actio popularis'*, es decir, el derecho que asiste a cualquier miembro de una comunidad a interponer una acción judicial en defensa del interés público. Sin embargo, aunque un derecho de este tipo pueda estar reconocido en determinados ordenamientos jurídicos municipales, no lo está en el derecho internacional tal y como se configura en la actualidad; tampoco puede la Corte considerarlo como derivado de los 'principios generales del Derecho' a los que se refiere el artículo 38, apartado 1, letra c), de su Estatuto"[493].

Uno de los primeros académicos en reconocer el valor metodológico de la transposición —si bien en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya Verdross ya había hecho referencia a esa acción analizando el ya referenciado *Russian Indemnities Case*[494]—fue el segundo presidente de la Corte Internacional de Justicia Jules Basdevant, quien resaltando las diferencias ente el orden jurídico nacional y el internacional, también en su curso de la Academia de La Haya había al año siguiente que Verdross, desatacaba que no era suficiente realizar un estudio global y sistemático de los principios generalmente admitidos por los derechos internos de los Estados y ofrecerlos al derecho internacional para que fuesen tenidos en cuenta como fuentes, sino que se debía cumplir un proceso de dos pasos:

> "Habría que señalar los principios reconocidos por las naciones civilizadas, partiendo, por tanto, de una armonía de los principios jurídicos consagrados en el orden

---

[493] Corte Internacional de Justicia, *South West Africa (Second Phase)*. Sentencia, *I.C.J. Reports* 1966, 47, ¶ 88: "Looked at in another way moreover, the argument amounts to a plea that the Court should allow the equivalent of an "actio popularis", or right resident in any member of a community to take legal action in vindication of a public interest. But although a right of this kind may be known to certain municipal systems of law, it is not known to international law as it stands at present: nor is the Court able to regard it as imported by the "general principles of law" referred to in Article 38, paragraph 1 (c), of its Statute".

[494] erdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)* 52 (1935): 216: "Nous soulignerons cependant que la Cour n'a pas hésité à ***transporter l'institution*** des intérêts moratoires du domaine du droit privé des nations civilisées sur le plan international, à cause de l'idée que les principes généraux reconnus par les nations civilisées s'appliquent par analogie aux relations internationales". (Negrilla fuera del texto original).

> interno. Habría que constatar, por otra parte, que estos principios son efectivamente susceptibles de ser transportados al orden internacional, que no contradicen una norma establecida del derecho internacional, pues se está de acuerdo en que esta transposición solo puede efectuarse en ausencia de una norma convencional o consuetudinaria"[495].

A mediados del Siglo XX, el profesor, juez y diplomático Belga Charles De Visscher, quiso darle claridad al proceso de trasposición de los principios del derecho interno al derecho internacional, desarrollando un test de dos pasos secuenciales que él denominada primero abstracción y luego generalización, cuyo propósito era despojar a las normas del derecho interno de las particularidades nacionales con las que han sido revestidas como consecuencia de una elaboración técnica mucho más avanzada, permitiendo así, a través de la síntesis, reducirlas a sus aspectos más generales y a los únicos verdaderamente universalizables[496]. Es decir, encontrar ese núcleo esencial de los principios comunes a los ordenamientos nacionales, identificando así un contenido lo suficientemente amplio para poder ser transpuesto en el internacional. Lo importante en este proceso, resaltaba De Visscher, no era la similitud que en lo exterior pudieran tener las instituciones y normas comparadas entre los distintos ordenamientos internos, sino el principio subyacente que les es común y que le da sentido al papel que juega esa institución/norma/principio en una sociedad particular y en todas en común[497].

---

[495] Basdevant, Jules. "Règles générales du droit de la paix". En: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (RCADI) 58 (1936): 501–502: "On n'a jamais fait une étude d'ensemble et systématique tendant à découvrir quels sont ces principes généralement admis dans l'ordre interne qui sont susceptibles d'être transportés dans l'ordre international; II ne suffit pas de faire le tableau des principes les plus importants d'une législation ou d'un groupe de législations, et de les offrir ainsi à l'ordre international. Il faudrait relever les principes reconnus par les nations civilisées, donc partir d'une harmonie des principes juridiques consacrés dans l'ordre interne. Il faudrait, d'autre part, constater qùé ces principes sont effectivement susceptibles d'être transportés dans l'ordre international, qu'ils ne contredisent pas une règle établie de droit international, car on est d'accord que cette transposition ne peut être effectuée qu'à défaut de règle conventionnelle ou coutumière. On doit ici tenir compte des différences entre l'ordre juridique national et l'ordre juridique international".

[496] De Visscher, Charles. *Théories et réalités en droit international public*. 4.ª ed. Paris: Éditions A. Pedone, 1970, 419: "Le recours aux principes généraux s'effectue par un double processus d'abstraction d'abord, de généralisation ensuite, qui, dépouillant les règles du droit interne des particularités nationales dont les a revêtues une élaboration technique beaucoup plus poussée, permet, par un effort de synthèse, de les ramener à leurs aspects les plus généraux et seuls vraiment universalisables".

[497] Ibíd.: "Dans ce processus, ce qui est décisif, ce n'est pas la similitude extérieure des institutions ou des règles que l'on confronte entre elles. C'est le principe sous-jacent qui leur est commun et qui les explique".

En el *Case concerning Right of Passage over Indian territory (Portugal v. India),* al analizar si existía un principio general —alegado por Portugal— que confería al Estado titular de un territorio enclavado en otro Estado el derecho de paso y acceso por el territorio de este último, el Juez ad hoc Manuel Fernandes dictó una opinión disidente, en la que se pronunció sobre los elementos del test planteado por De Visscher, si bien nunca hace referencia expresa a él, a pesar de que en este caso la Corte no entró a analizar la existencia del principio en discusión, toda vez que reconoció que entre las partes existía una práctica vinculante que alcanzaba el valor jurídico de costumbre local o bilateral. El Juez ad hoc Fernandes estableció en su opinión:

> "En cuanto al primero de los principios invocados [el derecho de paso], un estudio de derecho comparado del profesor Max Rheinstein, que figura en el expediente del proceso, ha demostrado que en todas las legislaciones de las naciones civilizadas se reconoce el derecho de acceso a un terreno enclavado en beneficio de su propietario. No se trata de establecer ningún tipo de analogía entre la propiedad y la soberanía, ni de trasladar una norma de derecho interno al ámbito del derecho internacional. Se trata de verificar que existe una razón profunda, arraigada en la conciencia jurídica de todos los pueblos, para admitir como necesario (lógica y prácticamente necesario) el reconocimiento de un derecho de paso a quien tiene cierta capacidad jurídica para ejercerla en un espacio al que no puede acceder sin atravesar el espacio reservado a otros. Si no existe ahí un principio general de derecho igualmente válido tanto para el derecho interno como para el derecho internacional, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte, entonces es que no hay principios que cumplan las condiciones de dicho artículo"[498].

[498] Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), Arrêt d u 12 avril 1960: C . I. J . Recueil 1960, p. 6. Opinion Dissidente de M. Fernandes: "Pour ce qui est du premier des principes invoqués [le droit d'accès à un fonds enclavé], il a été démontré par une étude de droit comparé par le professeur Max Rheinstein, qui figure au procès, que dans toutes les législations des nations civilisées, le droit d'accès à un fonds enclavé est reconnu au bénéfice de son propriétaire. Il ne s'agit de dresser aucune sorte d'analogie entre la propriété et la souveraineté, non plus de transporter une règle de droit interne dans le domaine du droit inter- national. Il s'agit de vérifier qu'il y a une raison profonde, enracinée dans la conscience juridique de tous les peuples, pour admettre comme nécessaire (logiquement et pratiquement nécessaire) la reconnaissance d'un droit de passage à celui qui a une certaine capacité juridique à exercer dans un espace auquel il ne peut pas accéder sans emprunter l'espace réservé à autrui. S'il n'y a pas là un principe général de droit également valable et pour le droit interne et pour le droit international, au sens de l'article 38 du Statut de la Cour, alors c'est qu'il n'y a pas de principes satisfaisant aux conditions de cet article".

Precisamente por ese primer momento al que hacían referencia De Visscher y Fernandes, en el que se debe encontrar la esencia común del principio observable *in foro domestico*, para, desde ese punto internacionalizarlo; es que el internacionalista belga afirma que "nunca se trata aquí de una mera transferencia de los elementos del derecho interno al derecho internacional"[499], sino que es un ejercicio con un alto contenido político y jurídico, que pretende "extraer de su convergencia la existencia de un principio que explique las necesidades sociales comunes; y, a continuación, de verificar hasta qué punto esas necesidades se dan en el orden internacional y justifican en él la aplicación del mismo principio"[500].

La tesis de De Visscher, fue recogida por el reconocido internacionalista francés Alain Pellet, quien en su tesis doctoral, titulada *Recherche sur les príncipes généraux de droit en droit international public* (Investigación sobre los principios generales del derecho en el derecho internacional público) explicó la importancia de la transposición para el derecho internacional, comparando este proceso con el de un médico que realiza un trasplante y debe cuidar tanto el procedimiento como su resultado, concluyendo con un test de tres pasos para la aplicación de un principio general del derecho internacional emanado de las jurisdicciones internas.

Como todos los autores referenciados, Pellet coincide en que "no basta con constatar la existencia de normas similares en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados, sino que también hay que asegurarse de que ese principio pueda trasladarse al derecho internacional". Pasando a comparar la transposición en el derecho internacional con un médico que realiza un trasplante médico y debe cuidar que éste no vaya a generar rechazo en el receptor, ya que se trata de un cuerpo extraño para él. Debido al cuidado que se debe tener en la operación jurídica en cuestión, afirma que es necesario "verificar que no exista entre el receptor (el derecho internacional) y el donante (el conjunto de los derechos internos) ninguna incompatibilidad en lo que respecta al órgano trasplantado (el principio general que se pretende aplicar)". Finalmente, Pellet desglosa su teoría con un test de tres pasos que arranca con la construcción del principio

[499] De Visscher, Charles. *Théories et réalités en droit international public*. 4.ª ed. Éditions A. Pedone, Paris, 1970, 419: "Il ne s'agit donc jamais ici d'un transfert pur et simple des éléments du droit interne dans le droit international".
[500] *Ibíd.,* 419–420: "Il s'agit d'abord de dégager de leur convergence l'existence d'un principe qu'expliquent des nécessités sociales communes; de vérifier ensuite jusqu'à quel point ces nécessités se retrouvent dans l'ordre international et y justifient l'application du même principe. Ainsi compris, le recours aux principes généraux de droit relève jusqu'à un certain point de ce que l'on dénomme la politique juridique".

común a los distintos ordenamientos, basado en datos que permita demostrar que existe y que cumple funciones similares en todos ellos; en segundo lugar, continua con la compatibilidad de las necesidades del derecho interno y el internacional, el elemento más interesante de su propuesta, que explica como el "estudio de las características propias del derecho internacional en su conjunto y del ámbito concreto en el que se desea utilizar dicho principio, para determinar si las mismas razones que explican su reconocimiento *in foro domestico* están presentes también en el orden internacional". Por último, plantea la aplicación del principio al caso concreto, siempre que los dos elementos anteriores del test hayan arrojado un resultado positivo.

En su segundo informe sobre los principio generales del derecho ante la CDI, el relator especial para el tema, Marcelo Vásquez-Bermúdez, condensó las opiniones de la doctrina, las prácticas evidenciadas en los tratados y las decisiones judiciales de distintos tribunales en la construcción de un test para transposición de un principio del ámbito interno al sistema jurídico internacional, constituido por dos elementos: "a) el principio es compatible con los principios fundamentales del derecho internacional; y b) se dan las condiciones para la aplicación adecuada del principio en el sistema jurídico internacional"[501].

Para dar cumplimiento a los requisitos de transposición planteados por el proyecto de conclusiones de la CDI, no apoyaremos en el método funcional del derecho comparado, buscando realizar una abstracción sobre el principio de subsidiariedad que permita su universalización.

i. El método funcional del derecho comparado como una herramienta para verificar la compatibilidad del principio de subsidiariedad en el derecho internacional

Lo primero que debemos aclarar para entrar a determinar si el principio de subsidiariedad identificado en el derecho interno de un número representativo de Estados es compatible con el derecho internacional, es exactamente cuáles son las características y funciones de esta

[501] Comisión de Derecho Internacional. *Segundo informe sobre principios generales del derecho (Presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial)*, 72.º período de sesiones, 9 de abril de 2020. ONU Doc. A/CN.4/741, 25, ¶ 74.

institución en comparación con las necesidades, características y funciones que cumpliría en el derecho internacional.

Se trata de un ejercicio tradicional de derecho comparado realizable, análogamente, a través de un método funcional, que en el caso del ejercicio completo que hemos venido adelantando en esta sección para determinar si la subsidiariedad es o no un principio del derecho internacional, se trata de un ejercicio comparativo de doble orden, uno horizontal y otro vertical. Como explica Raimondo, el movimiento horizontal, realizado en la segunda parte de este capítulo, corresponde a una comparación entre sistemas jurídicos nacionales con el fin de demostrar que una generalidad (no universalidad) de países reconocen la subsidiariedad como un principio estructural. Por su parte, el ejercicio vertical, consiste en realizar una abstracción de lo encontrado como resultado del ejercicio horizontal, con el fin de derivar de él una norma que puede ser transpuesta al derecho internacional[502].

Como explica Mousourakis, para poder verdaderamente encontrar compatibilidades, se debe determinar las similitudes y diferencias reales entre los contenidos sustantivos de la subsidiariedad como principio común de los órdenes internos y como aplicaría en la esfera internacional. Sería una visión reduccionista pensar que eso se logra partiendo exclusivamente del nombre de la institución jurídica (subsidiariedad en nuestro caso), se deben tener en cuenta sus funciones, es decir, aquellas situaciones conflictivas reales o potenciales que nuestro principio pretende regular. La institución jurídica debe ser comparable entre sí desde el punto de vista funcional, sin olvidar que se aplicarán en contextos distintos, aunque con elementos comunes, es decir, que debe estar diseñada para abordar el mismo problema social, común en la esfera local o global. Esta funcionalidad compartida es lo que proporciona el *tertium comparationis* que hará posible la verificación de compatibilidad[503]. Es en la tarea de identificar esa función que cumple la subsidiariedad en el derecho interno y en internacional, su propósito social, lo

[502] Raimondo, Fabian. *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 1.
[503] Ver Mousourakis, George. *Comparative Law and Legal Traditions – Historical and Contemporary Perspectives*. Cham: Springer, 2019, 115–120.

que constituye el común denominador que permitirá determinar si son compatibles o no y le da su orientación práctica[504].

En primer lugar, es necesario establecer un problema común que se quiera resolver en las dos dimensiones del análisis, la local y la internacional. Conocemos que el principio de subsidiariedad no importa el nivel en el que sea implementado, parte de una pregunta compartida: ¿Cómo debe ser establecida, ubicada o usada la autoridad (poder) en un orden social, político o jurídico[505], incluyendo la potestad de revisar las acciones de otros órganos, con el objetivo de dar cumplimiento de la manera más respetuosa a la dignidad de la persona y más eficiente administrativamente a los fines propios del sistema en el que se aplica?[506]

Si estamos de acuerdo en que existe un problema que resulta común para el derecho nacional y el internacional, el método funcional invita a asumir que, por lo regular, los sistemas jurídicos tienden a resolver los problemas prácticos de manera similar, esto es lo que los comparativistas Konrad Zweigert y Hein Kötz llamaban la 'presunción de similitud' (*praesumptio similitudinis*)[507]. Esta presunción de similitud está conectada con la idea de que, a través de la investigación con metodología comparada, se puede desarrollar "un sistema de principios jurídicos generales que pudiera gozar de reconocimiento internacional"[508].

---

[504] Ver Brand, Oliver. "Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies". *Brooklyn Journal of International Law* 32, no. 2 (2007): 409.

[505] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 15: "Conceptions of subsidiarity may apply to three main tasks: whether to establish institutions; secondly to determine which authority a body or institutions should have. In addition to such 'metajurisdictional' assignment or 'meta-authority' issues, subsidiarity may thirdly guide those who use authority. Courts and other bodies may also review such allocations or use, against a conception of subsidiarity".

[506] Ver Da Silva, Michael y Weinstock, Daniel. "Subsidiarity as a Normative Political Concept: Contemporary and Historical Reflections". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 363–368; Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 14–17; Da Silva, Michael. "Subsidiarity and the Allocation of Governmental Powers". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 36, no. 1 (2023): 83–111; Cahill, Maria. "Subsidiarity as the Preference for Proximity". *The American Journal of Jurisprudence* 66, no. 1 (2021): 129–143; Barber, N. W. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford: Oxford University Press, 2018, 187–188 y 205–218; Burbidge, Dominic. "The Inherently Political Nature of Subsidiarity". *The American Journal of Jurisprudence* 62, no. 2 (2017): 143–164; Allard-Tremblay, Yann. "Divide and Rule Better: On Subsidiarity, Legitimacy and the Epistemic Aim of Political Decision-Making". *Journal of Applied Philosophy* 34, no. 5 (2017): 696–710.

[507] Zweigert, Konrad y Kötz, Hein. *An Introduction to Comparative Law*. 3.ª ed. Traducción de Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1998, 40..

[508] Mousourakis, George. *Comparative Law and Legal Traditions – Historical and Contemporary Perspectives*. Cham: Springer, 2019, 117.

Por esa razón, Zweigert y Kötz reconocían la importancia de armonizar el derecho, identificando principios comunes que podía convertirse en derecho internacional reconocido en tratados, como consignaban en su introducción al derecho comparado "[l]a ventaja de unificar el derecho es que hace los negocios jurídicos internacionales más fáciles"[509]. En concreto, resaltaban los comparativistas alemanes:

> "La unificación [a lo que Mousuarakis añadiría "internacional del derecho"] no puede lograrse simplemente ideando una ley ideal sobre cualquier tema y esperando que sea adoptada. Primero hay que encontrar los puntos en común entre las jurisdicciones en cuestión e incorporarlos a la ley uniforme. Cuando existan diferencias, hay que conciliarlas, ya sea adoptando la mejor variante existente o encontrando, mediante métodos comparativos, una nueva solución que sea mejor y más fácil de aplicar que cualquiera de las existentes. Los estudios preparatorios en derecho comparado son absolutamente esenciales en este sentido; sin ellos no es posible descubrir los puntos de acuerdo o desacuerdo en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, y mucho menos decidir cuál de las soluciones existentes o propuestas es la mejor"[510].

Por todo lo anterior, en este ejercicio, más que trasladar fórmulas constitucionales literales, se identifican las funciones que el principio de subsidiariedad cumple en distintos ordenamientos internos y se examina si el derecho internacional presenta problemas estructurales análogos, así como mecanismos normativos o institucionales funcionalmente equivalentes[511]. Este enfoque evita una transposición institucionalista —centrada en estructuras como el federalismo o la descentralización territorial— y busca una reformulación universalizable del principio, apta para operar en un sistema que carece de una autoridad centralizada, como es el caso del internacional.

---

[509] Zweigert, Konrad, y Hein Kötz. *An Introduction to Comparative Law*. 3rd ed. Traducción de Tony Weir. Oxford: Oxford University Press, 1998, 25.
[510] *Ibíd.,* 24.
[511] Ver Da Silva, Michael, y Daniel Weinstock. "Subsidiarity as a Normative Political Concept: Contemporary and Historical Reflections". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 363–368.

La literatura contemporánea introduce, no obstante, dos advertencias relevantes. En primer lugar, la subsidiariedad es un concepto polisémico, sin una esencia única trasladable entre sistemas jurídicos[512]. En segundo lugar, su carácter flexible permite estructurar argumentos sobre asignación de autoridad, aunque rara vez resuelve por sí mismo disputas sustantivas relativas a valores o fines últimos[513].

En este contexto, la distinción entre subsidiariedad protectora de la inmunidad (*immunity-protecting)* y promotora de la persona (*person-promoting)* permite depurar conceptualmente el principio, diferenciando entre una lógica orientada a proteger esferas de autonomía frente a interferencias externas y otra centrada en la promoción de la persona, en la que la autonomía local se encuentra condicionada por sus efectos sobre los individuos.[514]

ii. La abstracción del principio de subsidiariedad y sus funcionalidades en el derecho interno desde una doble visión: protectora de la inmunidad y promotora de la persona

Del análisis de derecho constitucional comparado realizado en la segunda parte de este capítulo, se desprende un patrón robusto que permite sintetizar algunos elementos comunes de la subsidiariedad en una selección representativa de ordenamientos del mundo: el principio aparece como cláusula o técnica para asignar y ejercer autoridad con una "preferencia" por la instancia más cercana y capaz, y con una regla de intervención escalonada cuando esa instancia no puede cumplir la tarea. En análisis comparado, por ejemplo, se describe la subsidiariedad como una herramienta para que funciones administrativas se lleven a cabo por las instituciones más cercanas al ciudadano, salvo que por necesidad esas tengan que ser atribuidos o reasignadas a instancias superiores; asimismo se recoge una dimensión de fomento de la iniciativa autónoma en actividades de interés general, como resultado de un mandato claro por desconcentrar, descentralizar y descender el centro de gravedad del ejercicio del poder en los Estados.

Desarrollando una reconstrucción funcional —y no simplemente literal— del ejercicio comparado, esas manifestaciones comunes internas se pueden clasificar en cinco funciones principales:

---

[512] *Ibíd.,* 1–2.
[513] *Ibíd.,* 2–3.
[514] Ver, Fölledal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 17..

En primero lugar, la subsidiariedad opera como **regla de organización y distribución de competencias**: fija una presunción de asignación a la instancia inferior o más próxima, salvo razones de unidad, adecuación o eficacia (en múltiples textos constitucionales se consigna como la regla de asignar al nivel municipal lo que puede ser atendido "con eficiencia y eficacia", salvo reserva expresa que disponga lo contrario). Esta función sirve de plataforma para las demás, porque define el "quién decide" y el "cuándo puede escalarse" una decisión.

Este hallazgo es coherente con lo identificado en la doctrina que analiza la subsidiariedad como una institución transversal a la sociedad, vista esta (la sociedad) como un todo, no dependiendo del nivel en el que será aplicado: "La subsidiariedad es un principio según el cual la autoridad de tomar decisiones definitivas (es decir, el poder de impedir que otra entidad sustituya sus propias decisiones, imponga multas, etc.) debe recaer, por regla general, en la autoridad candidata que se considere 'más cercana' a la decisión o en aquellas personas afectadas por ella o sujetas a ella"[515].

En segundo lugar, se manifiesta también como una **garantía de autonomía** (territorial, funcional o social): protege la facultad de decisión en la esfera subestatal —y en algunos ordenamientos incluso en ámbitos no estatales— frente a la absorción de dicha facultad por el nivel central. Esa función puede ser restrictiva (veto o inmunidad) o estar sometida a condición, por ejemplo, de eficiencia, capacidad, celeridad o conveniencia, pero en todos los casos, orientada al cumplimiento de las finalidades del sistema.

Como tercera función, sirve como **límite del poder centralizador**: al imponer una carga argumentativa que implica tener que justificar por qué se quiere centralizar, el principio actúa como un parámetro de control frente al expansionismo regulatorio del nivel central y como

[515] Da Silva, Michael, y Daniel Weinstock. "Subsidiarity as a Normative Political Concept: Contemporary and Historical Reflections". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 363: "Subsidiarity is a principle holding that final decision- making authority (viz., the power not to have another entity substitute its own decisions, issue fines, etc.) should presumptively belong to the candidate authority claimant "closest" to the decision or those affected by or subject to that decision". Ver, Cahill, Maria. "Subsidiarity as the Preference for Proximity". *The American Journal of Jurisprudence* 66, no. 1 (2021): 129–143; Cahill, Maria. "Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach". *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 1 (2017): 201–202.

fundamento para invalidar o restringir intervenciones indebidas. Esta función, derivada del estudio comparado realizado, es coherente con la propuesta planteada por Føllesdal donde la subsidiariedad desplaza la carga argumentativa hacia quien pretende centralizar: "El principio de subsidiariedad regula la distribución o el ejercicio de la autoridad dentro de un orden político o jurídico, especialmente cuando dicha autoridad se encuentra repartida entre un centro y las unidades que lo integran. Este principio, impone una carga argumentativa que recae en quienes pretenden centralizar la autoridad"[516].

En cuarto lugar, la subsidiariedad opera como un **mecanismo de coordinación que garantiza la eficacia**: no sólo protege la autonomía subestatal; sino que también habilita la reasignación de la tarea fundamental o la intervención en el desarrollo de ella cuando el nivel primario es incapaz o ineficiente. En el análisis comparado realizado aparece expresamente la lectura "positiva/negativa": positiva como atribución al nivel más próximo y negativa como intervención del nivel superior solo cuando el inferior es incapaz o ineficiente. Este rasgo es crucial para su transposición al derecho internacional porque permite concebir subsidiariedad como mecanismo de coordinación y no solo como escudo.

Finalmente, como quinto elemento de esta síntesis, se puede identificar una función democrática y epistemológica de **proximidad al ciudadano**: la instancia más cercana conocería mejor los requerimientos sociales y por ello la ubicación de autoridad en ese nivel se vincula a la racionalización administrativa y al respeto por el principio democrático, toda vez que, quien está en mejor posición para conocer las necesidades de los individuos es quien está más cerca de él, y eso, es reconocido en las distintas constituciones del mundo como una expresión del principio democrático. Este argumento conecta con desarrollos filosóficos que justifican la subsidiariedad por la reivindicación del conocimiento local, los valores locales y el control democrático, aunque sin agotarse ahí[517]. Al respecto escribió Daniel Weinstock:

---

[516] Føllesdal, Andreas. "Subsidiarity and the Global Order". En *Global Perspectives on Subsidiarity*, editado por Michelle Evans y Augusto Zimmermann. Dordrecht: Springer, 2014, 207: "A "principle of subsidiarity" regulates the allocation or use of authority within apolitical or legal order, especially where authority is dispersed between a centre and member units. The principle holds that the burden of argument lies with attempts to centralise authority".
[517] Da Silva, Michael, y Daniel Weinstock. "Subsidiarity as a Normative Political Concept: Contemporary and Historical Reflections". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 364: "Scholars also provide diverse accounts of why subsidiarity is desirable, appealing to commitments to democratic concerns with ensuring those 'most

> "Para algunos, la subsidiariedad es la mejor forma de garantizar la libertad individual, partiendo de la hipótesis de que el riesgo de que los poderes «locales» abusen de su autoridad es más fácil de controlar que el riesgo análogo de que lo hagan los poderes más «distantes». Para otros, existen razones democráticas para favorecer las estructuras federales regidas por el principio de subsidiariedad. Según esta línea de justificación, la participación ciudadana y la virtud democrática tienen más probabilidades de surgir de estructuras políticas que reúnen a personas que se identifican entre sí para deliberar sobre cuestiones de interés local. Los defensores de la subsidiariedad también podrían invocar la eficiencia, así como alguna versión del «principio de todos los afectados», según el cual la voz democrática que tienen los individuos en un proceso de toma de decisiones políticas debe ser proporcional al grado en que se ven afectados por el resultado"[518].

En materia conceptual, la taxonomía planteada por Føllesdal que distingue entre dos grandes agrupaciones de elementos que constituyen un gran concepto de subsidiariedad: subsidiariedad protectora de la inmunidad (*immunity-protecting)* y promotora de la persona (*person-promoting),* permite reclasificar las funciones del principio anteriormente detalladas y, sobre todo, anticipar las tensiones que pueden encarnar al pasar al plano internacional. En la obra del filósofo político nacido en Boston, profesor de la Universidad de Oslo, —tanto en sus trabajos previos como en su libro sobre el tema de 2025— se insiste en que las concepciones varían en

---

affected' by decisions most influence them, the value of local knowledge, and the import of local values, for just three examples".

Ver, Føllesdal, Andreas. "Subsidiarity". *The Journal of Political Philosophy* 6, no. 2 (1998): 190–218; Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025; para una visión más crítica: Rowe, Colin W. "Beyond Subsidiarity: Normative Principles for Authority Allocation in Democracies". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 389–400.

[518] Weinstock, Daniel. "Cities and Federalism". En *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV, editado por James E. Fleming y Jacob T. Levy. New York: New York University Press, 2014, 261–262: For some, subsidiarity is the best way in which to ensure individual liberty, given the hypothesis that the potential of "local" powers to abusetheir authority is more easily checked than is the analogous potential of more "distant" powers. For others, there are democratic reasons to favor federal structures governed by the principle of subsidiarity. According to this line of justification, citizen involvement and democratic virtue are more likely to be elicited by political structures that bring people who identify with one another into deliberation over issues of local interest. Efficiency might also be invoked by defenders of subsidiarity, as might some version of the "all affected principle," according to which the democratic say that individuals have in a political decision-making process ought to be proportionate to the degree to which they are affected by the outcome".

el grado en que (i) preservan inmunidades de unidades locales y (ii) se orientan a promover intereses de las personas como unidad última de preocupación normativa[519].

La subsidiariedad protectora de la inmunidad tiende a estructurarse (funcionalmente) como una regla fuerte de no injerencia, de deferencia frente al nivel más descentralizado. La unidad local goza de inmunidad frente a la interferencia del nivel central, se asumen como legítimas, con pocos filtros adicionales, las unidades que componen la estructura existente, y el bien común del orden superior se limita a respetar esas inmunidades y a proferir decisiones aceptables para todos, con un sentido de unanimidad; haciendo ilegítimas intervenciones redistributivas de la autoridad o intromisiones injustificadas en los asuntos internos. Esa arquitectura de la subsidiariedad se encuentra —según Føllesdal— particularmente influida por la obra del filósofo y teólogo alemán Juan Althusius, reconocido como el padre del federalismo, y quien planteó originalmente su tesis en 1603 bajo una clara motivación calvinista, con el propósito de proteger las asociaciones religiosas contra el abuso del poder central[520]. Para Føllesdal, este tipo de subsidiariedad aparece descrita en la tradición althusiana que la utiliza como paradigma de una postura fuertemente protectora de inmunidades y deferente con el nivel local[521].

En contraste, la subsidiariedad promotora de la persona supera los límites de la soberanía y la arquitectura institucional y desciende hasta el individuo, a quien tiene como objeto y punto de referencia. La independencia local se justifica en cuanto contribuye a la autonomía y los intereses de los individuos, por esa razón, la intervención superior es obligatoria o permisible cuando la instancia primaria no puede asegurar fines relevantes para el ordenamiento y las restricciones emanadas de la unidad local (vetos o inmunidades) quedan limitados por el impacto sobre individuos dentro y fuera del ámbito local[522].

---

[519] Ver, Føllesdal, Andreas. "Subsidiarity". *The Journal of Political Philosophy* 6, no. 2 (1998): 190–218; Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025.

[520] Ver, Althusius, Johannes. *Politica Methodice Digesta*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1932. Aunque el autor no usa expresamente el término subsidiariedad, sostiene que la política tiene relación con la *subsidia vitae*, aquello necesario para la vida y que solo puede ser alcanzado de manera colaborativo en lo que el denominaba una *consociatio symbiotica*.

[521] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 18–21.

[522] *Ibíd.,* 17.

Para Føllesdal, este tipo de subsidiariedad encuentra sus raíces en una visión cristiana del hombre y el mundo. Rastreando sus orígenes hasta Santo Tomás de Aquino inspirado por Aristóteles y en su versión actual a las encíclicas *Rerum Novarum* de León XIII y *Quadragesimo Anno* de Pio XI, que de acuerdo con Oswald von Nell-Breuning en materia de subsidiariedad tuvo una influencia directa del alemán Gustav Gundlach y el italiano Luigi Taparelli D'Azeglio[523]. Bajo la influencia de esta tradición, por ejemplo, se formula explícitamente que la subsidiariedad se debe materializar de abajo hacia arriba, empezando por el individuo, y se exige la intervención cuando los órganos subordinados no pueden actuar por sí solos para asegurar los fines apropiados, sin reconocer la existencia de vetos irrestrictos que puedan actuar en detrimento de la persona[524].

Conciliar esta conceptualización bifaz de la subsidiariedad con los elementos funcionales derivados del estudio comparado entre distintos ordenamientos nacionales, permite anticipar los retos que conllevará su transposición en el derecho internacional. Føllesdal advierte, por un lado, que el derecho internacional pareciera ajustarse con mayor facilidad a concepciones más protectoras de la inmunidad, lo que puede tener un impacto tensionante en su legitimidad; pero que, por otro lado, una concepción más promotora de la persona puede explicar y ayudar a estructurar mejor algunos aspectos de la arquitectura del derecho internacional y, de cierta manera, incluso resultar ser más compatible con rasgos propios de la soberanía estatal. En ese sentido afirmó:

> "Por último, estas conclusiones podrían servir de base para nuestras interpretaciones y nuestra valoración de la subsidiariedad tal y como se aplica en el derecho internacional —y, de hecho, para nuestra valoración de la legitimidad del propio derecho internacional. Las justificaciones de una posición protectora de la inmunidad parecen coincidir con muchas características estado-céntricas del derecho internacional, como su amplia inmunidad y sus poderes de veto. Sin embargo, estas teorías adolecen de importantes defectos. Las teorías que promueven a la persona son más

[523] von Nell-Breuning, Oswald S.J. "The Drafting of *Quadragesimo Anno*". En *Readings in Moral Theology No. 5: Official Catholic Social Teaching*, editado por Charles E. Curran y Richard A. McCormick, S.J. New York: Paulist Press, 1986, 60–68.
[524] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 29–32.

> plausibles desde el punto de vista normativo, pero parecen respaldar menos el derecho internacional. Cuestionan la centralidad de los Estados soberanos en un orden social, político o jurídico de múltiples niveles; y la inmunidad de los Estados es menos sólida cuando están en juego los intereses de las personas dentro o fuera de las fronteras. Estas apariencias son engañosas. Las concepciones de la subsidiariedad que promueven a la persona pueden ayudar a explicar, estructurar, justificar y reformar muchos aspectos del derecho internacional, incluido el ámbito de la soberanía estatal"[525].

Finalmente, la discusión filosófica reciente, con su correspondiente dimensión jurídica, política y social; refuerza una advertencia útil para la transposición del principio en el derecho internacional y la cristalización de su contenido específico: autores ya referenciados, como Da Silva y Weinstock, resaltan que la subsidiariedad suele definirse como una presunción de autoridad hacia la unidad 'más cercana' capaz de abordar el problema. Sin embargo, reconocen que el concepto admite múltiples interpretaciones y cumple roles distintos, con alcances distintos, a nivel local, regional e internacional, lo que obliga a concretar las condiciones de aplicabilidad e incluso los criterios necesarios para derrotar la mencionada presunción[526].

iii. La compatibilidad funcional del principio de subsidiariedad con el derecho internacional

Una de las vías más sencillas para responder a la pregunta ¿es la subsidiariedad un principio general del derecho internacional? Es a través del análisis de las funciones que un principio general cumple como fuente del derecho internacional. Autores como Emmanuel Castellarin, reconocen que la subsidiariedad pertenece a una categoría de principios generales de la Unión Europea (como discutiremos en detalle más adelante) denominados sistemáticos o estructurales,

---

[525] *Ibíd.,* 36, "Finally, these conclusions might inform our interpretations and assessment of subsidiarity as used in international law - and indeed our assessment of the legitimacy of international law itself. Immunity-protecting justification seem to match many state-centric features of international law, such as their broad immunity and veto powers. Yet these theories suffer major flaws. Person-promoting theories are more normatively plausible but appear less supportive of international law. They challenge the centrality of sovereign states in a multilevel, social, political, or legal order. And states' immunity is less robust when interests of individuals inside or outside the borders are a steak. These appearances are deceptive. Person-promoting conceptions of subsidy may help explain, structure, justify, and reform many aspects of international law, including the domain of state sovereignty".

[526] Ver, Da Silva, Michael, y Daniel Weinstock. "Subsidiarity as a Normative Political Concept: Contemporary and Historical Reflections". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 363–368.

porque "constituyen el sustento normativo de la arquitectura global del ordenamiento jurídico de la UE. Si se analizan más detenidamente, abarcan una amplia gama de cuestiones heterogéneas, entre las que se incluyen las relaciones del ordenamiento jurídico de la UE con los ordenamientos jurídicos nacionales"[527].

En el mismo sentido, Mattias Kumm afirma que la subsidiariedad "es un principio estructural [de la Unión Europea] que se aplica a todos los niveles del análisis institucional, desde la evaluación general de la estructura institucional y la atribución de competencias hasta el análisis detallado de procesos específicos de toma de decisiones y el contenido de decisiones concretas"[528]. Adicionalmente, Kumm también considera que este principio regula las relaciones de la Unión con la comunidad internacional y con los Estados miembros, lo que ha llevado a que algunas constituciones nacionales hayan adoptado la subsidiariedad "como principio constitucional que determina si es deseable la transferencia de autoridad pública a instituciones internacionales y en qué medida"[529].

El Decano de Derecho de la Universidad de Gotinga y ex Juez del Tribunal Constitucional Federal de Alemania Andreas Paulus, por su parte, reconoce que un contexto marcado por la fragmentación y la necesidad de justificación democrática, la subsidiariedad se constituye en un principio del derecho internacional, "según el cual las decisiones se toman al nivel más bajo

---

[527] Castellarin, Emmanuel. "General Principles of EU Law and General International Law". En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al. Leiden: Brill Nijhoff, 2019, 132: "(…) The second category of general principles of EU law, covering the so-called systemic or structural principles, are the normative support of the overall architecture of the EU legal order. At a closer look, they cover a vast array of heterogeneous issues including relations of the EU legal order with domestic legal orders (direct effect, primacy, pre-emption, subsidiarity, proportionality)".

[528] Kumm, Mattias. "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State". En *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, editado por Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 293.: "It is a principle that guides the exercise of the European Union's power under the treaty. And it guides the interpretation of the European Union's laws. As such, it is a structural principle that applies to all levels of institutional analysis, ranging from the big-picture assessment of institutional structure and grant of jurisdiction to the microanalysis of specific decision-making processes and the substance of specific decisions".

[529] *Ibíd,* "Furthermore, some national constitutions have specifically adopted the principle of subsidiarity as a constitutional principle that determines whether and to what extent the transfer of public authority to international institutions is desirable".

y especializado posible, pero que permite, e incluso exige, la intervención del nivel general, internacional o, más bien, global"[530].

Aunque no dice expresamente que considera que la subsidiariedad es un principio general del derecho internacional, todos los elementos de su análisis permiten concluir que para el ya citado profesor de NYU Mattias Kumm, lo es[531]. Un instrumento que condiciona el alcance y la aplicación de la soberanía, toda vez que para él "[e]l principio de subsidiariedad exige que cualquier vulneración de la autonomía del nivel relativamente local por parte del nivel relativamente centralizado esté justificada por razones de peso"[532]. Por esta razón, Kumm considera que a la luz de la subsidiariedad en el derecho internacional toda intervención de la esfera superior a la nacional debe estar justificada, "[t]iene que haber una razón que justifique la intervención de la comunidad internacional; una razón que impida dejar que sean las instituciones nacionales las que resuelvan la cuestión de forma definitiva". Por eso, y como evidencia de la existencia de un principio que debe ser ponderado, plantea la necesidad de un test para analizar el grado de necesidad y proporcionalidad de esa injerencia en los asuntos locales, pero, aunque pareciera que su posición es más cercana a la protectora de la inmunidad, en realidad es más cercana a la promotora de la persona, al considerar que "el principio de subsidiariedad brinda una estructura para una debate jurídico y político sobre los límites de la soberanía"[533],

---

[530] Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?". En *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, editado por Tomer Broude y Yuval Shany. Oxford: Hart Publishing, 2008, 212: "Thus, this contribution suggests that 'subsidiarity' should be understood as a principle according to which decisions are taken at the lowest, and most specialised, possible level, but that allows, even requires, intervention from the general, international or rather global level". Kumm pone como ejemplo de esto el artículo 23 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, el cual reza en su parte relevante: "la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia (…) del principio de subsidiaridad".

[531] Kumm, Mattias. "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism: On the Relationship between Constitutionalism in and beyond the State". En *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, editado por Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 295: "There are good reasons for the principle of subsidiarity to govern the allocation and exercise of decision-making authority wherever there are different levels of public authorities. These reasons are related to sensibility toward locally variant preferences, possibilities for meaningful participation and accountability, and the protection and enhancement of local identities, which suggest that the principle of subsidiarity ought to be a general principle guiding institutional design also in federally structured entities".

[532] *Ibíd.,* 294: "The principle of subsidiarity requires any international intervention to be justified as a concern appropriately addressed by actors, institutions, or norms beyond the state. There has to be a reason that justifies the international community's involvement; a reason against leaving the decision to be addressed conclusively by national institutions".

[533] *Ibíd.,* 295: "The principle of subsidiarity provides a structure for legal and political debates about the limits of sovereignty".

condicionándola a la habilidad de los estados por proteger a sus ciudadanos[534]. Es decir que, para él, la subsidiariedad es un principio general que le pone límites a la soberanía de los Estados.

Adreas Føllesdal, comparte la preocupación de Kumm de una versión de principio de subsidiariedad más centrada en la protección de la inmunidad, que evidentemente tiene una fácil resonancia en el derecho internacional y por lo tanto igualmente un sencillo estatus de principio general como resultado de esa resonancia, sin embargo, logra en un extenso y riguroso análisis demostrar que una visión de subsidiariedad promotora de la persona también cumple con los elementos para ser considerado un principio general de derecho. Al respecto concluye que "podría ser posible y adecuado transponer al ordenamiento jurídico internacional una concepción de la subsidiariedad centrada en la persona"[535], y que: "Las versiones de la subsidiariedad promotoras de la persona parecen cumplir varias condiciones de los principios generales del derecho, una de las fuentes reconocidas del derecho internacional"[536]. Algunas concepciones de esta misma línea contribuyen a describir aspectos relevantes del derecho internacional. Y otras, también promotoras de la persona, cumplen varios criterios de los principios generales del derecho en lo que respecta a sus fuentes y su contribución[537].

Pero no todos los autores son defensores de la idea de la subsidiariedad, protectora de la soberanía o promotora de la persona, como un principio general del derecho internacional, algunos cuestionan que pueda tener esa calidad, otros que se pueda transponer, otros incluso creen que no es más que una condición fáctica del derecho y otros incluso cuestionan su alcance como consecuencia de su origen moderno la doctrina social de la iglesia católica. Por ejemplo, Paolo Carozza, después de haber defendido en 2003 fervorosamente (sin dejar de reconocer sus dificultades) que el principio de subsidiariedad debía ser reconocido como un principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos, porque nada mejor que esta institución para

---

[534] *Ibíd.,* 294.
[535] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 64: "It may thus be possible and appropriate to transpose a person-promoting conception of subsidiarity into the international legal system".
[536] *Ibíd.,* 64: "Person-promoting versions of subsidiarity appear to satisfy several conditions of general principles of law, one acknowledge source of international law. Some conceptions describe many aspects of international law. And some such person-promoting conceptions also satisfy several conditions or criteria of general principles of law regarding their sources and contribution".
[537] Ibíd.

combinar los valores de universidad y respeto que los derechos humanos requieren[538]; en 2016 alegó tener dudas (aunque de corto plazo como afirmaría Føllesdal) sobre su carácter de principio general en el derecho internacional, pero ciertamente sobre la posibilidad de que fuera el resultado de una transposición del derecho interno. En particular afirmó que:

> "[L]a subsidiariedad en el ámbito internacional no puede funcionar como una mera transposición de los conceptos y prácticas de un sistema constitucional a un plano diferente. Existen ciertas diferencias estructurales que nos obligan a replantearnos cómo funcionará la subsidiariedad en este contexto, que puede parecer bastante nuevo y desconocido. Esto requerirá, a su vez, volver a las fuentes, a los principios fundamentales subyacentes sobre el bien de las personas, que dieron origen a la idea de la subsidiariedad en primer lugar"[539].

Gerald Neuman, también plantea sus dudas sobre el carácter de la subsidiariedad como un principio del derecho internacional, en concreto, del derecho internacional de los derechos humanos. Según él, "La subsidiariedad es, y a la vez no es, un principio del derecho internacional de los derechos humanos (...) Es objeto de debate si todos estos fenómenos [que componen la subsidiariedad] deben agruparse bajo un único término y si todos ellos se derivan de un principio subyacente"[540]. Dedica una sección de su principal trabajo sobre el tema a hablar sobre "[l]a subsidiariedad de las instituciones internacionales como hecho estructural"[541].

---

[538] Ver, Carozza, Paolo. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law". *American Journal of International Law* 97, no. 1 (2003): 38–79.

[539] Carozza, Paolo. "The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions". *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 67: "And finally, across all of these problems, one last point is also worth underscoring: subsidiarity in the international sphere cannot work as a mere transposition of the concepts and practices of a constitutional system onto a different plane. There are certain structural differences that require us to rethink how subsidiarity will work in this context that might look quite new and unfamiliar. That will require, in turn, returning to the sources, to the underlying first principles about the good of human persons, that gave birth to the idea of subsidiarity in the first place".

[540] Neuman, Gerald. "Subsidiarity". En *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, editado por Dinah Shelton. New York: Oxford University Press, 2013, 360: "Subsidiarity both is, and is not, a principle of international human rights law (...) Whether all these phenomena should be grouped under a single term, and whether they all result from an underlying principle, is subject to debate".

[541] *Ibíd.,* 363 y ss.

Finalmente, Føllesdal recoge una crítica que desde la doctrina hacen con respecto a la viabilidad de la transposición de la subsidiariedad y es la que tiene relación con la "divergencia entre la subsidiariedad en el derecho internacional y su interceptación con una alta influencia católica a nivel nacional". Como explica David Golemboski, a pesar de que la concepción católica de la subsidiariedad es habitualmente invocada como la base que sustenta el principio, sus fundamentos teológicos y centralidad en el desarrollo autónomo del individuo, conllevan consecuencias significativas que muchos de sus defensores no siempre tienen en cuenta. Esa visión, es un caso de subsidiariedad horizontal entre instituciones privadas y autoridades pública, que contrasta con el derecho internacional donde la subsidiariedad solo atañe a instituciones públicas, muchas de ellas incluso creadas por los propios Estados.

Esta objeción la traduce Maria Cahill con una cuestión: "la pregunta es si el Estado, al tiempo que actúa como la unidad subsidiaria por excelencia —la autoridad de última instancia, por así decirlo— para todos los asuntos internos de la nación, ¿podría también actuar como unidad primaria en lo que respecta a su interacción con las instituciones internacionales y supranacionales?" [542], porque pareciera que la finalidad de una posición y otra son contradictorias. La misma Cahill profundiza en el tema afirmando que si la respuesta de un Estado es su compromiso irrestricto con la soberanía y la teoría de la autoridad correspondiente, sería incapaz de respaldar la subsidiariedad en sus asuntos internos o externos. Para ella, como conceptos puros que son, "la soberanía y la subsidiariedad son irreconciliables porque las teorías de la autoridad que las acompañan son tan profundamente incompatibles"[543].

Dos respuestas podríamos dar a estas objeciones, en primer lugar, efectivamente una visión exclusivamente protectora de la soberanía del derecho internacional, sería incompatible con la finalidad del principio de subsidiariedad, que cumple una función compartida en este

[542] Cahill, Maria. "Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach". *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 1 (2017): 216: "Now the question is whether the state, whilst functioning as the quintessential subsidiary unit—the authority of last resort, if you will—for all matters internal to the nation, could also function as a primary unit in terms of its interaction with international and supranational institutions?".
[543] *Ibíd.,* 216: "As pure concepts, sovereignty and subsidiarity are irreconcilable because their attendant theories of authority are so deeply incompatible, such that a state that was fully committed to sovereignty and its attendant theory of authority be incapable of endorsing subsidiarity in its internal or its external affairs". Ver, Cahill, Maria. "Sovereignty, Liberalism and the Intelligibility of Attraction to Subsidiarity". *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 113–123.

último como en el interno: limitar la soberanía. Por eso es importante una conceptualización bifaz de la subsidiariedad para hacer viable su transposición y aplicación, atan promotora de la persona como protectora de la inmunidad. En segundo lugar, Føllesdal responde en los siguientes términos a la objeción sobre la incompatibilidad entre la subsidiariedad horizontal de influencia católica en el derecho interno y la subsidiariedad vertical del derecho internacional: "En respuesta a ello, sostengo que este contraste es exagerado. Incluso algunos papas han aplicado el concepto católico de forma vertical, limitándose únicamente a los organismos políticos y han apoyo a la creación de nuevas autoridades supranacionales"[544].

Como concluye Brennan, que bien podría servir de respaldo a lo alegado por Føllesdal: "[l]os últimos papas, incluido Benedicto XVI, han destacado el papel de la subsidiariedad en el ordenamiento adecuado de la comunidad mundial"[545]. Reiterando lo establecido en el Catecismo: "El principio de subsidiariedad se opone a toda forma de colectivismo. Traza los límites de la intervención del Estado. Intenta armonizar las relaciones entre individuos y sociedad. Tiende a instaurar un verdadero orden internacional"[546], y por el Papa Juan XXIII en su última encíclica *Pacem in Terris* en 1963[547], El Papa Benedicto XVI afirmó al respecto:

> "Para no abrir la puerta a un peligroso poder universal de tipo monocrático, *el gobierno de la globalización debe ser de tipo subsidiario*, articulado en múltiples niveles y planos diversos, que colaboren recíprocamente. La globalización necesita ciertamente una autoridad, en cuanto plantea el problema de la consecución de un bien común global; sin embargo, dicha autoridad deberá estar organizada de modo

[544] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 40: "In response, I submit that this contrast is overdrawn. Even some popes have applied the catholic conception vertically among only political bodies, and support of creating new supranational authorities".
[545] Brennan, Patrick M. "Subsidiarity in the Tradition of Catholic Social Doctrine". En *Global Perspectives on Subsidiarity*, editado por Michelle Evans y Augusto Zimmermann. Dordrecht: Springer, 2014, 44: "The recent popes, including Benedict XVI, have emphasised subsidiarity's place in rightly ordering global community".
[546] Iglesia Católica. *Catecismo de la Iglesia Católica*, ¶ 1885. Disponible en: https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/p3s1c2a1_sp.html (consultado el 15 de marzo de 2026).
[547] S. S. Juan XXIII. *Pacem in Terris*. Carta encíclica, Roma, 11 de abril de 1963, ¶ 137. "Y como hoy el bien común de todos los pueblos plantea problemas que afectan a todas las naciones**,** y como semejantes problemas solamente puede afrontarlos una autoridad pública cuyo poder, estructura y medios sean suficientemente amplios y cuyo radio de acción tenga un alcance mundial, resulta, en consecuencia, que, por imposición del mismo orden moral, es preciso constituir una autoridad pública general".

subsidiario y con división de poderes, tanto para no herir la libertad como para resultar concretamente eficaz"[548].

Lo que es claro de la discusión en la doctrina filosófica, es la importancia de identificar cuáles son las equivalencias/compatibilidades funcionales que la subsidiariedad tiene con el derecho internacional, con los elementos y condiciones que ha sido identificada hasta ahora partiendo de un conceptualización bifaz, pues será esto lo que evidenciará la capacidad que tiene para actuar en él como principio general.

Al respecto, Mads Andenas y Ludovica Chiussi consideran que los principios generales cumplen con tareas que van más allá de llenar lagunas o suplir la ausencia de otras fuentes del derecho internacional aplicables (sin dejarlas de lado)[549]. Para ellos, los principios cumplen tres funciones fundamentales que contribuyen a mantener la buena salud del sistema transnacional: (i) Ser una herramienta para la **cohesión**: constituir una fuerza cohesionadora que reivindique el carácter sistémico del derecho internacional[550]; lo que la CDI ha definido como "contribuir a la coherencia del sistema jurídico internacional" en el proyecto de conclusión 10 sobre principios generales del derecho[551]; (ii) Una herramienta para la **convergencia** Intra-sistémica: actuar como una fuerza centrípeta al proporcionar un terreno común para la interacción entre regímenes especiales y cuerpos normativos individuales, como el derecho internacional del medio ambiente y del patrimonio cultural, el derecho internacional de las inversiones y el derecho internacional de los derechos humanos[552]; y (iii) Una herramienta para la **coherencia** Inter sistémica: reducir la separación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales[553]. Según Andenas y Chiussi, en tiempos complejos para el derecho internacional, "recae en los

[548] S.S. Benedicto XVI. Carta Encíclica *Caritas In Veritate*. Roma, 29 de junio de 2009. ¶ 57.
[549] Andenas, Mads, y Ludovica Chiussi. "Cohesion, Convergence and Coherence of International Law". En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al. Leiden: Brill Nijhoff, 2019, 33.
[550] Ibíd., 13–15.
[551] Asamblea General de las Naciones Unidas, Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho – Texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025), 2.
[552] Andenas, Mads, y Ludovica Chiussi. "Cohesion, Convergence and Coherence of International Law". En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al. Leiden: Brill Nijhoff, 2019, 15–19.
[553] *Ibíd.,* 20–21.

principios generales servir como la fuerza resiliente en el mantenimiento del estado de derecho (*rule of law*) en la comunidad internacional"[554].

a. La subsidiariedad como una fuerza que cohesiona el derecho internacional

Con respecto a la primera de las funciones mencionadas, hablar de cohesión, es hablar de unidad, de sistema. Lo que J.M. Dupuy llamaba la unidad del orden jurídico (*L'unité de l'ordre juridique)*[555]. Unidad como característica esencial del Derecho, porque como afirmaría Delmas-Marty, al "[d]erecho no le gusta la multiplicidad, representa el orden, unificado a través de la jerarquía (…)"[556], principalmente normativa. En los sistemas jurídicos domésticos, sostendrían Simma y Pulkowski —haciendo un llamado a la teoría sistémica de Raz— "(…) la unidad del ordenamiento jurídico se considera generalmente una consecuencia del carácter sistémico del derecho. Sin embargo, resulta difícil transponer al ámbito internacional los conceptos más estrictos de unidad sistémica"[557]. No obstante, ello, desatacados doctrinantes han coincidido en afirmar que el derecho internacional sí tiene un carácter sistémico[558], si bien, no es fácil establecer a que se debe la cohesión del ordenamiento: "¿Es el derecho internacional sistémico debido a sus jerarquías normativas emergentes? ¿Lo es en virtud de un conjunto (cada vez más) completo de normas secundarias? ¿Es el 'pegamento' de los valores globales predominantes expresados en el derecho el factor decisivo? ¿Depende el carácter sistémico del derecho internacional de su eficacia?".

---

[554] *Ibíd.,* 33.
[555] Dupuy, Pierre-Marie. "L'unité de l'ordre juridique international". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)* 297 (2002).
[556] Delmas-Marty, Mireille. *Global Law: A Triple Challenge*. Traducción de Noemi Norberg. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2003, 74: "Law does not like multiplicity; it represents order, unified through hierarchy (…)".
[557] Simma, Bruno, y Dirk Pulkowski. "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law". *European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 495: "In domestic legal systems, the unity of the legal order is generally considered a consequence of the law's systemic carácter".
[558] Weckel, Philippe. "Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes". En *Unité et diversité du droit international (Unity and Diversity of International Law)*, editado por Denis Alland et al. Leiden: Martinus Nijhoff, 2014, 131–155; Mégret, Frédéric. "International Law as Law". En *The Cambridge Companion to International Law*, editado por James Crawford y Martti Koskenniemi. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 64–92; Benvenisti, Eyal. "The Conception of International Law as a Legal System". *German Yearbook of International Law / Jahrbuch für Internationales Recht (GYIL)* 50 (2007): 393–495; Simma, Bruno, y Dirk Pulkowski. "Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law". *European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 500; Crawford, James. *International Law as an Open System: Selected Essays*. London: Cameron May, 2002, 27 y ss.; Combacau, Jean. "Le droit international: bric-à-brac ou système?". *Archives de Philosophie du Droit* 31 (1986): 85–105.

La conclusión a la que podemos llegar es que el derecho internacional es sistémico, pero no necesariamente por ser un ordenamiento jurídico comprensivo, uniforme y organizado. Su principal fuente de cohesión es la existencia de un núcleo común que, como exploraremos más adelante, reposa en lo que conocemos como 'derecho internacional general', así como en las instituciones y herramientas que permiten navegar los distintos regímenes especiales e interpretar el alcance de sus particularidades normativas, como explicaría Koskenniemi, ese derecho internacional general se compone de derecho consuetudinario general, así como a los principios generales, derivados del derecho internacional o aquellos aplicables por analogía provenientes de los derechos internos, en especial en lo que se refiere a los principios del procedimiento jurídico[559], cuya finalidad será velar porque las diferentes normas sean interpretadas de manera coherente y sistémica con el propósito de "plasmar y mantener viva cualquier noción del bien común de la humanidad que no sea reducible al bien de alguna institución o 'régimen' particulares"[560].

Como en cualquier otro sistema jurídico, en el derecho internacional las distintas normas que lo componen están sujetas a múltiples formas de entenderlo, que pueden generar conflictos que deben ser resueltos a través de los principios, que incluso en ausencia de lagunas jurídicas, desempeñan un papel destacado en la interpretación y aplicación de las normas vigentes[561]. Esa función hermeneútica que cumplen los principios, como afirman Andenas y Chiussi, "refuerzan y protegen el tejido sistémico del derecho internacional"[562], haciendo vida la expresión que da título a la obra de François Ost y Michel Van de Kerchove: *"De la pyramide au réseau"* (De la pirámide a la red)[563], frase que evidencia la complejidad sistémica propia del derecho internacional contemporáneo, donde más que una jerarquía orgánica o dogmática (institucional o normativa), existe una organización plural y multinivel, donde los diálogos inter regímenes, Inter

[559] Comisión de Derecho Internacional. *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi). 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006. ONU Doc. A/CN.4/L.682, 292 y ss. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.html&Lang=S
[560] *Ibíd.,* ¶ 480.
[561] Andenas, Mads, y Ludovica Chiussi. "Cohesion, Convergence and Coherence of International Law". En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al. Leiden: Brill Nijhoff, 2019, 14.
[562] *Ibíd.*
[563] Ost, François, y Michel Van de Kerchove. *De la pyramide au réseau? Pour la théorie dialectique du droit*. Bruxelles: Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, 2010.

actores e inter instituciones, pasan a convertirse en unas nuevas reglas de etiqueta en las que los principios juegan un papel esencial.

La subsidiariedad es uno de esos principios que juega un rol fundamental en el derecho internacional, contribuyendo a garantizar su coherencia a través de la ubicación de la autoridad, lo cual tiene un alcance procedimental, pero también sustancial. Como alegaba Bermann, este principio "puede aplicarse en cualquier sistema político en el que la autoridad gubernamental se distribuya en distintos niveles jerárquicos"[564]. La subsidiariedad, aunque es vista prioritariamente como una herramienta para la asignación de la autoridad con el fin de que ejerza su competencia en distintos niveles de gobernanza, puede servir como guía sobre la manera como las autoridades ejercen ese poder[565], por ejemplo, como lo mostraremos más adelante, incluyendo en él un elemento de proporcionalidad para que la intrusión en la esfera más local, sea la justa para alcanzar los fines perseguidos[566]. Esto marca una diferencia con principios absolutistas como el de soberanía, que no permite realizar una aplicación ponderada como si lo hace la subsidiariedad. Sobre el rol del principio en un entorno marcado por la gobernanza global, sostienen Jachtenfuchs y Krisch:

> "La subsidiariedad no es una panacea para los males de la gobernanza mundial, pero está empezando a configurar diferentes ámbitos y contextos institucionales, y resulta muy prometedora como orientación normativa y jurídica para el diseño institucional y para el ejercicio de la autoridad en el ámbito mundial. El panorama de la subsidiariedad seguirá siendo variado, pero el concepto está ganando terreno y, para muchos actores, resulta muy atractivo como forma basada en principios de equilibrar la necesidad de una cooperación global sólida con un énfasis continuo en el valor del autogobierno local"[567].

---

[564] Bermann, George A. "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States". *Columbia Law Review* 94 (1994): 338: "(…) can be applied in any polity in which governmental authority is lodged at different vertical levels".
[565] Jachtenfuchs, Markus, y Nico Krisch. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 1 (2016): 9.
[566] Ver, Feichtner, Isabel. "Subsidiarity". En Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*. Max Planck Foundation for International Peace and the Rule of Law, octubre de 2007, ¶¶ 4, 9, 11, 19 y 22.
[567] Jachtenfuchs, Markus, y Nico Krisch. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 1 (2016): 26: "Subsidiarity is not a cure-all for the ills of global governance, but it is beginning to shape

Un ejemplo en el que se aplica lo antes discutido, es el caso del arbitraje en materia de inversión extrajera, debido a la discusión sobre su naturaleza pública o privada, se hace necesaria la mediación del principio de subsidiariedad. Como explica René Urueña, por un lado, quienes tienen una perspectiva más cercana al derecho público consideran que la atribución de autoridad debería estar centrada en el nivel nacional, "abogan por un criterio de deferencia cuando los tribunales de inversión revisan las decisiones nacionales y por un criterio no deferente cuando los tribunales nacionales revisan los laudos de inversión"[568]. Por el otro, aquellos tribunales y expertos que tienen una visión del arbitraje de inversión como un fenómeno de derecho privado, se inclinan por una atribución de la autoridad en el nivel internacional, "abogan por un criterio no deferente para los tribunales de inversión y por criterios de deferencia para los tribunales nacionales"[569]. Por esa razón, el arbitraje en materia de inversiones "pone de relieve la importancia de la distinción entre lo público y lo privado para el debate general sobre la subsidiariedad en la gobernanza mundial"[570].

En lugar de seguir en una discusión sobre el carácter público o privado del arbitraje, con detractores y defensores[571], que termina perjudicando la protección de los derechos de los inversionistas, se debería usar el principio de subsidiariedad como una herramienta hermenéutica que propenda por la estabilidad del sistema de adjudicación en materia de inversión extranjera. Al respecto concluye Urueña: "La distribución vertical de competencias, derivada de la división

---

different areas and institutional contexts, and it holds significant promise as normative and legal guidance for institutional design and for the exercise of authority in the global realm. The landscape of subsidiarity is bound to remain variegated, but the concept is gaining ground and for many actors holds much appeal as a principled way of balancing the need for strong global cooperation with a continuing emphasis on the value of local self- government".

[568] Urueña, René. "Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 119: Tribunals and scholars with a public-law mindset favor allocating authority at the domestic level. Further, they favor a deferential standard when investment tribunals review domestic decisions and a nondeferential standard when domestic courts review investment awards. In contrast, tribunals and scholars with a private-law mindset favor allocating authority at the international level. They favor a nondeferential standard for investment tribunals and deferential standards for domestic courts".

[569] *Ibíd.*

[570] *Ibíd.*

[571] Ver, Goldmann, Matthias. "A Matter of Perspective: Global Governance and the Distinction between Public and Private Authority (and Not Law)". *Global Constitutionalism* 5, no. 1 (2016): 48–84; Casini, Lorenzo. "'Down the Rabbit-Hole': The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State". *International Journal of Constitutional Law* 12, no. 2 (2014): 402–428; Kennedy, Duncan. "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction". *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (1982): 1349–1357; Horwitz, Morton J. "History of the Public/Private Distinction". *University of Pennsylvania Law Review* 130, no. 6 (1982): 1423–1428.

entre lo público y lo privado, actúa en el arbitraje de inversiones como una válvula de escape; permite que el régimen de inversiones reaccione ante las críticas externas reasignando competencias hacia el ámbito local o elevándolas al ámbito internacional, lo que permite un cambio profundo sin dejar de mantener una estabilidad general"[572].

b. La subsidiariedad como una herramienta para la convergencia intra sistémica en el derecho internacional

La fragmentación del derecho internacional no es una preocupación nueva que compartan académicos, autoridades nacionales, jueces y profesionales que se dedican a su ejercicio, ya a finales de los años 50 y comienzos de los 60, Jenks y Friedman habían caracterizado la manera como la proliferación de regímenes normativos especializados podía llevar a un conflicto de normas, que no puede ser fácilmente resuelto por un sistema que carece de mecanismos jerárquicos centralizados para hacerlo. Como diría Hafner, el derecho internacional no es un ordenamiento jurídico homogéneo[573], "se compone de bloques y elementos dispares; de distintos sistemas parciales; y de subsistemas y subsubsistemas universales, regionales o incluso bilaterales con distintos niveles de integración jurídica" [574]. Es un sistema, sí, pero desorganizado. Lo podríamos sintetizar en una frase como una 'desorganización organizada'.

Si adicionalmente a esa realidad, le añadimos el dramático incremento después del fin de la guerra fría en el número de cortes y tribunales internacionales, y organismos cuasi judiciales con potestades de adjudicación, así como a la manera como el derecho internacional se ha venido desarrollando en las últimas décadas a través de decisiones judiciales, en cuya construcción los Estados no participan de forma directa, entendemos que se trata de u fenómeno al que es importante ponerle atención para evitar que el sistema internacional caiga en incoherencias que le resten legitimidad.

---

[572] Urueña, René. "Subsidiarity and the Public-Private Distinction in Investment Treaty Arbitration". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 121: "The vertical allocation of authority, derived as it is from the public–private divide, works in investment arbitration as a pressure-relief valve; it allows the investment regime to react to the external criticism by reshifting authority down to the local level or by scaling it up to the international level, thus allowing for deep change while remaining overall stable".
[573] Ver, Hafner, Gerhard. "Pros and Cons Ensuring from Fragmentation of International Law". *Michigan Journal of International Law* 25, no. 4 (2004): 849–863..
[574] Ibíd., 849.

Si bien la fragmentación no es necesariamente un fenómeno negativo, como estudiaremos en detalle más adelante, toda vez que se puede ver como una consecuencia natural a que el derecho internacional, como ciencia y como cuerpo normativo, haya alcanzado un nivel de madurez que lo haga más complejo, más profundo. Por eso, la proliferación de subsistemas y órganos de adjudicación, se puede ver, como lo hacía George Abi-Saab, como la señal de un sistema saludable con una mayor densidad, complejidad y diversidad[575], es decir, un sistema mejor preparado para resolver los problemas de un mundo en constante evolución. Sin embargo, esa diversidad se convierte en un riesgo si carece de unidad, la preocupación es por "la aparición de normas y sistemas de normas especializados que no guardan una clara relación entre sí. Las respuestas a las cuestiones jurídicas dependen de a quién se pregunte, o de qué sistema de normas se trate (…) ¿Cómo deberían entenderse las relaciones inter se de esos sistemas? ¿Qué normas deberían regir sus conflictos?"[576]. Como describiría Charney en su curso en la Academia de La Haya, la existencia de una multitud de organismos diferentes, sin normas de procedimiento uniformes que regulen las relaciones entre ellos ni un tribunal de última instancia que ofrezca interpretaciones definitivas de cierre, puede dar lugar a tal diversidad de opiniones que ponga en peligro la coherencia del Derecho internacional[577].

Dos casos concretos ilustran de manera clara los riesgos generados por un sistema internacional fragmentado y sobre todo desarticulado. El primero de ellos, es el caso Baumbast and R v Secretary of State for the Home Department resuelto en 2002 por el Tribunal de Justicia Europeo[578]. trató sobre el alcance del derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y sus familiares. El Tribunal sostuvo que un ciudadano de la UE puede invocar directamente el derecho de residencia en virtud del entonces artículo 18 CE (actual art. 21 TFUE), incluso si no cumple completamente con las condiciones establecidas en la legislación secundaria, siempre

---

[575] Abi-Saab, Georges. "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks". *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999): 925.
[576] Comisión de Derecho Internacional. *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi). 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006. ONU Doc. A/CN.4/L.682, 282 (¶ 483). Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.html&Lang=S
[577] Charney, Jonathan. "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)* 271 (1998): 117.
[578] *Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department*, Case C-413/99, [2002] ECR I-7091.

que no represente una carga irrazonable para el Estado miembro de acogida. En el caso específico, se reconoció el derecho de residencia del señor Baumbast y de los hijos del ciudadano europeo (caso R), enfatizando la importancia del principio de proporcionalidad y la protección del derecho a la vida familiar dentro del marco del derecho de la Unión.

Una de las cuestiones más importantes que se planteaba el caso era si, cuando los hijos disfrutan del derecho a residir en un Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general las normas comunitarias debían interpretarse en el sentido de que permiten al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad (la esposa del sr. Baumbast de nacionalidad alemana era colombiana y en el caso R la madre de las dos niñas de padre francés era estadounidense), residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho, aunque, entre tanto, los padres se hayan divorciado o el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida. La respuesta del tribunal fue que sí, que la madre, a pesar de no ser ciudadana comunitaria podía seguir residiendo con sus hijos europeos en un país comunitario, no por derecho propio, sino solo en su rol de cuidadora de ellos y con el fin de garantizar el acceso y garantía de su derecho a la educación.

Esta decisión que a primera vista resulta ser una decisión de un tribunal que no es de derechos humanos, muy alineada con ellos, pues genera una interpretación que garantiza la unión familiar, lo cierto es que genera fuertes cuestionamiento en materia de garantías de los derechos de la madre, pues su residencia no dependerá de circunstancias individuales como en cualquier otro caso de una persona migrante, sino que estará sometida a la residencia de sus hijos, al deseo de ellos de permanecer en el país y a la condición de ella de cuidadora. Sin esas condiciones, ellas no podrían ejercer sus derechos y tendrían que regresar a su país.

Lo que evidencia esta decisión, es una desarticulación entre una visión de derechos humanos presente en la Corte Europea de Derechos Humanos y la intención de un tribunal comunitario, no especializado en derechos humanos, en aplicarlos. La aplicación del principio de subsidiariedad en su dimensión promotora de la persona podría servir como vehículo de articulación entre los dos tribunales pertenecientes a regímenes distintos.

El segundo ejemplo corresponde al tratamiento que los tribunales internacionales le han dado a la responsabilidad por hechos de terceros. Si bien en el derecho internacional general el tema se encuentra regulado por el Artículo 8 de ARSIWA estableciendo que un Estado será responsable "(…) si esa persona o ese grupo de personas actúa de hecho por instrucciones o bajo la dirección o el control de ese Estado al observar ese comportamiento". La Corte Internacional de Justicia, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han tenido interpretaciones y aplicado de manera distinta esa regla.

En el caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, la CIJ analizando la responsabilidad de los Estados Unidos por las conductas llevadas a cabo por los contras, estableció que: "Para que esta conducta dé lugar a la responsabilidad jurídica de los Estados Unidos, en principio habría que demostrar que dicho Estado ejercía un control efectivo sobre las operaciones militares o paramilitares en el curso de las cuales se cometieron las presuntas violaciones"[579] Ese control efectivo ha sido interpretado como que se tiene que demostrar, con pruebas concretas, que el Estado emitió instrucciones expresas de realizar esas conductas (ejecuciones extrajudiciales, violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, etc.) y estas fueron ejecutadas por el grupo, o que el Estado obligó al grupo (en este caso los contras) a realizar esas conductas y ellos llevaron a cabo por imposición del Estado cada una de las operaciones[580]. En resumen, el estándar de control efectivo necesita como prueba las órdenes directas del Estado y la ejecución del grupo de ellas.

En el marco de la misma regla de atribución de responsabilidad de los Estados por hechos de terceros, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, buscando ampliar la

[579] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, fondo, sentencia, I.C.J. Reports 1986, 54–55 (¶ 115): "For this conduct to give rise to legal responsibility of the United States, it would in principle have to be proved that that State had effective control of the military or paramilitary operations in the course of which the alleged violations were committed".
[580] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, sentencia, I.C.J. Reports 2007, 208–211 (¶¶ 399–407); Cassese, Antonio. "The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgement on Genocide in Bosnia". *European Journal of International Law* 18, no. 4 (2007): 653.

responsabilidad penal de Duško Tadiç, para que no se circunscribiera solo crímenes cometidos en un conflicto armado no internacional, sino en un conflicto armado internacional, desarrolló el concepto de control global, buscando con ello que las conductas cometidas por grupos paramilitares en Bosnia fuera responsabilidad de Serbia. De acuerdo con el tribunal:

> "Para atribuir los actos de un grupo militar o paramilitar a un Estado, debe probarse que el Estado ejerce control global sobre el grupo, no solo equipando y financiando a dicho grupo, sino también coordinando o contribuyendo a la planeación general de sus actividades militares. Solo en ese caso puede exigirse la responsabilidad del Estado por el mal comportamiento del grupo. Sin embargo, no es necesario que, además de lo anterior, el Estado emita instrucciones, ya sea al jefe o a los miembros del grupo, para la comisión de actos específicos contrarios al derecho internacional."[581].

Se evidencia que, entre el criterio de control efectivo y el control global, existe una distinción en el umbral de responsabilidad. En el primero se requiere probar las órdenes directas del Estado y la ejecución directa de ellas por parte del tercero, en el segundo, basta con demostrar una participación general en la planeación de las actividades del tercero. Control efectivo es un estándar más exigente y por lo tanto es más difícil generar la responsabilidad del Estado con su aplicación.

Existe un tercer estándar de responsabilidad por hechos de terceros, el desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, en donde estableció que el Estado respondía por las violaciones a los derechos humanos cometidos por los grupos paramilitares, así no hubiese participación directa o indirecta de miembros de la fuerza pública, por haber creado un marco normativo que generó un riesgo y

---

[581] *Prosecutor v. Duško Tadić*, sentencia de apelación, IT-94-1-A, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (ICTY), 15 de julio de 1999, ¶ 131: "In order to attribute the acts of a military or paramilitary group to a State, it must be proved that the State wields overall control over the group, not only by equipping and financing the group, but also by coordinating or helping in the general planning of its military activity. Only then can the State be held internationally accountable for any misconduct of the group. However, it is not necessary that, in addition, the State should also issue, either to the head or to members of the group, instructions for the commission of specific acts contrary to international law".

a pesar de haber tomado medidas estructurales para prohibir, prevenir y castigar las conductas de dichos grupos, esas medidas no haber resultado ser efectivas para mitigarlo. En concreto estableció el tribunal regional:

> "Sin embargo, esas medidas no se vieron traducidas en la desactivación concreta y efectiva del riesgo que el propio Estado había contribuido a crear. Con la interpretación que durante años se le dio al marco legal, el Estado propició la creación de grupos de autodefensas con fines específicos, pero éstos se desbordaron y empezaron a actuar al margen de la ley. De este modo, al haber propiciado la creación de estos grupos el Estado creó objetivamente una situación de riesgo para sus habitantes y no adoptó todas las medidas necesarias ni suficientes para evitar que éstos puedan seguir cometiendo hechos como los del presente caso. La declaratoria de ilegalidad de éstos debía traducirse en la adopción de medidas suficientes y efectivas para evitar las consecuencias del riesgo creado. Esta situación de riesgo, mientras subsista, acentúa los deberes especiales de prevención y protección a cargo del Estado en las zonas en que exista presencia de grupos paramilitares, así como la obligación de investigar con toda diligencia actos u omisiones de agentes estatales y de particulares que atenten contra la población civil"[582].

Con este ejemplo, se evidencia como una misma situación en el derecho internacional es regulada por tres regímenes distintos (derecho internacional general, derecho penal internacional y derecho internacional de los derechos humanos) de manera diferente: control efectivo, un estándar con un umbral muy alto para establecer la responsabilidad de un Estado, control global, un estándar más laxo, y teoría del riesgo creado, un estándar muy bajo de responsabilidad objetiva (lo que en el contexto angloparlante se conoce como *strict liability*) propio de otros escenarios como los de responsabilidad por catástrofes medioambientales. La consecuencia, Estado que por la falta de unidad no tienen claro cómo comportarse y que tipo de conducta les puede o no generar responsabilidad internacional.

---

[582] Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, ¶ 126.

Situaciones como las descritas evidencia una fragmentación que genera fuerzas centrifugas y centrípetas que ejercen presión sobre el derecho internacional. Fuerzas que se debaten entre extremos que buscan, por un lado, tener un derecho internacional minimalista que tenga una acción reservada exclusivamente a regular la relación entre los Estados (una visión más tradicional de aplicación horizontal del derecho internacional); y por otro, uno más maduro, densamente institucionalizado, orientado a la construcción de un sentido de comunidad internacional, cargado de valores y en el que los principios juegan un papel fundamental, imperativo, jerárquico, incluso según algunos con un modelo más cercano al constitucionalismo federal. Como resaltaba Simma al hacer este análisis: "ambos bandos tienen razón: el único y mismo derecho internacional está de hecho simultáneamente siguiendo esos rumbos contrarios, es una de las razones por las que encuentro nuestro campo fascinante"[583]. Convalidando con eso la justificación que daban McNair y Lautherpacth en 1929, sobre lo que impulsaba en ese entonces su trabajo y hoy los de todos dedicados al estudio de esta maravillosa rama "la sospecha de que ya existe y se acumula a diario más derecho internacional de lo que este mundo sueña y por la convicción de que es más derecho internacional lo que este mundo quiere"[584], pero no del que necesita.

El derecho internacional se ha venido desarrollado en las últimas décadas y lejos de tener la fragmentación como un problema, lo que hace es brindarnos soluciones más sofisticadas para combatir la falta de unidad, que es el verdadero riesgo. Este no es un problema nuevo, ha sido un problema de siempre y lo sigue siendo hoy, lo que antes era la fragmentación ordenada por los Estados y su soberanía, ahora es la división entre los regímenes especiales, ambos con ínfulas de autonomía como su nota común. Esta área del derecho ha mutado de la centralidad en las relaciones bilaterales entre los Estados, hacia algo que, como hemos visto, no es cierto que sea ahora más fragmentado de lo que siempre fue, lo que sí es cierto, es que hoy en día es más

---

[583] Simma, Bruno. "Fragmentation in a Positive Light". *Michigan Journal of International Law* 25, no. 4 (2004): 845: "Personally, I believe that both camps are right: one and the same international law is indeed simultaneously steering such contrary courses-this is one of the reasons why I find our field so fascinating".

[584] McNair, Arnold D., y Hersch Lauterpacht. "Preface". En *Annual Digest of Public International Law Cases Years 1925 and 1926*, editado por Hersch Lauterpacht y Arnold D. McNair. London: Longmans, Green and Co., 1929; reimpreso en Cambridge: Cambridge University Press, 2016, ix: "The work of which this book is the first-fruits was prompted by the suspicion that there is more international law already in existence and daily accumulating " than this world dreams of" and by the conviction that it is more international law that this world want".

diversa[585], y en "cuanto más diverso se vuelve el Derecho internacional, más importantes son su coherencia y su integración"[586], siendo muy conscientes que las herramientas necesarias para garantizarlas las tenemos a nuestro alcance.

La invitación que nos hace este contexto, es a que todos los que actuamos en torno al derecho internacional, sin importarla orilla desde donde lo hacemos, pensemos esta tarea como una búsqueda inagotable para que él alcance una especie de estabilidad orgánica, que solo puede alcanzarse cuando las fuerzas centrípeta y centrífuga del derecho hayan logrado un equilibrio institucional y sustancial entre la fuerza que atrae hacia el centro y la que empuja hacia la periferia. Se trata de encontrar un equilibrio estabilizador entre las tensiones generadas por las dos fuerzas dinámicas que halan. No se trata de un choque entre la luz y la oscuridad, sino entre diferentes pretensiones de legitimidad esgrimidas en nombre de la centralización y la descentralización, del constitucionalismo y el internacionalismo, del regionalismo y del universalismo[587]. Al fin de cuentas, como dijo el Juez Greenwood en su famosa declaración en el caso Diallo (compensaciones) ante la CIJ:

> "El derecho internacional no es una serie de ordenamientos jurídicos especializados y autónomos, cada uno de los cuales funciona de forma aislada de los demás; es un sistema jurídico único y unificado, y cada tribunal internacional puede, y debe, basarse en la jurisprudencia de otros tribunales y cortes internacionales, aunque no esté obligado necesariamente a llegar a las mismas conclusiones"[588].

---

[585] Crawford, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. The Hague: Hague Academy of International Law, 2014, 308 (¶ 394): "all this suggests that the problems to which the label of "fragmentation" has been attached may be little more than by-products of a maturing system of law, albeit one lacking in vertical integration. Given that international law grew from bilateral relationships, it is difficult to see how anything has become more fragmented than it was at the beginning: it has just become more diverse".

[586] Andenas, Mads, y Eirik Bjorge. "Introduction: From Fragmentation to Convergence in International Law". En *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, editado por Mads Andenas y Eirik Bjorge. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 12.

[587] Ver, Franck, Thomas M. "The Centripede and the Centrifuge: Principles for the Centralisation and Decentralisation of Governance". En *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, editado por Tomer Broude y Yuval Shany. Oxford: Hart Publishing, 2008, 20–22.

[588] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, compensación, sentencia, I.C.J. Reports 2012 (declaración del juez Greenwood), 394 (¶ 8): "International law is not a series of fragmented specialist and self-contained bodies of law, each of which functions in isolation from the others; it is a single, unified system of law and each international court can, and should, draw on the jurisprudence of other international courts and tribunals, even though it is not bound necessarily to come to the same conclusions".

Sin menoscabar los riesgos que representa la fragmentación, en 2013 Philippa Webb publicó una investigación, producto de su tesis doctoral en la Universidad de Yale, en donde estudió a profundidad aquellas áreas del derecho donde se presentaba un alto nivel de actividad por parte de múltiples tribunales internacionales, identificando que, en la mayoría de los casos adelantados ante ellos, escenarios fácticos parecidos y problemas jurídicos similares son tratados de una manera coherente, evidenciando así una tendencia hacia la convergencia[589]. No obstante, encontró que existían algunos ámbitos de una aparente integración donde los jueces intentaban integrar sus decisiones con aquellas de otros tribunales, pero debido a discrepancias en los hechos o a la aplicación errónea de conceptos jurídicos, aparecen las gritas debajo de la superficie[590].

El resultado final del estudio de Webb, es que hay tres factores comunes en todos esos casos que permiten identificar tendencias que sugieren si una corte o tribunal promueve la convergencia o la fragmentación: (i) Identidad de la Corte: el tipo de Corte, si es de carácter temporal (por ejemplo un tribunal ad hoc), las funciones que tiene, el orden institucional a que está adscrito, por ejemplo si es de Naciones Unidas o de una organización regional, son elementos que condicionan si un juez está más abierto o no a integrar sus fallos con decisiones de otros tribunales. (ii) Derecho material: el área del derecho en el que está involucrado el caso, si está regido por fuentes claras (tratado entre las partes o costumbre cristalizada) o está abierto a interpretación, sometido habitualmente a resolución por vía judicial o si se trata de un tema controversial, tiene un impacto claro en el nivel de flexibilidad que tienen los jueces a la hora de interpretar y desarrollar con sus decisiones el derecho. Finalmente, (iii) Procedimientos: las reglas de procedimiento y prácticas que tiene la Corte en materia probatoria, aspectos formales de la redacción de las sentencias y el uso de decisiones previas también afecta el nivel de convergencia o fragmentación[591]. La conclusión a la que llega se puede sintetizar en el siguiente párrafo:

---

[589] Webb, Philippa. *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
[590] Webb, Philippa. "Factors Influencing Fragmentation and Convergence in International Courts". En *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, editado por Mads Andenas y Eirik Bjorge. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 146.
[591] Webb, Philippa. *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 145–202.

> "El carácter permanente de un tribunal y su lugar destacado en un sistema institucional fomentan la estabilidad y la convergencia. El hecho de que un área del Derecho se rija por un tratado exhaustivo, sea relativamente poco controvertido y no se vea afectado por los cambios sociales facilitará la convergencia. Los procesos de toma de decisiones colectivos y en varias etapas, el respeto de la jurisprudencia vertical y horizontal, y la participación en el diálogo judicial también promueven la coherencia en el desarrollo del Derecho internacional. Por otra parte, el carácter temporal de un tribunal aumenta el riesgo de que este pueda decidir en el vacío. Si un tribunal se excede en sus funciones, esto también aumenta el riesgo de fragmentación. Si un ámbito del derecho se rige por el derecho internacional consuetudinario, está relativamente poco desarrollado y es controvertido, esto también puede dar lugar a decisiones divergentes en diferentes tribunales. Las variaciones en la determinación de los hechos y la valoración de las pruebas, la falta de atención a la jurisprudencia existente y los procesos descentralizados y delegados de redacción de sentencias aumentan la tendencia a la fragmentación."[592].

La pregunta que surge, al reconocer la importancia que tienen los tribunales en la actualidad en la creación del derecho, es cuál debe ser el camino para lograr generar una unidad entre los regímenes del derecho internacional a través de la actuación de jueces y tribunales. Dos cosas resaltan de la investigación de Webb, la preponderancia del diálogo judicial como una herramienta para la convergencia y el riesgo que genera para el crecimiento de la fragmentación, el que un órgano judicial extralimite sus funciones. Webb, que tiene como punto de partida de su trabajo lo desarrollado por Charney, también coincide en la importancia de estos dos

[592] Webb, Philippa. "Factors Influencing Fragmentation and Convergence in International Courts". En *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, editado por Mads Andenas y Eirik Bjorge. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 168: "The permanent nature of a court and its prominent place in an institutional system encourages stability and convergence. The fact that an area of law is governed by a comprehensive treaty, is relatively uncontroversial, and is not being affected by societal changes, will facilitate convergence. Multi-stage, collective decision-making processes, respect for vertical and horizontal precedent, and engagement in judicial dialogue also promote coherence in the development of international law. On the other hand, the temporary nature of a court increases the risk that it may decide in a vacuum. If a court oversteps its functions, this also raises the potential for fragmentation. If an area of law is governed by customary international law, is relatively underdeveloped, and is controversial, this may also result in diverging decisions in different courts. Variations in fact-finding and the assessment of evidence, lack of attention to existing case law, and decentralized and delegated judgment-drafting processes increase the tendency towards fragmentation".

elementos con otros autores como Shany[593], Brown[594], Slaughter[595], Boisson de Chazournes[596] y Giorgetti[597].

La solución de Webb para reducir la fragmentación judicial y motivar la integración entre las cortes internacionales, se basa en el modelo mínimo de Higgins y Charney (diálogo judicial, liderazgo de la CIJ y redes informales de comunicación), pero en una versión reforzada, aunque manteniendo también tres elementos: (i) Diálogo judicial estructural, que requiere de una arquitectura formal para que sea más sistemático y efectivo. (ii) Un rol destacado de la CIJ, aunque no siempre de liderazgo, como órgano que con sus decisiones pueda brindar una interpretación uniforme frente a lo decidido en otros tribunales especializados, pero ese papel

[593] Shany, Yuval. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford: Oxford University Press, 2004. En esta obra que es el resultado de su tesis doctoral, hace un análisis dedicado de las herramientas que el derecho internacional pueden ayudar a resolver esos casos en los que coinciden varias jurisdicciones (como el caso *Southern Bluefin Tuna* que podía ser ventilado ante la CIJ, ITLOS y la OMC) y los actores pueden hacer *forum-shopping*. No analiza el principio de subsidiariedad como una herramienta, aunque si la utilidad de los principios generales. También reconoce el rol protagónico que potencialmente puede jugar la CIJ.

[594] Brown, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Es su libro, Brown evalúa el comportamiento de distintos tribunales internacionales buscando establecer si se aplican las mismas normas procesales y se dispone de los mismos recursos ante ellos. Concluye que los tribunales suelen adoptar enfoques comunes en cuestiones de procedimiento y recursos y que estos enfoques comunes conducen, a su vez, a una creciente uniformidad en su jurisprudencia, conformando lo que él denomina un *common law of international adjudication*.

[595] laughter, Anne-Marie. "A Global Community of Courts". *Harvard International Law Journal* 44, no. 1 (2003): 192–193: "This community of courts is constituted above all by the self-awareness of the national and international judges who play a part. They are coming together in all sorts of ways. Literally, they meet much more frequently in a variety of settings, from seminars to training sessions and judicial organizations. Figuratively, they read and cite each other's opinions (…) || The result is that participating judges see each other not only as servants and representatives of a particular polity, but also as fellow professionals in an endeavor that transcends national borders. They fase common substantive and institutional problems; they learn from one another's experience and reasoning; and they cooperate directly to resolve specific disputes (…) Over time, whether they sit on a national supreme or constitutional court or on an international court or tribunal, they are increasingly coming to recognize each other as participants in a common judicial Enterprise".

[596] Boisson de Chazournes, Laurence. "Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach". *European Journal of International Law* 28, no. 1 (2017): 13–72: "Starting from the observation that there has long been – and continues to be – a preference for a plurality of international courts and tribunals, this article explores the emerging threads of a managerial approach in the fabric of international dispute settlement due to the increased number of fora in recent years. It argues that, while plurality remains the choice, both judges and states are actors in efforts to order this plurality as the need for judicial awareness and tools to organize jurisdiction has become more acute. In particular, judicial actors have woven common normative threads through various communicative practices and their approach to matters of procedure. Further, procedural mechanisms are being used to a greater extent to mitigate the risks of overlapping jurisdiction and parallel proceedings. (…) Further reflection is needed on a creative means for ensuring coordination and coherence without compromising the preference for plurality".

[597] Giorgetti, Chiara, y Mark Pollack. "Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation, and Competition among International Courts and Tribunals". En *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals*, editado por Chiara Giorgetti y Mark Pollack. Cambridge: Cambridge University Press, 2022, 1–38.

protagónico está supeditado a mejores internas y (iii) Un sentido de responsabilidad por la integración judicial compartido por actores no judiciales. La integración es un propósito que no puede estar en cabeza solo de los jueces y las cortes, sino que debe involucrar a todos los actores de la comunidad internacional, especialmente con miras a establecer normas que contribuyan a la consolidación del sistema jurídico internacional[598].

Del análisis realizado podemos concluir que, aunque el principio de subsidiariedad, puede ser una herramienta útil, afincada en el derecho internacional general, para alcanzar la convergencia y combatir los efectos negativos de la fragmentación, por sí sola tiene un valor limitado[599], necesita de una arquitectura con múltiples componentes que contribuya a alcanzar este fin. Pero un primer paso es reconocer que su desarrollo en ciertos regímenes puede ser trasplantado a otros, como propone Boisson de Chazournes, contribuyendo a aproximación administrativa, de gestión o gerencial:

> "Dado el carácter transversal de los riesgos asociados a la multiplicación de los tribunales y cortes, otras áreas del Derecho internacional pueden aprender de estos enfoques de gestión y contribuir a ellos. En cuanto a la contribución de otras áreas del derecho, tal vez los conceptos de subsidiariedad o exclusividad, que encuentran aplicación especialmente en el derecho de la UE (entre otras aplicaciones), o el principio de complementariedad, que es una piedra angular del derecho penal internacional, podrían desempeñar un papel a la hora de evitar la incoherencia y garantizar la legitimidad en el contexto de un orden jurídico internacional cada vez más complejo. Esto quiere decir que, si bien ciertos hilos de un enfoque de gestión ya se han entretejido, o se están entretejiendo actualmente, en el tejido plural de los tribunales y cortes internacionales, aún hay otros que pueden reforzar esta elección de tejido."[600].

---

[598] Webb, Philippa. *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 221–228.

[599] Ver, Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 54.

[600] Boisson de Chazournes, Laurence. "Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach". *European Journal of International Law* 28, no. 1 (2017): 72: "Given the transversal nature of the risks associated with the multiplication of courts and tribunals, other areas of international law can learn from, and contribute to, these managerial approaches. As for the contribution from other areas of law, perhaps the concepts of subsidiarity or exclusivity, which find application especially in the law of the EU (among other

La subsidiariedad puede ser esa norma central, ese principio general, que buscaba y no encontró Shany en su trabajo y que puede ayudar a controlar el riesgo, que resaltaba Webb, que puede hacer que los tribunales promuevan la fragmentación del derecho internacional: la extra-limitación de sus funciones, a través de elementos como la complementariedad, la necesidad de agotar los recursos internos, la fórmula de la cuarta instancia, el principio de *litis pendentia*, entre otros que serán analizados en detalle más adelante.

Por otro lado, también en virtud del principio de subsidiariedad se puede establecer el contexto normativo que avale la construcción de una arquitectura formal que promueva el diálogo intra judicial. Partiendo la necesidad de refutar la premisa básica —como afirma Latimer[601]— de la preferencia por lo local, en un escenario donde la horizontalidad de los tribunales no permitiría hacer esa valoración, la subsidiariedad serviría como herramienta que brinde elementos de análisis para determinar por qué un foro internacional y no otro debe ser el escogido para resolver las controversias pendientes.

Lo que esto último también evidencia, es que la subsidiariedad puede servir para brindar guía sobre quien debe escoger sobre las distintas formas para incrementar la coherencia intra sistémica. En un escenario como el que tenemos hoy, multi foro, no existe una justificación obvia para decidir cuál de las cortes o tribunales en disputa por la competencia adjudicatoria debería ejercer la autoridad definitiva sobre las demás[602]. La cuestión no es exclusivamente procedimental, sino que es una sustancial y debe tener una respuesta sustancial. El principio de subsidiariedad tiene ese componente sustancial, que permite balancear los intereses con sus dos dimensiones de protección de la soberanía y promoción de la persona, poder ordenar que la autoridad que ejerza competencia sea aquel que contribuya de manera más eficiente a generar la coherencia del sistema, aquel régimen que tiene las facultades *ratione materiae* más claras

applications), or the principle of complementarity, which is a cornerstone of international criminal law, could play a role in guarding against incoherence and ensuring legitimacy in the context of an increasingly complex international legal order. This is to say that, while certain threads of a managerial approach have already been, or are presently being, woven through the plural fabric of international courts and tribunals, there are still others that can strengthen this choice of fabric."

[601] Latimer, Trevor. "Against Subsidiarity". *The Journal of Political Philosophy* 26, no. 3 (2018): 302.

[602] Ver, Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 59.

para con su interpretación y aplicación al caso concreto del derecho internacional especial, contribuir a la coherencia con los demás sistemas.

Las discusiones que giran en torno, a la subsidiariedad también pueden indicar a que órgano le corresponde ejercer la autoridad, en lugar de asignársela directamente a uno de los tribunales internacionales[603]. En ese sentido, la Corte Internacional de Justicia, puede tener ese rol preponderante como tribunal general articulador[604]. Teniendo el encargo especial de armonizar las interpretaciones que realicen los distintos regímenes con el derecho internacional general[605]. Por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de decisión dividida de su órganos de Gobierno (33 votos a favor, 21 en contra y 2 abstenciones), le pidió a la CIJ que profiera opinión consultiva urgente en la que resolviera la pregunta: ¿Está protegido el derecho de huelga de los trabajadores y sus organizaciones en virtud del Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948 (n.º 87)?[606] La respuesta de la Corte aún está pendiente, pero esto evidencia como puede ser usada como una herramienta de convergencia en escenarios donde se pueda generar fragmentación.

En materia de derecho ambiental internacional, por ejemplo, Silberberg analiza las opiniones consultivas sobre el tema, proferidas en 2025 por la CIJ y la Corte IDH donde redefinieron la interacción entre protección ambiental, derechos humanos y gobernanza climática. Aunque afincadas en tradiciones distintas, ambas opiniones centraron su aproximación en los mismos principios fundamentales del derecho internacional: debida diligencia, prevención

---

[603] *Ibíd.*
[604] Ver, Webb, Philippa. *International Judicial Integration and Fragmentation*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
[605] Ver, Lanzoni, Niccolò. "The International Judicial Function and How We Think About It: Non Liquet, Revisited". *The Law & Practice of International Courts and Tribunals* (publicado en línea antes de impresión, 2026); Andenas, Mads, y Eirik Bjorge. "Introduction: From Fragmentation to Convergence in International Law". En *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, editado por Mads Andenas y Eirik Bjorge. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, 1–33; Lang, Andrew. "The Role of the International Court of Justice in a Context of Fragmentation". *International and Comparative Law Quarterly* 62, no. 4 (2013): 777–812.
[606] International Court of Justice. *Request for Advisory Opinion on the Right to Strike under ILO Convention No. 87*, transmitida a la Corte conforme a la resolución del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo de 10 de noviembre de 2023. ICJ, 2023, General List No. 191.

cooperación y equidad intergeneracional[607]. La conclusión a la que llega la autora, producto de su análisis sobre las tensiones y convergencias de las dos voces judiciales fue que:

> "La moderación positivista de la CIJ y el dinamismo basado en el derecho natural de la CIDH podrían considerarse paradigmas opuestos, pero son expresiones complementarias de la conciencia jurídica en evolución de la comunidad internacional. Su yuxtaposición ejemplifica una forma de pluralismo productivo: una convergencia de métodos y filosofías orientados hacia un objetivo común: la protección jurídica de la humanidad y del planeta. En esta convergencia reside el embrión de un corpus iuris climatis: un orden jurídico plural, pero plausiblemente coherente, basado en la interdependencia de la integridad ambiental, la dignidad humana y la justicia intergeneracional"[608].

Esta tendencia a la construcción de análisis sistemáticos para construcción de un cuerpo normativo común en materia ambiental y de lucha contra el cambio climático, que podría ser fortalecido a través de un principio de subsidiariedad que en su dimensión sustancial contribuya a generar los espacios de diálogo y armonización intra judiciales, fue corroborada a escala mundial por el trabajo realizado por Amado Gomes y otros, analizando casos de la CIJ, ITLOS, y los sistemas interamericano, europeo y africano de derechos humanos[609], por Monica Feria-Tinta quien, usando la analogía de McLachlan, demuestra como el principio de integración sistemática establecido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, constituye una llave maestra aplicable en todos los regímenes ambientales regionales y universal,

---

[607] Silberberg, Cecilia I. "Building a Corpus Iuris Climatis: Making Sense of the ICJ and the IACtHR Advisory Opinions on Climate Emergency". *Environmental Policy and Law* (2025). Disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/18785395251397298 (consultado el 31 de marzo de 2026).

[608] Ibíd., 19–20: "Ultimately, the ICJ's positivist restraint and the IACtHR's natural law dynamism could be seen as opposing paradigms but complementary expressions of the international community's evolving legal conscience. Their juxtaposition exemplifies a form of *productive pluralism*—a convergence of methods and philosophies directed toward a shared goal: the juridical protection of humanity and the planet. In this convergence lies the embryo of a *corpus iuris climatis*: a plural yet plausible coherent legal order grounded in the interdependence of environmental integrity, human dignity, and intergenerational justice".

[609] Amado Gomes, Carla, Heloísa Oliveira et al. "Climate Litigation before International Courts: Conclusive Remarks on a Comparative Study". En *Climate Change before International Courts: A Comparative Study*, editado por Carla Amado Gomes, Heloísa Oliveira, A. Rocha y M. Fermeglia. London: Routledge, 2025, 265–274.

contribuyendo a la convergencia entre ellos[610]; y por Margaret Young quien evidenciando los límites, presunciones y oportunidades de la aplicación del principio de integración sistemática en materia ambiental, concluye que "los tribunales y cortes internacionales están demostrando un agudo sentido de la estabilidad y un control óptimo a la hora de asesorar a los Estados sobre sus obligaciones a la hora de hacer frente a un cambio climático drástico y profundamente perturbador"[611].

A pesar de la reiterada mención a la fragmentación que se presenta en el derecho internacional ambiental, en realidad, como afirma Owen McIntyre, diversos procesos de convergencia tienden a unificar y enriquecer el entramado de este complejo de normas, principios y estructuras institucionales, cada vez más elaborado y sofisticado"[612], poniendo de manifiesto el grado de madurez que ha alcanzado el Derecho internacional del medio ambiente tras 50 años de frenética evolución. La vocación universalista de la CIJ, la labor de codificación y desarrollo que lleva a cabo habitualmente la Comisión de Derecho Internacional y el carácter universal, omnipresente e indivisible de las normas de derechos humanos, cada vez más relevantes, "garantizan la continuidad de la naturaleza unitaria del Derecho internacional del medio ambiente dentro de un sistema unitario de Derecho internacional"[613].

Otro ejemplo de articulación intra sistémica, se deriva del estudio realizado por Odermatt[614], donde identifica la manera como la Corte de Justicia de la Unión Europea utiliza fallos de la CIJ dentro de sus consideraciones, con el fin de darle una interpretación válida a normas del derecho internacional aplicables en el derecho comunitario, evidenciando su compromiso con la universalidad y coherencia del sistema, al mismo tiempo que ha venido transformando

---

[610] Feria-Tinta, Monica. "The Master Key to International Law: Systemic Integration in Climate Change Cases". *Cambridge International Law Journal* 13, no. 1 (2024): 20–40.
[611] Young, Margaret A. "Systemic Integration of Obligations in an Era of Climate Change: Stability and Optimal Control". *British Yearbook of International Law* (2025): 20: "International courts and tribunals are demonstrating a keen sense of stability and optimal control when giving advice to States on their obligations to confront drastic and profoundly disruptive climate change".
[612] McIntyre, Owen. "Convergence in International Environmental and Natural Resources Law". *Environmental Policy and Law* 52, no. 3–4 (2022): 237.
[613] *Ibíd.,* 250.
[614] Odermatt, Jed. "The International Court of Justice and the Court of Justice of the European Union". En *Research Handbook on the International Court of Justice*, editado por Achiles Skordas y Lisa Mardikian. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2025, 294–318.

principio del derecho internacional en principios de la Unión Europea, siendo subsidiariedad un claro ejemplo de ello.

Un ejemplo de interacción entre organizaciones regionales y las Naciones Unidas, se da con base en los artículos 52.2 y 53.1 de la Carta de las Naciones Unidas, a la luz de los cuales Estados que tengan controversias, deberán primero acudir a los órganos regionales antes de acudir al Consejo de Seguridad, lo que además activa la competencia de ejecución de ellos.

Potencialmente, se pueden generar muchos otros casos de interacción armónica entre regímenes especiales teniendo el principio de subsidiariedad como un elemento normativo de convergencia. Por ejemplo, en los casos donde la Corte IDH tiene que entrar a analizar si se presentó una vulneración al derecho a la vida en contextos de conflicto armado, en lugar de abrogarse la interpretación y aplicación del DIH—lo cual puede conllevar a una extralimitación de sus funciones— podría elevar una consulta ante el Comité Internacional de la Cruz Roja y tenerla como una fuente para mejor decidir. Otro escenario podría darse al declarar la responsabilidad de un Estado por violaciones a Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, en lugar de ponerse la Corte IDH en la tarea de construir un *corpus iuris internationale* de manera autónoma, podría hacerlo consultando previamente al Comité de DESC del Sistema Universal de Derechos Humanos.

Los ejemplos citados, demuestran el importante rol que cumple y potencialmente puede cumplir el principio de subsidiariedad, como principio general del derecho internacional, para actuar como una herramienta intra sistémica, que contribuya a la unidad institucional, trabajo articulado y armonización normativa entre los distintos regímenes especiales, aportando de esta forma a combatir los efectos negativos de la fragmentación y a promover la convergencia. La subsidiariedad serviría como una fuerza estabilizadora que ayudara a mantener en control las tensiones centrifugas y centrípetas que envisten esta área del derecho.

c. La subsidiariedad como una herramienta para la coherencia Inter sistémica que reduce la separación entre el derecho internacional y los derechos nacionales

Uno de los temas que más ha dedicado tiempo y espacio a los abogados internacionalistas ha sido el estudio de la relación que existe entre el derecho internacional y el derecho interno[615]. Desde las teorías monistas de Hans Kelsen[616] y Alfred Verdross[617], que plantean la existencia de un único régimen normativo, integrado y con una dependencia, absoluta o relativa, del derecho nacional sobre el internacional, el cual aplicaba directamente a nivel doméstico y resultaba de superior jerarquía, todo esto teniendo como centro de su teoría la idea kelseniana de una norma básica fundamental o *Grundnorm*; a las teorías dualistas de Heinrich Triepel[618] y Dionisio Anzilotti[619], que veían dos regímenes normativos separados y sin posibilidad de interactuar entre ellos pues poseían espectros de acción muy distintos: el derecho internacional la relación entre los Estados y el derecho municipal aquello que atañía a los ciudadanos. Todo esto sin olvidar teorías que buscaron mediar entre los dos, como lo fue el *dédoublement fonctionnel* de Georges Scelle, que como su nombre lo indica, implicaba que las autoridades locales debían desdoblar sus funciones pues cumplían un doble rol, ante la ausencia de autoridades específicamente internacionales. Por un lado, eran agentes y autoridades del estado cuando actúan dentro de él, pero, por otro lado, son autoridades y agentes internacionales cuando actúan en el orden jurídico internacional[620].

---

[615] Ver, Burton, Philip, y Jean d'Aspremont. "The League of Nations and the Relationship between International Law and Municipal Law". En *The Cambridge History of International Law*, vol. X, editado por Robert Kolb y Momchil Milanov, ed. gral. Randall Lesaffer. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 130–161.

[616] Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig y Viena: Deuticke, 1934; Kelsen, Hans. "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)* 14 (1926): 231–331; Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen: J.C. Mohr, 1920; Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig y Viena: Deuticke, 1934.

[617] Verdross, Alfred. *Völkerrecht*. 5.ª ed., con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek. Viena: Springer-Verlag, 1964, 113; Verdross, Alfred, y Bruno Simma. *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*. 3.ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1984, 56–58 (¶¶ 73–74); Simma, Bruno. "The Contribution of Alfred Verdross to the Theory of International Law". *European Journal of International Law* 6 (1995): 43–47.

[618] Triepel, Heinrich. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig: Verlag von C.L. Hirschfeldt, 1899; Triepel, Heinrich. "Les rapports entre le droit interne et le droit international". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)* 1 (1923): 73–121.

[619] Anzilotti, Dionisio. *Corso di Diritto Internazionale*. Vol. I. Padua: CEDAM, 1955.

[620] Scelle, Georges. "Règles générales du droit de la paix". En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)* 46 (1933): 358: "dans l'ordre interétatique, où il n'existe pas de gouvernants et agents spécifiquement internationaux, les agents et gouvernants étatiques qui les remplacent sont investis d'un double rôle. Ils sont agents et gouvernants nationaux lorsqu'ils fonctionnent dans l'ordre juridique étatique; ils sont agents et gouvernants internationaux lorsqu'ils agissent dans l'ordrejuridique international. C'est ce que nous appelleronsla loi fondamentale du dédoublement fonctionnel."

Pero en el mundo de hoy, con la expansión del ámbito de aplicación del derecho internacional, su preponderante finalidad de proteger la persona humana y el aumento en el número de sujetos a los que impacta, la necesidad de reducir la brecha con el derecho interno se ha transformado en una necesidad[621]. La gran mayoría de los temas que el derecho internacional intenta sacar adelante deben ser implementados a nivel nacional. Si se trata de garantizar la inmunidad de los diplomáticos, las sedes consulares o los Estados, no basta con que se haga como concesiones administrativas, deben ser implementadas en el derecho interno. La protección de los derechos humanos y de los derechos de los inversionistas, o la responsabilidad de individuos por la comisión de crímenes internacionales, el derecho internacional no actúa como el que define en primer orden los derechos y las obligaciones, sino como un criterio de segundo orden de adecuación o legalidad[622].

Esa realidad, es la que para Crawford hacía ver al derecho internacional como un mosaico de retazos y parches (*a thing of shreds and patches*): retazos de estándares internacionales, parches superpuestos sobre el derecho nacional, nada completo ni integrado, pero en donde la interacción de los sistemas es necesaria para su coexistencia[623]. Seguir pensando en términos de derecho internacional versus derecho interno, ya sea desde una perspectiva hegeliana donde los dos se encuentran herméticamente aislados o una kelseniana monista, no tiene mucho sentido en el mundo de hoy, con los retos que él enfrenta. Klabbers y Palombella consideran que el concepto que mejor explica la relación que estos (y otros) ordenamientos tienen hoy en día, es el de Inter legalidad (inter-legality), un término por primera vez mencionado por el sociólogo jurídico Boaventura de Sousa Santos en los años 80[624], apropiada por Twinning[625], pero que estos dos autores han desarrollado ampliamente en los últimos años producto de su análisis de decisiones tomadas por distintos órganos de adjudicación en diferentes niveles y áreas[626]. Su

---

[621] Ver, Andenas, Mads, y Ludovica Chiussi. "Cohesion, Convergence and Coherence of International Law". En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al. Leiden: Brill Nijhoff, 2019, 20.
[622] Crawford, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. The Hague: Hague Academy of International Law, 2014, 214–215 (¶ 265).
[623] *Ibíd.,* 216 (¶ 266).
[624] Ver, De Sousa Santos, Boaventura. *Towards a New Legal Common Sense*. 2.ª ed. London: Butterworths, 2002, 437 y ss. (en el capítulo se recoge un texto que fue publicado en 1987).
[625] Ver, Twining, William. *Globalization and Legal Theory*. London: Butterworths, 2000, 230 y ss.
[626] Ver, Klabbers, Jan, y Gianluigi Palombella. "(International) Law as Inter-legality". *Ars Interpretandi* 30, no. 1 (2025): 71–87; Klabbers, Jan, y Gianluigi Palombella (eds.). *The Challenge of Inter-Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

posición se puede resumir (siendo muy pretenciosos con esto y corriendo el riesgo de simplificar algo que es mucho más complejo que lo dicho en estas líneas) en los siguientes términos:

> "La supremacía jerárquica [del derecho internacional] no puede establecerse por una cuestión de forma o pedigrí, sino que debe merecerse. En un mundo de inter-legalidad, los tribunales aplicarán aquellas normas que consideren más propicias para hacer justicia, de acuerdo con los fundamentos jurídicos disponibles en cada caso concreto. En ocasiones se tratará de una norma de Derecho internacional; en otras, de una norma del Derecho interno, del Derecho de la Unión Europea o de cualquier otro ordenamiento jurídico pertinente que pueda identificarse"[627].

En resumen, en sistemas socio-jurídicos complejos, conformados por múltiples marcos normativos, un conjunto de 'legalidades' debe tener en cuenta los demás conjuntos de ´legalidades', sin importar cuál es el modelo de interacción escogido para regular la relación existente entre ellos. Lo que es esencial, es que exista algún tipo de cruce regulatorio (inter-legalidad), así sea en el segundo orden, entre las instituciones que interpretan y aplican los marcos normativos de primer orden. Los principales actores de esta nueva interacción que propende por la coherencia de los sistemas jurídicos multinivel, son las cortes y tribunales, que se convierten en verdaderos *hubs* de la inter-legalidad[628].

La Subsidiariedad, en especial en su acepción enfocada a la promoción de la persona, se convierte en un principio guía esencial para garantizar la inter-legalidad y por lo tanto la coherencia en la actuación articulada entre el derecho internacional y el interno. Los derechos humanos, como entraremos a detallas más adelante, son un buen ejemplo para ello. Al transformar el objeto de este régimen especial, de la tradicional regulación de las relaciones entre Estados, a los seres humanos, el respeto, la garantía, protección y promoción de su dignidad y todos los

---

[627] Klabbers, Jan, y Gianluigi Palombella. "Introduction: Situating Inter-Legality". En *The Challenge of Inter-Legality*, editado por Jan Klabbers y Gianluigi Palombella. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 15: "[H]ierarchical supremacy cannot be issued as a matter of form or pedigree, but has to be earned. In a world of inter-legality, courts will apply those rules that they deem most conducive to doing justice according to the legal premises available in the individual case. This will sometimes be a rule of international law, and sometimes it will be a rule from domestic law, or EU law, or any other appropriate legal order as may be identified".

[628] Ver, Shany, Yuval. "International Courts as Inter-legality Hubs". En *The Challenge of Inter-Legality*, editado por Jan Klabbers y Gianluigi Palombella. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, 319–338.

derechos asociados a ella, el derecho internacional sobrepasa la barrera de la soberanía y se inserta en el ordenamiento jurídico nacional haciéndose directamente aplicable. Es cierto, que no se puede omitir que la gran mayoría de esos ordenamientos, por no decir todos, requieren la incorporación de las normas del derecho internacional para su vigencia, por ejemplo, los tratados con controles legislativos o jurisdiccionales, o la presencia de reglas de recepción en sus correspondientes regímenes constitucionales. Pero también es cierto, que muchos de ellos también tienen cláusulas iusnaturalistas que permiten el reconocimiento y aplicación de cualquier derecho humano no reconocido previamente que sea inherente a la personas —como el artículo 1º de la Constitución mexicana reformada en 2011, el artículo 94 de la Constitución colombiana, 33 de la argentina, 5§2 de la Constitución Federal de Brasil, 9ª enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América, 13 de la Constitución boliviana, 44 de la de Guatemala, 17 de la de Panamá—.

Pero ese alcance del derecho internacional en el derecho interno, no implica que exista entre ellos una relación jerárquica donde el primero tenga una superioridad sobre el segundo. Finalmente, el fin último de la universalización de los derechos humanos y la creación de mecanismos internacionales para su garantía, es que los estándares más altos posibles sean aplicados al interior de cada uno de los Estados. Si el sistema multinivel ha funcionado correctamente, no con un énfasis sancionatorio sino con un afán democrático de plena materialización de derechos, las instancias internacionales deberían estar llamadas a dejar de ejercer sus funciones. Por esa razón, una gobernanza más abierta y representativa, es el principal reto del orden internacional. Como expondría Paulus: "La democracia debe combinarse con la subsidiariedad: tanta toma de decisiones democrática a nivel local —o sectorial— como sea posible y aceptable desde el punto de vista de las partes interesadas, y tanta intervención internacional —o global— como sea necesaria para lograr la máxima legitimidad democrática y eficiencia" [629].

[629] Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?". En *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, editado por Tomer Broude y Yuval Shany. Oxford: Hart Publishing, 2008, 212: "Democracy itself needs to be combined with subsidiarity: as much local—or special democratic decision-making as is possible and acceptable from the view of the stakeholders, as much international, or global, intervention as may be necessary for achieving a maximum of democratic legitimacy and efficiency".

Como identificaremos de manera más profunda en el capítulo dedicado al principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos, producto de esa inter-legalidad entre el derecho internacional y el interno, se han desarrollado doctrinas que evidencian una deferencia mutua entre los dos ordenamientos, que contribuye a la coherencia inter-sistémica y por lo tanto a la unidad del sistema multinivel de gobernanza.

En virtud de la fórmula de la cuarta instancia, desarrollada por la Comisión Europea de Derechos Humanos en los años 50 y 60[630], y por la jurisprudencia de la Corte en el caso *Belgian Linguistic* de 1968[631], finalmente terminando de cristalizar su concepto en el caso hito *Schenk v. Suiza* de 1988; el tribunal limita su competencia para corregir errores judiciales locales, solo pudiendo entrar a verificar si la conducta estuvo de acuerdo o no con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales:

> "De conformidad con el artículo 19 del Convenio, la función del Tribunal consiste en velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados contratantes en virtud del Convenio. En particular, no le corresponde examinar los errores de hecho o de derecho que presuntamente hayan cometido los tribunales nacionales, salvo en la medida en que dichos errores puedan haber vulnerado los derechos y libertades protegidos por el Convenio" [632].

---

[630] ECmHR, *X v. Belgium*, 458/59, 29 March 1960; ver, Dahlberg, Maija. "…It is Not its Task to Act as a Court of Fourth Instance': The Case of the European Court of Human Rights". *European Journal of Legal Studies* 7, no. 2 (2014): 94–95; Christoffersen, Jonas. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009, 238–239.

[631] Eur. Ct. H.R., *Case 'Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium' v. Belgium* (Merits) (Belgium Linguistic case), 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 July 1968, ¶ 10: "In attempting to find out in a given case, whether or not there has been an arbitrary distinction, the Court cannot disregard those legal and factual features which characterise the life of the society in the State which, as a Contracting Party, has to answer for the measure in dispute. In so doing it cannot assume the rôle of the competent national authorities, for it would thereby lose sight of the subsidiary nature of the international machinery of collective enforcement established by the Convention. The national authorities remain free to choose the measures which they consider appropriate in those matters which are governed by the Convention. Review by the Court concerns only the conformity of these measures with the requirements of the Convention.".

[632] Eur. Ct. H.R., *Schenk v. Switzerland*, 10862/84, 12 July 1988, ¶ 45: "According to Article 19 of the Convention, the Court's duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and insofar as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention". Ver, Eur. Ct. H.R., *García Ruiz v. Spain* [GC], No. 30544/96, ECHR 1999-I, ¶¶ 28–29; Eur. Ct. H.R., *Kemmache v. France* (No. 3), judgment of 24 November 1994, Series A no. 296-C, p. 88, ¶ 44; Eur. Ct. H.R., *Pla and Puncernau v. Andorra*, No. 69498/01, ECHR 2004-VIII, 13 July 2004, ¶ 46; Eur. Ct. H.R., *Perlala v. Greece*, No. 17721/04, 22 February 2007, ¶ 25.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la fórmula de la cuarta instancia fue incorporada por la Comisión Interamericana en 1988 en el caso de *Clifton Wright v. Jamaica*[633], bajo la premisa básica de 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"[634]. Fue aplicada por primera vez para declarar la falta de competencia del órgano cuasi-judicial en 1996 en el caso *Marzioni v. Argentina* en los siguientes términos:

> "En definitiva, un análisis de la presente petición por parte de la Comisión, y una ulterior decisión sobre el fondo del caso, requerirían que la misma actuara como una cuarta instancia cuasi-judicial, o tribunal de alzada de derecho interno, con respecto a la sentencia definitiva dictada por las autoridades judiciales argentinas. Conforme a la Convención, la Comisión carece de competencia para conocer y decidir un procedimiento de dicha naturaleza, como ha quedado expresado a lo largo del presente informe"[635].

A instancias de la Corte Interamericana, Guatemala alegó la excepción preliminar de la fórmula de la cuarta instancia en el caso '*Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros)* pero no tuvo mayor discusión[636], como si lo vendría a hacer en los casos *Cantos v. Argentina*, en donde no decretó la cuarta instancia como una excepción preliminar, pero en el análisis de fondo si estableció que la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación bajo estudio no podía

---

[633] Corte IDH, *Caso Clifton Wright v. Jamaica*, Caso 9.260, Resolución No. 29/88, 14 de septiembre de 1988, considerandos ¶¶ 5–6: "Que no es atribución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos actuar como órgano cuasi-judicial de cuarta instancia y revisar las decisiones de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA. (…) || El papel de la Comisión es investigar si los actos de un gobierno son violatorios o no de un derecho protegido por la Convención Americana".
[634] Corte IDH, *Caso Marzioni v. Argentina*, Caso 11.673, Informe No. 39/96, 15 de octubre de 1996, ¶ 50.
[635] *Ibíd.,* ¶ 71.
[636] Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, excepciones preliminares, sentencia de 11 de septiembre de 1997. Serie C No. 32, ¶¶ 17–20.

ser considerada como una sentencia arbitraria[637], y *Nogueira de Carvalho y otros v. Brasil*[638]; hasta llegar finalmente a establecer el estándar en el caso hito *Cabrera García y Montiel Flores v. México*:

"(…) si se pretendiera que la Corte ejerza como tribunal de alzada sobre los alcances de la prueba y del derecho interno, se le estaría sometiendo una materia sobre la cual, en virtud de la competencia subsidiaria de un tribunal internacional, no podría pronunciarse y es incompetente. No obstante, para que esta excepción fuese procedente, sería necesario que el solicitante busque que la Corte revise el fallo de un tribunal interno en virtud de su incorrecta apreciación de la prueba, los hechos o el derecho interno, sin que, a la vez, se alegue que tal fallo incurrió en una violación de tratados internacionales respecto de los que tenga competencia el Tribunal. || Por el contrario, sí compete a la Corte verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia al Tribunal"[639].

Al igual que la fórmula de la cuarta instancia es un claro ejemplo de aplicación del principio de subsidiariedad con el fin de contribuir a la coherencia inter-sistémica, la doctrina del margen de apreciación desarrollada en el Sistema Europeo de Derechos es uno de los ejemplos más claros de ello. En virtud de esta institución jurídica, se le reconoce a los Estados cierto grado de discrecionalidad para que determinen por sus propios medios si han cumplido o no con

---

[637] Corte IDH, *Caso Cantos v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, ¶ 63: "En el presente caso, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Argentina se funda en las normas sobre validez y nulidad de los actos jurídicos, principalmente en el análisis del convenio suscrito en 1982, y en la prescripción liberatoria que debe aplicarse en la razón de la invalidez de aquél. A criterio de esta Corte, ese acto no puede ser considerado como una sentencia arbitraria".

[638] Corte IDH, *Caso Nogueira de Carvalho y otro v. Brasil*, excepciones preliminares y fondo, sentencia de 28 de noviembre de 2006. Serie C No. 161, ¶ 80: "La Corte recuerda que corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares. No compete a este Tribunal sustituir a la jurisdicción interna estableciendo las modalidades específicas de investigación y juzgamiento en un caso concreto para obtener un mejor o más eficaz resultado, sino constatar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los artículos 8 [Garantías judiciales] y 25 [Protección judicial] de la Convención Americana".

[639] Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, ¶¶ 18–19; ver, Corte IDH, *Caso Valencia Hinojosa y otra v. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C No. 327, ¶¶ 20–25. *Caso Viteri Ungaretti y otros v. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 510, ¶¶ 22–23; Corte IDH, *Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de junio de 2024. Serie C No. 526, ¶¶ 50–51.

sus obligaciones internacionales. Un sector de la doctrina coincide en que el margen de apreciación resuelve algunas de las tensiones intersistémicas que surgen entre la soberanía de los Estados y sus obligaciones convencionales y sirve de paliativo contra la percepción de que existe un conflicto entre la protección internacional de los derechos humanos y la democracia[640].

Con la entrada en vigor el 1º de agosto de 2021 de la reforma introducida por el Protocolo No. 15 (STCE No. 213) que modificó el texto del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la doctrina del margen de apreciación fue incorporada su preámbulo como un expresión explícita del principio de subsidiariedad: " Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de conformidad con el principio de subsidiariedad, tienen la responsabilidad principal de garantizar los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus Protocolos, y que al hacerlo disfrutan de un margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos establecido por el presente Convenio". Una clara evidencia de la manera como la subsidiariedad contribuye a la coherencia no solo a través de la labor de los jueces, sino también con un alcance normativo, estableciendo o modificando instrumentos internacionales que buscan tener un alcance erga omnes parte.

Como lo evidencia el sistema europeo, el principio de subsidiariedad es una guía para a asignación de competencias y su ejercicio en un sistema de gobernanza multinivel, que busca "ofrecer una orientación normativa siempre que sea necesario mediar entre, o conciliar, las demandas de 'soberanía' expresadas por las unidades constituyentes, por un lado, y las reivindicaciones de 'supremacía' alegadas por una unidad central, por otro"[641]. En su sentido más básico, como hemos visto a lo largo de esta sección, es "una preferencia refutable por mantener la autoridad en el nivel de gobernanza primario ('inferior') con el fin de proteger los valores

[640] Ver, Walther, Reto. *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2026; Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025, 45–46; Arai-Takahashi, Yutaka. "The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry". En *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, editado por Andreas Føllesdal, Birgit Peters y Geir Ulfstein. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 62–105.

[641] Walther, Reto. *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2026, 3: "The principle of subsidiarity may offer normative guidance wherever and whenever there is a need to mediate between, or reconcile, demands for 'sovereignty' voiced by constituent units on the one hand and claims of 'supremacy' alleged by a central unit on the other".

relacionados con la autonomía y el pluralismo"[642]. Como explica Reto Walther en su reciente obra, aunque esa idea no es novedosa y este principio puede ser rastreado muchos años atrás en la historia del pensamiento político europeo y en el sistema convencional de derechos humanos, por lo menos hasta 1968, "en los últimos años ha cobrado nueva relevancia debido al reconocimiento de que la justiciabilidad internacional de muchos ámbitos políticos, que ha aumentado de manera exponencial, superando quizás lo que es social y políticamente aceptable para amplios sectores de la población"[643].

Un ejemplo muy interesante del uso de la subsidiariedad en la coherencia inter-sistémica, es la manera como las convenciones de derechos humanos, internacionales o regionales le concede a los Estados roles subsidiarios positivos con relación a los derechos de unidades subnacionales como lo son la familia o las unidades derivadas de convicciones religiosas. Así por ejemplo, el artículo 12.4 de la Convención Americana, en el marco del derecho a la libertad de conciencia y de religión, establece que: "Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones", lo cual por un lado protege a los menores, a los hijos a los padres y tutores creyentes, pero por otro, impone al Estado un obligación de buscar maneras para que ese derecho se pueda materializar de manera efectiva. La discusión es interesante si se piensa no en como respetar el derecho, porque para ello bastaría con no entrometerse en las decisiones familiares o propias de madres y padres, pero como se garantiza ¿tendrían los Estados que en virtud de la subsidiariedad promotora de la persona ofrecer a los padres y tutores educación religiosa gratuita, por ejemplo en aquellos casos de migrantes en situación de vulnerabilidad que no cuentan con recursos para pagarla de manera privada?¿incluso si el Estado es no confesional?¿incluso si en su Constitución se declara como un Estado laico? Pareciera que la respuesta a la luz de la citada norma convencional es que sí.

---

642 *"Ibíd."*, 3: "At its core is a rebuttable preference for keeping authority at the primary('lower') governance level in order to protect values related to autonomy and pluralism".

643 *"Ibíd."*, 3: "However, in recent years it gained new attention due to the recognition that the international juridification of many policy fields, which massively increased, has perhaps exceeded what is socially and politically acceptable to large swathes of people".

De igual forma, los artículos 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen la autonomía de las células familiares, como núcleo esencial de la sociedad, y la protección que los Estados les deben brindar en todo momento.

Por fuera del ámbito de los sistemas de protección de los derechos humanos, pero relacionado con él, en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), su modelo tripartito de gobernanza en el que interactúan representantes de los gobiernos, de los empleados y de los empleadores, evidencia la relevancia que tiene la coherencia lograda a través de la subsidiariedad. Como lo ha expuesto Janelle Diller:

> "La creación de la OIT impuso límites sin precedentes a la soberanía estatal, lo que allanó el camino para los principios —hoy ya consolidados— que caracterizan la estructura de las organizaciones internacionales actuales. Entre esos principios se encontraban la cooperación internacional y la rendición de cuentas entre los Estados. Otro principio, el de subsidiariedad, regulaba la relación entre los niveles de actuación internacional y nacional y garantizaba el respeto a la competencia de cada Estado para aportar su propio valor añadido a la norma internacional"[644].

Finalmente, el último escenario que queremos traer, sin perjuicio de ser desarrollado a profundidad en el siguiente capítulo, y con el cual buscamos evidenciar que la subsidiariedad no sólo cumple un papel muy importante en la construcción de una coherencia inter-sistémica entre el derecho nacional y el internacional, sino que es un principio general esencial para alcanzar este fin, es la manera como el derecho internacional suplementa a los ordenamientos jurídicos nacionales. El mejor ejemplo de ello, es el artículo 17 del Estatuto de Roma, interpretado a la luz del Preámbulo y el artículo 1º, que establece el principio de complementariedad

[644] Diller, Janelle M. "Social Justice, Rights and Labour". En *The Handbook of International Human Rights Law*, editado por Dinah Shelton. Oxford: Oxford University Press, 2013, 304–305: "The ILO's creation forged unprecedented limits to state sovereignty that paved the way for the now-established principles common to the structure of international organizations today. Those principles included international cooperation and accountability among states. Another principle, subsidiarity, ordered the relationship between international and domestic levels of action and ensured deference to each state's competence to add value to the international norm in its own way".

como la principal fuente de legitimidad para la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI).

Distinto a lo que pasaba antes de la creación del tribunal penal permanente, con tribunales ad hoc como el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, desde su diseño, se previó que la CPI no tuviera supremacía o preponderancia sobre las cortes nacionales[645]. Por el contrario, serán las jurisdicciones penales internas, las que tendrán la responsabilidad y el derecho de juzgar a los individuos que cometan los más graves crímenes internacionales, y sólo podrá ejercer jurisdicción la CPI si tal y como establece el artículo 17 del Estatuto, el ordenamiento jurídico nacional "no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo".

Existen múltiples razones para que eso sea así, por un lado, eficiencia, la Corte Penal no tiene los recursos para desplegar investigaciones en cada uno de los territorios, no tiene la posibilidad de monitorear y actuar en escenarios de graves crímenes con la suficiente velocidad para cuidar aspectos como el manejo de la cadena de custodia de las pruebas, por eso, para ello necesita apoyarse en las jurisdicciones nacionales. Por otro lado, la mejor forma de fomentar compromisos creíbles (*credible commitments*) por parte de los Estados para adecuar su jurisdicción interna y desplegar una arquitectura que combata los crímenes internacionales[646], es compartiendo la responsabilidad con sentido de cooperación y solidaridad.

3.3 Conclusión

El recorrido desarrollado en este capítulo, permite llegar a una conclusión de alcance dogmático que desborda la simple descripción de usos dispersos de la subsidiariedad en ciertos regímenes especializados: la subsidiariedad debe ser comprendida en la actualidad como un principio general del derecho internacional, en el sentido del artículo 38, párrafo 1 c) del Estatuto de la Corte

[645] Ver, Webb, Philippa, y Morten Bergsmo. "International Criminal Courts and Tribunals, Complementarity and Jurisdiction". En Ann Peters y Rüdiger Wolfrum (eds.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
[646] Ver, Simmons, Beth A., y Allison Danner. "Credible Commitments and the International Criminal Court". *International Organization* 64, no. 2 (2010): 225–256.

Internacional de Justicia, y no únicamente como una técnica sectorial de distribución competencial, una cláusula ocasional de deferencia o una simple condición fáctica del funcionamiento de determinados subsistemas normativos. La tesis central del capítulo no radica solamente en poner de presente la relevancia estructural del principio para la organización de un orden jurídico multinivel, sino, sobre todo, en haber demostrado —con un itinerario conceptual, comparado y funcional— que la subsidiariedad satisface los requisitos exigibles para ser reconocida como fuente del derecho internacional. Precisamente porque en la literatura y en la práctica internacional su presencia suele darse por sentado, pero rara vez se acredita de manera sistemática su estatus jurídico, la contribución principal de este capítulo consiste en cerrar ese vacío: mostrar que aquello que con frecuencia se invoca intuitivamente puede, y debe, ser rigurosamente justificado.

Esa demostración exigía, ante todo, despejar aspectos conceptuales. El capítulo mostró que la discusión contemporánea sobre los principios generales del derecho sigue marcada por la ambigüedad, tanto en torno al concepto mismo de "principio" como respecto del alcance del adjetivo "generales". Frente a ello, la investigación sostuvo que no resulta teóricamente satisfactorio equiparar sin más principio, regla y norma, ni reducir la generalidad a una idea superficial de abstracción o de universalidad absoluta. Si los principios generales del derecho son, como aquí se defendió, normas jurídicas vinculantes de carácter fundamental, formulación abierta y función rectora, entonces su generalidad no depende de una uniformidad literal de contenido en todos los ordenamientos, sino de su reconocimiento suficientemente amplio, de su capacidad de irradiar múltiples normas e instituciones y de su aptitud para integrarse al *corpus iuris internacionale* sin transgredir sus fundamentos.

En ese sentido, "generales" significa hoy, de manera más precisa, amplia aceptación, densidad estructural y validez transversal; pero también admite concretizaciones *ratione personae* y *ratione materiae* sin que por ello se desvanezca la condición principalista de la norma. Esta precisión no es una digresión teórica menor: constituye el presupuesto indispensable para poder afirmar, sin incurrir en simplificaciones, que la subsidiariedad es un principio general del derecho internacional aun cuando sus modulaciones no sean idénticas en el derecho comunitario, en el derecho penal internacional, en el derecho internacional de los derechos humanos o en la gobernanza global.

Sobre esa base, el capítulo acreditó que la subsidiariedad posee el *pedigree* comparado que exige su identificación como principio común a los distintos sistemas jurídicos del mundo. La investigación no se limitó a reunir ejemplos aislados ni a reiterar el origen europeo moderno del vocabulario; por el contrario, mostró, mediante un análisis amplio y representativo de ordenamientos de Europa, América, Asia y África, que la subsidiariedad aparece reiteradamente en los distintos y representativos ordenamientos jurídicos del mundo, como cláusula de organización del poder, garantía de autonomía, límite al expansionismo del centro y criterio de reasignación funcional cuando la instancia primaria no puede cumplir adecuadamente la tarea que le corresponde. Ya sea bajo formulaciones expresas o a través de instituciones funcionalmente equivalentes, la constante que emerge del derecho constitucional comparado es nítida: existe una preferencia por la instancia más próxima y capaz, acompañada de una regla de intervención escalonada de la autoridad superior cuando razones de eficacia, unidad, adecuación o protección del interés general así lo exigen.

La convergencia detectada, además, no es meramente formal. La subsidiariedad impregna relaciones entre niveles de gobierno, entre Estado y sociedad, entre iniciativa privada y acción pública, y entre jurisdicciones internas y mecanismos de garantía extraordinaria. Dicho de otro modo, el principio no solo se repite; cumple funciones homologables en contextos normativos diversos. Eso explica que el capítulo haya podido identificar en la subsidiariedad no una importación contingente, sino una verdadera *idée universelle de droit*, entendida como una estructura normativa que responde a necesidades jurídicas recurrentes de organización, límite y legitimidad del poder.

A pesar del importante hallazgo de ese núcleo común *in foro domestico*, esto no era suficiente. Como se insistió a partir de Basdevant, De Visscher, Pellet y, más recientemente, del propio trabajo metodológico de la Comisión de Derecho Internacional, la transposición de un principio desde los ordenamientos internos al derecho internacional nunca es automática. Precisamente por ello, el capítulo abordó la compatibilidad de la subsidiariedad con el orden internacional a través de un método funcional de derecho comparado, evitando una traslación institucionalista —centrada en categorías como federalismo, descentralización o municipalidad—

para proceder, en cambio, a una abstracción de las funciones que el principio desempeña. El *tertium comparationis* hallado fue claro: tanto en la esfera interna como en la internacional, la subsidiariedad busca responder al problema de la ubicación legítima del centro de gravedad de la autoridad en sistemas plurales, compuestos por múltiples instancias de decisión, competencias entrecruzadas y potenciales tensiones entre autonomía, eficacia, unidad y protección de la persona. En ese sentido, la operación de transposición no consistió en trasladar literalmente técnicas del derecho constitucional al plano internacional, sino en universalizar una lógica normativa capaz de ordenar la asignación y el ejercicio del poder en un orden descentralizado, no jerárquico y funcionalmente fragmentado como el internacional.

Esa reformulación permitió, además, depurar el contenido del principio mediante la distinción entre una subsidiariedad protectora de la inmunidad y una subsidiariedad promotora de la persona. La primera expresa una fuerte presunción a favor de la autoridad de la unidad primaria y se alinea con rasgos estado-céntricos del derecho internacional, como la igualdad soberana, el consentimiento y la no injerencia. La segunda, sin desconocer esa presunción, pero resaltando que es refutable, la sujeta a una cláusula de intervención cuando la instancia primaria no puede, no quiere o no logra proteger adecuadamente bienes jurídicos centrados en la persona o gestionar externalidades que trascienden su ámbito inmediato. El capítulo mostró que esta dualidad no invalida la transposición; por el contrario, permite comprender con mayor precisión las tensiones internas del principio y formularlo de manera compatible con el derecho internacional contemporáneo. La subsidiariedad transpuesta al orden internacional no destruye la soberanía ni la reemplaza por una centralización cosmopolita; la reordena. La soberanía deja de operar como una inmunidad absoluta para convertirse en autoridad primaria presumida, jurídicamente respetada, pero no absolutamente inmune frente a la ineficacia, la arbitrariedad, la impunidad o la afectación grave de bienes comunes y derechos fundamentales. En ello reside, precisamente, una de las aportaciones teóricas más relevantes del capítulo: haber mostrado que la subsidiariedad no es la antítesis de los principios fundamentales del derecho internacional, sino una vía para articularlos de manera más coherente en un entorno normativo multinivel y crecientemente pluralista.

La prueba decisiva de esa compatibilidad se encuentra, además, en el hecho de que el derecho internacional ya conoce expresiones funcionales de la subsidiariedad, incluso cuando no siempre las nombra explícitamente de esa manera. El capítulo puso de relieve que doctrinas e instituciones como el agotamiento previo de los recursos internos, la fórmula de la cuarta instancia, el margen de apreciación, la complementariedad de la Corte Penal Internacional y ciertas modalidades de interacción entre normas internacionales y competencias estatales en organizaciones internacionales, responden a una misma racionalidad bifaz: primacía de la instancia nacional o primaria para decidir, reparar o perseguir; e intervención internacional ulterior, de apoyo, control o sustitución, cuando esa instancia falla, resulta insuficiente o se muestra incapaz de satisfacer los fines jurídicos comprometidos. En el ámbito de los derechos humanos, ello se traduce en una deferencia metodológica que no abdica frente a una posición de control; en el derecho penal internacional, en un esquema de complementariedad que no elimina la responsabilidad internacional, pero la activa únicamente cuando las jurisdicciones estatales no cumplen su función; en la gobernanza internacional y en la interacción entre regímenes especializados, en un criterio para distribuir autoridad sin caer ni en la dispersión anárquica ni en la concentración arbitraria. La subsidiariedad aparece así no como una anomalía trasplantada, sino como una gramática ya operativa y propia del derecho internacional.

Desde esta perspectiva, el capítulo permitió igualmente superar la visión reduccionista según la cual los principios generales del derecho cumplirían una función meramente supletoria, destinada únicamente a colmar lagunas y evitar el *non liquet*. Sin desconocer esa dimensión clásica, la investigación demostró que la subsidiariedad realiza tareas más profundas: contribuye a la cohesión del sistema jurídico internacional, favorece la convergencia intra-sistémica entre regímenes especializados, reduce fricciones entre el derecho internacional y los ordenamientos nacionales, y ofrece criterios hermenéuticos para contener la fragmentación y disciplinar la extralimitación de autoridades y foros concurrentes. En un derecho internacional que ya no puede describirse satisfactoriamente a partir de imágenes puramente piramidales, sino más bien como una red en entramado plural, compleja y multinivel, la subsidiariedad cumple una función articuladora. No resuelve por sí sola todos los problemas de legitimidad, coherencia o competencia; pero proporciona un estándar normativo para tratarlos. Y ello es precisamente lo que cabe esperar de un principio general del derecho: no una respuesta automática y cerrada a toda

controversia, sino una orientación estructural para ordenar el razonamiento jurídico, distribuir cargas argumentativas y mantener la inteligibilidad del sistema.

Naturalmente, reconocer a la subsidiariedad como principio general del derecho internacional no significa petrificar su contenido ni clausurar la discusión sobre sus necesidades conceptuales. Como todo principio auténtico, su formulación es abierta, su peso es relativo y su aplicación exige mediaciones contextuales. Persisten, por ello, tensiones que el propio capítulo ha dejado metodológicamente expuestas: la dificultad de trazar con precisión la frontera entre generalidad y alcance limitado; el riesgo de que una versión del principio radicalmente protectora de la inmunidad sea instrumentalizada para blindar esferas de poder frente a exigencias legítimas de control internacional; la posibilidad inversa de que una retórica de protección de la persona legitime indebidas concentraciones de autoridad en órganos supranacionales; y la necesidad de especificar, en cada régimen, cuáles son las condiciones que justifican derrotar la presunción de primacía de la unidad primaria. Pero esas tensiones no desvirtúan la conclusión alcanzada; más bien confirman la naturaleza genuinamente principalista de la subsidiariedad. Lo que exige ulterior elaboración no es su existencia como principio general, sino el modo en que debe concretarse en subsistemas particulares del derecho internacional contemporáneo.

En este punto radica, finalmente, la utilidad de la demostración ofrecida. Haber acreditado que la subsidiariedad cumple los requisitos para ser considerada un principio general del derecho internacional no constituye un ejercicio clasificatorio inocuo; redefine el punto de partida de los análisis posteriores. A partir de ahora, el examen de la subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos, y de manera especial en el sistema interamericano, ya no tendrá que apoyarse en una intuición teórica ni en una analogía implícita con el derecho interno, sino en un presupuesto dogmático previamente justificado. En otras palabras, el siguiente paso de la investigación podrá concentrarse en cómo opera la subsidiariedad, con qué alcances y bajo qué límites, porque en este capítulo ya ha quedado demostrado que existe una base suficiente para reconocerla como principio general del derecho internacional. Si los principios generales, como advertía Sørensen, son el cemento que asegura la cohesión entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales, la subsidiariedad es hoy un ingrediente esencial en ese cemento: no como una simple técnica de prudencia institucional, sino

como una norma jurídica rectora que distribuye autoridad, disciplina su ejercicio y mantiene abierto el espacio en el que soberanía, autonomía, cooperación, eficiencia y dignidad humana pueden coexistir sin anularse recíprocamente.

Capítulo 4
El principio de subsidiariedad en el derecho internacional

En esta primera sección, se buscará establecer cuál es el alcance del principio de subsidiariedad en el derecho internacional, con especial énfasis en el desarrollo que este ha tenido en el DIDH. Para tal fin, en primer lugar, se abordará la compleja conceptualización que tiene este principio, de origen jurídico-político, pero con un alto impacto en la ubicación de la autoridad entre las instituciones sociales. En segundo lugar, se identificarán algunos ejemplos de la aplicación que ha tenido el concepto en el derecho internacional general y en distintos regímenes especiales que hacen parte de éste. Finalmente, en la tercera parte del capítulo, se dará paso al análisis de la subsidiariedad como principio estructural del DIDH, con un impacto directo en la relación entre los órganos de los sistemas regionales y los Estados.

El propósito de este capítulo no será el planteamiento de una teoría radical sobre la subsidiariedad que pretenda profundizar la discusión sobre la autonomía de los Estados y la no competencia, de las Cortes Internacionales para conocer de casos de violaciones a los derechos humanos, acaecidos bajo su jurisdicción. Por el contrario, del análisis realizado se pretenderá arribar a una visión armonizadora de la subsidiariedad, que busque disminuir la tensión que pueda existir entre la soberanía estatal y la universalización de los derechos humanos, teniendo como causa final el respeto y la garantía de los derechos humanos.

4.1 Origen, concepto y alcance del principio de subsidiariedad

Las primeras ideas sobre subsidiariedad, encuentran su origen en la antigüedad greco-romana bajo el concepto de *subsidium*[647], etimológicamente correspondiente a asistencia o ayuda, que

[647] Delsol, Chantal. *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*. Paris: Presses universitaires de France, 1992; ver, Carozza, Paolo G. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law". *American Journal of International Law* 97, no. 1 (2003): 40–41.

después sería recogido por autores medievales como Santo Tomás en su prólogo a la ética Nicomáquea de Aristóteles[648] o, Johannes Althusius con su tratado sobre Política, en el que centra su idea de subsidiariedad en el Calvinismo Ortodoxo a la luz del cual, las comunidades y asociaciones son instrumental e intrínsecamente relevantes para apoyar las necesidades de las vidas sagradas de los individuos[649]. Otros autores como Montesquieu, Locke, Tocqueville, Lincoln y Proudhon, también contribuyeron al desarrollo de una idea de subsidiariedad[650], que solo terminaría de cristalizarse y ser introducida al discurso jurídico-político internacional a finales del Siglo XIX, con los desarrollos de la Doctrina Social de la Iglesia Católica.

En su obra *Ley Natural y Derechos Naturales*, John Finnis conceptualizó el principio de subsidiariedad a la luz de las discusiones de Aristóteles y Platón. Así, Finnis interpretando las obras de los filósofos clásicos, define la subsidiariedad como:

> "(…) un principio de justicia. Afirma que la función propia de asociarse es ayudar a los participantes en la asociación a ayudarse a sí mismos o, más precisamente, a formarse a sí mismos a través de las iniciativas individuales dirigidas a elegir compromisos (incluyendo los compromisos con la amistad y con otras formas de asociación) y, a hacer efectivos estos compromisos mediante la inventiva y el esfuerzo personales en los proyectos (muchos de los cuales, por supuesto, serán cooperativos en cuanto a su ejecución, e incluso, comunitarios en cuanto a su propósito). Y puesto que, en las grandes organizaciones, el proceso de toma de decisiones está más alejado de la iniciativa de la mayoría de esos muchos miembros que ejecutarán la decisión, el mismo principio exige, que las asociaciones más grandes no asuman funciones que pueden ser realizadas eficientemente por asociaciones más pequeñas."[651]

---

[648] Ver, Finnis, John M. "Subsidiarity's Roots and History: Some Observations". *The American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 134–138.
[649] Ver, Føllesdal, Andreas. "The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law". *Global Constitutionalism* 2, no. 1 (2013): 41–42.
[650] Ver, Carozza, Paolo G. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law". *American Journal of International Law* 97, no. 1 (2003): 41.
[651] Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, 174.

Como mencionábamos antes, la Doctrina Social de la Iglesia Católica ha sido una de las grandes promotoras de la subsidiariedad. Buscando un equilibrio entre los excesos del capitalismo liberal del *laissez faire, laissez passer* y las alternativas del socialismo de Engels y Marx, el primer Papa en hacer referencia a una idea de subsidiariedad, fue León XIII en su Carta Encíclica *Rerum Novarum* sobre la situación de los obreros, del 15 de mayo de 1891. En la misiva pontificia, León XIII manifestó qué: "Si, por tanto, se ha producido o amenaza algún daño al bien común o a los intereses de cada una de las clases que no pueda subsanarse de otro modo, necesariamente deberá afrontarlo el poder público"[652]; sin embargo, esa intervención no es absoluta, debe tener límites, "determinados por la misma causa que reclama el auxilio de la ley, o sea, que las leyes no deberán abarcar ni ir más allá de lo que requieren el remedio de los males o la evitación del peligro"[653].

Con el fin de conmemorar los cuarenta años de la emblemática *Rerum Novarum*, el Papa Pío XI profirió la encíclica *Quadragesimo anno* en un difícil contexto social, enmarcado por la crisis económica de 1929 y el surgimiento de los modelos totalitarios, acuñando el término "principio de función subsidiaria" y determinando su alcance como el producto de la relación entre individuos, el Estado y comunidades intermedias como la familia o la empresa, en los siguientes términos:

> "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

[652] León XIII. *Carta encíclica Rerum Novarum – Sobre la situación de los obreros*, Roma, 15 de mayo de 1891, ¶ 26. Disponible en: http://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html
[653] *Ibíd.*

firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación"[654]

De los textos de las encíclicas antes citadas, se identifica un concepto de subsidiariedad centrado en la ayuda y apoyo mutuo (lo que antes denominábamos *subsidium*), encaminado al logro de los objetivos individuales y el bien común, teniendo como premisa la necesaria articulación entre sociedades de orden superior, como el Estado, y otras formas de asociación, como la familia. De ahí se deriva que la subsidiariedad tenga dos acepciones interconectadas entre sí, traducidas como un sentido positivo y otro negativo de dicho principio. Se entiende que, al mencionado principio de subsidiariedad en su sentido positivo, visto "como ayuda económica, institucional, legislativa, ofrecida a las entidades sociales más pequeñas, corresponde una serie de *implicaciones en negativo*, que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría, de hecho, el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad. Su iniciativa, libertad y responsabilidad, no deben ser suplantadas."[655]

Como fue mencionado por la filósofa política francesa Chantal Delsol, la primera acepción de la subsidiariedad exige el respeto de las libertades en la medida de lo posible y exige el deber de no injerencia de la autoridad. En contraste, la segunda en cambio supone la injerencia de la autoridad tanto para garantizar una especie de unidad social como para ayudar a la organización de vínculos solidarios. La primera afirma la diversidad reconocida tanto como esencia, como norma. La segunda, una comunión vivida como fin, como proyecto. La primera se alimenta de la justicia distributiva, el segundo de la justicia social, ambos se anulan mutuamente. El principio de subsidiariedad, sin embargo, une estas antítesis y las afirma conjuntamente. La

[654] Pío XI. Carta Encíclica Quadragesimo anno - Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la encíclica "Rerum Novarum" de León XIII. Roma, 15 de mayo de 1931, ¶ 80. Disponible en: http://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html

[655] Pontificio Consejo "Justicia y Paz". *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*. Ciudad del Vaticano, 2 de abril de 2004, ¶ 186. Disponible en: http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html#IV.%20EL%20PRINCIPIO%20DE%20SUBSIDIARIDAD

subsidiariedad es el lugar de una paradoja que asumirá de manera específica y no existe por otra razón, porque existe esa paradoja[656].

Ese doble sentido paradójico, positivo y negativo, del principio de subsidiariedad, se traducen a la esfera mundial estableciendo qué, "así como en cada Estado es preciso que las relaciones que median entre la autoridad pública y los ciudadanos, las familias y los grupos intermedios, se regulen y gobiernen por el principio de la acción subsidiaria, es justo que las relaciones entre la autoridad pública mundial y las autoridades públicas de cada nación se regulen y rijan por el mismo principio."[657] En ese sentido, corresponderá a las autoridades mundiales resolver aquellos problemas que atienden a la búsqueda del bien común universal, procurando: "que en todo el mundo se cree un ambiente dentro del cual no sólo los poderes públicos de cada nación, sino también los individuos y los grupos intermedios, puedan con mayor seguridad realizar sus funciones, cumplir sus deberes y defender sus derechos."[658]

Se puede ver que, desde su origen, el principio de subsidiariedad es un concepto complejo que enmarca distintos elementos, dimensiones y acepciones, que ha sido definido desde una perspectiva jurídica y política como: "un principio que guía la asignación y el ejercicio de la autoridad pública en los sistemas de gobernanza multinivel. El principio de subsidiariedad expresa una preferencia por la asignación y el ejercicio de funciones gubernamentales en el nivel más bajo de gobierno."[659] En el mismo sentido, para Andreas Føllesdal la subsidiariedad es un fenómeno que orbita entre la centralización o descentralización del poder, "[u]n "principio de subsidiariedad" regula cómo asignar o usar la autoridad dentro de un orden político o legal,

---

[656] Delsol, Chantal. *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État: le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*. Paris: Presses universitaires de France, 1992, 8: "La première réclame le respect des libertés aussi loin que possible, et appelle le devoir de non-ingérence de l'autorité. La seconde, à l'inverse, suppose l'ingérence de l'autorité à la fois pour garantir une sorte d'unité sociale et pour aider à l'organisation de liens solidaires. La première revendique la diversité reconnue à la fois comme essence et comme norme. La seconde, une communion vécue comme une fin, comme un projet. La première se nourrit de justice distributive, la seconde de justice sociale, les deux s'autodétruisant. Le príncipe de subsidiarité réunit pourtant ces antithèses, et les affirme conjointement. Il est le lieu d'un paradoxe, qu'il assumera d'une manière spécifique, et il n'existe que parce que ce paradoxe existe". (Traducción libre).

[657] Juan XXIII. *Carta encíclica Pacem in Terris – Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*, Roma, 11 de abril de 1963, ¶ 140. Disponible en: http://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html

[658] *Ibíd.,* ¶ 141.

[659] Feichtner, Isabel. "Subsidiarity". En Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, octubre de 2007, ¶ 1.

típicamente en aquellos órdenes que dispersan la autoridad entre un centro y varias unidades miembros. El principio sostiene que la carga del argumento reside en los intentos de centralizar la autoridad."[660]

Para Gerald Neuman, el principio de subsidiariedad, en concordancia con lo mencionado anteriormente, implica no solo una asignación de poder, competencia o jurisdicción, sino principalmente una relación, orgánica o normativa, también llamada procesal o sustancial, entre instituciones o normas, a la luz de la cual y bajo las circunstancias apropiadas, una suplementa/complementa a la otra. Reconoce que este concepto amplio relaciona parejas contradictorias encaminadas a la acción, cubriendo así su carácter positivo y negativo, débil o fuerte, sustancial o procesal[661].

En resumen, la subsidiariedad implica la existencia de una organización plural y multinivel en la cual se presenta, al mismo tiempo, una división de tareas fundamentales y una necesaria complementariedad en el ejercicio de ellas, marcada porque las distintas unidades que hacen parte de dicha organización, comparten un fin común. Por un lado, la unidad social superior debe asumir el ejercicio de las funciones públicas a cargo de una unidad social de menor nivel, solamente en aquellos casos en los cuales esa unidad menor no esté en capacidad de hacerlo, lo cual debe estar siempre permeado por un criterio de eficiencia, ya que la unidad menor tiene un nexo más cercano al contexto en el cual se hace necesario el ejercicio de la función pública y por esa razón, se presume estará siempre en una mejor posición para atender la situación. Esta es la subsidiariedad en su sentido negativo, como mecanismo de control o autocontrol que limita las acciones de unidad superior.

Por otra parte, existe una función con un sentido positivo de apoyo, asistencia o ayuda (*subsidium*) de la unidad social superior a la de menor nivel, con el fin de que esta pueda alcanzar el resultado esperado, ya sea porque previamente se ha definido un estándar común que deba ser alcanzado por todos los integrantes de la comunidad, o porque está claramente identificada

[660] Føllesdal, Andreas. "The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law". *Global Constitutionalism* 2, no. 1 (2013): 37–38.
[661] Neuman, Gerald. "Subsidiarity". En Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. New York: Oxford University Press, 2013, 361.

la manera horizontal como específicamente la unidad social menor deberá contribuir con las demás para alcanzar un fin común, el logro del cual se encuentra, por voluntad de las unidades menores, bajo la supervisión de la unidad superior.

El principio de subsidiariedad, en el marco del relacionamiento entre instituciones de orden superior e inferior, afirma Isabel Feichtner, implica una directa conexión con los principios de solidaridad, proporcionalidad y necesidad. De acuerdo con la académica alemana, profesora de la Universidad de Würzburg:

> "Se puede interpretar que la subsidiariedad entraña un deber del nivel superior de ayudar primero al nivel inferior en el desempeño de funciones públicas antes de que él ejerza su propia autoridad. Podría decirse que la subsidiariedad también engloba el principio de proporcionalidad, ya que la decisión de ejercer una competencia no puede separarse de la cuestión de cómo se ejercerá dicha competencia. Interpretada de esta manera, la subsidiariedad no sólo determina si el nivel superior puede tomar acción, sino también la forma que puede tomar dicha acción con el fin de limitar la usurpación de la autonomía del nivel inferior —es decir, que debe limitarse a la acción que es necesaria y a la acción cuyos costos para la autonomía del nivel inferior no superan sus beneficios. Este aspecto sobre la proporcionalidad de la subsidiariedad no solo influye en el fondo de una medida, sino que también puede influir en su forma y control judicial [judicial review]. Por lo tanto, la elección de estándares sobre reglas, instrumentos no vinculantes sobre instrumentos vinculantes, normas orientadas al proceso sobre normas orientadas a resultados, y un estándar de revisión más deferente que estricto puede ser un mandato basado en consideraciones de subsidiariedad."[662]

A manera de conclusión, este primer acápite encargado de conceptualizar el principio de subsidiariedad, su origen y evolución doctrinal, permite identificar que se trata de un concepto ambivalente que pretende reconciliar las tensiones que existen en una sociedad pluralista en la

[662] Feichtner, Isabel. "Subsidiarity". En Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, octubre de 2007, ¶ 4.

que se ejerce una gobernanza multinivel, entre el respeto por la autonomía de la unidad social de menor nivel y la suplementaria/complementaria labor que cumple la unidad de mayor nivel en apoyar la consecución de los fines comunes.

En ese contexto se pueden presentar tres escenarios: (i) uno en el cual la unidad social menor no tenga completamente desarrolladas las capacidades de cumplir de manera correcta y completa con el ejercicio de sus funciones, en ese caso, la unidad mayor puede cumplir un rol complementario de apoyo a la unidad menor para que sea ella, ahora apoyada, la que logre el cumplimiento de sus funciones. (ii) un segundo escenario, es que la unidad menor no tenga la voluntad o sea incapaz de cumplir adecuadamente con la función pública, en ese caso, estará justificada a la luz del principio de subsidiariedad, que la unidad mayor reemplace en el ejercicio de esa función a la unidad menor.

Existe un tercer escenario (iii) y es cuando la unidad menor está realizando las actividades que considera pertinentes para el cumplimiento de la función, y la unidad superior, ejerciendo una función de control o supervisión, considera que existen otras actividades que se deben desarrollar. En ese caso, en virtud de la articulación entre los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y necesidad, la unidad superior deberá realizar un test de razonabilidad, con especial énfasis en los juicios de idoneidad y necesidad de las medidas que considera deberán ser adoptadas por la unidad inferior, siempre teniendo como objeto y fundamento principal la eficacia de los fines comunes perseguidos.

4.2 El principio de subsidiariedad en el derecho internacional general y comparado

De acuerdo con lo visto en la sección anterior, a la luz del principio de subsidiariedad, una institución del derecho internacional, como puede ser por ejemplo una Corte Internacional o el órgano ejecutivo de una organización intergubernamental, solo puede ejercer su competencia cuando aquel Estado que, se asume tiene un nexo más fuerte con el caso, no adopta ninguna medida razonable a luz de las normas o preceptos bajo los que se rigen dichos organismos internacionales, o incluso, directamente bajo los preceptos dictados por la comunidad internacional tomada como un todo. Ese sentido del principio de subsidiariedad tiene como premisa que

tanto a los organismos que hacen parte de la sociedad internacional, como a los Estados, les interesa reprimir y erradicar aquellas conductas que resultan ser perjudiciales para los individuos, los otros Estados, las organizaciones internacionales, otros actores relevantes para el derecho o la comunidad internacionales[663].

A continuación, daremos paso a exponer el desarrollo que ha tenido el principio de subsidiariedad como precepto que dicta la gobernanza en sistemas multinivel, y el desarrollo específico que dicho principio ha tenido en el derecho internacional general.

4.2.1 La subsidiariedad como principio estructural de un modelo de gobernanza global en un sistema jurídico multinivel

En el derecho internacional, aunque la subsidiariedad es un fenómeno de reciente desarrollo, sus orígenes se pueden rastrear hasta Hugo Grocio, quien en su obra *De iure belli ac pacis*, estableció que es el Estado en el territorio del cual se presenta la situación el que tiene el deber de enjuiciar los delitos cometidos, debido al nexo que tiene con la situación y será solo en el caso en que no cumpla con ese deber que otros Estados tienen derecho a intervenir, en forma subsidiaria, para proteger sus intereses, en especial cuando las conductas cometidas afecten otros Estados o a la sociedad en general[664].

Con el fin de la segunda guerra mundial, el mundo empezó a experimentar una proliferación de instituciones que ejercían su autoridad, con fundamento en disposiciones sustanciales y procesales, derivada del derecho internacional. La interacción suscitada por ese contexto entre dichas instituciones propias del derecho internacional y otras más tradicionales como los

---

[663] Ver, Ryngaert, Cedric. *Jurisdiction in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008, 214.

[664] *The Rights of War and Peace, including the Law of Nature and of Nations*, translated from the original Latin of Grotius, with notes and illustrations from political and legal writers by A.C. Campbell, A.M., with an introduction by David J. Hill. New York: M. Walter Dunne, 1901: "But since established governments were formed, it has been a settled rule, to leave the offences of individuals, which affect their own community, to those states themselves, or to their rulers, to punish or pardon them at their discretion. But they have not the same polenary authority, or discreation, respecting offences, which affect society at large, and which other independent states or their rulers have a right to punish, in the same manner, as in every country popular actions are allowed for certain misdemeanors. Much less is any state at liberty to pass over in any of its subjects crimes affecting other independent states or sovereigns. On which account any sovereign state or prince has a right to require another power to punish any of its subjects offending in the above named respect: a right essential to the dignity and security of all governments".

Estados, ha construido un sistema de tratados bilaterales y multilaterales, y de organizaciones internacionales que crecen en su ámbito de aplicación, tanto en el alcance normativo que tienen como en la especialidad de las áreas en las que se aplican[665]. Eso ha generado que surjan fenómenos como el de la fragmentación del derecho internacional[666], pero también la necesidad de encontrar herramientas que hagan viable la consolidación de un modelo de gobernanza global para ese sistema jurídico multinivel.

Para autores como Deborah D. Avant, Martha Finnermore and Susan Kell, la gobernanza global ha sido definida por académicos y diseñadores de políticas públicas, desde una perspectiva orgánico/material como la suma de organizaciones, instrumentos de políticas públicas, mecanismos de financiamiento, reglas, procedimientos y normas; o desde una perspectiva teleológica, como el esfuerzo colectivo para identificar, comprender y abordar problemas mundiales que están más allá de la capacidad de los Estados individuales[667]. Precisamente, esa intención de abordar problemas mundiales complejos de manera colectiva, ha llevado desde la posguerra a que los Estados hayan delegado cada vez más autoridad en instituciones y tribunales internacionales. Muchos de esos órganos internacionales han evolucionado mucho más allá de las expectativas iniciales y han surgido nuevas formas de autoridad transnacional y privada fuera de las estructuras formales de delegación[668].

La positiva recepción que tuvo en un principio la deslocalización del poder estatal en las autoridades internacionales, especialmente entre el mundo académico del derecho y las relaciones internacionales, se ha trasformado desde hace un tiempo en el centro de críticas y cuestionamientos. Jachtenfuchs, Krisch[669], Zürn, Binder y Ecker-Ehrhardt[670], centran sus

---

[665] Ver, Jachtenfuchs, Markus, y Krisch, Nico. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 3.
[666] Sobre el fenómeno de la fragmentación en el derecho internacional, ver: Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006, A/CN.4/L.682. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S
[667] Avant, Deborah D. et al. (eds.). *Who Governs the Globe?* Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 1.
[668] Jachtenfuchs, Markus, y Krisch, Nico. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 3.
[669] *Ibíd.*
[670] Zürn, Michael, Martin Binder, y Matthias Ecker-Ehrhardt. "International Political Authority and Its Politicization". *International Theory* 4 (2012): 69–106.

cuestionamientos en los efectos negativos que ha tenido esa transferencia de poder, debido a una "mayor politización de la autoridad internacional, abriendo nuevas divisiones en la política interna, con un aumento de grupos políticos caracterizados por un pronunciado escepticismo ante todo lo internacional"[671].

Por su parte, el jurista alemán y actual juez del Tribunal Constitucional Federal Alemán Andreas Paulus, consideró que el sistema multinivel de gobernanza centralizado en la autoridad internacional presenta dos dificultades: (i) por un lado, un déficit democrático como consecuencia de la falta de un *demos global* que dificulta la exigencia de respeto por parte de instituciones nacionales o locales elegidas por la voluntad popular. Para Paulus, "[l]a moral cosmopolita por sí sola parece insuficiente como base para la creación de derechos y obligaciones que anularían las decisiones democráticas locales o nacionales"[672]. Por otro lado, (ii) la fragmentación del derecho internacional, en lo que Niklas Luhmann denomina un movimiento de la territorialidad a la funcionalidad, debilita el derecho internacional y las obligaciones y derechos sustentadas en él, dando paso a una especificidad que vuelve innecesaria su vocación de universalización[673].

Finalmente, para autores como Amitav Acharya, la constitución de una gobernanza global centralizada genera un escenario de imposición normativa de las potencias mundiales hacia los países en vía de desarrollo, quienes tienen que luchar contra esas imposiciones para hacer prevalecer iniciativas normativas regionales, subregionales o locales, que den respuesta a los problemas de la comunidad internacional[674].

Todos los autores, que plantean cuestionamientos y críticas frente al modelo de gobernanza global actual, concuerdan en la existencia de un principio fundamental en el derecho internacional que permitiría balancear la autoridad permitiendo una mayor legitimidad y eficacia

---

[671] Jachtenfuchs, Markus, y Krisch, Nico. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 3.
[672] Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?". En *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, editado por Tomer Broude y Yuval Shany. Oxford: Hart Publishing, 2008, 196.
[673] *Ibíd.,* 196–197.
[674] Ver, Acharya, Amitav. "Norm Subsidiarity and Regional Orders: Sovereignty, Regionalism, and Rule-Making in the Third World". *International Studies Quarterly* 55, no. 1 (2011): 95–123.

en la garantía de las necesidades del individuo, logrando a través de ello soluciones más efectivas para los problemas comunes. Ese principio, es el de subsidiariedad.

Así, para Acharya, la aplicación del principio de subsidiariedad en su dimensión normativa, contribuiría a una comprensión, desde una perspectiva *bottom-up* (desde la base hacia arriba) de las complejidades y luchas que se derivan de la creación normativa mundial, bajo una perspectiva del tercer mundo.[675] El principio de subsidiariedad da una voz a los países que al no ser potencias, políticas, económicas o militares, no pueden imponer su visión en la construcción de las reglas y principios del derechos internacional.

Por su parte, para Andreas Paulus en el debate sobre la ubicación de la autoridad jurídica en el sistema multinivel actual, "la subsidiariedad verdaderamente constituye un principio guía"[676], siempre y cuando se cumplan con dos requisitos que deben irradiar ese proceso: "la descentralización de la toma de decisiones y la necesidad de la intervención de global donde las diferentes naciones, o áreas problémicas, deban ser balanceadas"[677]. El jurista alemán concluía su contribución a la discusión sobre este tema, afirmando que:

> "Por tanto, la 'subsidiariedad' no debería convertirse en otro título más de un argumento a favor de un procedimiento de toma de decisiones más parroquial, más estrecho y tecnocrático. En cambio, la verdadera subsidiariedad requiere tanto el nivel general como el especial, tanto el ámbito internacional como el doméstico. Así, este aporte sugiere entender por 'subsidiariedad' un principio según el cual las decisiones deben tomarse al nivel más bajo y especializado posible, pero que permite,

[675] *Ibíd,* 118.
[676] Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?". En *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, editado por Tomer Broude y Yuval Shany. Oxford: Hart Publishing, 2008, 215.
[677] Ibíd. Con respecto al cumplimiento de los mencionados dos requisitos, Paulus haciendo referencia al trabajo de Ulrich Fastenrath, afirma que el derecho internacional actual cumple con algunos de esos criterios, como el establecimiento de instituciones especiales, o la delegación de funciones importantes en la elaboración, interpretación y aplicación de reglas a los Estados, así como el margen de apreciación en la ejecución de las reglas internacionales.

incluso requiere, la intervención desde el nivel general, internacional o más bien global"[678] (traducción libre).

El principio de subsidiariedad, es un concepto complejo, bifaz, que por un lado busca que las decisiones sean tomadas por una autoridad lo más cercana al individuo posible, pero que al mismo tiempo, no desconoce la posibilidad de una intervención de entes u organismos internacionales, siempre y cuando ellos cuenten con la competencia previa para hacerlo y con el fin de garantizar que brindarán una alternativa de solución al problema jurídico más eficiente para el cumplimiento de una obligación internacional o la materialización de un de derecho. Bajo ese enfoque de balance y efectividad, la decisión de la institución internacional no puede ser impuesta y debe contar con una justificación que la legitime. En ese sentido, en primer lugar, se deberá evidenciar que la alternativa del órgano internacional es mejor que la adoptada por el local, mejor para su contexto, mejor para el individuo y mejor para la sociedad en la cual dicha solución deberá ser aplicada; y, en segundo lugar, deberá ser el resultado de un diálogo, entre la institución internacional y la local.

Un ejemplo de ese segundo componente es el concepto de dialogo judicial desarrollado en materia de derechos humanos[679], en el marco del cual Cortes locales y regionales de derechos humanos, tienen la posibilidad de identificar puntos comunes para encontrar una solución a un problema que redunda en la violación de un derecho humano particular. El dialogo judicial, como bien afirma Samantha Besson, no es una alternativa al principio de subsidiariedad o una forma distinta de denominar el principio, es un desarrollo del mismo[680]. Lo importante, es que ese dialogo judicial no sea ni fragmentado ni unilateral. No puede ser fragmentado en el sentido de que primero la Corte Internacional espere a que se tome una decisión en el derecho interno y después ella juzgue si fue acertada o no, sino que, en el proceso, incluso cuando la Corte domestica está tomando decisiones con respecto a un caso concreto, se puede generar esa conversación judicial buscando encontrar la mejor decisión para la persona, incluso si llega a la

---

[678]. Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?". En *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*, editado por Tomer Broude y Yuval Shany. Oxford: Hart Publishing, 2008, 214.
[679] Ver, Müller, Amrei. *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
[680] Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?". *The American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 106.

conclusión que esa decisión se debe dar en la esfera local y no en la internacional. Tampoco debe ser una imposición unilateral en donde se exija que el actor judicial local actúe como mero receptor de lo establecido por la corte regional de derechos humanos, sino que debe permitir una discusión hermenéutica con el fin de adecuar mejor la interpretación de las decisiones internacionales al derecho interno.

A manera de conclusión de esta primera parte, sobre la importancia de la subsidiariedad en los problemas actuales que genera la ubicación de la autoridad en el marco de un sistema jurídico multinivel regido por un concepto de gobernanza global, es correcto afirmar que la subsidiariedad es un principio estructural del derecho internacional, que en su esfera jurisdiccional equivale a la proposición que la unidad más local debe tener jurisdicción para regular un tema, a menos que existan buenas razones para que el nivel más central y general intervenga[681]. Traducida de manera más específica dicha proposición a la relación entre las jurisdicciones locales de los estados y el derecho internacional, el profesor Mattias Kumm afirmó que el principio de subsidiariedad implica que:

> "[L]os Estados deben tener la autoridad prima facie para determinar qué se considera un desafío de política pública y cómo responder a él legalmente, a menos que existan buenas razones para que el derecho internacional restrinja lo que los Estados pueden hacer e impongan sus propias soluciones. Como una cuestión de derecho internacional positivo, tal comprensión de la subsidiariedad defiende la idea de que los estados soberanos, como los bloques de construcción primarios del sistema legal internacional, establecen el marco institucional dentro del cual los ciudadanos practican su autodeterminación colectiva. (…) Cualquier justificación concluyente que se ofrezca para centralizar la autoridad reguladora también debe reflejar la preocupación por las ventajas de la toma de decisiones local y lograr un equilibrio plausible entre las preocupaciones en competencia."[682] (Traducción libre).

---

[681] Kumm, Mattias. "Sovereignty and the Right to Be Left Alone: Subsidiarity, Justice-Sensitive Externalities, and the Proper Domain of the Consent Requirement in International Law". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 239.
[682] *Ibíd.,* 239–240.

A continuación, daremos algunos ejemplos de la forma como el principio de subsidiariedad se encuentra presente en el derecho internacional general y en algunos regímenes especiales, distintos al derecho internacional de los derechos humanos, el cual será desarrollado en un capítulo posterior. El objetivo de este recuento, es clarificar el carácter que tiene la subsidiariedad de principio estructural del derecho internacional, que permite balancear la carga de la competencia de autoridad en favor de la unidad que mejor puede adoptar decisiones a favor del individuo y de la sociedad.

4.2.2 Ejemplos de la aplicación del principio de subsidiariedad en el derecho internacional y comparado

i. La subsidiariedad en el derecho internacional general

En el derecho internacional general, el principio de subsidiariedad se encuentra recogido en el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, según el cual ninguna disposición de dicho tratado constitutivo autorizará a la organización a "intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta." Aunque es claro el desarrollo del principio de no intervención, autores como Georg Nolte y Robert Kolb, lo relacionan con el principio de proporcionalidad, el cual en su faceta judicial alegan tiene una clara relación con la subsidiariedad.[683]

A nivel jurisprudencial, desde las decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) —antecesora de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)— el alto tribunal

[683] Ver, Nolte, Georg. "Purpose and Principles, Article 2(7)". En *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, 3.ª ed., editado por Bruno Simma et al. Oxford: Oxford University Press, 311. En el mismo sentido, al explicar el alcance del concepto de reserva de dominio (Au Domaine Réservé) en el derecho internacional, Robert Kolb resaltó su relación con el principio de subsidiariedad, como herramienta necesaria para garantizar el ejercicio balanceado de la competencia de los organismos internacionales. Al respecto afirmó: "Le domaine réservé peut être un élément d'interprétation de fond quand il s'agit de définir précisément l'ampleur des pouvoirs conférés généralement par une norme de compétence. On vient d'évoquer ce problème ci-devant. Le domaine réservé peut s'identifier ici à un principe de subsidiarité et de proportionnalité. Elle exigerait de l'organisation internationale de soigneusement mettre en balance la nécessité d'une action internationale contre les exigences de l'autodétermination démocratique et souveraine des collectivités nationales, contre l'idée même d'un pluralisme politique, culturel, social, économique et juridique". En: Kolb, Robert. "Du Domaine Réservé: réflexions sur la théorie de la compétence nationale". *Revue générale de droit international public*, no. 3 (2006): 628.

internacional ha resaltado la importancia de que sea cada Estado el encargado de juzgar la aplicación de su derecho interno, evidenciando así una clara aplicación del principio de subsidiariedad. Al respecto recordó la CPJI que "corresponde a cada Estado, en primera instancia, interpretar su propio derecho interno. El Tribunal no tiene, en principio, la facultad de sustituir su propia interpretación por la de las autoridades nacionales, especialmente cuando esa interpretación la dan los más altos tribunales nacionales"[684].

La línea de la Corte Permanente fue reiterada por la CIJ en el Caso de Ahmadou Sadio Diallo, empresario de guineano a quien su país de nacionalidad, República de Guinea, consideraba que la República Democrática del Congo había detenido arbitrariamente, despojado de sus propiedades y expulsado sin justificación, violando sus derechos humanos. Al considerar el alcance de la interpretación que hicieron las autoridades congolesas del artículo 80 (2) de su Constitución de 1994, la cual le confería la autoridad al Primer Ministro del país, los jueces de la CIJ complementaron su posición de que nadie mejor que el mismo Estado para interpretar su derecho local, aclarando que excepcionalmente, cuando una interpretación de su derecho doméstico es manifiestamente incorrecta, evidenciando que con dicha interpretación lo que se busca es sacar ventaja en el contexto de un caso pendiente, la Corte tiene la potestad de adoptar la considera es la interpretación adecuada.[685] Después de su análisis la Corte concluyó, que aunque era una posibilidad en teoría discutir la validez de la interpretación de las autoridades del Congo, no existía ninguna razón para hacerlo.[686]

La CIJ también ha reconocido que existen instituciones del derecho municipal/domestico/local que juegan un importante rol en la comunidad internacional, como es el caso de empresas, creadas por el derecho local y enmarcadas en su jurisdicción. En el caso de Bélgica contra España, con respecto a la compañía *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, la Corte estableció que en aquellos en los que "surjan cuestiones legales relativas a los

---

[684] Serbian Loans, Judgment No. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 20, p. 46-47 y Brazilian Loans, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21, p. 124, según lo establecido por la Corte Internacional de Jusiticia en el caso Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 665. ¶ 70

[685] *Ibíd.*

[686] *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, merits, judgment, I.C.J. Reports 2010, 665, ¶ 71.

derechos de los Estados con respecto al tratamiento de las empresas y accionistas, frente a quienes el derecho internacional no ha establecido sus propias reglas, debe remitirse a las normas pertinentes del derecho interno."[687]

Los jueces de la CIJ, a nivel individual no como parte del cuerpo colegiado del Tribunal, también han manifestado la importancia de respetar el derecho de subsidiariedad. En el caso de la Orden de Arresto entre la República Democrática del Congo y Bélgica, por la decisión tomada por las autoridades de éste último en contra de Abdoulaye Yerodia Ndombasi, Ministro de Relaciones Exteriores del Congo, los jueces Higgins, Kooijmans y Burgenthal afirmaron en una opinión separada que buscaba establecer algunos requisitos que debía cumplir el ejercicio de la jurisdicción universal, que "[u]n Estado que esté contemplando la posibilidad de presentar cargos penales basados en la jurisdicción universal, debe primero ofrecer al Estado nacional del posible acusado la oportunidad de actuar él mismo sobre los cargos en cuestión."[688]

Como en casos anteriores, en el caso sobre ciertas cuestiones sobre la asistencia mutua en materia criminal entre Yibuti y Francia, la CIJ también dio plena credibilidad al análisis realizado por la Corte de Apelaciones Francesa con respecto a la valoración que habían hecho los jueces de investigación sobre la pertinencia o no de brindar asistencia judicial en una causa penal en la que se investigaba la muerte del ciudadano francés Bernard Borrel, cuyo cuerpo fue encontrado a 80 km de la ciudad de Yibuti. La República de Yibuti pretendía que, en virtud de la Convención de Asistencia Mutua en Materia Penal, suscrita por las partes, Francia le enviara el expediente de la investigación penal adelantada por sus autoridades. La CIJ, en lo que respecta a la aplicación del principio de subsidiariedad, afirmó que:

> "[L]a aplicación de una forma u otra del artículo 2 de la Convención de 1986 a una solicitud hecha por un Estado es un asunto exclusivo del juez de instrucción (quien tendrá información disponible de los departamentos gubernamentales pertinentes).

---

[687] *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, second phase, judgment, I.C.J. Reports 1970, 33–34, ¶ 38.
[688] *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, judgment, I.C.J. Reports 2002, separate opinion of President Guillaume, 78–79.

> El Tribunal de Apelación determinó además que tal decisión de un juez de instrucción es una decisión de derecho y no un consejo para el ejecutivo. No le corresponde a este Tribunal más que aceptar las conclusiones del Tribunal de Apelación de París sobre este punto."[689]

En el caso sobre la caza de ballenas en el Antártico (*Whailing in The Antartic*)[690], Australia presentó ante la Corte Internacional de Justicia una demanda en contra de Japón, por considerar que con la cacería de ballenas llevadas a cabo en el marco de la fase dos de su programa de investigación científica denominado JARPA II, el país asiático estaba vulnerando sus obligaciones a la luz de la Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas. Posteriormente se permitió que Nueva Zelanda fuese interviniente en el caso.

La discusión sobre la violación de la Convención se centró en su artículo VIII, el cual le permite a los Gobiernos otorgar permisos para "matar, tomar y beneficiar ballenas con finalidades de investigación científica"[691]. De acuerdo con la postura de la defensa japonesa, el texto de la Convención le otorga a los Estados una especie de "margen de apreciación" para otorgar licencias de caza o toma de ballenas con fines científicos, acto por el cual no podía ser sancionados[692].

Con el fin de establecer el estándar de revisión para el caso concreto, la Corte inició una discusión entre las partes, quienes finalmente terminaron acordando que el test que debería seguir la Corte tendría por objeto determinar si, "la decisión de un Estado es objetivamente

---

[689] *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, judgment, I.C.J. Reports 2008, 229–230, ¶ 146.
[690] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, judgment, I.C.J. Reports 2014, 226.
[691] El numeral 1o del Artículo VIII de la Convención Internacional para la regulación de la Caza de Ballenas, adoptada el 2 de diciembre de 1946, establece: "No obstante todo lo dispuesto en la presente Convención, cualquier Gobierno Contratante podrá otorgar a cualquiera de sus nacionales un permiso especial autorizado a dicho nacional a matar, tomar y beneficiar ballenas con finalidades de investigación científica, con sujeción a aquellas restricciones en cuanto a cantidad, y a aquellas otras condiciones que el Gobierno Contratante crea convenientes, y la muerte, captura y beneficio de ballenas de acuerdo con las disposiciones de este Artículo, estarán exentos de los efectos de esta Convención. Cada Gobierno Contratante dará cuenta de inmediato a la Comisión de todas las autorizaciones de tal naturaleza que haya otorgado. Cada Gobierno Contratante podrá, en cualquier momento, revocar cualquier permiso de tal naturaleza que haya otorgado."
[692] *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*, judgment, I.C.J. Reports 2014, 252, ¶ 59.

razonable o está "respaldada por un razonamiento coherente y pruebas científicas respetables y …, en este sentido, objetivamente justificable"[693]. Es decir que la Corte, después de generar un espacio para el acuerdo de las partes en el marco de su procedimiento, aplicó un test objetivo de razonabilidad, exclusivamente encaminado a establecer si Japón había cumplido con los lineamientos dictados por el artículo VIII de la Convención para la Regulación de la Caza de Ballenas (CRCB), o no. Al respecto aclaró la Corte en sus consideraciones:

> "La Corte observa que, al aplicar el estándar de revisión anterior, no está llamada a resolver asuntos de política de investigación científica o de caza de ballenas. La Corte es consciente de que los miembros de la comunidad internacional tienen opiniones divergentes acerca de la política apropiada hacia las ballenas y la caza de ballenas, pero no le corresponde a la Corte resolver estas diferencias. La tarea de la Corte es solamente determinar si los permisos especiales otorgados en relación con el JARPA II están dentro del alcance del Artículo VIII, párrafo 1, de la CRCB."[694] (Traducción libre).

A nivel procesal, desde el caso *Interhandel* de 1959 entre Suiza y Estados Unidos, y de manera reiterada y uniforme, la Corte Internacional de Justicia reconoció que, en virtud del principio de subsidiariedad, el requisito procedimental de previo agotamiento de los recursos internos constituía una norma de costumbre internacional. En su fallo consideró la Corte:

> "La regla de que deben agotarse los recursos internos antes que se pueda iniciar un procedimiento internacional es una regla bien establecida del derecho internacional consuetudinario; la regla se ha observado generalmente en los casos en que un Estado haya adoptado la causa de su nacional a quien se alega le han sido desconocidos sus derechos en otro Estado en violación del derecho internacional. Antes de recurrir a una corte internacional en esa situación, se ha considerado necesario que el Estado donde ocurrió la violación haya tenido la oportunidad de corregirla por sus propios medios, dentro del marco de su propio sistema jurídico interno. *A fortiori* se debe

[693] *Ibíd.,* ¶ 66.
[694] *Ibíd.,* ¶ 69.

> observar la regla cuando se encuentran pendientes procedimientos internos, como en el caso de Interhandel, y cuando las dos acciones, la de la Compañía Suiza en los tribunales de los Estados Unidos y el del gobierno suizo en este Tribunal, en su escrito principal, están diseñados para obtener el mismo resultado: la restitución de los activos de *Interhandel* conferidos a los Estados Unidos."[695] (Traducción Libre)

En conclusión, después de observar la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, se puede identificar una aplicación del principio de subsidiariedad en varios escenarios. Por un lado, la CIJ reconoce la importancia de respetar la cercanía que tienen los Estados con la aplicación en sus ordenamientos jurídicos de normas nacionales e internacionales, y respeta la aplicación e interpretación que acerca de ellas hagan las autoridades, especialmente jurisdiccionales, domésticas. Reconoce la viabilidad de excepcionalmente analizar dichas interpretaciones, con el fin exclusivo de identificar si ellas contradicen los estándares propios del derecho internacional, pero siempre bajo criterios objetivos de revisión y en el marco de un test de razonabilidad. Por otro lado, también ha reconocido que cuando se va a discutir en la jurisdicción internacional casos de individuos que han cometido conductas violatorias de derechos, le corresponde al Estado del cual dicho individuo es nacional prima facie tener la oportunidad de juzgar y sancionar el hecho, antes que otros Estados en el ejercicio de la jurisdicción universal o los tribunales internacionales. Finalmente, en la dimensión formal o procesal del principio de subsidiariedad, la CIJ ha reconocido de manera constante en su jurisprudencia que antes de recurrir a una Corte internacional el Estado haya tenido la oportunidad de corregir la violación a la obligación de derecho internacional, dejando claro que el agotamiento previo de los recursos internos es una norma de costumbre internacional.

ii. La subsidiariedad en el derecho comunitario europeo

Uno de los ejemplos más relevantes de aplicación del principio de subsidiariedad en el derecho internacional es el Derecho Comunitario Europeo. El principio fue implementado en el tratado

[695] *Interhandel Case*, judgment of 21 March 1959, I.C.J. Reports 1959, 27. Regla reiterada en: *Elettronica Sicula SpA (ELSI)*, judgment, I.C.J. Reports 1989, ¶ 53; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, preliminary objections, judgment, I.C.J. Reports 2007, ¶¶ 42–44.

de Maastricht, suscrito en 1992 que entró en vigor en 1993, también conocido como Tratado de la Unión Europea, entendido como un principio de carácter negativo que establece que la Unión solo puede ejercer alguno de sus poderes si la acción de un Estado parte fuese insuficiente para lograr el objetivo en cuestión.[696] Aunque en el citado tratado el principio de subsidiariedad se encuentra resaltado desde el mismo preámbulo, es en el tenor literal del artículo 3B en dónde se materializa la norma que regirá la comunidad en los siguientes términos:

> "En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario."[697]

El Tratado de Ámsterdam, suscrito en 1997, reitera la importancia del principio de subsidiariedad como un principio fundante del derecho comunitario europeo y adopta un Protocolo Adicional exclusivamente dedicado a la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Del texto del Protocolo se resalta el carácter de fundamento de justificación de las actuaciones de la Unión que se le da al principio. Al respecto reza el citado Protocolo:

> "Para que la actuación comunitaria esté justificada, deberán reunirse ambos aspectos del principio de subsidiariedad: que los objetivos de la acción propuesta no pueden ser alcanzados de manera suficiente mediante la actuación de los Estados miembros en el marco de su sistema constitucional nacional y, por consiguiente, pueden lograrse mejor mediante una actuación de la Comunidad."[698]

---

[696] Aunque formalmente la inclusión del principio de subsidiariedad en la Unión Europea se da a través del Tratado de Maastricht, el primer antecedente que se tiene de una referencia a este principio se encuentra en el Acta Única Europea de 1987, en donde se hace referencia a la subsidiariedad en materia ambiental en los siguientes términos: "La Comunidad actuará, en los asuntos de medio ambiente, en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente."

[697] *Tratado de la Unión Europea – Sumario*. Diario Oficial No. C 191 de 29 de julio de 1992, 0001–0110. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11992M/TXT&from=ES

[698] *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 – Sumario*. Diario Oficial No. C 340 de 10 de noviembre de 1997, 0001–0144. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:11997D/TXT&from=ES

Con la entrada en vigor de Tratado de Lisboa, que dota de personalidad jurídica internacional a la Unión Europea, se incorporó el principio de subsidiariedad a la Unión, no solo a la Comunidad Europea como sucedía antes, adicionando los elementos regionales y locales a su contenido. Adicionalmente, el proceso que culmina con Lisboa también reemplaza el protocolo de Ámsterdam sobre subsidiariedad y proporcionalidad de 1997, por un nuevo protocolo conocido como el Protocolo No. 2. El reformado artículo 5(3) del Tratado de la Unión Europea, de acuerdo con las reformas de Lisboa, establece que:

> "En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión sólo actuará si los objetivos de la acción propuesta no pueden alcanzados de manera suficiente por los Estado parte, ya sea a nivel central o regional y local, salvo que, en virtud de la magnitud o efectos de la acción propuesta, su objetivo se logre de mejor manera por la Unión"[699]

De acuerdo con la aplicación que se le ha dado en la Unión Europea a principio de subsidiariedad, concretamente en los establecido en el artículo 5(3) del Tratado de la Unión, se deben cumplir tres requisitos concomitantes para que la Unión pueda intervenir en asuntos en los que normalmente lo harían los Estados: (i) que área del tema en cuestión no sea una de las competencias exclusivas de la Unión, pues de serlo no sería necesario hacer el análisis de intervención sino que la Unión podría desarrollar el tema directamente. (b) que los objetivos de la acción propuesta no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, es decir un elemento de necesidad. (c) la acción puede entonces, por razones de escala y eficiencia, ser implementada de una manera más exitosa/eficaz por la Unión, es decir que la intervención de la Unión aporta un valor agregado.[700]

A nivel judicial, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resaltado la importancia la obligación de motivar los actos tomados por órganos comunitarios con base en el principio

---

[699] *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007*. Diario Oficial No. C 306 de 17 de diciembre de 2007. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=ES#d1e13187-1-1

[700] Parlamento Europeo. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea. El principio de subsidiariedad*. Febrero de 2020. Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/7/el-principio-de-subsidiariedad

de subsidiariedad, es decir, que es necesario que las acciones materializadas a través de directrices y resoluciones de la comunidad estén justificadas en los distintos componentes del mencionado principio,[701] evidenciando que los objetivos de dichos actos "se alcancen mejor a escala comunitaria que por parte de los Estados miembros".[702]

En 2014, se presentó una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia Europeo elevado por las autoridades del Reino Unido en el marco de procesos judiciales internos llevados en contra de las tabacaleras Philip Morris y British American Tobacco. El objetivo de la cuestión era establecer la interpretación y validez de las directrices comunitarias referentes a la fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y su relación con las medidas internas. Con respecto a la aplicación del principio de subsidiariedad, el Tribunal consideró:

> "El principio de subsidiariedad se enuncia en el artículo 5 TUE, apartado 3, y en virtud de dicho principio, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. El Protocolo (No. 2) sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, incorporado como anexo al Tratado UE y al Tratado FUE, establece además, en su artículo 5, directrices para determinar si se reúnen esos requisitos.[703] (…) || Por lo que se

---

[701] Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 1997, *República Federal de Alemania contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, Directiva relativa a los sistemas de garantía de depósitos, base jurídica, obligación de motivar los actos, principio de subsidiariedad, proporcionalidad, protección del consumidor, supervisión por el Estado miembro de origen, asunto C-233/94, No. 61994J0233, *Recopilación de Jurisprudencia* 1997, I-02405, ¶¶ 22–29. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994CJ0233&from=ES

[702] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, *Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte contra Consejo de la Unión Europea*, Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, recurso de anulación, asunto C-84/94, No. 61994J0084, *Recopilación de Jurisprudencia* 1996, I-05755, ¶¶ 54–55. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:61994CJ0084&from=ES

[703] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 4 de mayo de 2016, *Procedimiento prejudicial — Aproximación de las legislaciones — Directiva 2014/40/UE — Artículos 7, 18 y 24, apartados 2 y 3 — Artículos 8, apartado 3, 9, apartado 3, 10, apartado 1, letras a), c) y g), 13 y 14 — Fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco — Validez — Base jurídica — Artículo 114 TFUE — Principio de proporcionalidad — Principio de subsidiariedad — Derechos Fundamentales de la Unión — Libertad de expresión — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Artículo 11*, asunto C-547/14, No. 62014CJ0547, ¶ 215. Disponible en:

> refiere, en primer lugar, al control jurisdiccional del cumplimiento de los requisitos de fondo previstos en el artículo 5 TUE, apartado 3, el Tribunal de Justicia debe verificar si el legislador de la Unión podía considerar, sobre la base de datos pormenorizados, que el objetivo perseguido por la acción pretendida podía alcanzarse mejor a escala de la Unión."[704]

Siguiendo estas concepciones, se tiene que el principio de subsidiariedad categoriza las acciones de una manera jerárquica siendo las acciones del nivel superior, como por ejemplo las de la Unión Europea, subsidiarias a las acciones del nivel inferior, como las acciones de cada uno de los Estados Parte, con la finalidad de que el proceso de toma de decisiones sea más cercano a los individuos.[705]

De lo anterior se desprende que este principio cuenta con una función negativa y a la vez positiva, siendo la primera la prohibición de actuaciones del nivel superior cuando la acción del nivel inferior sea suficiente, y la segunda que refiere a que las acciones se lleven al nivel superior cuando las acciones del nivel inferior no sean, no pueden o no serán suficientes.[706] Adicional a estas dos, hoy en día se puede identificar en el derecho internacional, y en especial como lo demostraremos más adelante, en el derecho internacional de los derechos humanos, una tercera función articuladora de complementariedad.

iii. La complementariedad (o subsidiariedad) en el derecho penal internacional: Estudio de las reglas de admisibilidad de casos bajo el Estatuto de Roma

Este capítulo examina el principio de subsidiaridad como criterio estructural de asignación de funciones jurisdiccionales en el derecho penal internacional y sostiene que, en el sistema del

---

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0547&from=ES#c-ECR_62014CJ0547_ES_01-E0001

[704] *Ibíd.,* ¶ 218.

[705] Neuman, Gerald L. "Subsidiarity". En Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Part III. Oxford: Oxford University Press, 2013.

[706] Endo, Ken. "The Principle of Subsidiarity: From Johannes Althusius to Jacques Delors". *Hokkaido Law Journal* 44 (1994): 553, 646; Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1980, 641–642.

Estatuto de Roma, dicha idea se concreta —pero también se reconfigura— a través del principio de complementariedad.

La tesis central es doble: primero, que la complementariedad de la CPI debe entenderse como una subsidiaridad vertical mediante reglas de admisibilidad (principalmente el artículo 17 del Estatuto de Roma), que operan como técnica de *deferencia calificada* a las jurisdicciones estatales; y segundo, que la práctica jurisprudencial de la Corte ha desarrollado un modelo de complementariedad intensamente centrado en el "caso" (mismo sospechoso y sustancialmente la misma conducta), con estándares probatorios y umbrales que, si bien preservan la primacía estatal declarada por el Estatuto, también limitan la capacidad de la CPI para corregir déficits sistémicos de justicia doméstica.

a. La subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos y su traslación al derecho penal internacional

De manera sencilla, la noción de subsidiariedad refleja la preferencia por asignar competencias y obligaciones a las autoridades públicas de menor nivel, sobre aquellas de un nivel jerárquico superior.[707] Desde la perspectiva de la gobernanza internacional se entiende como una presunción a favor de la toma de decisiones a nivel local[708]; y en el campo del derecho internacional se caracteriza como un principio de asignación de competencias que favorece la actuación de los Estados antes que la actuación de organismos supranacionales o tribunales internacionales, en especial en el campo de los derechos humanos.[709]

Al describir este principio, se han evidenciado intentos de caracterizarlo como un "principio general del derecho"[710]. Sin embargo, su aplicación en otros contextos diferentes del derecho internacional de los derechos humanos no ha sido ampliamente explorada, este se ha

[707] Feichtner, Isabel. "Subsidiarity". En Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, octubre de 2007, ¶ 1.
[708] Jachtenfuchs, Markus, y Krisch, Nico. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 1 (2016): 1.
[709] Walther, Reto. "An Approximation to Subsidiarity". En *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2026, 24.
[710] Ver, Carozza, Paolo G. "The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions". *The American Journal of Jurisprudence* 61 (2016).

asociado con las competencias de organismos internacionales como la ONU o la Unión Europea.[711]

Desde el derecho internacional, a primera vista el planteamiento del principio de subsidiariedad – o complementariedad – parece plantear una tensión con el principio de soberanía de los Estados. Sin embargo, su planteamiento más comprensivo "considera la subsidiariedad como un principio de justicia que llama a las comunidades más grandes a proteger la legitima autonomía de las comunidades más pequeñas, a proveerles la asistencia necesaria para el cumplimiento de sus fines y coordinar y regular sus actividades dentro del marco del bien común de la comunidad más grande a la que pertenecen"[712]. En otras palabras, el principio de subsidiariedad llama al trabajo coordinado, no jerárquico, de distintas entidades desde una perspectiva vertical (Estados con organizaciones internacionales) u horizontal (entre Estados) de manera que "basado en el reconocimiento de la necesidad de una gobernanza internacional, pero también de los déficits democrático y de rendición de cuentas, la subsidiariedad puede estructurar y racionalizar el debate sobre el alcance de la gobernanza internacional"[713].

En términos generales, el principio de subsidiariedad, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos, refleja que los tratados en esta materia tienen una doble faceta. Por una parte, vinculan directamente a los Estados Parte en relación con las personas bajo su jurisdicción. Por otra parte, otorgan competencias de asistencia, monitoreo y apoyo a los organismos supervisores creados por dichos tratados.[714]

Particularmente, las funciones que subsidiariamente asumen los organismos supervisores de dichos tratados se relacionan con la competencia de revisión de los posibles casos en los que los estándares de derechos humanos vinculantes para los Estados Parte no

---

[711] Jachtenfuchs, Markus, y Krisch, Nico. "Subsidiarity in Global Governance". *Law and Contemporary Problems* 79, no. 1 (2016): 1.
[712] Carozza, Paolo G. "The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions". *The American Journal of Jurisprudence* 61 (2016): 53.
[713] Feichtner, Isabel. "Subsidiarity". En Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, octubre de 2007, ¶ 16.
[714] Neuman, Gerald L. "Subsidiarity". En *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

fueron efectivamente cumplidos por el Estado.[715] Teniendo esto en cuenta, el principio de subsidiariedad sirve como criterio de interpretación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, a la vez que brinda razones justificadoras de la autoridad que los organismos internacionales tienen sobre los asuntos bajo su competencia.[716]

La operatividad del principio de subsidiariedad se refleja, entre otros, en los requisitos de admisibilidad de casos o peticiones ante los órganos competentes creados por los respectivos tratados, particularmente el requisito de agotamiento de los recursos de jurisdicción interna y la denominada "fórmula de la cuarta instancia". En el marco de sistema universal de derechos humanos se encuentran, por ejemplo, los requisitos señalados en el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales. En el marco del sistema interamericano de derechos humanos, se hallan los requisitos contenidos en el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ahora, los requisitos de admisibilidad reflejan una faceta de la subsidiariedad: el primer obligado para proteger los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción son los Estados. Su cumplimiento – o sus excepciones – reflejan el papel subsidiario de los organismos internacionales: los casos en que deben actuar para complementar la actuación insuficiente o deficiente de los Estados.

En la medida en que los Estados y las organizaciones internacionales se enfrentan a retos cada vez más complejos por sus implicaciones técnicas, económicas y políticas, el rol del principio de subsidiariedad cobra cada vez mayor relevancia en la protección de las personas sujetas a la jurisdicción – o al efecto de las decisiones – de estas entidades.

Un ejemplo de este tipo de situaciones al que se hace referencia es la comisión de crímenes internacionales por parte de actores estatales y no estatales en varias partes del mundo: en Europa, Medio Oriente, el Sur y Sudeste Asiático, África, Latino América y, posiblemente,

[715] Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?". *The American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016)
[716] Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025.

en el Caribe.[717] Ante la incapacidad del derecho internacional de prevenir la ocurrencia de estos hechos, queda la cuestión de evitar la impunidad y, en ese sentido, surge la pregunta ¿quién debe investigar estos crímenes internacionales? ¿Desde qué momento debe actuar un órgano como la Corte Penal Internacional?

Es por ello por lo que se hará (2) una mención a la aplicación del principio de complementariedad en el Estatuto de Roma, y (3) una corta conclusión sobre la materia.

b. Complementariedad y la competencia de la Corte Penal Internacional

El derecho penal internacional, ha estado marcado fuertemente, desde la segunda mitad del siglo XX, por los casos en que la comunidad internacional se ha visto en la necesidad de recurrir a la creación de tribunales penales internacionales para el juzgamiento y sanción de graves crímenes internacionales: los Tribunales Penales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio, los Tribunales Penales Internacionales para Ruanda y la ex Yugoslavia, diversos Tribunales Especiales o Mixtos como en Timor-Leste, Sierra Leona o Camboya.

En el marco de Naciones Unidas la preocupación sobre crímenes internacionales es una que se encuentra desde su concepción, pero que se hizo aún más evidente desde la expedición de la Resolución 177(II) del 21 de noviembre de 1947, por la Asamblea General encargó a la Comisión de Derecho Internacional "la formulación de los principios de derecho internacional reconocidos en el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg"[718] que eventualmente llevó a la Resolución 51/207 del 16 de enero de 1997, por medio de la cual la Asamblea General decidió convocar "una conferencia diplomática de plenipotenciarios con objeto de dar forma definitiva a una convención sobre el establecimiento de una corte penal internacional"[719].

[717] 13 situaciones bajo investigación de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional incluyendo hechos relacionados con Lituania, Bielorrusia, Ucrania, Palestina, Afganistán, Bangladesh, Myanmar, Filipinas, Burundi, Mali, Costa de Marfil, Libia, Sudan (Darfur), República Democrática del Congo y Venezuela.
[718] UNGA Res. 177 (II), 21 de noviembre de 1947, UN Doc. A/RES/177.
[719] UNGA Res. 51/207, 16 de enero de 1997, UN Doc. A/RES/51/207.

Es así como entre el 15 de junio y el 17 de julio de 1998 se celebró en Roma la Conferencia mediante la cual se adoptó el texto del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).[720] El texto adoptado el 17 de julio de 1998 definió la competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) y los requisitos para admitir casos sobre los que la Fiscalía pueda adelantar investigaciones.

El artículo 1 del Estatuto de Roma define que la Corte "estará facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional de conformidad con el presente Estatuto y tendrá carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales"[721]. La misma idea aparece en el preámbulo del Estatuto.[722] Esto refleja la noción que la prioridad estatal en la represión de crímenes internacionales no es un accidente institucional, sino una decisión estructural: el derecho penal internacional contemporáneo presupone que sin jurisdicciones nacionales activas la lucha contra la impunidad no es sostenible. En este sentido la complementariedad aparece como un dispositivo que, por diseño, preserva un espacio de primacía estatal y reserva a la CPI un rol subsidiario.

Esto contrasta con la configuración de los tribunales internacionales ad hoc creados por decisiones del Consejo de Seguridad que precedieron a la CPI: Ruanda y la ex Yugoslavia. En los casos sobre los que las jurisdicciones nacionales pudieran ejercer concurrentemente su jurisdicción con la del Tribunal, los respectivos estatutos dispusieron que "el Tribunal Internacional tendrá primacía respecto a los tribunales nacionales"[723]. En ese sentido los Tribunales Internacionales tenían la potestad de solicitar a los Estados que cedan el ejercicio de la jurisdicción a favor de ellos. En relación con el Estatuto de Roma, la CPI invierte esa lógica: no es el tribunal internacional quien tiene la "primera palabra, sino el Estado; la CPI actúa cuando el Estado no está investigando/juzgando genuinamente, o cuando hay incapacidad o falta de voluntad para hacerlo.

---

[720] UNGA Res. 52/160, 28 de enero de 1998, UN Doc. A/RES/52/160.
[721] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 1.
[722] *Ibíd,* preámbulo.
[723] UNSC Res. 827 (1993), 25 de mayo de 1993, UN Doc. S/RES/827(1993), art. 9(2); UNSC Res. 955 (1994), UN Doc. S/RES/955(1994), art. 8(2).

En este sentido la CPI actúa subsidiariamente de las jurisdicciones domésticas, de forma que suple la inacción o acción deficiente de los Estados. En otras palabras, complementa y no sustituye la ejecución de las obligaciones internacionales de los Estados.[724] De esta forma se balancea las competencias de un organismo supranacional como la CPI en relación con el principio de soberanía de los Estados Parte del Estatuto de Roma de ejercer su jurisdicción penal sin interferencias indebidas[725], mejorando la efectividad de la investigación, juzgamiento y sanción de los crímenes internacionales al promover la actuación de los Estados en primer lugar.[726]

Ahora, la complementariedad que se predica de las disposiciones del Estatuto de Roma no influye en la existencia de la jurisdicción de la CPI sobre un caso, sino en el ejercicio de su competencia, es decir, en la admisibilidad de dicho caso.[727] Esto se deriva de las disposiciones normativas contenidas en los artículos 17 a 20 del Estatuto de Roma.

En particular el artículo 17(1) del Estatuto de Roma, sobre "cuestiones de admisibilidad" dispone que la determinación de la admisibilidad de un asunto (o case, en la versión en inglés) se hará "teniendo en cuenta el décimo párrafo del preámbulo y el artículo 1"[728]. Más específicamente, un caso será inadmisible si (a) está siendo investigado o enjuiciado por un Estado con jurisdicción, salvo falta de voluntad o incapacidad; (b) fue investigado y el Estado decidió no enjuiciar, salvo falta de voluntad o incapacidad; (c) la persona ya fue juzgada (ne bis in idem) y no se cumplen las excepciones del artículo 20(3); o (d) el caso no es suficientemente grave.[729]

---

[724] El Zeidy, Mohamed M. *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 158.
[725] Ver, Solera, Oscar. "Complementary Jurisdiction and International Criminal Justice". *International Review of the Red Cross* 84, no. 845 (2002): 141–171.
[726] Ver, Sarooshi, Danesh. "The Statute of the International Criminal Court". *International and Comparative Law Quarterly* 48, no. 2 (1999): 395..
[727] Benzing, Markus. "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight Against Impunity". *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 7 (2003): 594; ver, Holmes, John T. "Complementarity: National Courts versus the ICC". En Antonio Cassese (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2002, 672.
[728] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002) 2187 UNTS 3, art. 17(1).
[729] Webb, Philippa, y Bergsmo, Morten. "International Criminal Courts and Tribunals, Complementarity and Jurisdiction". En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, noviembre de 2010, ¶¶ 13–14.

En este punto es importante señalar que la admisibilidad se predica de un caso concreto, no de una situación en general. La CPI debe realizar un análisis sobre dos dimensiones: primero, la actividad del Estado refiere a si actualmente existe una investigación o proceso judicial por el caso concreto[730]; segundo, debe valorar si el Estado "no est[á] dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pued[e] realmente hacerlo"[731].

En palabras de la Corte, "la investigación nacional debe cubrir al mismo individuo y sustancialmente la misma conducta que se alega en los procedimientos ante la Corte"[732]. Es así como, respecto de la actividad procesal del Estado, la Sala de Cuestiones Preliminares valora si existe identidad de persona y conducta, en relación con la persona que puede eventualmente ser juzgada por la Corte.[733] De no ser el caso, y que el Estado no esté investigando a la misma persona referida en el caso ante la CPI, o que la conducta por la que esté siendo investigado sea una distinta, la Fiscalía puede proceder con su actuación.[734]

El test relacionado con la "*misma identidad*" de la persona procesada en la jurisdicción nacional y la internacional es directo y no presenta ninguna complicación. En cuanto al test sobre la "*misma conducta*", la Sala de Cuestiones Preliminares debe valorar si la investigación domestica es lo suficientemente parecida ("*sufficiently mirrors*") a la investigación adelantada por la Fiscalía de la CPI.[735] Para determinar la suficiencia del parecido, la Corte ha referido que la investigación no necesariamente debe coincidir en todos los incidentes o hechos investigados, pero debe coincidir en los parámetros temporales, geográficos y materiales.[736]

---

[730] *The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui* (sentencia sobre la apelación de la admisibilidad del caso), ICC-01/04-01/07-1497, 25 de septiembre de 2009, ¶ 78.
[731] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 17(1)(a) y (b).
[732] *The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Hussein* (sentencia de apelación), ICC-01/09-02/11 OA, 30 de agosto de 2011, ¶ 1; ver: *The Prosecutor v. Lubanga* (decisión sobre la orden de detención), ICC-01/04-01/06, 10 de febrero de 2006, ¶ 31; *The Prosecutor v. Harun and Ali-Abd-Al-Rahman* (decisión sobre la orden de detención), ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 de abril de 2007, ¶¶ 24–25.
[733] Nouwen, Sarah M. H. *Complementarity in the Line of Fire: The Catalysing Effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 43.
[734] Ver, Heller, Kevin Jon. "An Overview of the Principle of Complementarity". *Opinio Juris*, 24 de mayo de 2024. Disponible en: https://opiniojuris.org/2024/05/24/an-overview-of-the-principle-of-complementarity/
[735] *The Prosecutor v. Gaddafi & Al-Senussi* (apelación sobre la admisibilidad), ICC-01/11-01/11 OA 4, 21 de mayo de 2014, ¶ 73.
[736] *The Prosecutor v. Gaddafi & Al-Senussi* (decisión sobre la admisibilidad), ICC-01/11-01/11, 11 de octubre de 2013, ¶ 75; *The Prosecutor v. Gaddafi & Al-Senussi* (apelación sobre la admisibilidad), ICC-01/11-01/11 OA 4, 21 de mayo de 2014, ¶ 72.

Sin embargo, en virtud del principio de complementariedad, no es suficiente con que formalmente haya una investigación en la jurisdicción domestica sobre la misma persona y conducta. El Estado debe demostrar que ha adoptado pasos concretos para adelantar dicha investigación, lo que incluye adelantar entrevistas a testigos, interrogatorios a sospechosos, la recolección de elementos materiales probatorios, etc.[737]

Tras constatar el primer paso del test de admisibilidad, la Sala de Cuestiones Preliminares debe abordar la presunción a favor de la continuidad de la investigación en cabeza del Estado. De acuerdo con el artículo 17(1) del Estatuto de Roma corresponde a la Fiscalía de la CPI demostrar que el Estado no está dispuesto o no es capaz genuinamente a adelantar la investigación, el juzgamiento o adoptar la sanción sobre el caso bajo consideración.

El criterio de voluntad se define de acuerdo con el artículo 17(2) del Estatuto de Roma que dicta que:

> "A fin de determinar si hay o no disposición a actuar en un asunto determinado, la Corte examinará, teniendo en cuenta los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional, si se da una o varias de las siguientes circunstancias, según el caso:
>
> a. Que el juicio ya haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el artículo 5;
> b. Que haya habido una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia;

[737] *Situation in the Republic of the Philippines* (apelación sobre la autorización para reanudar la investigación), ICC-01/21 OA, 18 de julio de 2023, ¶ 85; *The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Hussein* (sentencia de apelación), ICC-01/09-02/11 OA, 30 de agosto de 2011, ¶ 1.

c. Que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia"[738].

Dentro de esta evaluación sobre la disposición del Estado a cumplir con sus obligaciones bajo el Estatuto de Roma, la Corte evalúa "las motivaciones subjetivas del Estado que se opone a la admisibilidad de un caso"[739] con miras a evitar puntos de impunidad por investigaciones o juicios que pueden, en el fondo, no ser reales o no cumplir con los estándares requeridos de justicia.[740]

La evaluación del sistema judicial de los Estados puede percibirse como un choque directo entre el principio de subsidiariedad y el principio de soberanía de los Estados para conducir sus asuntos internos como mejor convengan.[741] Es por ello por lo que durante las negociaciones del Estatuto de Roma algunos Estados se opusieron a su inclusión dentro del texto final, sin un calificativo como el término "genuino" que restringiera su interpretación.[742]

La interpretación literal del texto del artículo 17(2) del Estatuto de Roma, de acuerdo con el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, lleva a entender que el criterio de disposición se relaciona con juicios que se adelanten para simular la aplicación de justicia, es decir que son genuinos aquellos que tienen la intención de acabar la impunidad de los crímenes bajo la jurisdicción de la CPI.[743]

---

[738] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002) 2187 UNTS 3, art. 17(2).
[739] Heller, Kevin Jon. "An Overview of the Principle of Complementarity". *Opinio Juris*, mayo de 2024. Disponible en: https://opiniojuris.org/2024/05/24/an-overview-of-the-principle-of-complementarity/
[740] Ver, Holmes, John T. "Complementarity: National Courts versus the ICC". En Antonio Cassese (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. 1. Oxford: Oxford University Press, 2002, 667.
[741] El Zeidy, Mohamed M. *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 163.
[742] UNGAOR, *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, UN Doc. A/51/22 Vol. I, Supp. No. 22 (1996), ¶ 161.
[743] Kelly, Caroline D. "Contextual Complementarity: Assessing Unwillingness and 'Genuine' Prosecutions in Colombia's Special Jurisdiction for Peace". *Georgetown Journal of International Law* 48 (2017): 814.

Como criterios para determinar la disposición de un Estados se han incluido factores como la relación entre las distintas ramas del poder público, el grado de independencia de las autoridades jurisdiccionales y el rol de las autoridades gubernamentales en el desarrollo de los procesos judiciales.[744] En igual sentido, el análisis se predica de una investigación o proceso efectivamente en curso y no de hipotéticas o eventuales acciones por parte del Estado.[745]

Finalmente, el artículo 17(3) del Estatuto de Roma refiere al concepto de capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones. Textualmente, reza que "a fin de determinar la incapacidad para investigar o enjuiciar en un asunto determinado, la Corte examinará si el Estado, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio"[746].

Es así como la incapacidad del Estado solo puede aplicar en casos extremos de inhabilidad o inexistencia del sistema de justicia en su conjunto y no de la inhabilidad para procesar un caso en específico. Para hacer dicha determinación, se han referido diversos criterios como la capacidad de las autoridades públicas para ejercer competencias judiciales en el territorio en cuestión; la ausencia de sistemas de protección para los intervinientes en los procesos penales (investigadores, testigos, víctimas, jueces, fiscales, etc.); la ausencia de un marco normativo para investigar, juzgar o sancionar la comisión de crímenes internacionales; la falta de recursos para adelantar una investigación efectiva; y la violación de los derechos del procesado.[747]

Tras la aplicación de los test de admisibilidad bajo el artículo 17 del Estatuto de Roma, el artículo 18 sobre "decisiones preliminares relativas a la admisibilidad", permite a los Estados solicitar una determinación sobre admisibilidad en la etapa procesal del examen preliminar

---

[744] ICC-OTP, *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice* (2003), ICC-01/04-01/07-1015-Anx 01-04-200, 28.
[745] *The Prosecutor v. Kony et al.* (decisión sobre la admisibilidad), ICC-02/04-01/05-377, 10 de marzo de 2009, ¶¶ 49–52; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (noviembre de 2013), ¶ 47.
[746] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 17(3).
[747] *The Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi* (decisión sobre la admisibilidad), ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 de mayo de 2013, ¶¶ 199–215; *The Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi* (decisión sobre la admisibilidad), ICC-01/11-01/11-466-Red, 11 de octubre de 2013, ¶ 235; ICC-OTP, *Policy Paper on Preliminary Examinations* (noviembre de 2013), ¶ 57.

(cuándo hay una situación y no un caso en específico).[748] El mismo razonamiento aplica respecto de lo previsto en el artículo 19(2)(b) del Estatuto de Roma que señala que "podrán impugnar la admisibilidad de la causa, por uno de los motivos mencionados en el artículo 17, o impugnar la competencia de la Corte (…) Un Estado que tenga jurisdicción en la causa porque está investigándola o enjuiciándola o lo ha hecho antes"[749].

Así, cuándo una situación ha sido referida a la CPI por algún Estado Parte o por el Consejo de Seguridad de la ONU o cuando la Fiscalía de la CPI empieza una investigación motu proprio, se debe notificar a los Estados que tendrían jurisdicción sobre los crímenes referidos.[750] Frente a dicha notificación, los respectivos Estados pueden informar sobre la realización de investigaciones sobre dichos crímenes ("misma persona, misma conducta") y en dicho caso "el Fiscal se inhibirá de su competencia en favor del Estado en relación con la investigación"[751].

Sin embargo, en virtud del principio de complementariedad, la Fiscalía de la CPI asume un rol de supervisión sobre los procesos judiciales domésticos de manera que la Fiscalía "podrá volver a examinar la cuestión de la inhibición de su competencia al cabo de seis meses a partir de la fecha de la inhibición o cuando se haya producido un cambio significativo de circunstancias en vista de que el Estado no está dispuesto a llevar a cabo la investigación o no puede realmente hacerlo"[752]. Esto con miras a asegurar que no exista impunidad en relación con esos crimines que sean competencia de la Corte.[753] Como ha sido señalado por la Fiscalía de la CPI, el objeto y propósito del Estatuto de Roma es asegurar las investigaciones efectivas sobre crímenes internacionales, preferiblemente por los Estados con jurisdicción o, si no, por la Corte[754],

---

[748] Jafari Alavi, Latifa. "Preliminary Ruling regarding Admissibility: International Criminal Court (ICC)". En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, mayo de 2003, ¶ 1.
[749] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 19(2)(b).
[750] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 18(1).
[751] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 18(2).
[752] *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (adoptado el 17 de julio de 1998, entró en vigor el 1 de julio de 2002), 2187 UNTS 3, art. 18(3).
[753] Jafari Alavi, Latifa. "Preliminary Ruling regarding Admissibility: International Criminal Court (ICC)". En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, mayo de 2003, ¶ 31.
[754] ICC-OTP, *Request to authorise resumption of investigation under article 18(2) of the Statute*, ICC-02/17-161, 27 de septiembre de 2021, ¶ 10.

en los casos en que los Estados no quieran o no puedan genuinamente continuar los procedimientos.[755]

A manera de conclusión general, teniendo en cuenta lo expuesto anteriormente, se hace evidente que el Estatuto de Roma utiliza el principio de complementariedad como un dispositivo jurídico para balancear el respeto a la soberanía de los Estados con el imperativo de evitar la impunidad ante los crímenes internacionales más graves. El derecho penal internacional asume que la lucha contra la impunidad requiere ineludiblemente de jurisdicciones nacionales activas. En consecuencia, la Corte Penal Internacional no está diseñada para sustituir a los sistemas judiciales internos, sino para actuar como una red de seguridad que solo interviene, de manera subsidiaria y mediante una estricta supervisión, cuando un Estado demuestra una indisposición genuina o una incapacidad estructural para administrar justicia.

El principio de complementariedad (o subsidiariedad) establece que la competencia para investigar y juzgar graves crímenes internacionales recae preferiblemente en las autoridades estatales en lugar de tribunales supranacionales. A diferencia de los tribunales ad hoc para Ruanda y la ex Yugoslavia, que tenían primacía sobre las jurisdicciones nacionales, la Corte Penal Internacional (CPI) invierte esta lógica otorgando la "primera palabra" al Estado y asumiendo un rol estrictamente subsidiario. Para que un caso sea admisible ante la CPI, se debe evaluar si existe una investigación nacional en curso sobre la misma persona y conducta y si el Estado carece de la disposición o la capacidad para llevar a cabo el enjuiciamiento de forma genuina.

4.3 Conclusión

El desarrollo de este capítulo permite sostener que la subsidiariedad, lejos de ser una cláusula contingente de deferencia o una simple técnica de distribución de competencias, constituye un principio estructural para comprender la ubicación y el ejercicio de la autoridad en un orden

[755] *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* (request to authorise resumption of investigation), ICC-02/17-196, 2021, ¶ 44.

jurídico internacional crecientemente plural y multinivel. La reconstrucción de su genealogía conceptual —desde el *subsidium* grecorromano y su reelaboración en la doctrina social cristiana hasta sus formulaciones contemporáneas— mostró que se trata de una categoría bifaz: por un lado, impone un deber negativo de no suplantación de la unidad menor; por el otro, habilita una función positiva de apoyo, asistencia y, en casos justificados, sustitución. Esa ambivalencia no expresa una contradicción, sino la forma específica en que la subsidiariedad reconcilia autonomía y solidaridad, diversidad y unidad, mediante una articulación constante con los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad. De ahí que su verdadero rendimiento no consista en ofrecer una regla cerrada, sino en ordenar jurídicamente tres hipótesis distintas: el apoyo a la instancia primaria cuando carece de capacidad suficiente, el reemplazo cuando falta voluntad o aptitud para cumplir la función pública y la supervisión cuando la actuación local exige correcciones justificadas para asegurar la eficacia de los fines comunes.

Sobre esa base, el capítulo mostró que la subsidiariedad ya opera, con distinta intensidad, en el derecho internacional general y en varios de sus regímenes especiales. En el plano general, funciona como principio de estructuración de la gobernanza global en un sistema no jerárquico, en el que la autoridad internacional solo resulta legítima cuando puede justificarse frente a la autoridad estatal prima facie competente. En ese sentido, la referencia al artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, a la experiencia del derecho comunitario europeo y a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia permitió identificar una misma racionalidad: las decisiones deben, en principio, permanecer en el nivel más cercano al contexto regulado, salvo que existan razones suficientes para desplazar esa presunción. Lo mismo ocurre en el derecho penal internacional, donde la complementariedad del Estatuto de Roma no constituye una excepción accidental, sino la expresión de una opción estructural por la primacía estatal en la persecución de crímenes internacionales, reservando a la jurisdicción internacional una intervención subsidiaria frente a la inacción, la incapacidad o la falta de genuinidad de los procesos internos. Considerada en conjunto, esta práctica confirma que la subsidiariedad no niega la soberanía, sino que la reordena dentro de un esquema de coordinación, control y eventual corrección internacional.

Es, sin embargo, en el derecho internacional de los derechos humanos donde el principio adquiere su formulación más densa. El capítulo puso de presente que los tratados de derechos

humanos poseen una doble faz: imponen obligaciones directas a los Estados respecto de las personas sometidas a su jurisdicción y, al mismo tiempo, atribuyen a los órganos de supervisión facultades de asistencia, monitoreo y revisión. La subsidiariedad es precisamente la categoría que permite articular esas dos dimensiones sin cancelar ninguna de ellas: preserva la responsabilidad principal del Estado, pero justifica la intervención internacional cuando los estándares convencionales no han sido efectivamente satisfechos. Por ello, su operatividad se expresa en instituciones como el agotamiento de los recursos internos, la fórmula de la cuarta instancia y el diálogo judicial entre jurisdicciones domésticas e internacionales. Tales mecanismos muestran que la protección internacional no está diseñada para transformar a los órganos regionales en tribunales ordinarios de apelación, sino para asegurar, desde una lógica complementaria, el respeto efectivo de los derechos allí donde la respuesta interna resulta insuficiente. Desde esta perspectiva, la subsidiariedad no es un límite externo a la garantía internacional, sino una condición interna de su legitimidad.

La principal contribución del capítulo radica, por tanto, en haber ofrecido una lectura armonizadora de la subsidiariedad, capaz de disminuir la tensión entre soberanía estatal y universalización de los derechos humanos sin vaciar de contenido ninguno de esos dos polos. No se trata de blindar al Estado frente al escrutinio internacional, pero tampoco de convertir a las jurisdicciones internacionales en instancias sustitutivas permanentes de las autoridades nacionales. La consecuencia dogmática de esta tesis es clara: la legitimidad de la intervención internacional depende de que pueda demostrarse, con criterios jurídicos objetivos, que la respuesta del nivel superior es necesaria, idónea y preferible a la adoptada —o no adoptada— por la instancia local. Queda así planteada una agenda ulterior de investigación, particularmente relevante para los sistemas regionales, consistente en precisar los umbrales de suficiencia de la respuesta estatal y la intensidad del control internacional admisible en cada contexto. Pero esa tarea posterior parte ya de una premisa establecida en este capítulo: la subsidiariedad debe ser entendida como un principio estructural del derecho internacional contemporáneo y, de modo especial, del derecho internacional de los derechos humanos, porque es la categoría que mejor explica cómo distribuir autoridad, coordinar jurisdicciones y justificar la intervención internacional sin disolver el espacio primario de decisión que corresponde a los Estados.

Capítulo 5
El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos

En materia de derechos internacional de los humanos, autores como Paolo Carozza756, Samantha Besson757, Francisco Pacual-Vives758, Mauricio Del Toro Huerta759 y José Pastor Ridruejo760, le han reconocido a la subsidiariedad o complementariedad, el carácter de principio fundante y estructural de dicho régimen especial.

La subsidiariedad, es un concepto complejo, que se desarrolla a través de dos dimensiones, por un lado, una dimensión procesal o formal y por el otro, una sustancial. Dichas dimensiones se despliegan a través de tres funciones: (i) una negativa, que busca combatir la centralización de las decisiones en materia de derechos humanos privilegiando el foro doméstico por ser más cercano a la persona; (ii) una positiva, que busca que haya una intervención de los organismos del derecho internacional cuando los Estados actúan arbitrariamente, son reticentes a la protección de los derechos o no tienen las capacidades para brindar el cumplimiento debido a sus obligaciones, y finalmente, una tercera función (iii), centrada en la complementariedad, en la que se articulan con base en el dialogo inter-institucional e inter-judicial, los dos niveles de un sistema multinivel, el interno y el internacional, para mejor promover, prevenir proteger y garantizar los derechos humanos.

---

[756] Carozza, Paolo G. "The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions". *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (junio de 2016): 51–68.
[757] Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?". *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 69–107.
[758] Pascual-Vives, Francisco. "Subsidiarity as a General Principle in International Human Rights Law". En *Consensus-based Interpretation of Regional Human Rights Treaties*. Leiden/Boston: Brill Nijhoff, 2019, 54–71.
[759] Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano". En Manuel Becerra Ramírez (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 23–61.
[760] Pastor Ridruejo, José Antonio. "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme". En *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21.*, Carl Heymanns Verlag, 2005, 1077–1083.

Autores como Carozza y Shelton, entienden que las dimensiones del principio de subsidiariedad se aplican de manera conjunta en el marco del derecho internacional de los derechos humanos bajo la dinámica de un estándar social.[761]

5.1 La dimensión sustancial del principio de subsidiariedad en materia de derechos humanos

La recepción del principio de subsidiariedad en materia de Derechos Humanos, no solamente se limita a discusiones encaminadas a establecer si un Tribunal Internacional tiene competencia o no para resolver una controversia concreta, sino que también enmarca discusiones de fondo sobre el grado de responsabilidad que puede llegar a tener un Estado en el marco del cumplimiento en el derecho interno, de sus obligaciones internacionales. Así, en contextos jurídicos de adjudicación multinivel, como pueden ser los sistemas universales y regionales de derechos humanos, se ha resaltado la necesidad de articular los niveles internos e internacional.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido, que el Sistema Interamericano tiene dos niveles, uno nacional, conformado por las autoridades internas, quienes son las primeramente obligadas a garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y a investigar, y, de ser el caso, juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y otro nivel internacional, constituido por la Comisión y la Corte, y reconocido a sí mismo como complementario, obligado exclusivamente a actuar si un caso concreto no es solucionado en la esfera interna de cada uno de los Estados. En reiteradas oportunidades este Tribunal ha aplicado el principio de subsidiariedad a la discusión sustancial de las controversias, resaltando que las autoridades internacionales no sustituyen a las nacionales, las complementa[762].

---

[761] Carozza, Paolo. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law". *American Journal of International Law* 97 (2003): 38–42; Shelton, Dinah. "Subsidiarity, Democracy and Human Rights". En Donna Gomien (ed.), *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjørn Eide*. Oslo: Scandinavian University Press, 1993, 43.

[762] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, ¶ 128; y *Caso Villamizar Durán y otros v. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, ¶ 129.

Esa dimensión sustancial, como lo afirman Alfonso Santiago y Mauricio del Toro Huerta, implica por lo menos tres aspectos: "a) el reconocimiento de la complementariedad respecto del catálogo de derechos y deberes internacionales impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos y el catálogo de derechos fundamentales establecido en los ordenamientos jurídicos nacionales; b) la universalidad de los derechos humanos y la progresiva conformación de un orden público internacional; y c) la pluralidad de las sociedades nacionales y el reconocimiento de la diversidad cultural"[763].

A nivel normativo, en relación con el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos si bien es cierto que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP] no hace referencia expresa al principio de subsidiariedad, el Comité de Derechos Humanos —el organismo autorizado para la interpretación y verificación del cumplimiento del Pacto—puede conocer peticiones individuales e interestatales en relación con posibles vulneraciones a los derechos y obligaciones contenidos en dicho instrumento, y se ha entendido que tal competencia del Comité es de naturaleza complementaria pues para activar tal mecanismo es necesario el agotamiento de recursos internos, doctrina que se estudiara a profundidad en el siguiente acápite.[764]

A nivel regional, este principio se ha materializado por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su preámbulo, establece: "Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

Interpretando el preámbulo de la Convención Americana y dándole de esa forma alcance al principio de subsidiariedad, la Corte IDH ha indicado en casos como Acevedo Jaramillo y

---

[763] Santiago, Alfonso. "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos. Comunicación en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 7 de agosto de 2013". *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas* (2013): 449–450.

[764] *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, AG Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, art. 41; CCPR, *Observación general No. 31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Parte en el Pacto*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 29 de mayo de 2004, ¶ 2.

otros c. Perú (2006), Amhrein y otros c. Costa Rica (2018) y Rosadio Villavicencio c. Perú (2019), Leite, Peres Crispim y otros c. Brasil (2025), Zapata c. Colombia (2025) y en por lo menos 9 casos más, que el principio de subsidiariedad o complementariedad informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Sistema que es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado:

> "[E]s el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos"[765].

En el mismo sentido, en casos como Tarazona Arrieta y otros c. Perú (2014), Duque c. Colombia (2016), Villamizar Durán c. Colombia (2018) y Colindres Schonenberg c. El Salvador (2019), el tribunal regional también ha aclarado que "el referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa"[766].

---

[765] Corte IDH, *Caso Cuadra Bravo v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de diciembre de 2025. Serie C No. 586, ¶¶ 188, 275; *Caso Iglesias y otros v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2025. Serie C No. 580, voto razonado del juez Alberto Borea Odría, p. 4; *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025. Serie C No. 569, ¶¶ 214–215; *Caso Leite, Peres Crispim y otros v. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2025. Serie C No. 561, ¶¶ 198–199; *Caso Yangali Iparraguirre v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de marzo de 2024. Serie C No. 518, voto disidente de la jueza Nancy Hernández López, ¶ 10; *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020. Serie C No. 409, ¶ 90; *Caso Petro Urrego v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406, ¶¶ 102–103; *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259, ¶ 142; *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, ¶ 66.

[766] Corte IDH, *Caso Vega González y otros v. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024. Serie C No. 519, voto disidente y parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, ¶ 47; *Caso Colindres Schonenberg v. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de

Pero ¿hasta dónde pueden ir las autoridades internacionales en su ejercicio complementario? ¿se trata de una función absoluta que no tiene límites o por el contrario cuáles serían sus límites? Como será desarrollado más adelante en el capítulo 5, no se trata de una función absoluta, pues la subsidiariedad que rige cualquier sistema multinivel que busca seguir un modelo eficiente de gobernanza limita el ejercicio de dicha función, sin embargo, establecer esos límites en abstracto resulta imposible, por eso es imperativo siempre atender al caso concreto. No obstante, la doctrina actual, los desarrollos normativos y jurisprudenciales del derecho internacional general, las decisiones judiciales de otros sistemas regionales y del propio Interamericano, coinciden al afirmar que el análisis del alcance del ejercicio complementario debe estar regido por criterios de razonabilidad, que permitan establecer si el ejercicio complementario internacional es necesario porque ofrece una mejor alternativa —acorde con la realidad de cada Estado— para garantizar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción. Si el complemento diseñado por la esfera internacional es, razonablemente la manera más eficiente de alcanzar los objetivos propios del sistema del cual él hace parte, y si al mismo tiempo constituye una herramienta útil para fortalecer el nivel interno, no para suplantarlo y de esta manera debilitarlo, toda vez que debilitar cualquiera de los niveles que conforman un sistema multinivel es atentar contra el delicado equilibrio que permite la alineación de todos ellos. En últimas, es atentar contra el sistema mismo.

En el Sistema Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, si bien el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no se refiere directamente al principio de subsidiariedad, mediante el protocolo N°16 adoptado en 2013 por el Consejo de Europa se hace referencia expresa en su preámbulo en los siguientes términos: “Considerando que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad (…)”

---

febrero de 2019. Serie C No. 373, ¶ 74; *Caso Villamizar Durán y otros v. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, ¶ 129; *Caso Duque v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, ¶ 128.

En coherencia con lo establecido por la reforma al Convenio Europeo, he incluso antes a su adopción, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Scordino v, Italia* ya había reconocido los elementos de un sistema multinivel regido por el principio de subsidiariedad en los siguientes términos:

> "De conformidad con el artículo 1 del Convenio, que dispone: 'Las Altas Partes Contratantes garantizarán a todos los que estén dentro de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en la sección I del presente Convenio», la responsabilidad principal de **aplicar y hacer cumplir los derechos y libertades garantizados por el Convenio recae en las autoridades nacionales. Por lo tanto, la maquinaria de la reclamación ante el Tribunal de Justicia es subsidiaria de los sistemas nacionales de salvaguardia de los derechos humanos.** Este carácter subsidiario se articula en los artículos 13 y 35, apartado 1, del Convenio"[767] (Traducción libre) (Negrilla fuera del texto original).

De manera similar, en el caso *Varnava y otros v. Turquía*, el Tribunal Europeo sostuvo:

> "En consonancia con el principio de subsidiariedad, es mejor que los hechos de los casos se investiguen y que las cuestiones se resuelvan en la medida de lo posible a nivel nacional. Es en interés del solicitante, y la eficacia del sistema del Convenio, **que las autoridades nacionales, que están en la mejor posición para hacerlo, actúen para poner en práctica cualquier presunta violación** del Convenio"[768] (Traducción libre. Negrilla fuera del texto original).

Finalmente, en el Sistema Africano de Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos no hace una referencia directa al principio de subsidiariedad, sin embrago, su artículo 1º ha sido interpretado de manera que se reconoce una articulación entre los niveles internos e internacional del Sistema, buscando con ello una mayor protección

---

[767] Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala, *Scordino c. Italia (n.º 1)*, no. 36813/97, 2006-V, sentencia de 26 de marzo de 2006, ¶ 140 (traducción no oficial).
[768] Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala, *Varnava y otros v. Turquía*, nos. 16064/90 et al., sentencia de 18 de septiembre de 2009, ¶ 164 (traducción no oficial).

a los derechos. Al respecto la doctrina ha reconocido que el artículo 1 de la carta obliga a los Estados miembros a reconocer y adoptar medidas para derechos y libertades de los estatutos. La naturaleza de las obligaciones contenidas en el art. 1 es tal que son de composición abierta en la medida en que no prescriben ni limitan los tipos de medidas que los Estados miembros pueden o deben emprender para cumplir con sus obligaciones chárter. Esta característica del art 1 debe interpretarse razonablemente para dejar una cantidad significativa de espacio para que los Estados miembros interpreten las disposiciones de la Carta, así como para tomar las decisiones políticas y legislativas necesarias en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones de carta.[769]

En consecuencia, los Estados tienen la obligación, así como la oportunidad, de adoptar mediante su legislación u otros mecanismos, disposiciones para la protección de derechos humanos en su territorio. Igualmente, los Estados cuentan con personal administrativo, judicial y policial para verificar el cumplimiento de tales obligaciones, por lo que de manera directa o indirecta el objetivo de las convenciones regionales es precisamente la protección e implementación de los derechos humanos a nivel nacional. Lo anterior implicaría entonces, que la acción internacional, en casos de derechos humanos, es por naturaleza subsidiaria a la acción nacional.[770]

Por ejemplo, en el caso *Tarazona Arrieta y otros V. Perú,* la Corte IDH debía analizar la responsabilidad internacional del Estado con respecto a la muerte de Zulema Tarazona Arrieta y Norma Pérez Chávez, y las lesiones causadas a Luis Bejarano Laura, como consecuencia de un disparo por parte de un miembro del Ejército, contra un vehículo de transporte público en el que se encontraban las referidas víctimas. La Corte IDH resaltó que la víctima sobreviviente y los familiares de las personas fallecidas habían sido reparadas a nivel interno. Tomando eso en consideración, la Corte IDH recordó que el SIDH parte de una instancia nacional, la cual consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades a nivel interno

[769] Sibanda, Sanele. "Debajo de todo está el principio de subsidiariedad: el principio de subsidiariedad en los sistemas regionales de derechos humanos africanos y europeos". *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 40, no. 3 (2007): 425–448 (traducción no oficial).
[770] Neuman, Gerald L. "Subsidiarity". En Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, part III. Oxford: Oxford University Press, 2013.

previstos en la CADH, así como de sancionar las infracciones que se cometieren. Si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la CADH prevé una instancia internacional en la que los órganos principales son la CIDH y la Corte IDH. Además, la Corte IDH señaló que cuando una cuestión ya ha sido resuelta definitivamente en el orden interno, según las cláusulas de la CADH, no es necesario traerla a la Corte IDH para su aprobación o confirmación.[771]

Del análisis de las decisiones previamente mencionadas se deprende que el principio de subsidiariedad es un pilar fundamental para el ejercicio de competencia en el marco de los derechos humanos, especialmente en el SIDH y en el sistema europeo.[772]

5.2 El margen de apreciación del tribunal europeo y los retos frente a la subsidiariedad en el sistema interamericano

En esta sección ahondaremos en la doctrina del margen de apreciación (en adelante "MA"), propia del Sistema Europeo de Derechos Humanos (en adelante "SEDH"), y en su acogida (o falta de ella) por parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante "SIDH"). Para ello, se hará referencia al (i) origen del concepto de MA en la jurisprudencia del SEDH, (ii) la consolidación del concepto, (iii) su tratamiento en el SIDH y, finalmente (iv) los escenarios en que resulta fundamental su aplicación para la defensa de derechos humanos en contextos específicos.

---

[771] Corte IDH, *Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014, ¶¶ 135, 136 y 139.

[772] El principio de subsidiariedad se ha analizado en varios casos, incluyendo: Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*, sentencia de 24 de noviembre de 2006, ¶ 66; *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Perú*, sentencia de 1 de septiembre de 2015, ¶ 159; *Caso Duque v. Colombia*, sentencia de 26 de febrero de 2016, ¶ 128; Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala, *"Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" (Belgian Linguistic Case)*, sentencia de 23 de julio de 1968, Serie A No. 6, ¶ 10; *France v. No. 53924/00*, ECHR 2004-VIII, ¶ 82; *Artico v. Italy*, sentencia de 13 de mayo de 1980, Serie A No. 37, ¶ 33.

5.2.1 Origen del concepto de margen de apreciación en la jurisprudencia del TEDH

El primer recurso a la doctrina del MA se produjo en la jurisprudencia del SEDH como una respuesta a la diversidad de tradiciones culturales y jurídicas adoptadas por cada Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante el "Convenio")[773]. De esta forma, la doctrina garantiza "un nivel mínimo de protección humana"[774] mientras que al mismo tiempo "permite cierto margen de diferenciación a la luz de las particularidades de cada jurisdicción"[775]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el "Tribunal" o" TEDH") desarrolló la doctrina para alcanzar una flexibilidad necesaria para evitar confrontaciones perjudiciales entre ese órgano y los Estados parte del Convenio, y le permite al Tribunal equilibrar la soberanía de los Estados con sus obligaciones en virtud de aquel[776].

El origen de la doctrina del MA, como técnica de interpretación, se remonta a 1958 en una decisión emitida por la Comisión Europea de Derechos Humanos de un asunto interestatal, *Grecia c. Reino Unido*[777]. En esta oportunidad, la Comisión concluyó que, al gobierno demandado, en relación con el artículo 15 del Convenio, se le concedía "cierta medida de discrecionalidad"[778] y, en ese sentido, los Estados "tienen su propia evaluación de la existencia de una 'emergencia pública que amenaza la vida de la nación'"[779]. Tres años más adelante, en su primer caso, *Lawless c. Irlanda*[780], el Tribunal sostuvo que se debía dar igualmente un margen de discreción a los Estados al determinar la existencia de un peligro que amenazara la vida de la nación en relación, también, con el artículo 15.

---

[773] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation*. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).
[774] Frantziou, Eleni. *The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law*. University College London, 2014, 2 (traducción propia).
[775] *Ibíd.*
[776] Fenwick, Helen. *Civil Liberties and Human Rights*. London: Cavendish Publishing Limited, 2005, 34–37 (traducción propia).
[777] Ainoko, Aduku Abdul. "The Margin of Appreciation Doctrine and the European Court of Human Rights: The Inconsistent Application in the Interpretation of the Right to Freedom of Expression and the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion". *Strathclyde Law Review* (2022): 93 (traducción propia).
[778] Comisión Europea de Derechos Humanos, *Grecia v. Reino Unido*, aplicación no. 176/56 (1958), ¶ 136 (traducción propia).
[779] *Ibíd.*
[780] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Lawless v. Ireland* (1961) (traducción propia).

En el *Caso "Relativo a Determinados Aspectos De Las Leyes Sobre El Uso De Lenguas En La Educación En Bélgica" c. Bélgica*, en 1968, el Tribunal se atrevió a dar un paso hacia delante en el desarrollo de la aún prematura teoría. En esta oportunidad, el TEDH estableció que:

> "El Tribunal no puede ignorar aquellos elementos de hecho y de derecho que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como Parte Contratante, debe responder por la medida en litigio. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, porque perdería de vista el carácter subsidiario del mecanismo internacional de aplicación colectiva establecido por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en aquellas materias que se rigen por el Convenio. El control del Tribunal se refiere únicamente a la conformidad de estas medidas con los requisitos del Convenio."[781]

La expresión "margen de apreciación" fue usada de forma expresa por el Tribunal por primera vez diez años después, en el caso de *Irlanda c. Reino Unido*, en 1978. En este caso, el TEDH indicó que el artículo 15 del Convenio daba a las autoridades un "amplio margen de apreciación"[782], y que aquel margen doméstico "va acompañado así de una supervisión europea"[783]. No obstante, la aplicación de esta doctrina emergente no se restringía a la aplicación del artículo 15 del Convenio. En 1971, en el caso *Vagrancy de Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, el Tribunal utilizó el MA a través de la interpretación del artículo 8(2) del Convenio, contentivo del derecho a la vida privada y familiar y la no injerencia de la autoridad pública en aquella, excepto cuando resulte necesario en una sociedad democrática. Se concluyó que las autoridades belgas no transgredieron el poder de apreciación, enfatizando en que "incluso en los casos de personas detenidas por vagancia, esas autoridades tenían motivos suficientes para creer que era

[781] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso "Relativo a determinados aspectos de las leyes sobre el uso de lenguas en la educación en Bélgica" v. Bélgica* (1968), ¶ 10 (traducción propia).
[782] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Irlanda v. Reino Unido* (1978), ¶ 207 (traducción propia).
[783] *Ibíd.,* ¶ 208.

"necesario" imponer restricciones con el fin de prevenir delitos de desorden, proteger la salud o la moral y proteger los derechos y libertades. de los demás"[784].

El verdadero punto de despegue de la teoría hasta ahora sugerida por el Tribunal se dio en el caso hito de *Handyside c. Reino Unido*, considerado hoy en día como fundacional en el desarrollo de el abordaje del TEDH a esta doctrina[785]. En esta oportunidad, el Tribunal tuvo la tarea de examinar si la confiscación de un libro llamado "Little Red School Book", destinado a adolescentes y que contenía información sobre sexo, masturbación, anticonceptivos, menstruación, pornografía, homosexualidad y aborto, violaba el derecho a la libertad de expresión. A partir de este pronunciamiento, el Tribunal introdujo la idea de que el mecanismo de protección establecido por el Convenio es subsidiario respecto a los sistemas nacionales que protegen los derechos humanos. Esto, en la medida en que:

> "El Convenio deja a cada Estado Contratante, en primer lugar, la tarea de asegurar los derechos y libertades que consagra. (…) Por su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están, en principio, en una mejor posición que el juez internacional para opinar sobre el contenido exacto de estos requisitos, así como sobre la "necesidad" de una "restricción" o "sanción" destinada a satisfacerlos.
>
> (…) En consecuencia, el Artículo 10 párrafo 2 deja a los Estados Contratantes un margen de apreciación, tanto al legislador nacional como a los órganos judiciales, entre otros, llamados a interpretar y aplicar las leyes vigentes. Sin embargo, este margen no otorga a los Estados Contratantes un poder ilimitado de apreciación. El Tribunal, responsable junto con la Comisión de garantizar el cumplimiento de los compromisos de esos Estados, tiene la facultad de dictaminar si una "restricción" o "sanción" es compatible con la libertad de expresión. El margen nacional de apreciación va de la mano con una supervisión europea, que abarca tanto el objetivo de

[784] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *De Wilde, Ooms y Versyp v. Bélgica* (1971), ¶ 93 (traducción propia).
[785] Legg, Andrew. "Part II Practice: Factors affecting the margin of appreciation. Democracy and Participation". En *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 12 (traducción propia).

> la medida impugnada como su "necesidad", cubriendo tanto la legislación básica como la decisión que la aplica, incluso aquella dictada por un tribunal independiente."[786]

Con posterioridad a la introducción de este concepto, a través de jurisprudencia en desarrollo de distintas provisiones contenidas en el Convenio – en particular las de libertad de expresión, libertad de asociación, libertad de pensamiento conciencia y religión, y derecho a la privacidad[787]–, el concepto de MA se rige bajo los criterios que a continuación se exponen.

5.2.2 Evolución y consolidación del concepto del margen de apreciación

La novedosa propuesta de implementación del MA en el contexto de Tribunal, en principio, generó dudas acerca de la libertad interpretativa que ella otorgaba a las autoridades nacionales sobre provisiones contenidas en el Convenio. No obstante, su desarrollo jurisprudencial ha sido lo suficientemente detallado hasta llegar el punto de establecer los siguientes como criterios y principios interpretativos y de aplicación de la doctrina: (i) protección efectiva, (ii) subsidiariedad y revisión, (iii) interferencias permitidas con los derechos del Convenio, (iv) proporcionalidad, y (v) el estándar de "consenso europeo"[788]. Cada uno de ellos se explicará brevemente a continuación.

i. Protección efectiva

Este primer principio se entiende como inherente al texto del Convenio. Su propósito principal es sostener que, dado que la función primordial del Convenio es la protección efectiva de los derechos humanos más que el cumplimiento de obligaciones mutuas entre Estados, sus disposiciones no deben interpretarse restrictivamente en deferencia a soberanía nacional.[789]

---

[786] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. Reino Unido* (1976), ¶¶ 48–49 (traducción propia).
[787] Frantziou, Eleni. *The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law*. University College London, 2014, 3 (traducción propia).
[788] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation*. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).
[789] Van Dijk, Pieter, y Van Hoof, G.J.H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Deventer: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1998, 74 (traducción propia).

ii. Subsidiariedad y revisión

El principio de subsidiariedad, por un lado, propone que el propio Estado debe decidir democráticamente qué es lo que le conviene[790]. El principio de revisión, por el otro, establece que el papel de la Corte no es el de tribunal de apelación final o "cuarta instancia"[791]. Con fundamento en esto, la principal responsabilidad para la garantía de los derechos previstos en el Convenio recae en los Estados Contratantes o partes del mismo, reduciendo el rol de los órganos correspondientes (sean ellos el Consejo, la Comisión o el Tribunal) tienen sobre su implementación y los limita al desarrollo de una función de veeduría. Es decir, los obliga a garantizar que las autoridades pertinentes hayan hecho aplicación de las provisiones del Convenio dentro de sus límites[792].

Uno de los casos en que el Tribunal ha sido más enfático en el desarrollo de este concepto de subsidiariedad fue en el emblemático *S.A.S. c. Francia*, en virtud del cual del TEDH concluyó que la restricción por parte del Estado del porte del burka y el hiyab, representativo de las mujeres musulmanas, era legítima y permitida. En esta decisión, el órgano concluyó que:

> "También es importante destacar el papel fundamentalmente subsidiario del mecanismo del Convenio. Las autoridades nacionales tienen legitimación democrática directa y, como ha sostenido la Corte en muchas ocasiones, en principio están en mejores condiciones que un tribunal internacional para evaluar las necesidades y condiciones locales. En cuestiones de política general, en las que las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden razonablemente diferir ampliamente, se debe dar especial importancia al papel del responsable de la formulación de políticas

[790] Clayton, Richard, y Tomlinson, Hugh. *The Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 285 (traducción propia).
[791] Macdonald, Ronald St. J., Matscher, Franz, y Petzold, Herbert. *The European System for the Protection of Human Rights*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993, 41 (traducción propia); ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Interlaken Follow-up – Principle of Subsidiarity* (2010), 12–17.
[792] Schokkenbroek, Jeroen. "The Basis, Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Journal* (1998) (traducción propia); ver también Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Interlaken Follow-up – Principle of Subsidiarity* (2010), 12–17.

internas (…). Éste es el caso, en particular, cuando están en juego cuestiones relativas a la relación entre Estado y religiones (…)"[793].

iii. Interferencias permitidas con los derechos del Convenio

El Convenio parte del reconocimiento de que muchos de los derechos contenidos en él son condicionales y su desarrollo se puede interferir con circunstancias particulares. Este es el tipo de escenarios en que la doctrina del MA reviste particular importancia, pues sugiere la implementación de medidas que, a simple vista, podrían entenderse como infracciones del Convenio. Estas "infracciones", sin embargo, debe poseer ciertas características y seguir ciertos lineamientos que han sido establecidos tanto por el Convenio como por la jurisprudencia del Tribunal para llegar a ser consideradas como legítimas. Los requisitos correspondientes se explican a continuación.

a. Prescrito por ley o de conformidad con la ley

El primero de los requisitos, por supuesto, encuentra su principal base en el principio de legalidad. Para ello, ordena el cumplimiento adicional, a su vez, de tres requisitos. En primer lugar, cualquier disposición que interfiera con los derechos del Convenio debe imponer un elemento suficiente de control sobre quien toma las decisiones pertinentes para evitar el ejercicio de acciones arbitrarias[794]. Así, en el caso *Malone c. Reino Unido*[795], el Tribunal sostuvo que debe existir una medida de protección jurídica contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas en el derecho previsto en el artículo 8, especialmente cuando un poder del ejecutivo se ejerce en secreto y se corre el riesgo evidente de arbitrariedad. En tal sentido, el TEDH concluyó que "[l]a ley debe indicar el alcance de dicha discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la forma de ejercerla con suficiente claridad, teniendo en cuenta el objetivo legítimo de la medida en cuestión, para brindar al individuo una protección adecuada contra injerencias arbitrarias"[796].

[793] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.A.S. v. Francia* (2014), ¶ 130 (traducción propia).
[794] Foster, Steve. *Human Rights and Civil Liberties*. Harlow: Longman, 2003, 44 (traducción propia).
[795] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Malone v. Reino Unido* (1984), ¶ 68 (traducción propia).
[796] *Ibíd.*

El segundo requisito, la accesibilidad, insiste en que una persona que probablemente se vea afectada por la norma debe tener acceso a ella. El incumplimiento de este requisito fue evidente en el caso *Silver y otros c. Reino Unido*[797], relativo a la regulación de la correspondencia de los reclusos mediante directrices administrativas elaboradas por el Secretario de Estado para el Servicio Penitenciario. El Tribunal sostuvo que "la ley debe ser adecuadamente accesible: el ciudadano debe poder tener una indicación adecuada, según las circunstancias, de las normas jurídicas aplicables a un caso determinado"[798]. En el análisis del caso concreto, el TEDH encontró que la mayoría de las restricciones a la correspondencia de los presos podían deducirse del contenido de la ley formal (la Ley de Prisiones de 1952 y las Reglas de Prisiones de 1964). Sin embargo, esas restricciones contenidas únicamente en Reglamentos no legales y no publicados no estaban de acuerdo con la ley en el artículo 8(2), en la medida, justamente, en que no habían sido publicadas[799].

El tercer requisito, la certeza, significa que la ley debe ser lo suficientemente clara como para permitir que los individuos gobiernen su comportamiento futuro. Así, en el caso *Sunday Times c. Reino Unido*[800] se consideró que una ley debía formularse con:

> "(…) precisión suficiente para permitir al ciudadano regular su conducta: debe poder -si es necesario, con el asesoramiento adecuado- prever, en la medida que sea razonable según las circunstancias, las consecuencias que una acción determinada puede conllevar. Esas consecuencias no tienen por qué ser previsibles con absoluta certeza: la experiencia demuestra que esto es inalcanzable. Una vez más, si bien la certeza es muy deseable, puede traer consigo una rigidez excesiva y la ley debe poder seguir el ritmo de las circunstancias cambiantes. En consecuencia, muchas leyes están inevitablemente redactadas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica."[801]

---

[797] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Silver y otros v. Reino Unido* (1983), ¶ 87 (traducción propia).
[798] *Ibíd.*
[799] *Ibíd.*
[800] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Sunday Times v. Reino Unido* (1979), ¶ 49 (traducción propia).
[801] *Ibíd.*

b. Perseguir objetivos legítimos

El Convenio se ha preocupado por determinar de forma expresa y taxativa cuáles son los derechos que pueden llegar a ser restringidos o que, en el marco del MA, permiten algún grado de discreción en aplicación por parte de las autoridades correspondientes en cada uno de los Estados miembros. Así, su artículo 18 ha establecido que "[l]as restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertados no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas".

El requisito de que dicha aplicación deba perseguir objetivos legítimos se refiere a que las posibles restricciones que se hagan al derecho deben ir en concordancia y estricto cumplimiento con las condiciones para ello contempladas en el Convenio[802]. En otras palabras, cualquier interferencia con los derechos del Convenio debe responder a ese objetivo legítimo y el Estado miembro debe demostrar que la disposición legal pertinente perseguía uno de los objetivos establecidos y se aplicó genuinamente al solicitante en un caso particular. Así, un fin legítimo no puede ser pretexto para una medida adoptada con otro fin indebido[803].

Por exponer algunos derechos sujetos a restricción legítima a modo de ejemplo, veamos el artículo 9 del Convenio, referente a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Según esta disposición, aquel puede ser restringido siempre que sea proscrito por ley y que "constituya una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás". El Tribunal hizo un análisis exhaustivo de la interferencia con este derecho en el mencionado caso *S.A.S. c. Francia*, en el cual estableció que:

> "El Tribunal observa en primer lugar que la "seguridad pública" es uno de los objetivos enumerados en el segundo párrafo del artículo 9 del Convenio (*sécurité publique* en el texto francés) y también en el segundo párrafo del artículo 8 (*sûreté*

[802] Janis, Mark, Kay, Richard, y Bradley, Anthony. *European Human Rights Law: Texts and Materials*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 146–164 (traducción propia).
[803] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation,* disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).

> *publique* en el texto francés). Toma nota además de la observación del Gobierno a este respecto de que la prohibición impugnada de usar, en lugares públicos, prendas diseñadas para ocultar el rostro satisfizo la necesidad de identificar a las personas con el fin de evitar peligros para la seguridad de las personas y de los bienes y de combatir el fraude de identidad. (…) En consecuencia, el Tribunal acepta que, al adoptar la prohibición impugnada, el legislador buscó abordar cuestiones de "seguridad pública" en el sentido de los artículos 8 y 9, párrafos segundos, del Convenio."[804]

Otro ejemplo para destacar deriva de las posibles restricciones al artículo 10 del Convenio, contentivo del derecho a la libertad de expresión. De acuerdo con la normativa bajo estudio, el derecho puede ser restringido en ocasiones previstas por la ley "que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial". El TEDH analizó a profundidad esta prerrogativa, entre otros, en el caso *Nagla c. Latvia*, en el cual el Tribunal, sin mayores reparos, concluyó que la medida restrictiva del artículo 10 del Convenio había perseguido fines legítimos al buscar la prevención de un delito y la protección de los derechos ajenos, ambos fines permitidos por el Convenio[805].

c. Necesario en una sociedad democrática

La última de las características que debe ser acreditada consiste en que no basta con que el Estado interfiera con los derechos en ejercicio de un fin legítimo, sino que, en adición a esto, el Tribunal, al hacer un análisis sobre la restricción, debe considerarla necesaria dadas las circunstancias. El concepto de necesidad varía de acuerdo con las necesidades de cada sociedad, razón

[804] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.A.S. v. Francia* (2014), ¶ 115 (traducción propia).
[805] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nagala v. Latvia* (2013), ¶ 95 (traducción propia).

por la cual está de alguna forma sujeto al MA[806]. De forma más clara, el ya mencionado caso *Handyside c. Reino Unido*, el TEDH estableció que:

> "(…) no es posible encontrar en el derecho interno de los distintos Estados contratantes una concepción europea uniforme de la moral. La visión adoptada por sus respectivas leyes sobre las exigencias de la moral varía de tiempo en tiempo y de lugar en lugar, especialmente en nuestra época, que se caracteriza por una evolución rápida y de gran alcance de las opiniones sobre el tema. Debido a su contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países, las autoridades estatales están en principio en mejor posición que el juez internacional para emitir una opinión sobre el contenido exacto de estos requisitos, así como sobre la "necesidad" de una "restricción" o "pena" destinada a cumplirlos. El Tribunal señala en este momento que, si bien el adjetivo "necesario", en el sentido del artículo 10, párr. 2 (art. 10-2), no es sinónimo de "indispensable" (…), ni tiene la flexibilidad de expresiones tales como "admisible", "ordinario" (…), "útil" (…), "razonable" (…) o "deseable". Sin embargo, corresponde a las autoridades nacionales hacer una evaluación inicial de la realidad de la necesidad social apremiante que implica la noción de "necesidad" en este contexto.
>
> En consecuencia, el artículo 10 párr. 2 (art. 10-2) deja a los Estados contratantes un margen de apreciación. Este margen se concede tanto al legislador interno ("prescrito por la ley") como a los órganos, judiciales entre otros, llamados a interpretar y aplicar las leyes vigentes (…)."[807]

El reflejo de esta conclusión se puede ver de forma clara, por ejemplo, en el caso *S.A.S. c. Francia*, en el cual el Tribunal estableció lo siguiente en relación con el derecho a la libertad de pensamiento conciencia y religión:

---

[806] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation*. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).
[807] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. Reino Unido* (1976), ¶ 48 (traducción propia).

"En lo que respecta al artículo 9 del Convenio, el Estado debería, en principio, tener un amplio margen de apreciación para decidir si una limitación del derecho a manifestar la propia religión o creencias es "necesaria" y en qué medida. Dicho esto, al delimitar el alcance del margen de apreciación en un caso determinado, el Tribunal también debe tener en cuenta lo que está en juego en el mismo (…). También puede, si procede, tener en cuenta cualquier consenso y valores comunes que surjan de las prácticas de los Estados Parte en el Convenio (…).

En la sentencia *Leyla Şahin* (…), el Tribunal señaló que este sería el caso, en particular, cuando se tratara de regular el uso de símbolos religiosos en las instituciones educativas, especialmente en vista de la diversidad de enfoques adoptados por los gobiernos nacionales y autoridades sobre el tema. Haciendo referencia a la sentencia *Otto-Preminger-Institut contra Austria* (…) y la decisión en *Dahlab contra Suiza* (…), añadió que, por tanto, no era posible discernir en toda Europa una concepción uniforme de la importancia de la religión en la sociedad y que el significado o el impacto de la expresión pública de una creencia religiosa diferirían según el tiempo y el contexto. Observó que, por consiguiente, las normas en este ámbito variarían de un país a otro según las tradiciones nacionales y las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás y de mantener el orden público. De esto concluyó que la elección del alcance y la forma de tales normas debe inevitablemente dejarse en manos del Estado en cuestión, ya que dependería del contexto interno específico (…).

Este margen de apreciación, sin embargo, va de la mano de una supervisión europea que abarca tanto la ley como las decisiones que la aplican. La tarea del Tribunal es determinar si las medidas adoptadas a nivel nacional estaban justificadas en principio y eran proporcionadas.[808]"

[808] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, *S.A.S. v. Francia*, demanda no. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014, ¶¶ 129–131.

Ahora bien, bajo este entendido, el criterio o característica de necesidad en una sociedad democrática va estrictamente ligado a las visiones, morales, virtudes y cosmovisión que dicha sociedad democrática defienda y bajo los cuales se rija. En consecuencia, representa un elemento óptimo de ejemplo y reflejo de la importancia de la doctrina del MA.

iv. Proporcionalidad

Este requisito corresponde al criterio de proporcionalidad que se encuentra en el centro del estudio que ha hecho el Tribunal sobre la razonabilidad de la restricción de algunos de los derechos del Convenio[809]. Si bien la doctrina de MA surge del reconocimiento de otorgar espectro de discreción a las autoridades de los Estados miembros, lo cierto es que el Tribunal debe velar porque la interferencia en el ejercicio de los derechos del Convenio no sea una innecesaria. Por este motivo, el principio de proporcionalidad exige que exista una relación razonable entre el objetivo particular que se desea alcanzar y los medios utilizados para alcanzar ese objetivo[810].

A pesar de que la definición del requisito de proporcionalidad parece ser unánime, lo cierto es que hay ciertas variaciones en la forma en que la jurisprudencia ha hecho un acercamiento a la manera en que se avalúa. Este *test*, en efecto, ha estado sujeto a cierta evolución natural que parece reflejar estándares de revisión en diferentes contextos. Para empezar, hay un enfoque estricto establecido en el caso primigenio de la doctrina de MA, ya antes referido: *Handyside c. Reino Unido*. Se trata de un *test* que al Tribunal ha entendido que se aplica en eventos en que están en juego derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el cual estuvo en juego en dicho caso, y consiste en dar respuesta a cuatro preguntas[811]:

i. ¿Existe una necesidad social apremiante de alguna restricción del Convenio? En el caso bajo estudio, el Tribunal hizo una acotación de importancia a resaltar, consistente en el reconocimiento de que corresponde a las autoridades nacionales hacer el análisis inicial

[809] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation*. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).
[810] Clayton, Richard, y Tomlinson, Hugh. *The Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 278 (traducción propia).
[811] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation*. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).

acerca de la realidad de la necesidad social apremiante[812], que se deriva del análisis del concepto de "necesidad" antes estudiado.

ii. En caso afirmativo, ¿corresponde la restricción particular a esta necesidad?

iii. En caso afirmativo, ¿se trata de una respuesta proporcionada a esa necesidad?

iv. En todo caso, ¿las razones presentadas por las autoridades son pertinentes y suficientes?

Ahora bien, un análisis similar se hace con respecto al derecho a la libertad de pensamiento conciencia y religión. Por ejemplo, en el caso *Dahlab c. Suiza*, al Tribunal reconoció que debía "sopesar los requisitos de la protección de los derechos y libertades de otros frente a la conducta de la que se acusa al demandante. En el ejercicio de su competencia de control, el Tribunal debe examinar las decisiones judiciales impugnadas en el contexto del caso en su conjunto"[813]. En el análisis acerca de la proporcionalidad de la medida de impedir que profesoras utilizaran velos que cubrieran sus rostros frente a sus pupilos, el Tribunal concluyó que "puede considerarse justificada en principio y proporcionada al objetivo declarado de proteger los derechos y libertades de los demás, el orden y la seguridad públicos"[814].

A una conclusión similar llegó en el ya mencionado y emblemático caso de *S.A.S. c. Francia* en donde se restringió ese mismo derecho, y el TEDH estableció de forma expresa que "teniendo en cuenta en particular la amplitud del margen de apreciación concedido al Estado demandado en el presente caso, el Tribunal considera que la prohibición impuesta por la Ley de 11 de octubre de 2010 puede considerarse proporcionada al objetivo perseguido, a saber, la preservación de las condiciones de "convivencia" como elemento de la "protección de los derechos y libertades de los demás"[815].

---

[812] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. Reino Unido* (1976), ¶ 48 (traducción propia).
[813] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dahlab v. Suiza* (2001) (traducción propia).
[814] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dahlab v. Suiza* (2001) (traducción propia).
[815] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *S.A.S. v. Francia* (2014), ¶ 157 (traducción propia).

En contextos distintos, es decir, en escenarios en donde las restricciones se hacen respecto de otros derechos, el Tribunal parece hacer un análisis más laxo respecto de los requisitos para acreditar la proporcionalidad. En eventos de restricción del derecho a la propiedad, por ejemplo, el TEDH ha basado su análisis de proporcionalidad en la existencia de "una relación razonable entre los medios y el fin que se pretende alcanzar", como lo concluyó, por ejemplo, en casos como *Phillips c. Reino Unido*[816] y *Balsamo v. San Marino*[817]. La forma en que se ha desarrollado la jurisprudencia en relación con las posibles restricciones a este derecho sugiere, entonces, que se hace teniendo en cuenta un "equilibrio justo" entre los intereses generales e individuales en juego, como se concluyó finalmente en casos como *Beyeler c. Italia*[818] y *Ališić y otros c. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*[819]. En otras palabras, en casos que involucran una presunta violación del derecho a la propiedad, el Tribunal debe determinar si por acción o por omisión del Estado la persona interesada tuvo que soportar una carga desproporcionada y excesiva[820]. No obstante, lo anterior, el TEDH ha indicado que la posible existencia de soluciones alternativas no hace que la legislación sea ilícita en materia de derecho de propiedad; y que no corresponde al Tribunal considerar si la legislación representa la mejor manera de abordar el problema o si la discrecionalidad legislativa debería haberse ejercido de otra manera[821].

Lo anterior da cuenta de que el Tribunal ha tenido en cuenta distintos factores para hacer análisis de *tests* de proporcionalidad en atención a los contextos y, sobre todo, lo derechos en cuestión. Sin embargo, en términos generales, e independientemente del contexto del que se trate, el TEDH ha determinado criterios que considera transversales en el análisis de proporcionalidad para determinar si la interferencia con alguno de los derechos del Convenio es desproporcionadamente restrictiva. El grado de interferencia en que se restringe el derecho es importante. Así, el Tribunal ha considerado desproporcionadas las injerencias si ellas resultan en el

[816] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Phillips v. Reino Unido* (2001), ¶ 51, 52 (traducción propia).
[817] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Balsamo v. San Marino* (2019), ¶ 81 (traducción propia).
[818] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Beyeler v. Italia* (2000), ¶ 107 (traducción propia).
[819] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Ališić y otros v. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia* (2014), ¶ 108 (traducción propia).
[820] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights* (2022), 30 (traducción propia).
[821] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *James y otros v. Reino Unido* (1986), ¶ 51 (traducción propia).

menoscabo de la esencia misma del derecho[822]. Cuando se trata de interferencias, excepto las que afectan a los derechos de propiedad, la Corte a menudo ha decidido la cuestión de la proporcionalidad preguntando si una medida particular podría lograrse por medios menos restrictivos. Por ejemplo, en el caso *Campbell c. Reino Unido*, el Tribunal rechazó la justificación para abrir y leer toda la correspondencia entre los presos y sus abogados, señalando que el servicio penitenciario podía abrir, pero no leer, para ver si contenía adjuntos ilícitos[823].

Lo anterior sugiere, en síntesis, que la interrelación entre la doctrina del MA y el *test* de proporcionalidad comprende los siguientes como factores de importante análisis[824]:

i. La importancia del derecho en cuestión, teniendo en cuenta que el TEDH ha identificado algunos derechos del Convenio como fundamentales[825].

ii. La objetividad de la restricción en cuestión, ya que en casos como *Muller c. Suiza*, el Tribunal ha distinguido entre la naturaleza objetiva de mantener la autoridad de poder judicial (que dejaba un margen de apreciación más estrecho para el Estado) y la naturaleza subjetiva de la protección de la moral, donde el TEDH debía ser más laxo a las opiniones internas[826].

La evaluación acerca del cumplimiento de la proporcionalidad de las medidas restrictivas marca el último de los pasos que el Tribunal ha tenido en cuenta para determinar la legitimidad de la restricción de los derechos contenidos en el Convenio. Como se vio, cada uno de los requisitos que el TEDH ha considerado como necesarios, si bien se ha consolidado con el desarrollo jurisprudencial, deja siempre, en todo caso, espacio para que dichos análisis se hagan

---

[822] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Caso "Relativo a determinados aspectos de las leyes sobre el uso de lenguas en la educación en Bélgica" v. Bélgica* (1968), ¶ 42 (traducción propia).
[823] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Campbell v. Reino Unido* (1992), ¶ 33 (traducción propia).
[824] Clayton, Richard, y Tomlinson, Hugh. *The Law of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2000, 278 (traducción propia).
[825] Ver, por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Delcourt v. Bélgica* (1970), en el cual el TEDH concluyó que el derecho al debido proceso era un derecho fundamental; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Dudgeon v. Reino Unido* (1981), en el cual el TEDH concluyó que el derecho a la vida privada era un derecho fundamental; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Handyside v. Reino Unido* (1976), en el cual el TEDH concluyó que el derecho a la libertad de expresión era un derecho fundamental.
[826] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Muller v. Suiza* (1988), ¶ 36, 43 (traducción propia).

a la luz de las particularidades concretas de cada caso y, en particular, de cada Estado. Esto muestra una clara coherencia entre la doctrina del MA y la prerrogativa de restricción legítima de derechos en el contexto europeo.

v. El estándar de consenso europeo

El estándar del "consenso europeo" es una etiqueta genérica utilizada para describir la investigación del Tribunal sobre la existencia o inexistencia de un terreno común, principalmente en la legislación y la práctica de los Estados miembros[827].

Esta norma ha desempeñado un papel clave en el carácter más amplio o restringido que adopta en la práctica la aplicación del MA. En términos generales, la existencia de patrones similares de práctica o regulación en los diferentes Estados miembros legitimará un margen de apreciación más amplio para el Estado que se mantenga dentro de ese marco y deslegitimará los intentos de separarse de ellos[828]. En este contexto, la inexistencia de un consenso europeo sobre la materia irá normalmente acompañada de un margen de apreciación más amplio concedido al Estado en cuestión[829].

5.2.3 Tratamiento del concepto de margen de apreciación en el SIDH

Así como el SEDH se basa en la interpretación y aplicación del Convenio, el SIDH de basa en la interpretación y aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la "Convención"). Algunos autores afirman que la Convención es más precisa que el Convenio en cuanto a la enunciación de sus obligaciones "de tal forma que, según los artículos 1.1 y 2º de la [Convención], los deberes generales asumidos por los Estados frente a cada uno de los derechos consagrados en esta son, por una parte, el de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y el de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna; y, por otra, "adoptar con arreglo a sus procedimientos

[827] Consejo de Europa, *The Margin of Appreciation*. Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp (traducción propia).
[828] *Ibíd.*
[829] *Ibíd.*

constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Esta última obligación no existe expresamente en el Sistema Europeo"[830].

El funcionamiento propio del SIDH otorga a los órganos interamericanos la facultad de "imponer criterios de valoración de conceptos indeterminados con base convencional sólida"[831]. Consecuentemente, "no estamos ante una intromisión en aspectos que son propios del ámbito nacional, sino frente a expresiones del ejercicio de las funciones que los propios Estados han conferido a los órganos de control en ejercicio de la soberanía nacional"[832]. Esta opinión es compartida por el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH"), Antonio Cançado Trindade, quien sostiene que "[a]fortunadamente tal doctrina [margen de apreciación] no ha encontrado un desarrollo paralelo explícito bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos"[833].

El autor Claudio Nash Rojas ha sugerido, al respecto, lo siguiente:

> "En ese sentido, debe entenderse el artículo 2º de la [Convención] en cuanto obliga a los Estados a tomar todas "las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Esta obligación, de acuerdo con la doctrina, se cumple de alguna de estas dos formas: dictando normas que desarrollen el contenido de los derechos reconocidos en [la Convención] o suprimiendo aquellas que lo obstaculicen.
>
> (…) Cuando hablamos de margen de apreciación, estamos planteando que existe un espacio de inhibición de la protección internacional en deferencia de la apreciación nacional sobre el contenido de elementos normativos indeterminados propios de la protección internacional de derechos humanos. Ninguna de las concesiones de

[830] Nash Rojas, Claudio. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2018).
[831] *Ibíd.*
[832] *Ibíd.*
[833] Cançado Trindade, Antônio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2.ª ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, 389.

> espacios de discrecionalidad que entrega la [Convención] puede conducir a una interpretación sobre una suerte de recepción convencional de la doctrina del margen de apreciación."[834]

Sin embargo, no todos los autores han compartido esta teoría. Por ejemplo, Héctor Faúndez Ledesma ha señalado que "[l]a idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo, es evidente que esta doctrina también tiene aplicación en el Sistema Interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones"[835]. Según este autor, los conceptos empleados por la Convención, si bien tienen un carácter autónomo, independiente del contenido y alcance que se les asigne en el derecho interno de los Estados, muchos de ellos no están exentos de una dosis de subjetividad que, implícitamente, confiere al Estado un cierto *margen de apreciación* en la determinación de las circunstancias allí previstas[836].

La jurisprudencia de la Corte IDH no permite llegar a una conclusión pacífica acerca de la aplicación paralela e idéntica de la doctrina del MA en el contexto interamericano. Si bien, como se verá, hay escenarios en los que ha permitido ciertas libertades a los Estados, hace un seguimiento y control mucho más minucioso y restrictivo que el Tribunal en aplicación a las provisiones de la Convención. Por ejemplo, el caso *Barreto Leiva c. Venezuela* sostuvo, en relación con la regulación del derecho a doble instancia, lo siguiente:

> "Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. El Estado puede establecer fueros especiales para el enjuiciamiento de altos funcionarios públicos, y esos fueros son compatibles, en principio, con la Convención Americana. Sin embargo, aun en estos supuestos el

---

[834] Nash Rojas, Claudio. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2018).
[835] Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*. 2.ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 71.
[836] *Ibíd.,* 72.

> Estado debe permitir que el justiciable cuente con la posibilidad de recurrir del fallo condenatorio. Así sucedería, por ejemplo, si se dispusiera que el juzgamiento en primera instancia estará a cargo del presidente o de una sala del órgano colegiado superior y el conocimiento de la impugnación corresponderá al pleno de dicho órgano, con exclusión de quienes ya se pronunciaron sobre el caso"[837].

En otra oportunidad, en el caso *Fermín Ramírez c. Guatemala*, la Corte IDH, en relación con la consolidación de sistemas penales, sostuvo que "[l]a Convención no acoge un sistema procesal penal en particular. Deja a los Estados en libertad para determinar el que consideren preferible, siempre que respeten las garantías establecidas en la propia Convención, en el derecho interno, en otros tratados internacionales aplicables, en las normas consuetudinarias y en las disposiciones imperativas de derecho internacional"[838]. Estos dos ejemplos reflejan de forma clara que, si bien la Corte IDH ha reconocido un espacio de implementación nacional, lo ha hecho de forma restrictiva y cautelosa, en la medida en que en ninguno de ellos el órgano renuncia a la realización de un control posterior.

Uno de los casos emblemáticos en relación con la probable acogida de la doctrina del MA en el contexto interamericano es el caso *Ríos Montt c. Guatemala*. En este, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "CIDH") aplicó el principio reconociendo la variabilidad de las reglas de elegibilidad para los cargos de elección popular, considerando que:

> "[E]l contexto del derecho constitucional guatemalteco e internacional en que se ubica esta condición de inelegibilidad es la dimensión apropiada para el análisis de la aplicabilidad de la Convención en general, y de sus artículos 23 y 32 al caso *sub judice*, y de la cual puede surgir el margen de apreciación permitido por el derecho internacional (…) esto debe analizarse de acuerdo a las circunstancias del caso y las concepciones jurídicas prevalecientes en el período histórico.

[837] Corte IDH, *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, ¶ 90.
[838] Corte IDH, *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126, ¶ 66.

> Nuevamente aquí la Comisión debe reafirmar el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos"[839].

En sentido similar, el caso *Castañeda Gutmán c. México* reconoció la inexistencia de un modelo único electoral latinoamericano, permitiendo entender que cada Estado tiene un margen nacional de apreciación conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el artículo 23 de la Convención. No obstante, al hacer ese reconocimiento se acoge nuevamente a la idea de un margen de apreciación en sentido estricto:

> "(…) la Corte estima que no es posible aplicar al sistema electoral que se establezca en un Estado solamente las limitaciones del párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana. Sin embargo, las medidas que los Estados adoptan con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales no están excluidas de la competencia de la Corte Interamericana cuando se alega una violación de los derechos humanos previstos en la Convención. Consecuentemente, la Corte debe examinar si uno de esos aspectos vinculados a la organización y reglamentación del proceso electoral y de los derechos políticos, la exclusividad de nominación de candidatos a cargos federales por parte de los partidos políticos, implica una restricción indebida a los derechos humanos consagrados en la Convención"[840].

La rigidez de la Corte IDH en permitir un margen de apreciación a los Estados que atienda a sus particularidades domésticas se ha extendido a escenarios en los cuales su homónimo europeo daría vía libre. Uno de estos contextos son los escenarios de justicia transicional. El autor Claudio Nash Rojas mencionó que:

> "En estos se podría haber argumentado que, atendido el contexto fáctico de las violaciones de derechos humanos, son los Estados los que están en mejores condiciones

[839] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *José Efraín Montt v. Guatemala*. Informe No. 30/93, caso 10.804, 12 de octubre de 1993, ¶ 24.
[840] Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman v. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, ¶ 161.

> de fijar el marco normativo para hacer frente a dichas violaciones graves de derechos humanos. De esta manera, al momento de juzgar estos casos y valorar el esfuerzo interno por hacerse cargo de estas violaciones, existía la posibilidad de recurrir al margen de apreciación. La Corte no lo ha hecho. Al contrario, la Corte ha dejado claro que, pese a las dificultades para implementar los estándares internacionales, estos prevalecen frente a las dificultades fácticas o jurídicas internas. Señala la Corte: "[L]a Corte reconoce las difíciles circunstancias por las que atravesaba y atraviesa Colombia, en las que su población y sus instituciones hacen esfuerzos por alcanzar la paz. Sin embargo, las condiciones del país, sin importar qué tan difíciles sean, no liberan a un Estado parte en la Convención Americana de sus obligaciones establecidas en ese tratado, que subsisten particularmente en casos como el presente"."[841]

Otro marco de casos diferenciadores entre el sistema europeo y el interamericano gira en torno a los derechos sexuales. En efecto, en el caso *Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica*, "la Corte podría haber recurrido a dos ideas: el consenso latinoamericano sobre el origen de la vida o mantener la definición de este aspecto normativo a la calificación del órgano nacional. La Corte no hace ninguna de las dos cosas. Si bien tiene en consideración la discusión comparada sobre estos aspectos, es en definitiva ella —la Corte— la que determina el contenido normativo que es presupuesto de la discusión sobre derechos planteada"[842].

Del anterior recuento jurisprudencial es posible observar materias en las cuales se podría esperar que el sistema europeo de derechos humanos diera un amplio alcance a la doctrina del MA que, contrariamente, es reconocido con reticencia por parte del SIDH quien, en todo caso, se asegura de dejar claridad sobre su poder en dichos contextos. Se trata de escenarios en los

---

[841] Nash Rojas, Claudio. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2018); en esta oportunidad, el autor hizo referencia a Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, ¶ 146.

[842] Nash Rojas, Claudio. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2018); en esta oportunidad, el autor hizo referencia a Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, ¶ 264.

que los órganos interamericanos "no confían en la determinación interna de las condiciones efectivas y normativas de los elementos que permiten el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. El desarrollo de la figura del 'control de convencionalidad' es un claro ejemplo de que, a juicio de la Corte IDH, el problema de las violaciones de derechos humanos se da por la falta de adecuación de la actividad de los órganos del Estado con las obligaciones internacionales del Estado."[843]

Ahora bien, es importante tener en cuenta que algunos autores sugieren que en países donde los tratados de derechos humanos se incorporan automáticamente a la legislación nacional y pasan a formar parte del bloque constitucional, como es el caso de varios en el contexto latinoamericano, la doctrina del MA tiene poca acogida[844]. Esto reviste aún más dificultad si se tiene en cuenta que la Corte IDH ha desarrollado la doctrina de "control de convencionalidad", según la cual los jueces nacionales tienen la obligación de comprobar, de oficio, si las normas nacionales son compatibles con la Convención, en el marco de sus competencias específicas y de sus respectivas normas procesales. En esta tarea, los jueces deben considerar, no solo el tratado, sino también la interpretación hecha por la Corte IDH sobre sus provisiones, incluso si fueron hechas en casos en contra de otros estados[845].

Frente a este último punto, vale la pena recordar lo indicado por el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, al establecer:

> "En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar "de oficio" el control de convencionalidad "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes", 49 no puede interpretarse como limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad",

[843] Nash Rojas, Claudio. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (2018).
[844] Acosta, Paola Andrea. "Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?". En *El margen de apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012, 202.
[845] Bretelsen, Soledad. *A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 911 (traducción propia).

> sino como una manera de "graduar" la intensidad de este. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y, en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la norma nacional. (…) No pretende establecer qué órgano tiene la última palabra, sino fomentar el diálogo jurisprudencial creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos fundamentales. Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte IDH debe velar por ello y tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el "margen de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus juris interamericano*."[846]

En otras palabras, el alcance del control de convencionalidad varía según el país donde se ejerce. Lo anterior sugiere que, si bien la aplicación paralela y en espejo de la doctrina del MA en el SIDH no ha sido lograda hasta el momento en el mismo marco de amplitud que en el SEDH, por contener provisiones, políticas y mecanismos mucho más restrictivos, en principio, su aplicación no está enteramente prohibida, sin desconocer que los presupuestos empíricos de la subsidiariedad europea (democracia consolidada, judicatura independiente, cultura de derechos humanos) no están distribuidos en la región con suficiente uniformidad como para presumirlos.

5.2.4 Escenarios en que es fundamental la implementación del margen de apreciación para la defensa de DDHH en contextos específicos

Con fundamento en el anterior análisis, vale la pena cuestionarse si existen escenarios específicos en los cuales no solo sea deseable y beneficioso sino necesario permitir a los Estados cierto

[846] Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, ¶¶ 35, 87.

margen de deferencia en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Estos escenarios se deben entender en sentido amplio y abstracto, y no únicamente en relación con el estudio particular del derecho o provisión específica del tratado internacional cuya aplicación se esté cuestionando. Se trata, más bien, de eventos que vienen cargados de complejidades que solamente podrían llegar a ser entendidas de forma cabal y concreta en escenarios nacionales y, justamente por ello, requerirían un MA más amplio.

Uno de los casos más claros corresponde a eventos de conflictos internos en los Estados. En efecto, las particularidades propias del conflicto y las condiciones históricas y sociales del país en ocasiones implican que tribunales internacionales impongan a los Estados obligaciones difíciles o imposibles de cumplir[847]. En razón a esto, resulta necesario encontrar mecanismos que permitan el cumplimiento de dichas obligaciones sin el desconocimiento del contexto en que serían aplicadas. Esto es algo que se puede alcanzar únicamente permitiendo al Estado afectado influir, aunque solo en parte, en los métodos de dicho cumplimiento.

Permitir este campo de acción a los Estados no necesariamente resultará en el desconocimiento de sus obligaciones internacionales, como la reticencia de la Corte IDH a la aplicación de la doctrina del MA sugiere. Se trata, por el contrario, de un "espacio o válvula de escape en el cual se le da un determinado peso a la posición estatal"[848] sin que ello implique otorgarle herramientas para la ignorancia o desconocimiento de sus obligaciones. Lo que se propone con el empleo del MA en procesos de justicia transicional no es crear artificios jurídicos para desconocer derechos de las víctimas o deberes del Estado, sino construir una doctrina que permita cumplir de mejor forma la decisión del tribunal internacional, considerando que el MA, utilizado de forma correcta, facilita la aplicación del control de convencionalidad y añade una «impronta local», siempre que no se desnaturalice el núcleo de los derechos humanos[849]. Esta es una conclusión a la que se puede llegar de forma pacífica si se parte del reconocimiento de que la

[847] Mocoroa, Juan M. "Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una propuesta de justificación". *Revista Jurídicas* (2023): 24–39.
[848] López Alfonsín, Marcelo Alberto. "La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales". *Revista CAP Jurídica Central* (2016): 70..
[849] Gatti, Franco. "La doctrina del 'margen de apreciación nacional' y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad". *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo* (2016): 19–29.

universalidad de los derechos humanos no implica necesariamente uniformidad de decisiones judiciales no de comportamiento de los Estados[850]. Ello, por el contrario, implicaría un desconocimiento absoluto de su cultura y realidad histórica.

Otro de los escenarios en que se ve una necesidad de aceptación de la doctrina del MA de forma amplia podría ser en casos que involucran cuestiones electorales. La autora Soledad Bretelsen ha sugerido lo siguiente:

> "Existen diferentes formas de gobierno entre los estados democráticos y diferentes reglas electorales. Se puede debatir qué formas son las más democráticas, pero está claro que existe una variedad de formas que son aceptables dentro del concepto de democracia. La elección de un sistema u otro depende de aspectos históricos, culturales y sociales. El conocimiento y la comprensión de estos aspectos sociales son esenciales para una organización y funcionamiento eficaz del sistema. Por otra parte, la estructura política de un estado debe mantenerse en el nivel local, porque es importante que los ciudadanos afectados por el sistema participen en su organización. Esos ciudadanos tienen un mejor conocimiento de la historia y la cultura de la sociedad. Las autoridades nacionales, especialmente la legislatura formada por los representantes de esos ciudadanos, parecen estar mejor preparadas para realizar esta tarea que los tribunales internacionales. Por esta razón, podría justificarse un margen de apreciación más amplio. Sólo cuando las autoridades nacionales no sean capaces de hacerlo podría justificarse la intervención de un tribunal internacional.
>
> (…) Además, la implementación de este tipo de derechos a menudo implica compensaciones entre diferentes intereses públicos. (…) Las autoridades locales están en mejores condiciones para establecer prioridades y determinar en qué áreas pueden comprometerse, debido a los antecedentes generales que tienen sobre las necesidades del bien común de la sociedad nacional."[851]

---

[850] Sweeney, James A. "Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era". *The International and Comparative Law Quarterly* (2005): 459–474.
[851] Bretelsen, Soledad. *A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2021, 901–902 (traducción propia).

Si bien los anteriores se presentan, únicamente, como escenarios a modo de ejemplo, lo cierto es que resulta incuestionable que hay eventos que, por más que los tribunales internacionales se esfuercen por comprender, solo pueden ser entendidos cabalmente en contextos internos y nacionales. Es justamente en ellos, donde surge una necesidad de hacer de las normativas y obligaciones internacionales laxas, no en cuanto a su aplicación o vulneración, sino en cuanto a los métodos y mecanismos para su garantía.

5.3 La dimensión procesal del principio de subsidiariedad en materia de derechos humanos

Los mecanismos para la protección de los derechos humanos, tanto a nivel global como regional, normalmente establecen obligaciones procedimentales que se enmarcan en el principio de subsidiariedad; entre ellas se encuentran el Agotamiento de recursos interno y La doctrina de la "Cuarta instancia".

5.3.1 El agotamiento de los recursos internos

Este requisito busca asegurar que el peticionario no acuda a cortes o comisiones internacionales hasta que el mismo haya dado la oportunidad al Estado de proveer un remedio por el hecho constitutivo de violación de derechos humanos.[852]

Como se mencionó en párrafos anteriores, la competencia del Comité de Derechos Humanos es un claro ejemplo de cómo este requisito constituye una manifestación del principio de subsidiariedad en el mismo Sistema Universal de Derechos Humanos.[853] Al respecto el artículo 41 del PIDCP establece en su literal c) que:

---

[852] Newman, Gerald L. "Subsidiarity". En *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, editado por Dinah Shelton, parte III. Oxford: Oxford University Press, 2013.
[853] Carozza, Paolo. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law". *American Journal of International Law* 97 (2003): 38, 42; Shelton, Dinah. "Subsidiarity, Democracy and Human Rights". En *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjørn Eide*, editado por Donna Gomien. Scandinavian University Press, 1993, 43.

> El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

Adicionalmente el Protocolo Facultativo del PIDCP establece en varios artículos reglas de similar contenido normativo:

Tabla 1. Admisibilidad de comunicaciones individuales

Artículo 2	Con sujeción a lo dispuesto en el artículo 1, todo individuo que alegue una violación de cualquiera de sus derechos enumerados en el Pacto y que haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita.
Artículo 3	El Comité considerará inadmisible toda comunicación presentada de acuerdo con el presente Protocolo que sea anónima o que, a su juicio, **constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones** o sea incompatible con las disposiciones del Pacto.
Artículo 5	2. El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que: a) El mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales; b) **El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.**

Nota. Elaboración propia a partir de los artículos 2, 3 y 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es así como, por ejemplo, el Comité en el caso de *Farangis Osivand v. Países Bajos* halló la petición de la presunta víctima inadmisible por no haber agotado los recursos internos disponibles:

> "6.2. En cuanto a las denuncias de procedimiento que plantean cuestiones en relación con el artículo 7 del Pacto, considerados conjuntamente con el artículo 2, el Comité observa que, según los argumentos no refutados del Estado Parte, estas cuestiones no fueron sometidas a los tribunales nacionales. Por consiguiente, con arreglo

> al apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo, estos aspectos de la comunicación eran inadmisibles, al no haberse agotado los recursos internos."[854]

Igualmente, este requisito se ha materializado en los sistemas regionales para la protección de derechos humanos y ha sido sujeto de múltiples análisis por los cuerpos adjudicativos regionales.[855] Nótese su implementación convencional en los siguientes ejemplos:

Tabla 2. Agotamiento de recursos internos en sistemas regionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos	**Artículo 46:** 1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) **que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna**, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos;
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	**Artículo 35** 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino **después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses** a partir de la fecha de la decisión interna definitiva.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos	**Artículo 50** La Comisión solamente puede ocuparse de un asunto que se le haya remitido tras asegurarse **de que se han agotado todos los recursos locales, en caso de que existan, a no ser que sea obvio para la Comisión que el proceso de agotamiento de esos recursos sería demasiado largo**.

Nota. Elaboración propia a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.

[854] CCPR. *Farangis Osivand v. Países Bajos*, CCPR/C/86/D/1289/2004, 28 de abril de 2006, ¶ 6.2.
[855] Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015, ¶¶ 411–415; Corte IDH, *Caso Espinoza González v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, ¶ 300; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C No. 7, ¶ 25; European Court of Human Rights. *Icyer v. Turkey*, App. No. 18888/02, decisión de 12 de enero de 2006, ¶ 72; European Court of Human Rights. *Fakhretdinov v. Russia*, App. Nos. 26716/09, 67576/09 y 7698/10, decisión de 23 de septiembre de 2010, ¶ 30; European Court of Human Rights. *Latak v. Poland*, App. No. 52070/08, decisión de 12 de octubre de 2010.

De este principio se deriva una regla común en los sistemas regionales de derechos humanos, relacionada con la existencia, dentro del nivel nacional, de un recurso adecuado y efectivo que garantice la reparación integral de la presunta víctima.[856] Tal regla es consistente en los tratados regionales de derechos humanos como se evidencia a continuación:

Tabla 3. Recurso efectivo en sistemas regionales de derechos humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos	**Artículo 25.** 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro **recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención**, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	**Artículo 13** Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio **hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional,** incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los pueblos: **1. Protocolo Adicional (1998)** **2. Protocolo sobre los derechos de las mujeres en África (2003)**	**Protocolo de 1998. Artículo 27** Si la Corte determina que ha habido violación de los derechos humanos o de los pueblos, hará las órdenes apropiadas para remediar la violación, incluido el pago de una compensación justa o reparación **Protocolo de 2003. Artículo 25** Los Estados Parte se comprometen a: a) **prever los recursos apropiados a cualquier mujer cuyos derechos o libertades, tal como se reconocen en el presente documento, hayan sido violados;** **b)** garantizar que dichos recursos sean determinados por las autoridades judiciales, administrativas o legislativas competentes, o por cualquier otra autoridad competente prevista por la ley Al respecto, se ha interpretado que en el sistema africano no se han sustanciado casos sobre efectividad de los recursos internos, se ha entendido que conforme a los protocolos es una regla aplicable.[857]

Nota. Elaboración propia a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 13) y la Carta Africana de Derechos

[856] Couronne, Vincent y Raphaël Maurel. "Effective Domestic Remedy". *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2019.

[857] *Ídem.*

Humanos y de los Pueblos y sus protocolos de 1998 y 2003, así como de interpretación doctrinal sobre su aplicación.

Al respecto, en el caso de *Velázquez Rodríguez v. Honduras* la Corte IDH estableció que se debería considerar que un remedio no resulta ser efectivo cuando: (a) No tiene poder alguno para obligar a las autoridades; (b) Sí representa un peligro para quienes lo invocan; (c) si no se aplica imparcialmente.[858]

Posteriormente, en el caso *Cruz Sánchez y otros V. Perú*, la CIDH requirió a la Corte IDH que analizara la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, al dirimir la contienda de competencia entre la jurisdicción penal ordinaria y la militar. Ello, en virtud de la jurisprudencia de la Corte IDH, en relación con el alcance de la competencia del fuero militar.

La Corte IDH consideró que no estaba bajo análisis la legislación peruana, sino la práctica de las autoridades internas a través de la decisión que había dirimido la contienda de competencia. La Corte Suprema de Justicia de la República, había extendido la competencia del fuero castrense a delitos que no tenían estricta conexión con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense, ignorando de este modo, la interpretación que de tales garantías había realizado la Corte IDH en relación con el alcance de la jurisdicción penal militar.

La Corte IDH determinó que esa decisión había sido dictada para el caso concreto y que posteriormente, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia de la República habían modificado dicha práctica. Se establecieron criterios de carácter general y vinculante, en el sentido de que el fuero militar debía restringirse a delitos de función determinables por el bien jurídico protegido y no a delitos comunes que impliquen violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, la Corte no encontró violación del artículo 2 de la CADH, con relación a los artículos 8 y 25 de la misma.[859]

---

[858] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, ¶ 66.
[859] Corte IDH, *Caso Cruz Sánchez y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de abril de 2015, ¶¶ 411–415; Vargas, Georgina. *La aplicación del principio de subsidiariedad en la*

Igualmente, en el caso *Duque V. Colombia*, la Corte IDH analizó la exclusión del señor Duque de la posibilidad de obtener una "pensión de sobrevivencia" tras la muerte de su pareja, con base en que se trataba de una pareja del mismo sexo. En dicho caso, el Estado colombiano alegó que el hecho ilícito internacional había cesado y que había sido subsanado o reparado. Para ello, indicó que la sentencia C-336 de 2008 y la sentencia T-051, así como las subsiguientes, habían modificado la normativa interna colombiana. Esta ahora permitía que se paguen pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, por la muerte de uno de ellos. Para el momento del fallo, el señor Duque contaría con un recurso adecuado y efectivo para solicitar el pago de dicha pensión. Al respecto, tanto las partes, como la CIDH, informaron a la Corte IDH sobre la modificación que la Corte Constitucional de Colombia había realizado a la legislación interna colombiana, con el fin de dar acceso a las pensiones de sobrevivencia para parejas del mismo sexo.[860]

La Corte IDH consideró que, atendiendo a la evolución normativa y jurisprudencial en Colombia, respecto del reconocimiento y protección a parejas conformadas por personas del mismo sexo, esta no contaba con elementos suficientes para concluir que existiera una violación al deber de adoptar disposiciones de derecho interno y por ello concluyó que el Estado no era responsable por la violación del artículo 2 de la CADH.[861]

Adicionalmente, el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha establecido ciertos criterios orientativos para el cumplimiento del estándar de "efectividad" (*effet utile*) de los recursos al alcance de las víctimas en el nivel nacional del sistema multinivel de protección de derechos humanos:

---

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, *Iuris Dictio*, 2018, 105 y ss.

[860] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, ¶¶ 128–133.

[861] Ídem. ¶139.

1. El TEDH exige que el recurso sea eficaz, y dicha eficacia se «interpreta como una garantía de la prevención de la presunta violación o de la prestación de una reparación adecuada.[862]

2. Un formalismo excesivo puede obstaculizar la eficacia del remedio; la eficacia también requiere una *indemnización* para la víctima de un procedimiento excesivamente largo, o la expedición de una decisión de los tribunales; también se requiere la suspensión de los procedimientos de deportación de los solicitantes de asilo.[863]

3. Las facultades de investigación también están bajo el control del artículo 13 del TEDH, que exige la independencia práctica de la autoridad encargada de las investigaciones sobre presuntos malos tratos o asesinatos y una «investigación exhaustiva y eficaz» en caso de asesinatos o malos tratos.[864]

A manera de conclusión, recientemente en la sentencia que decidió el caso *Iglesias y otros v. Argentina*, en el que la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado por haber incumplido su deber de regular, supervisar y fiscalizar la instalación de una escultura de hierro por parte de una empresa privada en un espacio público, sin la debida seguridad, cuyo colapso causó la muerte de una niña de 6 años, arrasando para siempre con el proyecto de vida de sus padres y familiares[865]; el Juez Alberto Borea Ordia recordó la importancia de tener una visión de la subsidiariedad promotora de la persona, entendiendo que el Sistema Interamericano fue concebido para protegerla del Estado, cuando sus instituciones a nivel local fallan, siempre teniendo como centro de gravedad de todas las decisiones “la necesidad de garantizar que la

[862] European Court of Human Rights. *GR v. Netherlands*. Merits and Just Satisfaction, App. No. 22251/07, 10 de enero de 2012, ¶ 55.
[863] European Court of Human Rights, *Kudła v. Poland*. Merits and Just Satisfaction, App. No. 30210/96, 2000-XI, IHRL 2853, 26 de octubre de 2000, ¶¶ 158–159; European Court of Human Rights, *Čonka and others v. Belgium*. Merits and Just Satisfaction, App. No. 51564/99, 2002-I, IHRL 2857, 5 de febrero de 2002, ¶ 79.
[864] European Court of Human Rights, *Oğur (on behalf of Oğur) v. Turkey*. Merits and Just Satisfaction, App. No. 21594/93, 1999-III, IHRL 3194, 20 de mayo de 1999, ¶ 91; European Court of Human Rights, *Aksoy v. Turkey*. Merits and Just Satisfaction, App. No. 21987/93, Case No. 100/1995/606/694, 1996-VI, IHRL 2602, 18 de diciembre de 1996, ¶ 98.
[865] Corte IDH, *Caso Iglesias y otros v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2025. Serie C No. 580.

dignidad humana sea la base del orden jurídico y político en las Américas"[866]. Lo que él denomina una "inversión sustancial del paradigma clásico del Derecho Internacional: la persona humana, y no el Estado soberano, está en el centro de la protección jurídica"[867], que en el fondo es lo mismo a lo que en este trabajo de investigación se ha denominado subsidiariedad promotora de la persona con base en las ideas de Andreas Føllesdal[868] y Michael Da Silva[869], entre otros.

Borea Ordia, reconoce que el mundo de hoy, la subsidiariedad está marcada por esas dos dimensiones, acepciones si se quiere: promotora de la persona y protectora de las inmunidades, donde la soberanía de los Estados sigue jugando un papel fundamental, pero se encuentra razonable y controladamente atemperada por los derechos humanos. Así en su consideración sobre el fallo de la mayoría, el Juez resalta que:

> "[E]l Sistema Interamericano de Derechos Humanos se concibe como un mecanismo coadyuvante o complementario a los Estados, no como un sustituto de las jurisdicciones nacionales. La premisa sobre la que se construye este Sistema es que la protección primaria de los derechos humanos es tarea de cada Estado Parte, por medio de sus órganos estatales (tribunales, gobierno, órganos administrativos, entre otros) y que la intervención internacional es necesaria solo en casos en que los mecanismos domésticos fallen, sean ineficaces o resulten cómplices de la violación. En consecuencia, requisitos como el agotamiento de los recursos internos no son meras formalidades procesales, sino la manifestación de un diseño institucional que busca fortalecer el estado de derecho, la democracia y los sistemas judiciales domésticos, no reemplazarlos. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la expresión de una garantía última frente a la impunidad estatal"[870].

---

[866] Corte IDH, *Caso Iglesias y otros v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2025. Serie C No. 580. Voto razonado del juez Alberto Borea Odría, 4.
[867] *Ibíd.*
[868] Ver Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge: Cambridge University Press, 2025.
[869] Ver Da Silva, Michael y Weinstock, Daniel. "Subsidiarity as a Normative Political Concept: Contemporary and Historical Reflections". *Journal of Social Philosophy* 56, no. 3 (2025): 363–368.
[870] Corte IDH, *Caso Iglesias y otros v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2025. Serie C No. 580. Voto razonado del juez Alberto Borea Odría, 4.

5.3.2 La doctrina de la "cuarta instancia"

Otra doctrina de adjudicación que se ha descrito en términos de subsidiariedad es la regla de la "cuarta instancia", que aborda la asignación de responsabilidades entre los tribunales internacionales y nacionales para resolver cuestiones de hecho y cuestiones de derecho interno.[871]

La máxima afirma que un tribunal internacional no se presenta como cuarta instancia del ordenamiento jurídico nacional para corregir meros errores en la constatación de los hechos o en la interpretación o aplicación del Derecho nacional. Por el contrario, el tribunal internacional se establece con el propósito específico de resolver la reivindicación de los derechos humanos y puede examinar las cuestiones de hecho o del Derecho nacional sólo en la medida en que lo considere necesario para garantizar el respeto de la norma de derechos humanos.[872]

De manera indirecta, el Comité de Derechos Humanos en el caso *Herrera Sousa v. España* aplico este principio al determinar la inadmisibilidad de la petición presentada por la presunta víctima, al considerar que el peticionario hizo un uso indebido de los recursos internos en la jurisdicción española, y que por el contrario las decisiones judiciales internas dejaban ver de manera clara que los procedimientos adoptados por el Estado de España fueron razonables y adecuados con los estándares del Sistema Universal; al respecto:

> "6.3 **De los fallos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se desprende que éstos examinaron detenidamente la valoración de las pruebas hecha por el tribunal de instancia y concluyeron que las declaraciones de la víctima habían sido sometidas a contradicción en el plenario y estimadas de manera razonable por aquél, y que las incongruencias señaladas por el autor habían sido corroboradas por otros indicios. En opinión del Comité, la queja relativa al párrafo 5 del artículo 14 no se ha fundamentado suficientemente a los efectos de la admisibilidad, y concluye que es inadmisible con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.** En relación con el artículo 26, el autor no ha expuesto las

[871] Newman, Gerald L. "Subsidiarity". En Shelton, Dinah (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Parte III. Oxford: Oxford University Press, 2013.
[872] *Ídem.*

razones por las que considera que esta disposición ha sido violada, por lo que esta parte de la comunicación debe también considerarse inadmisible por falta de fundamentación con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo."[873]

Esta regla ha sido analizada en varias oportunidades por la Corte IDH y el Tribunal Europeo. Por ejemplo, en el caso *Duque V. Colombia*:

"La Corte expresó que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos "consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren" y que "si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte". Además, este **Tribunal también indicó que "cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su 'aprobación' o 'confirmación'**

Asimismo, este Tribunal señaló que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". De tal manera, el Estado "es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste

[873] CCPR. *Herrera Sousa v. España*, CCPR/C/86/D/1094/2002, 24 de abril de 2006, ¶ 6.3.

> el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos". **El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa."**[874] (Negrilla fuera del texto original).

Dicha interpretación también ha sido adoptada en el marco del Sistema Europeo, por ejemplo, en el caso *Perlala v. Grecia*, el Tribunal Europeo sostuvo:

> "La Corte reitera que, de conformidad con el artículo 19 del Convenio, su deber es garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos por las Partes Contratantes del Convenio. En particular, no es su función hacer frente a los errores de hecho o de Derecho presuntamente cometidos por un órgano jurisdiccional nacional a menos que y en la medida en que puedan haber infringido derechos y libertades protegidos por el Convenio. No corresponde al Tribunal apreciar los hechos que han llevado a un órgano jurisdiccional nacional a adoptar una decisión en lugar de otra. En caso contrario, **el Tribunal actuaría como órgano jurisdiccional de tercera o cuarta instancia, lo que sería hacer caso omiso de los límites impuestos a su recurso.** "[875]

A la par, es de relevancia referirse a lo dispuesto por el Tribunal Europeo en el caso *García Ruiz v. España*, caso en el que se aplicó esta regla en relación con el articulo 6(1) de la Convención Europea relativo al derecho de un juicio justo:

> "En la medida en que pueda entenderse que la reclamación del solicitante se refiere a la apreciación de las pruebas y al resultado del procedimiento ante los tribunales nacionales, el Tribunal reitera que, de conformidad con el artículo 19 del Convenio, su deber es garantizar el cumplimiento de las contrataciones emprendidas por las

[874] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Serie C No. 310, ¶¶ 127–128.

[875] Corte Europea de Derechos Humanos, *Perlala v. Greece*, App. No. 17721/04, 22 de febrero de 2007, ¶ 25 (traducción no oficial).

Partes Contratantes del **Convenio. En particular, no es su función hacer frente a los errores de hecho o de Derecho presuntamente cometidos por un órgano jurisdiccional nacional a menos que y en la medida en que puedan haber infringido derechos y libertades protegidos por el Convenio".**

"A la luz de las consideraciones anteriores, el Tribunal señala que la demandante se benefició de un procedimiento contradictorio. En las distintas fases de dicho procedimiento, pudo presentar los argumentos que consideraba pertinentes para su caso. Las razones fácticas y jurídicas de la decisión de primera instancia por la que se desestimó su pretensión se expusieron en profundidad. En la fase de recurso, la *Audiencia Provincial* avaló la declaración de los hechos y el razonamiento jurídico expuesto en la sentencia en primera instancia en la medida en que no entraban en conflicto con sus propias apreciaciones. **Por lo tanto, la demandante no puede alegar válidamente que esta sentencia carecía de motivos, aunque en el presente asunto podría haber sido deseable una motivación más** sustancial."[876] (Negrilla fuera del texto original).

Otra referencia que debe ser considerada es la del caso *Sisojeva y otros v. Latvia,* en la que el Tribunal Europeo enfatizo:

"[...] reitera que, de conformidad con el artículo 19 del Convenio, su único deber es velar por el cumplimiento de los compromisos contraídos por las Partes Contratantes en el Convenio. En particular, no es su función hacer frente a los errores de hecho o de Derecho presuntamente cometidos por un órgano jurisdiccional nacional ni sustituir su propia apreciación por la de los órganos jurisdiccionales nacionales u otras autoridades nacionales a menos que hayan infringido derechos y libertades protegidos por el Convenio. **En otras palabras, el Tribunal de Justicia no puede cuestionar la apreciación de las autoridades nacionales a menos que existan**

[876] Corte Europea de Derechos Humanos (Gran Sala), *García Ruiz v. España*, App. No. 30544/96, 1999-I, ¶¶ 28–29.

pruebas claras de arbitrariedad, que no existe en el caso de autos."[877] (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior supone que solo en aquellos escenarios en los que la jurisdicción interna haya resuelto un caso bajo supuestos de arbitrariedad y que puedan conllevar perjuicios en contra de los peticionarios, podrá entonces el Tribunal cuestionar las decisiones adoptadas por los tribunales domésticos.

Cuando una Corte Internacional actúa como una cuarta instancia, evidencia no haber tenido la debida contención ni la mínima deferencia con el Estado y sus autoridades. Como explica Reto Walther, en esencia priva a los estamentos nacionales de sus competencias decisorias, al mismo tiempo que se extralimita en sus funciones[878]. Esto sucede cuando la Corte, por un lado, reinterpreta el derecho interno, cuestionando las evaluaciones de proporcionalidad que han realizado en el fuero interno con respecto a él; pero por otro, también sucede cuando el organismo internacional entra a cuestionar las conclusiones de las autoridades nacionales relativas a los hechos del caso, vulnerando lo que Besson denomina la 'subsidiariedad fáctica'[879]. Por supuesto, esta restricción a la actuación de la Corte Internacional no es absoluta, se derrota siempre que, y en la medida que, con la interpretación de los hechos y la aplicación del derecho se hayan vulnerado derechos humanos.

Sustituir en la esfera internacional a los jueces nacionales, particularmente cuando se trata de resolver casos que dependen de consideraciones de moralidad política, como suele suceder en aquellos casos que deben buscar un equilibrio justo entre derechos e intereses en conflicto, puede conllevar un debilitamiento de la legitimidad, porque como resalta Walther, "no resulta en absoluto obvio por qué el Tribunal debería sustituir el punto de vista moral de las

[877] Corte Europea de Derechos Humanos (Gran Sala), *Sisojeva and Others v. Latvia*, App. No. 60654/00, ECHR 2007-II, 15 de enero de 2007, ¶ 89 (traducción no oficial).
[878] Ver Walther, Reto. *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2026, 54.
[879] Ver Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?". *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 80.

autoridades nacionales por el suyo propio, a menos que los responsables de la toma de decisiones nacionales hayan ignorado normas procesales o sustantivas bien establecidas"[880].

Lo anterior recuerda que, en virtud del principio de subsidiariedad, en especial en su conceptualización promotora de la persona, impone límites a la aplicación de la doctrina de la cuarta instancia. Recientemente, la Corte IDH, el marco de su análisis del caso Cuadra Bravo v. Perú, que concluyó con la declaración de responsabilidad del Estado por la demora injustificada en dar cumplimiento a una orden judicial que incorporaba al señor Cuadra Bravo al régimen pensionario, reiteró el escenario en donde la deferencia frente a la actuación del Estado es derrotada en pro de la garantía de los derechos:

"La Corte recuerda que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos no actúan como una cuarta instancia de revisión judicial, y que, por lo tanto, no pueden examinar la valoración de la prueba realizada por los jueces nacionales para determinar si fue compatible con la normativa interna. No obstante, cuando las alegadas violaciones a las obligaciones internacionales del Estado se vinculan a las actuaciones de órganos jurisdiccionales, esto puede conducir a examinar los respectivos procesos internos, para establecer si estos son compatibles con la Convención Americana"[881].

Autoras como Maija Dahlberg, sostienen que los principios de democracia y soberanía son la piedra angular que sostiene la doctrina de la cuarta instancia. Omite una parte muy importante que será fundamental para la segunda parte de su conclusión: sólo se podrán garantizar esos principios de democracia y soberanía, en un sistema de gobernanza multinivel (como lo es el de los derechos humanos), si las tensiones entre ellos son morigeradas por el principio de subsidiariedad. Eso es lo que le dará vida su recomendación final: "Para que la doctrina de la cuarta instancia y su aplicación en la jurisprudencia del Tribunal estén justificadas, es necesario

[880] Walther, Reto. *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2026, 54: "Especially if a judgment depends on normative considerations of political morality, as it is the case with the many judgments that must strike a 'fair balance' between competing rights and interests, it is far from obvious why the Court should substitute its moral view for the one of the domestic authorities, unless the domestic decision- makers disregarded well established procedural or substantive standards".
[881] Corte IDH, *Caso Cuadra Bravo v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de diciembre de 2025. Serie C No. 586, ¶ 52.

que se tengan en cuenta todos los intereses en conflicto, incluidos los argumentos a favor y en contra, y que se sopesen cuidadosamente". Las dos dimensiones de la subsidiariedad, promotoras de la persona y protectoras de las inmunidades, deben estar presentes en la aplicación de la fórmula de la Cuarta Instancia, reconociendo la responsabilidad —internacional e interna— que tienen los Estados como primeros y principales garantes. Como concluyeron Londoño y Acosta-López:

> "En nuestra opinión, la jurisprudencia del SIDH debe reflejar la primera y no la segunda visión del principio de subsidiariedad. Y la razón no consiste en una defensa férrea de la soberanía del Estado o del principio de no intervención, sino que más bien se sustenta en una redefinición del principio de subsidiariedad desde una dimensión positiva: como un principio que, antes que ser un obstáculo para la protección de los derechos de las personas, constituye una herramienta para su garantía".

5.4 Conclusión

En el derecho internacional de los derechos humanos, la subsidiariedad no puede ser comprendida adecuadamente ni como una simple regla de admisibilidad ni como una fórmula de deferencia contingente frente a las autoridades estatales. Su rendimiento dogmático es más amplio: se trata de un principio estructural que organiza la relación entre los niveles nacional e internacional de protección y que, por tanto, cumple una función de articulación normativa en un sistema de adjudicación multinivel. De ahí que su significado no se agote en la afirmación de la prioridad del foro interno, sino que se proyecte simultáneamente en una dimensión sustancial y en una dimensión procesal, ambas atravesadas por una lógica común, la autoridad internacional no sustituye, en principio, a la autoridad nacional, pero tampoco se abstiene de intervenir cuando ésta falla, resulta insuficiente o hace ineficaz la garantía de los derechos. En ese sentido, la subsidiariedad aparece en el capítulo como una categoría relacional, compleja y bifaz, que limita el afán universalista de centralización del control, pero que también justifica la injerencia internacional cuando el orden interno no satisface los estándares exigidos por el régimen convencional. Estándares que no pueden ser presentados por sorpresa a los Estados, sino que deben poder ser anticipados por ellos (no se trata de jugar a las escondidas con ellos).

Desde esa perspectiva, la dimensión sustancial del principio confirma que el derecho internacional de los derechos humanos descansa sobre una premisa de responsabilidad primaria estatal, no sobre una presunción de incompetencia internacional. La Convención Americana, al igual que otros instrumentos universales y regionales examinados en el capítulo, estructura la protección internacional como coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno. La jurisprudencia interamericana y europea analizada corrobora que el Estado es el primer garante de los derechos, y que la activación del nivel internacional se justifica cuando la controversia no ha sido resuelta adecuadamente en sede doméstica. Casos recientes, como *Leite, Peres Crispim (2025) y otros c. Brasil* y *Zapata c. Colombia (2025)*, muestran precisamente que la subsidiariedad no es una abstracción metodológica, sino un criterio con consecuencias decisorias, al establecer que cuando el orden interno ha reconocido, cesado, reparado, corregido o reconducido de manera suficiente la situación lesiva, la intervención internacional pierde justificación como instancia de sustitución. Cuando ello no ocurre, la complementariedad se activa como garantía última frente a la insuficiencia estatal. En esta clave, la subsidiariedad no debilita la tutela internacional, sino que define su punto de aplicación legítima, dejando con esto abierta la discusión sobre la manera como el régimen de responsabilidad de los Estados y el principio de subsidiariedad se entrelazan, que será abordada en los capítulos siguientes.

La comparación entre el sistema europeo y el interamericano permite, además, precisar que la subsidiariedad no se expresa de forma uniforme en todos los regímenes regionales, aunque conserve un mismo núcleo funcional. En el sistema europeo, la doctrina del margen de apreciación constituye la formulación más elaborada de esa lógica, reconoce un espacio de discrecionalidad a las autoridades nacionales, pero lo somete a supervisión internacional, particularmente a través de análisis de legalidad, necesidad, proporcionalidad y, en su caso, consenso europeo. La jurisprudencia del TEDH y la posterior positivización de la subsidiariedad en el preámbulo del Convenio modificado por el Protocolo No. 15 muestran con claridad esa estructura dual: primacía estatal en la implementación, control europeo sobre la compatibilidad convencional de las medidas. En el Sistema Interamericano, en cambio, el capítulo muestra una recepción mucho más cautelosa. La Corte Interamericana ha admitido ciertos espacios de implementación nacional y ha reconocido que no existe un modelo único en ámbitos como el

procesal penal o el electoral; sin embargo, no ha acogido de manera paralela y explícita una doctrina amplia de margen de apreciación, dado el peso específico de los artículos 1.1 y 2 de la Convención, la centralidad del deber de garantía y la intensidad del control convencional. El resultado no es la ausencia de subsidiariedad, sino su formulación bajo parámetros más estrictos de revisión.

La dimensión procesal del principio confirma esa misma tesis por otra vía. El agotamiento de los recursos internos y la doctrina de la cuarta instancia no son simples requisitos técnicos ni obstáculos formales a la justiciabilidad internacional, sino manifestaciones institucionales de la subsidiariedad. El primero asegura que el Estado tenga la oportunidad de remediar por sus propios medios la violación alegada antes de que se active la competencia internacional; la segunda evita que los tribunales internacionales se conviertan en jueces ordinarios de la legalidad interna. Sin embargo, el capítulo también muestra que ninguna de estas expresiones opera de manera absoluta. La regla de la cuarta instancia, en particular, no impide el examen internacional de actuaciones judiciales internas cuando precisamente de ellas se derivan violaciones a la Convención. El caso *Cuadra Bravo c. Perú (2025)* ilustra con nitidez ese límite, la deferencia frente a la valoración probatoria o al derecho interno cede cuando el proceso doméstico mismo resulta incompatible con las obligaciones internacionales del Estado.

Por eso, la subsidiariedad procesal no equivale a abstención, sino a una delimitación de la intensidad y objeto del control. La función del juez internacional no es rehacer el litigio interno, sino verificar si la respuesta estatal satisface o no el estándar convencional aplicable.

En este punto reside, probablemente, la contribución principal del capítulo: haber mostrado que la subsidiariedad ofrece un criterio de racionalización del ejercicio de autoridad en el derecho internacional de los derechos humanos. No se trata de una cláusula inspirada únicamente en la defensa de la soberanía, ni de un correctivo argumentativo destinado a contener a los tribunales internacionales por razones políticas externas al sistema. El capítulo demuestra, más bien, que la subsidiariedad cumple una función interna de legitimación y equilibrio: preserva el espacio institucional del Estado como primer garante, evita que la protección internacional se transforme en un régimen de sustitución permanente y, al mismo tiempo, mantiene

abierta la posibilidad de intervención internacional cuando los mecanismos domésticos resultan ineficaces, ilusorios o cómplices de la violación. En esa medida, la subsidiariedad no es un obstáculo a la protección de la persona, sino una técnica jurídica para hacer compatible la centralidad del individuo con la persistencia de estructuras estatales de garantía en un ordenamiento que sigue siendo descentralizado. La formulación recogida en el voto razonado del juez Borea Ordia en *Iglesias y otros c. Argentina (2025)* condensa con claridad esa idea: el sistema interamericano funciona como garantía última frente a la impunidad estatal, no como reemplazo ordinario de la jurisdicción interna.

Con todo, el capítulo no clausura la discusión. Deja abiertas, más bien, varias tensiones que delimitan una agenda de investigación ulterior. La primera concierne a la determinación de criterios más precisos para establecer cuándo la respuesta interna puede considerarse suficiente y, por ende, cuándo la deferencia internacional está justificada. La segunda se refiere al alcance admisible de un margen de apreciación en el ámbito interamericano, especialmente en materias donde las particularidades históricas, culturales o institucionales del Estado parecen reclamar una evaluación más situada (como escenarios de justicia transicional donde no se puede pedir que se abandonen criterios de selección y priorización de responsables), pero sin comprometer el nivel de protección convencional. La tercera atañe a la relación entre subsidiariedad y control de convencionalidad, si los jueces nacionales son los primeros jueces interamericanos, la cuestión no es solo cuánto puede revisar la Corte, sino cómo debe estructurarse el diálogo interjudicial del que hablaba Webb para fortalecer la garantía sin vaciar la autonomía interpretativa de los tribunales internos. En todos estos frentes, Finalmente, como cuarta cuestión el ejercicio de la complementariedad por parte de la Corte Interamericana, cuáles son los límites y si debería existir un test de que permita determinar su alcance. La conclusión del capítulo permanece estable: la subsidiariedad constituye el principio que mejor explica la distribución de autoridad en el derecho internacional de los derechos humanos, precisamente porque permite articular deferencia, supervisión, complementariedad y garantía, democracia y soberanía sin convertir ninguno de esos elementos en absolutos.

Capítulo 6
Las reglas de responsabilidad internacional de los estados como una herramienta armonizadora entre el derecho internacional general y el régimen propio de los derechos humanos

En este capítulo, se plantea si existe alguna relación entre el régimen de responsabilidad de los Estados, cristalizado en el derecho internacional general a través de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA por sus siglas en inglés) de la Comisión de Derecho Internacional (CDI),[882] y las reglas propias sobre esta materia construidas por el derecho internacional de los derechos humanos, o si por el contrario, en un escenario de fragmentación del derecho internacional, en el cual se entienden los derechos humanos como un régimen autónomo, o auto-contenido, es posible desarrollar normas secundarias completamente aisladas que regulen las consecuencias generadas por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas primarias,[883] de una manera distinta a como lo hace el régimen general.

Para abordar este tema, estudiaremos las conclusiones a las que llegó la CDI en su estudio sobre el fenómeno de la fragmentación del derecho internacional, en especial, en lo concerniente a la relación, en materia de responsabilidad internacional de los Estados, entre el régimen

[882] Comisión de Derecho Internacional (CDI). *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento No. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1 y 2), adoptada mediante: Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 56/83, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, quincuagésimo sexto período de sesiones, tema 162 del programa, 12 de diciembre de 2001 (A/RES/56/83). Los citados Artículos han sido reconocidos como un instrumento cristalizador de costumbre internacional por la Corte Internacional de Justicia, en el caso: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2007, 43, ¶ 401.

[883] Sobre la distinción entre normas primarias y normas secundarias, Ver Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, 15–16. "La normas relativas al contenido y la duración de las obligaciones sustantivas del Estado están determinadas por las normas primarias. El régimen normativo de la responsabilidad del Estado, tal como se articula en el Proyecto de Artículos [ARSIWA] establece el marco, basado en esas normas denominadas "secundarias", que indican las consecuencias del incumplimiento de una obligación primaria aplicable".

general y el especial de los derechos humanos, concluyendo que: (i) los dos regímenes coexisten, tal y como fue previsto en los ARSIWA; (ii) el derecho internacional de los derechos humanos no es un régimen auto-contenido cerrado que no tiene ninguna relación con el derecho internacional general; y (iii) para evitar los efectos negativos de la fragmentación del derecho internacional, es necesario realizar una interpretación armónica de los dos contextos regulatorios, en especial cuando estos pueden tener efectos disímiles en un mismo Estado.

6.1 La fragmentación del derecho internacional y la función armonizadora

Desde el año 2000, la CDI, decidió incluir la fragmentación del derecho internacional como uno de los temas a desarrollar en su agenda de trabajo a largo plazo,[884] trabajo que se concretó con la creación de un Grupo de Estudio en 2002,[885] que tuvo como producto principal el informe titulado: *Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional,* presentado en abril del 2006 a la Comisión.[886] El informe, sustentó el planteamiento de 42 conclusiones sobre dicho fenómeno, las cuales fueron adoptadas por la Comisión y puestas en conocimiento de la Asamblea General de las Naciones Unidas en julio de 2006.[887]

El problema de la fragmentación del derecho internacional, ya había sido identificado en los años 50 y 60 por C. Wilfred Jenks y Wolfgang Friedman, quienes lo definieron, prioritariamente, como un conflicto de normas derivado de la proliferación desordenada de regímenes

---

[884] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2000). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones, vol. II, 2.ª parte (A/55/10), anexo, 151 y ss. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2000/spanish/annex.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml

[885] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2002). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones, vol. II, 2.ª parte (A/57/10), capítulo IX, 102 y ss., ¶ 489 y ss. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2002/spanish/chp9.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2002/

[886] Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682). Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S

[887] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2006). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones (A/61/10, Suplemento No. 10), capítulo XII, 441 y ss., ¶ 233 y ss. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/

normativos especializados, consecuencia de que la comunidad internacional no tuviese una estructura legislativa que le permitiera orientar los distintos esfuerzos de los Estados hacia objetivos comunes, unificados y armónicos.[888] La proliferación de regímenes dentro del derecho internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial, incrementado de manera exponencial con la terminación de la guerra fría, llamó la atención de la comunidad internacional, obligando a la CDI a escogerlo como uno de sus temas de estudio.

El punto de partida del trabajo de la Comisión fue el informe presentado por Gerhard Hafner,[889] el cual, en sus párrafos iniciales, sentaba la provocadora afirmación: "*en la actualidad, no existe un sistema homogéneo de derecho internacional (...) el derecho internacional actual no consiste en un solo ordenamiento jurídico homogéneo, sino que está integrado en su mayor parte por diferentes sistemas parciales, cuyo producto final es un 'sistema desorganizado'*".[890]

De manera concordante, la comunidad académica afirmaba que el fenómeno de la fragmentación surgía del reconocimiento del derecho internacional como un sistema jurídico compuesto por partes erráticas y elementos estructurados de manera distinta, que contribuyen a su heterogeneidad. Un ordenamiento, lleno de sistemas, subsistemas y sub-subsistemas universales, regionales o incluso bilaterales de diferentes niveles de integración normativa.[891] En las conclusiones del Grupo de Estudio de la CDI (2006), se concretiza esa realidad identificada en la academia, aclarando que:

---

[888] Ver Jenks, C. Wilfred. "The Conflict of Law-Making Treaties". *British Yearbook of International Law* 30 (1953): 401–453; Friedman, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. New York: Columbia University Press, 1964.

[889] Ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2000). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones, vol. II, 2.ª parte (A/55/10), anexo, 151 y ss. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2000/spanish/annex.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml

[890] *Ibíd.,* 151; Ver Hafner, Gerhard. "Pros and Cons ensuing from Fragmentation of International Law". *Michigan Journal of International Law* 25 (2004): 850. Basado en: U.N. General Assembly Official Records. *Report of the International Law Commission on its 52nd session*, Suppl. No. 10, 321–339, U.N. Doc. No. ILC(LII)/WG/LT/INFORMAL/2 (2000). Ver también Schabas, William A. y Shannonbrooke Murphy (eds.). *Research Handbook on International Courts and Tribunals*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017, 2.

[891] Ver McLachlan, Campbell. "The Principle of Systematic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention". *The International and Comparative Law Quarterly* 54, no. 2 (abril de 2005): 283.

> "Lo que antes aparecía regido por el 'derecho internacional general' se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el 'derecho mercantil', el 'derecho de los derechos humanos', el 'derecho ambiental', el 'derecho del mar', el 'derecho europeo', e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el 'derecho de las inversiones' o el 'derecho internacional de los refugiados', etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones".[892]

Aunque su connotación puede ser entendida en un principio como negativa, la CDI recogió en su estudio la opinión dividida de los doctrinantes de derecho internacional sobre la fragmentación, como una cuestión que tiene tanto aspectos negativos como positivos.[893] Como afirmaba Matthew Craven, "[t]anto como se nos habla de los "peligros" de la fragmentación, también se nos anima a pensar en ellos como señales de éxito".[894] Autores como Ian Brownlie, advertían muy temprano (1985) sobre los consecuencias negativas de la fragmentación, en aspectos relacionados con áreas como el derecho internacional de los derechos humanos:

> "Un problema relacionado es la tendencia a la fragmentación del derecho que caracteriza la entusiasta literatura jurídica. De una manera más o menos superficial, se presume que hay temas que constituyen una entidad separada, como el "derecho internacional de los derechos humanos" o el "derecho internacional sobre el desarrollo". Como consecuencia, la calidad y la coherencia del derecho internacional en su conjunto se ven amenazadas. Así, por ejemplo, se hacen afirmaciones como si fueran proposiciones novedosas del derecho de los derechos humanos cuando en

---

[892] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2006). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones (A/61/10, Suplemento No. 10), capítulo XII, 441 y ss., ¶ 243 y ss. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/

[893] *Ibíd.,* ¶ 246: "Como la mayoría de los tratadistas, la Comisión ha considerado que la cuestión tiene aspectos positivos y negativos, (...) Por una parte, la fragmentación crea el peligro de que surjan normas, principios, sistemas de normas y prácticas institucionales contradictorios e incompatibles. Por otra parte, refleja la expansión de la actividad jurídica internacional en nuevos ámbitos y la consiguiente diversificación de sus objetos y de sus técnicas. La fragmentación y diversificación explican el desarrollo y la expansión del derecho internacional en respuesta a las demandas de un mundo plural. Al mismo tiempo, a veces crean conflictos entre normas y regímenes de modo tal que pueden menoscabar su aplicación efectiva".

[894] Craven, Matthew. "Unity, Diversity and the Fragmentation of International Law". *Finnish Yearbook of International Law* XIV (2003): 4.

realidad el punto en cuestión había sido reconocido desde hacía tiempo en el derecho internacional general".[895] (Traducción libre).

Otros reconocidos doctrinantes, como George Abi-Saab, Benedict Kingsbury o Thomas Franck, consideraban que fenómenos como la multiplicación (proliferación) de tribunales eran una señal –saludable- de una mayor densidad, complejidad y diversidad del derecho internacional.[896] Que si bien, la proliferación no jerarquizada de tribunales internacionales especializados tenía el riesgo de generar decisiones contradictorias sobre un mismo aspecto (Kingsbury utiliza la expedición de medidas provisionales como ejemplo), entre más profundo en el derecho internacional estuviese arraigado el sistema de adjudicación, más efectivo y predecible serían sus pronunciamientos.[897] Finalmente, para Franck, la especialización del derecho internacional demostraba que el ordenamiento aplicable a la comunidad internacional, había alcanzo un nivel de madurez que le merecía ser más complejo.[898]

En resumen, la fragmentación del derecho internacional no ha sido vista necesariamente como un fenómeno negativo, sin perjuicio de los riesgos que su surgimiento puedan acarrear, siendo el principal de ellos, la existencia de normas contradictorias que impliquen que un Estado deba regirse por dos o más estándares disimiles al mismo tiempo, frente a una misma situación.[899] Para evitar que se materialice dicho riesgo, afectando la legalidad y seguridad jurídica del ordenamiento internacional, los regímenes especiales, los cuales son una realidad legítima innegable en el contexto actual, deben interactuar y construir un dialogo con el derecho internacional general, teniendo como objetivo la armonía entre ellos.

---

[895] Brownlie, Ian. "The Rights of Peoples in Modern International Law". *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy* 33 (1985): 116–117.
[896] Abi-Saab, Georges. "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks". *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999): 925.
[897] Kingsbury, Benedict. "Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?". *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999): 684–686.
[898] Franck, Thomas. "Chapter 1. Fairness and International Law: An Analytical Framework". En *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 1998..
[899] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2000). Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones, vol. II, 2.ª parte (A/55/10), anexo, 152. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2000/spanish/annex.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml

La CDI en las conclusiones de su grupo de estudio, concreta en la aplicación del principio de armonización, la alternativa para solucionar las contradicciones normativas derivadas de un sistema jurídico internacional heterogéneo. Según la Comisión, el mencionado principio consiste en que "cuando varias normas tratan de la misma cuestión, esas normas deben interpretarse, en la medida de lo posible, de modo que den lugar a una sola serie de obligaciones compatibles". Haciendo una interpretación teleológica de lo afirmado por el órgano de las Naciones Unidas, se podría concluir que ese principio es el resultado de una función armonizadora que cumplen todos los actores del derecho internacional, a la luz de la cual, se deben compatibilizar principios y reglas que pudieran generar consecuencias contradictorias, de una manera preventiva, incluso antes de que dichas contradicciones se presenten. De esa forma, si encontramos que a un Estado en un foro judicial determinado se le aplica un estándar particular frente a una situación específica, y que, al mismo Estado, frente a idéntica situación, en un foro judicial distinto se le aplica un estándar diferente, es necesario que se construya un diálogo entre las autoridades que conforman los dos foros para armonizar los criterios aplicables a dicha situación, de lo contrario se caería en una antinomia como consecuencia de la fragmentación del derecho.

6.2 El régimen especial de los derechos humanos y la responsabilidad internacional de los estados

La utilización del término *self-contained regimes* (traducido por Koskenniemi como regímenes autónomos) tiene su origen en el Caso S.S. Wimbledon de 1923, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional debía determinar si la regulación de las vías fluviales alemanas contenidas en el Tratado de Versalles, era aplicable al Canal de Kiel, concluyendo que el Tratado contenía una sección específica sobre el Canal que preveía normas sustancialmente distintas a aquellas generales aplicables a las vías fluviales, por lo que debían ser aplicadas como si se tratara de un régimen autónomo.[900] La discusión sobre la relación de regímenes autónomos

[900] *S.S. Wimbledon* (U.K. v. Japan), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (17 de agosto de 1923): "[32] The provisions relating to the Kiel Canal in the Treaty of [p24] Versailles are therefore self-contained; if they had to be supplemented and interpreted by the aid of those referring to the inland navigable waterways of Germany in the previous Sections of Part XII, they would lose their "raison d'être", such repetitions as are found in them would be superfluous and there would be every justification for surprise at the fact that, in certain cases, when the provisions of Articles 321 to 327 might be applicable to the canal, the authors of the Treaty should have taken the trouble to repeat their terms or re-produce their substance. [33] The idea which underlies Article 380 and the following articles of the Treaty is not to be sought by drawing an analogy from these provisions but rather by arguing *a contrario*, a

y el derecho internacional general, obtuvo mayor relevancia a la luz del desarrollo de la CDI de su trabajo unificador sobre la responsabilidad de los Estados, que a la postre daría como resultado los ARSIWA. La discusión adelantada por los distintos relatores sobre dicha relación terminaría siendo lo que hoy conocemos como el artículo 55 de ARSIWA, que reconoce, no solo la coexistencia de leyes especiales sobre la responsabilidad de los Estados con el régimen general planteado por los artículos de la CDI, sino que además plantea la prevalencia de los primeros.[901]

Con el artículo 55 de ARSIWA, queda claro que la pretensión de la CDI no fue establecer un régimen general de responsabilidad de los Estados, aplicable a todos y en todas las circunstancias. Como aclararía James Crawford, no se trató de un sistema de responsabilidad aplicable a todos los casos, de un sistema de talla única para todos (one-size-fits-all).[902] Haber establecido un régimen universal y único de responsabilidad, implicaba el desconocimiento de la soberanía de los Estados, que tienen la capacidad de constituir normas secundarias que establezcan consecuencias particulares a la violación de obligaciones contenidas en normas primarias. En ese mismo sentido, Bruno Simma afirma que la razón de ser de la creación de regímenes de normas secundarias especiales es, precisamente, elevar el nivel de eficacia de las normas primarias,[903] siendo esta una razón de validez para que el derecho internacional reconozca, no solo la existencia de dichos regímenes autónomos de responsabilidad, sino también su legítima aplicación. Pero, si en lugar de contribuir a esa eficacia de las normas primarias, el régimen especial de normas secundarias las diluye o de alguna forma obstaculiza su cumplimiento, se deberá recurrir a las normas generales de responsabilidad del Estado de manera residual o supletoria.[904]

---

method of argument which excludes them. Ver Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". *The European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 491.

[901] Comisión de Derecho Internacional (ILC), *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Res. A.G. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA"). Artículo 55 –Lex specialis-, "Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, el contenido de la responsabilidad internacional de un Estado o el modo de hacerla efectiva se rijan por normas especiales de derecho internacional".

[902] Crawford, James. "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect". *The American Journal of International Law* 96, no. 4 (octubre de 2002): 880.

[903] Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". *The European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 487.

[904] Ver Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), ¶ 137. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S

En virtud de lo anterior, podríamos llegar a una primera conclusión sobre la existencia de regímenes especiales en el derecho internacional y la posibilidad que tienen estos de establecer normas sobre la responsabilidad de los Estados, diferentes a la previstas en el derecho internacional: Si bien unas normas pueden diferir de las otras, sigue existiendo una necesaria relación entre ellas, buscando la eficacia de las obligaciones contenidas en las normas primarias especiales. Dejando ese punto claro, ahora entraremos a analizar si efectivamente el derecho de los derechos humanos es un régimen autónomo del derecho internacional, y de ser así, cuál es la relación que debe existir, en materia de responsabilidad de los Estados, entre éste y las normas propias del derecho internacional general.

La utilización que se le ha dado al concepto de régimen autónomo en el derecho internacional, permite identificar tres acepciones: (i) en un sentido estricto, más enfocado en la responsabilidad internacional de los Estados, hace referencia al "conjunto especial de normas secundarias en virtud del derecho de la responsabilidad del Estado que tiene primacía sobre las normas generales relativas a las consecuencias de una violación",[905] (ii) otra noción, más amplia, entienden dichos regímenes como "conjuntos interrelacionados de normas primarias y secundarias, a las que a menudo se llama "sistemas" o "subsistemas" de normas que abordan un problema particular de una manera diferente a las normas del derecho general".[906] Finalmente, la CDI identifica una tercera forma de uso más amplia que la anterior, (iii) referida a ámbitos enteros de especialización funcional que comprenden un amplio conjunto de sistemas de normas interrelacionados de distintas maneras, en los que se deben aplicar normas y técnicas especiales de interpretación y administración, entendiendo esa especialidad como la modificación o incluso exclusión de las normas generales del derecho internacional.[907] Son regímenes en los que se

[905] Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), ¶ 128. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S; Ver *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (United States v. Iran), Judgment, *I.C.J. Reports* 1980, 40, ¶ 86.

[906] Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), ¶ 128. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S; Ver *S.S. Wimbledon* (U.K. v. Japan), 1923 P.C.I.J. (ser. A) No. 1 (17 de agosto de 1923), 23–24, ¶¶ 32–33.

[907] Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti

agrupan todas las normas y principios que regulan un determinado sector problemático.[908] El derecho internacional de los derechos humanos hace parte de estos últimos,[909] así como el derecho del mar, el derecho humanitario, el derecho ambiental o el derecho mercantil, entre otros.

El derecho de los derechos humanos es una rama del derecho internacional que establece, como un todo, normas secundarias que responden a unas normas primarias especiales, y que busca cumplir con una finalidad específica, que implica que el sistema expida directrices funcionales y administrativas sobre la manera como los actores de la comunidad internacional deben interpretar y dar cumplimiento a sus obligaciones.

La especialidad de las normas primarias que conforman el régimen de los derechos humanos se centra en su finalidad regulatoria de las relaciones entre Estados e individuos, teniendo como objeto de protección los derechos de las personas y no los de los Estados parte. Como lo afirmara el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Ireland v. UK*, *"a diferencia de los tratados internacionales de "tipo clásico" la Convención comprende más que meros compromisos recíprocos entre los Estados Parte"*.[910] Por esa especialidad, resulta necesaria la existencia de un sistema normativo que garantice, también de manera particular, la eficacia de las obligaciones en materia de derechos humanos, lo que implica la creación de normas secundarias que, incluso, se separen del régimen general. Como lo aclarara la Corte Internacional de Justicia (CIJ): *"donde los derechos humanos son protegidos por convenciones internacionales, esa protección adopta la forma de tales acuerdos para la supervisión o para garantizar el respeto de los derechos humanos, según lo previsto en dichos convenios"*.[911]

Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), ¶¶ 129–132. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S

[908] Ver *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional* (2006). Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones (A/61/10, Suplemento No. 10), capítulo XII, 197, ¶ 251 n. 12. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf&lang=EFSRAC&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2006/

[909] Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), ¶¶ 129–132. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S

[910] Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH), *Ireland v. United Kingdom*, Ser. A Vol. 25, ¶ 239; en el mismo sentido, Ver Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 (1982), ¶¶ 29–31.

[911] Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, 134, ¶ 267.

De acuerdo con las conclusiones de Grupo de Estudio de la CDI sobre fragmentación, los regímenes autónomos, como lo es el de los derechos humanos, operan de forma similar a una *lex specialis,* permitiendo que sus normas prevalezcan sobre el derecho internacional general. Sin embargo, ese régimen autónomo no puede ser considerado como un circuito jurídico cerrado,[912] en especial en lo que tiene que ver con la responsabilidad internacional de los Estados, en donde es necesaria una relación de complementariedad. Por esa razón el informe de la CDI propone el reemplazo del término "régimen autónomo", por el de "régimen especial", toda vez que la primera era una noción engañosa, que podría dar a entender que se trata de un sistema normativo perfectamente aislado y eso resulta inconcebible, "Si bien es variable el grado en que un régimen de responsabilidad, un conjunto de normas sobre un problema o una rama del derecho internacional debe complementarse con normas generales, no hay apoyo para la opinión de que se pueda prescindir plenamente de las normas generales en momento alguno".[913]

En 1985, Bruno Simma también llegó a la misma conclusión de que un régimen de normas secundarias completamente cerrado no era ni concebible ni deseado.[914] Así mismo lo hizo James Crawford, al afirmar que: "no puede haber, a nivel internacional, ningún régimen verdaderamente autónomo, herméticamente sellado contra el mal tiempo".[915] Ni los demás relatores de la CDI que trabajaron en el desarrollo de ARSIWA, ni los casos analizados por ellos, permitirían entender los regímenes especiales como totalmente aislados del derecho internacional.[916] A manera de corolario, sobre este punto Georges Abi-Saab, explicaba la importancia de mantener la unidad de la especialidad en el derecho internacional con el "todo" que hace posible y le da sentido a esa especialidad, afirmando que:

---

[912] Ver Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), 92, ¶ 152 n. 3. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S

[913] *Ibíd.,* 93, ¶ 152 n. 5.

[914] Ver Simma, Bruno. "Self-contained Regimes". *Netherlands Yearbook of International Law* 16 (1985): 111–136.

[915] Crawford, James. "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect". *The American Journal of International Law* 96, no. 4 (octubre de 2002): 880.

[916] Ver Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), 93, ¶ 152 n. 5. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S

> "Por supuesto, la especialización significa regímenes especiales. Pero independientemente de lo particulares y autónomos que puedan ser, no puede haber un régimen totalmente autónomo dentro del orden legal. Si el régimen especial sigue siendo parte del orden legal, alguna relación, así sea tenue, debe subsistir entre los dos. De lo contrario, si se cortan todos los vínculos, el régimen especial se convierte en un orden legal en sí mismo, una especie de Frankenstein legal -o lo que Kelsen denominaba una "Banda de ladrones"-, y ya no hace parte bajo la misma legitimidad y estándares formales de pertinencia".[917] (Traducción libre).

En síntesis, que el derecho de los derechos humanos sea un régimen especial, no significa que sea un régimen cerrado, o aislado, que no tenga relación con las normas generales, particularmente las que se refieren a la responsabilidad de los Estados. De manera coherente con esa premisa, en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, se puede evidenciar la relación entre los dos sistemas normativos. Así, por ejemplo, el (TEDH), ha resaltado la importancia de interpretar las obligaciones contenidas en el Convenio Europeo en armonía con el derecho internacional general, sin la preconcepción de que las disposiciones regionales deben prevalecer dejando sin efecto las establecidas en derecho internacional general. El Tribunal afirmó en el caso *Banković c. Bélgica y otros,* que:

> "[R]eitera que los principios que inspiran la Convención no pueden ser interpretados y aplicados en el vacío. El Tribunal también debe tener en cuenta las normas pertinentes del derecho internacional al examinar cuestiones relativas a su competencia y, en consecuencia, determinar la responsabilidad del Estado de conformidad con los principios que rigen el derecho internacional, aunque debe tener presente la naturaleza especial del Convenio en su condición de tratado de derechos humanos. En la medida de lo posible, el Convenio se debe interpretar en armonía con otros principios de derecho internacional del que hace parte".[918] (Traducción libre).

---

[917] Abi-Saab, Georges. "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks". *New York University Journal of International Law and Politics* 31 (1999): 926.

[918] Corte Europea de Derechos Humanos (Gran Sala), *Banković and others v. Belgium and others*, Admisibilidad, App. No. 52207/99, ECHR 2001-XII, decisión de 12 de diciembre de 2001, ¶ 57; Ver Corte Europea de Derechos Humanos (Gran Sala), *Al-Adsani v. United Kingdom*, Fondo, App. No. 35763/97, ECHR 2001-XI, decisión de 21 de noviembre de 2001, ¶ 55; Corte Europea de Derechos Humanos (Gran Sala), *Bosphorus Hava Yolları Turizm*

En el mismo sentido, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) también ha buscado armonizar el régimen especial con el general. Como fue resaltado en el informe del Grupo de Estudio sobre fragmentación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al igual que su par europeo, hace referencia constante a disposiciones generales del derecho internacional.[919] Concretamente, en materia de responsabilidad de los Estados, también ha reconocido el contenido de lo dispuesto en ARSIWA y la necesidad de que exista coherencia entre lo dispuesto en ellos y lo desarrollado en el Sistema regional, con el fin de dar eficacia a las obligaciones generales de respeto y garantía que tienen los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y los demás instrumentos regionales que constituyen el sistema de normas primarias.[920]

A manera de conclusión general de este primer capítulo, podríamos establecer que efectivamente se presenta en el derecho internacional un fenómeno de fragmentación, en el marco del cual existen regímenes especiales como el derecho de los derechos humanos, que funcionan como una *lex specialis*, y que en ese sentido pueden desarrollar normas particulares que difieran de lo prescrito por el derecho internacional general, siempre y cuando con esas normas se contribuya a la eficacia de las obligaciones que tengan los Estados, contenidas en las normas

---

ve Ticaret Anonim Şirketi and Institut de formation en droits de l'homme du barreau de Paris (intervening) v. Ireland and others (intervening), Fondo, App. No. 45036/98, ECHR 2005-VI, decisión de 30 de junio de 2005, ¶ 150; Corte Europea de Derechos Humanos, *Loizidou v. Turkey* (fondo), sentencia de 18 de diciembre de 1996, *Reports* 1996-VI, 2231, ¶ 43.

[919] Comisión de Derecho Internacional, *Informe del Grupo de Estudio sobre Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional* (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682), 96–97, ¶ 161. Disponible en: http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/CN.4/L.682&referer=http://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml&Lang=S: "La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha utilizado su amplia competencia consultiva para interpretar no sólo otros instrumentos de derechos humanos (como el Convenio Europeo o los Pactos Internacionales de 1966), sino también instrumentos como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, de 1963 [*Véase "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte, sentencia de 24 de septiembre de 1982, OC-1/82, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Series A, No 1*]. En una opinión de 1988, se hace expresa referencia al principio de derecho internacional de la continuidad de los Estados, en virtud del cual la responsabilidad del Estado se mantiene a pesar de los cambios de gobierno [*Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, OC-4/88, Anuario Interamericano de Derechos Humanos (1988), p. 990, ¶ 184]".

[920] Ver Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, ¶ 86: "Los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos. No obstante, entre esos dos extremos de responsabilidad, se encuentra la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica".

primarias, es decir en las distintas fuentes del derecho (tratados, costumbre, principios generales, jurisprudencia, etc.), que conforman dicho sistema normativo. Esas normas particulares prevalecen sobre las generales.

Sin embargo, el régimen especial de los derechos humanos, no es un régimen cerrado, aislado del régimen general, como afirmaría Bruno Simma citando el trabajo de Niklas Luhmann, *"[un] sistema social no puede existir en esplendido aislamiento de su ambiente"*.[921] Es necesario que exista una interacción entre los dos regímenes, permitiendo una armonización entre ellos, en especial en lo que tiene que ver con la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, para de esta forma evitar que se presenten incoherencias y contradicciones normativas en el contenido y aplicación de las normas que deben cumplir los Estados.

Lo anterior, resulta relevante para el propósito del presente libro, toda vez que implicará que el planteamiento que se haga de las reglas que se deben seguir para ahí derivar la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos, deberá ser el resultado de un proceso armónico entro lo previsto en el derecho internacional y lo establecido en el régimen especial.

6.3 El régimen de responsabilidad internacional de los Estados bajo los lentes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – entre la armonización y la fragmentación

Las reglas que rigen la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos son unas de las más importante en el sistema legal internacional, aunque a veces se vean opacadas por las reglas sustantivas de las obligaciones internacionales de los Estados.

Los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos formulados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de la Organización de Naciones Unidas son uno de los principales instrumentos de referencia en este campo del Derecho Internacional. Los Artículos buscaron codificar y desarrollar progresivamente las reglas básicas

[921] Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk. "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law". *The European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 492.

sobre responsabilidad de los Estados, las reglas de atribución y las consecuencias de esa responsabilidad.[922]

Aunque estos Artículos reflejan las reglas de derecho internacional general en la materia, los sistemas regionales de protección de derechos humanos han avanzado sus propias reglas de atribución por medio de las Cortes regionales y en el marco de sus instrumentos internacionales.

En ese contexto, esta investigación aborda la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cómo ésta se ha relacionado con las reglas de atribución contenidas en los Artículos de la CDI.

6.3.1 El Hecho internacionalmente ilícito según los artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos (ARSIWA)

El hecho internacionalmente ilícito se ha entendido como "un comportamiento consistente en una acción u omisión (…) atribuible al Estado según el derecho internacional; y constituye una violación de una obligación internacional"[923].

La existencia concomitante de ambos elementos se requiere para que se produzca la existencia del hecho internacionalmente ilícito.[924]

La violación de una obligación internacional como elemento de la responsabilidad ha sido ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional.[925] Se entiende que "Hay

[922] Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 31 (2001).
[923] Asamblea General de las Naciones Unidas, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 2 (2001).
[924] Corte Internacional de Justicia, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (EE.UU. v. Irán), *I.C.J. Reports* 1980, ¶ 56; *Phosphates in Morocco* (Italia v. Francia), Serie A/B No. 74 (14 de junio de 1938).
[925] Corte Internacional de Justicia, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Opinión consultiva, *I.C.J. Reports* 1949, 184 (11 de abril); *Factory at Chorzów* (Alemania v. Polonia), Jurisdicción, *P.C.I.J. Series A* No. 9 (26 de julio de 1927), 21.

violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación"[926].

La caracterización de un hecho internacionalmente ilícito no requiere necesariamente de la causación de un daño especifico, ni de la intención de causarlo, sino que eso dependerá de la norma principal cuyo incumplimiento se alega.[927]

En ese sentido, la caracterización del hecho no depende del ordenamiento jurídico interno del Estado, sino que "se rige por el derecho internacional"[928]. Dicha separación entre los sistemas jurídicos, v.g., domestico e internacional, fundamenta la noción de que aún si un acto es considerado ilegal de acuerdo con el derecho nacional, ello no implica que lo sea según el derecho internacional.[929] Y, a su vez, refleja el principio de que el derecho interno no puede ser usado como justificación del incumplimiento de una obligación internacional.[930]

6.3.2 La violación de la obligación internacional a la luz de la Jurisprudencia de Corte Interamericana de Derechos Humanos

La noción del hecho internacionalmente ilícito ha sido reconocida en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos. En específico respecto del Artículo 2 de ARSIWA, la Corte Interamericana lo ha denominado como "un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado"[931].

---

[926] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 12 (12 de diciembre de 2001).
[927] Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 36 (2001).
[928] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 3 (12 de diciembre de 2001).
[929] Corte Internacional de Justicia, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, *I.C.J. Reports* 1989 (20 de julio), ¶ 124.
[930] *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 27 (23 de mayo de 1969); Corte Internacional de Justicia, *Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *I.C.J. Reports* 2008 (4 de junio), ¶ 124.
[931] Corte IDH, *Caso Castillo González y otros v. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012. Serie C No. 256, ¶ 110.

Así mismo, la Corte IDH ha resaltado que la responsabilidad internacional del Estado se configura a partir de los dos elementos del Artículo 2 de ARSIWA y no depende de la intención de los agentes u órganos del Estado.[932]

La Corte IDH, citando el Art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ha señalado que su mandato se circunscribe a "interpretar y aplicar la Convención Americana u otros tratados sobre los cuales tenga competencia para consecuentemente determinar, de acuerdo con la norma internacional, tanto convencional como consuetudinaria, la responsabilidad internacional del Estado de acuerdo con el Derecho Internacional"[933].

En este sentido, en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Artículo 1 ha sido caracterizado como "la piedra angular sobre la cual descansa el sistema de derechos y libertades de dicho instrumento"[934]. En palabras de la Corte Interamericana, "dicho artículo pone a cargo de los Estados Parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención"[935].

La jurisprudencia interamericana ha entendido que "la obligación general de respetar y garantizar los derechos tenía que articularse con otros derechos y que la misma no podía ser objeto de una violación propiamente dicha, sino que esta norma podía llegar a ser incumplida por los Estados al ser violados otros derechos sustantivos de la Convención"[936].

---

[932] Corte IDH, *Caso Gutiérrez y familia v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, ¶ 78.
[933] Corte IDH, *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14. Serie A No. 21 (19 de agosto de 2014), ¶ 51.
[934] Fuchs, Marie-Christine et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. 2.ª ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2019, 39.
[935] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, ¶ 164.
[936] Fuchs, Marie-Christine et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. 2.ª ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2019, 47.

El Art. 1 de la CADH, no solo implica una obligación accesoria a los demás derechos y libertades consagrados en la Convención, sino que también sirve como elemento normativo de atribución de responsabilidad a los Estados Parte por violaciones a sus obligaciones internacionales.

6.3.3 Las reglas generales de atribución contenidas en los artículos sobre responsabilidad del estado por hechos internacionalmente ilícitos (ARSIWA)

El 12 de diciembre de 2001, mediante la Resolución 56/83 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaba los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWAI), reconociendo que este tema "revista gran importancia en las relaciones entre los Estados"[937].

Los Artículos se enfocan en reglas secundarias de responsabilidad de los Estados, es decir, las condiciones generales bajo las cuales, de acuerdo con el derecho internacional, puede considerarse a un Estado como responsable por acciones u omisiones internacionalmente ilícitas.[938]

La atribución de una conducta, a la luz de ARSIWAI, es una operación normativa[939] que permite establecer cuándo la acción u omisión de una persona física puede caracterizarse como una conducta del Estado desde la perspectiva del derecho internacional.[940] En este sentido, pueden identificarse cuatro categorías de atribución[941]:

1. Órganos u agentes de iure (Arts. 4, 5, 6 y 7);
2. Personas actuando bajo instrucción del Estado o como autoridades de facto (Arts. 8 y 9);

[937] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (12 de diciembre de 2001).
[938] Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 31 (2001).
[939] *Ibíd.,* 38–39.
[940] Crawford, James et al. *The Law of International Responsibility*. 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, 221.
[941] *Ibíd.,* 229.

3. Movimientos insurreccionales (Art. 10); y
4. Comportamiento adoptado como propio por el Estado (Art. 11)

Finalmente, es necesario señalar que el Art. 55 de ARSIWAI se refiere al principio de *Lex Specialis* estableciendo que "Los presentes artículos no se aplicarán en el caso y en la medida en que las condiciones de existencia de un hecho internacionalmente ilícito, (…) se rijan por normas especiales de derecho internacional"[942].

6.3.4 La atribución de conducta al estado a la luz del Artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos

El Art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) dicta que "los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (…)"[943].

En términos generales, el Art. 1.1. de la CADH no solo establece las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos humanos, por parte de los Estados Parte a la Convención, a todas las personas bajo su jurisdicción, sino que fundamenta la atribución de una violación de la CADH a un Estado.[944] Dicha característica se relaciona con la interpretación propia que ha hecho la Corte IDH del contenido de la CADH de manera que las obligaciones de respeto y garantía contenidas en el Art. 1.1. de la CADH están presentes en cada derecho consagrado en la CADH y deben articularse con ellos.[945]

Es así como al evaluar si una violación de la CADH es atribuible al Estado, la Corte IDH debe examinar si la violación es producto de un incumplimiento de las obligaciones de respeto

---

[942] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 55 (12 de diciembre de 2001).
[943] *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 1.1 (22 de noviembre de 1969).
[944] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, ¶ 164; Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. 1.ª ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2014, 47.
[945] Steiner, Christian y Uribe, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. 1.ª ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2014, 47.

y garantía propias de cada Estado.[946] La atribución de la conducta debe guiarse por "las reglas del Derecho Internacional"[947].

En la mayoría de los casos, cuando la conducta evaluada se encuadra dentro de la primera categoría de escenarios previstos en ARSIWA, i.e., conductas por órganos o agentes de iure del Estado, la Corte IDH no hace referencia explícita a la regla de atribución en la que basa su decisión.

Sin embargo, la evaluación de violaciones de derechos humanos causados por acciones u omisiones de terceros - identificados o no-, que pueden ser privados o agentes no estatales, puede llevar a la declaratoria de responsabilidad internacional del Estado.[948] Esto ocurre cuando un órgano u agente del Estado, en posición de garante, por acción u omisión, no cumplió con las obligaciones *erga omnes* de respeto y garantía contenidos en el Art. 1.1. de la CADH.[949]

Propiamente dicho, la conducta que se atribuye al Estado no es la violación del derecho (acto del tercero) sino la acción u omisión propia de los órganos o agentes del Estado que actúan sin la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar o reparar la violación de un derecho humano en detrimento de su obligación de garantía enmarcada en el Art. 1.1. de la CADH.[950]

En ese sentido, el Art. 1.1. de la CADH actúa como *Lex Specialis* en relación con la atribución de conductas a un Estado, calificando así los escenarios contemplados en ARSIWAI.

---

[946] Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène. *The American Convention on Human Rights: A Commentary*. 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2022, 76.
[947] Corte IDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, ¶ 173; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, ¶ 164.
[948] Corte IDH, *Caso Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, ¶ 124; Corte IDH, *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, ¶ 119.
[949] Corte IDH, *Caso López Soto y otros v. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 362, ¶¶ 127–130; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, ¶¶ 111–113.
[950] Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène. *The American Convention on Human Rights: A Commentary*. 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2022, 78; Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, ¶ 172.

Sin embargo, vale la pena señalar que dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH parece ser que cuándo se habla de atribución no se hace referencia exactamente a lo mismo que cuándo se habla de atribución en el contexto de ARSIWAI, aunque estén relacionados.

En el contexto de ARSIWAI se habla de atribución en el sentido de "imputar"[951] una conducta a un Estado, sin que ello implique una calificación de dicha conducta como licita o ilícita, para efectos de la responsabilidad del Estado siendo la obligación principal y la atribución dos elementos analíticamente distintos, aunque estrechamente relacionados.[952]

Mientras, en el contexto de la Corte IDH, la atribución parece ser más un elemento analítico de asignación de las consecuencias de la responsabilidad internacional del Estado. Es decir, evalúa si al Estado le corresponde o no asumir las consecuencias del hecho internacionalmente ilícito[953], en especial la obligación de reparación[954], ya caracterizado como tal, antes de evaluar si la conducta es atribuible o no al Estado. En otras palabras, la conducta que se imputa al Estado es la de sus propios órganos y agentes a la luz de la debida diligencia con la que debieron obrar para prevenir, investigar, juzgar o sancionar la violación de derechos humanos bajo su jurisdicción.

En los escenarios cubiertos por los Artículos 4 a 7 de ARSIWAI esto parece no presentar ninguna dificultad por cuanto la conducta del órgano o agente en cuestión se encuentra relacionado *de iure* al Estado. Sin embargo, en relación con los escenarios enmarcados en los Artículos 8, 9 y 11 parece dejarlos de lado, ya que no se preocupa por la imputación normativa de la conducta de un agente no estatal al Estado, sino que reencuadra la valoración de las circunstancias de hecho de un caso concreto desde la perspectiva de las obligaciones contenidas

---

[951] Crawford, James et al. *The Law of International Responsibility*. 1.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, 233.
[952] Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 39 (2001).
[953] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 28 (12 de diciembre de 2001).
[954] *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, art. 68 (22 de noviembre de 1969); Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 31 (12 de diciembre de 2001).

en el Art. 1.1. de la CADH y la conducta exigible del propio Estado. Esta posición funda, por ejemplo, las teorías de atribución del "segundo agresor"[955] o del "riesgo creado"[956].

6.3.5 Las etapas de la jurisprudencia interamericana en relación con los estándares de atribución contenidos en ARSIWA

En principio, abordar el estudio de los estándares de atribución usados por la Corte IDH en el marco de las bases de atribución reconocidas en ARSIWA parecería ser la forma más apropiada de agrupar la jurisprudencia de la Corte IDH para su estudio.

En ese sentido, los escenarios previstos en ARSIWA, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, podrían agruparse en dos principales categorías: (i) atribución directa de responsabilidad (arts. 4 a 7 de ARSIWA) y (ii) atribución indirecta de responsabilidad (8 a 11 de ARSIWA). Esta división no parece ser la más útil a efectos del análisis jurisprudencia ya que no se encuentran referencias a las bases de atribución indirecta en las decisiones de la Corte IDH.

En el contexto del SIDH, las bases de atribución se fundan sobre la regla de que se considera internacionalmente ilícita toda forma de ejercicio de poder público que contravenga las disposiciones de la CADH, lo que incluye la conducta de órganos, agentes y otras instituciones o grupos de carácter público.[957] Por esta razón no se encuentran referencias de atribución indirecta, en el sentido de ARSIWA, en la jurisprudencia de la Corte IDH sino una

---

[955] Corte IDH, *Caso V.R.P., V.P.C. y otros v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350, ¶¶ 289 y 298; Corte IDH, *Caso Guzmán Albarracín y otros v. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405, ¶¶ 137 y 157.

[956] Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140; Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148.

[957] González Napolitano, Silvina S. et al. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*. 1.ª ed. SGN Editora, 2013, 30–31; Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, ¶ 168; Corte IDH, *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros v. Chile)*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73, ¶ 72; Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, ¶ 109.

reinterpretación en algunos escenarios de las reglas contenidas en los arts. 4 a 7 de ARSIWA a la luz del art. 1.1. de la CADH.

Así, las etapas de la jurisprudencia de la Corte IDH en relación con el contenido de ARSIWA pueden asimilarse mejor a las etapas que ha tenido respecto de la aplicación de normas de otros regímenes especiales de derecho internacional, en especial el DIH, para la interpretación de los preceptos de la CADH. En términos generales, estas etapas pueden denominarse etapa de indiferencia, etapa de reconocimiento como instrumentos interpretativos y etapa de zona gris.[958]

En específico, en relación con el contenido de las reglas de derecho internacional de responsabilidad internacional del Estado, i.e, las reglas reflejadas en ARSIWA, pueden identificarse dos etapas en la jurisprudencia interamericana: Pre-ARSIWA, donde la Corte se remite a las reglas generales del derecho internacional; y post-ARSIWA, donde la CADH se entiende como *Lex Specialis* respecto de ARSIWA.

i. Jurisprudencia de la Corte IDH previa a la adopción de ARSIWA

La primera de estas etapas, la previa a la adopción de ARSIWA por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas el 12 de diciembre de 2001[959], comprende el periodo entre 1981 y 2001.

En esta pueden encontrarse una mayoría de situaciones donde la Corte IDH no se pronuncia explícitamente sobre el estándar de atribución de conducta empleado pero que implícitamente refleja el contenido del Artículo 4 de ARSIWA por referirse a hechos donde la

[958] Salmón, Elizabeth. "Entre la *lex specialis* y la metodología *pick-and-choose*: aproximaciones al derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario* (2019).
[959] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 28 (12 de diciembre de 2001).

conducta evaluada es la de órganos o agentes *de iure* del Estado[960] o en los cuales el Estado reconoció su responsabilidad por los hechos alegados[961].

En los casos en que la Corte IDH referencia los estándares de atribución usa la siguiente formulación: "El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte (…) de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención"[962].

De dicha formulación pueden establecerse los siguientes aspectos:

1. El art. 1.1. de la CADH actúa como *Lex Specialis* respecto de los estándares de atribución de conducta a un Estado en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH);

2. Dicha atribución, a la luz del art. 1.1. de la CADH, debe ser efectuada en concordancia con "las reglas del Derecho Internacional", i.e., normas consuetudinarias y principios que regulen el tema de atribución;

3. La atribución en el SIDH no incluye fórmulas de atribución de conductas de agentes no estatales al Estado, sino que lo evalúa es directamente la acción u omisión de los

---

[960] *V.gr.*, Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90; Corte IDH, *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63; Corte IDH, *Caso Cesti Hurtado v. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999. Serie C No. 56; Corte IDH, *Caso Castillo Páez v. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, ¶ 46.

[961] *V.gr.*, Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia*. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C No. 64; Corte IDH, *Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 11.

[962] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, ¶ 164; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, ¶ 173; Corte IDH, *Caso Caballero Delgado y Santana v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, ¶ 56; Corte IDH, *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, ¶¶ 255–257.

órganos y agentes del Estado en relación con la violación de un derecho humano, por causa de la conducta del agente no Estatal, y desde la óptica de sus obligaciones de prevención, investigación, juzgamiento y sanción.

4. Siguiendo lo dicho en el punto anterior, el estándar formulado por la Corte IDH parece ir en línea con los Artículos 4, 5, 7 de ARSIWA.

5. Implícitamente rechaza el Artículo 8 de ARSIWA (en la medida en que evaluaría la conducta de los órganos y agentes del Estado y no directamente la conducta de los agentes no estatales); el Artículo 9 de ARSIWA (por cuánto lo que se atribuiría no es la conducta de la persona o grupo que ejerce atribuciones de poder público sino la conducta de las autoridades oficiales en el caso concreto); y el Artículo 11 de ARSIWA (en la medida en que el reconocimiento y adopción de un acto de terceros como propio no haría que el acto se considere como propio del Estado, sino que se evaluaría la conducta del Estado *ex ante* – obligación de prevenir- y *ex post* - obligaciones de investigar, juzgar y sancionar-).

Como bien lo explica la Corte IDH, en casos de violaciones de derechos humanos por la conducta de agentes no estatales se predica la responsabilidad del Estado cuándo hay "demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones"[963].

Por otra parte, llama la atención que la jurisprudencia de la Corte IDH parece ir en línea con el contenido del Artículo 7 de ARSIWA respecto de los agentes u órganos del Estado que actúan *ultra vires*.

[963] Corte IDH, *Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, ¶ 91.

En el Caso Gangaram Panday v. Surinam (1994), la Corte reconoce primero los actos ilícitos cometidos por miembros de la Policía Militar de Surinam y luego evalúa si procede la imputación de tales hechos al Estado.[964] En este caso la Corte IDH realizó la atribución y la valoración de la conducta con base en evidencia circunstancial e inferencias, declarando responsable al Estado de Surinam.[965]

Así mismo, en el Caso Neira alegría y otros v. Perú (1995) reiteró la posición de que los actos de funcionarios y autoridades son atribuibles al Estado, independientemente de que dichos actos estén por fuera de los límites de su competencia o contravengan el derecho interno del Estado.[966]

ii. Jurisprudencia de la Corte IDH posterior a la adopción de ARSIWA

La segunda de las etapas antes mencionadas inicia en 2002, posteriormente a la adopción de ARSIWA por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas. Esta etapa comprende el periodo entre 2002 y 2023.

Entre 2002 y 2005, la jurisprudencia de la Corte IDH se muestra indiferente a la adopción de ARSIWA, pues no hay mención de dichos Artículos hasta el Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia (2005)[967].

En este periodo inicial la Corte IDH mantiene las tendencias evidenciadas en la época pre-ARSIWA en el sentido de generalmente no hacer explícitos los estándares de atribución

[964] Corte IDH, *Caso Gangaram Panday v. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, ¶ 45.
[965] Corte IDH, *Caso Gangaram Panday v. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, ¶¶ 49–51.
[966] Corte IDH, *Caso Neira Alegría y otros v. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, ¶ 63.
[967] Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

aplicables en casos de conductas de agentes u órganos *de iure* del Estado[968] ni en casos en los que hubo reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado[969].

En los casos en los que la Corte detalló las reglas de atribución aplicables, se reiteró la interpretación del Art. 1.1. de la CADH en el sentido de caracterizar dicho precepto como instrumento de atribución de violaciones de la CADH a un Estado[970]. En palabras de la Corte, reflejando implícitamente el contenido del Artículo 1 de ARSIWA, se "entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana"[971].

Dicha interpretación del Art. 1.1. de la CADH es especialmente relevante en relación con casos donde la afectación a un derecho reconocido en la CADH es producto de la conducta de un agente no estatal. Resalta la Corte que "un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención"[972].

---

[968] *V.gr.*, Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112; Corte IDH, *Caso Tibi v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114; Corte IDH, *Caso Huilca Tecse v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005. Serie C No. 121.

[969] *V.gr.*, Corte IDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C No. 105; Corte IDH, *Caso Molina Theissen v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106; Corte IDH, *Caso Gutiérrez Soler v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

[970] Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, ¶ 163.

[971] Corte IDH, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, ¶ 71.

[972] Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, ¶ 140.

a. La Conducta de los Órganos y Agentes del Estado (Artículo 4 ARSIWA)

La primera vez que la Corte IDH hace alusión a ARSIWA es en la Sentencia del 15 de septiembre de 2005 en el Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia. Esto lo hace como respuesta a un reconocimiento parcial de responsabilidad por parte de Colombia que, en palabras de la Corte, argumentó que "su responsabilidad se deriva de la actuación irregular de sus agentes, pero no obedece a una política del Estado o de sus instituciones ni acepta la atribución de los actos de los grupos de autodefensa como si éstos fueran sus agentes. Colombia fundamentó sus manifestaciones especialmente en las reglas sobre atribución de actos contenidas en los Artículos sobre la Responsabilidad Estatal por Actos Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas"[973].

La posición de Colombia se fundaba en que los actos de los grupos paramilitares no le eran atribuibles ni por el Artículo 9 de ARSIWA (ausencia o defecto de las autoridades públicas) ni por el Artículo 8 de ARSIWA (conducta bajo control del Estado), ya que el Estado no ejercía control efectivo[974] ni control global[975] sobre dichos grupos.

En respuesta a este planteamiento, la Corte IDH caracteriza el Art. 1.1. de la CADH como "*lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho Internacional general"[976], i.e., el Art. 1.1. de la CADH es *lex specialis* frente a las bases de atribución de ARSIWA. El razonamiento de la Corte se basa en la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos y el principio de *effet utile* en relación con normas sustantivas y procesales para hacer efectiva la aplicación de la CADH.[977]

---

[973] Corte IDH, *Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia,* Sentencia de Fondo, Serie C No. 134, (15 de septiembre de 2005), ¶ 102.
[974] Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. Estados Unidos), *I.C.J. Reports* 1986 (27 de junio), ¶ 115.
[975] Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY), *Prosecutor v. Tadić*, Decisión sobre la moción de la defensa en apelación interlocutoria sobre jurisdicción, IT-94-1-AR72 (2 de octubre de 1995), ¶ 120.
[976] Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, ¶ 107.
[977] Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, ¶ 105; Corte IDH, *Caso Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*. Excepciones

Por lo tanto, "La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse en casos en que el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes cuando se encuentren en posición de garantes, esas obligaciones erga omnes contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención"[978]. De esta manera, a la luz del Art. 1.1. de la CADH, la conducta de los grupos paramilitares era atribuible a Colombia.

Este razonamiento de la Corte se mantuvo en casos posteriores, aunque no mencionara explícitamente ARSIWA, en casos de atribución de actos de terceros al Estado "en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el respeto de esos derechos entre individuos"[979].

Como se mencionó previamente, la interpretación del Art. 1.1. de la CADH hecha por la Corte IDH fundamenta también la "Teoría del Riesgo Creado" como base de imputación en el marco del SIDH. Esta teoría se basa en la evaluación de la conducta de órganos y agentes del Estado en relación con (i) la formación de un marco normativo que propició la creación de grupos paramilitares y (i) la falta de debida diligencia en la adopción de medidas que previnieran efectivamente la situación de riesgo creada por el Estado.[980] Esta posición implícitamente rechaza la regla contenida en el Art. 8 de ARSIWA al no requerir ningún tipo de control sobre los agentes no estatales para atribuir su conducta al Estado, aunque la manera en que la Corte IDH la encuadra parece concordar con la regla contenida en el Artículo 4 de ARSIWA.

Curiosamente, la siguiente mención explícita de las circunstancias de atribución de los Artículos de la Comisión de Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte IDH se da

---

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118; Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, ¶ 99. En el mismo sentido: Corte IDH, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesús v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de julio de 2020. Serie C No. 407, ¶¶ 133–138.

[978] Corte IDH, *Caso de la Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, ¶ 111.

[979] Corte IDH, *Caso Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, ¶ 113; Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, ¶ 168.

[980] Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 163, ¶¶ 78 y 110; Corte IDH, *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, ¶¶ 115–124; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, ¶¶ 126 y 140.

en el voto concurrente del Juez Vio Grossi que acompaña la Sentencia del 24 de febrero de 2011 en el Caso Gelman v. Uruguay.

En su voto concurrente, el Juez señala que "el Estado incurre en responsabilidad internacional por todo hecho que le sea atribuible y que constituya una violación de una de sus obligaciones internacionales y a tales propósitos se considera hecho del Estado según el Derecho Internacional, en especial, la costumbre internacional, el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativa ejecutivas, judiciales o de otra índole"[981], referenciando explícitamente el Art. 4 de ARSIWA. En la medida que la Sentencia del 24 de febrero de 2011 se refiere a la expedición de una ley, función propia del órgano legislativo del Estado, y la conducta de la rama ejecutiva del Estado en relación con esta, la Corte no se pronuncia explícitamente sobre el estándar de atribución[982], pero puede considerarse que refleja el contenido del Art. 4 de ARSIWA.

La Corte IDH vuelve a tener en cuenta las bases de atribución de ARSIWA en la Sentencia del 25 de noviembre de 2013 en el Caso Gutiérrez y familia v. Argentina. En este caso se limita señalar que "para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención, no se requiere determinar, como ocurre en el derecho penal interno, la culpabilidad de sus autores o su intencionalidad, ni es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. Es suficiente que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste, esto es, que ese hecho ilícito le sea atribuido"[983].

En este caso, aunque la Corte cita el Art. 2 de ARSIWA referente a los elementos del hecho internacionalmente ilícito, su razonamiento hace referencia – por los hechos del caso que

[981] Grossi, Vio. Voto concurrente a la Sentencia del *Caso Gelman v. Uruguay*. Serie C No. 221, 2 (24 de febrero de 2011).
[982] Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, ¶ 238.
[983] Corte IDH, *Caso Gutiérrez y familia v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, ¶ 78.

dan cuenta de indicios de participación de agentes estatales en el homicidio de la víctima[984] – a la regla contenida en el Art. 4 de ARSIWA.

Recientemente la Corte IDH ha referenciado el Art. 4 de ARSIWA sin mencionar que el Art. 1.1. de la CADH es *lex specialis* respecto del mismo, parece más una mención como elemento de interpretación.[985] Sin embargo, debido a la tendencia de la Corte de hacer explicitas las reglas de atribución que aplica en casos en los que aplicaría el Art. 4 de ARSIWA y lo reciente de la sentencia citada, es muy pronto para decir si hay un cambio en la interpretación que la Corte hace del Art. 1.1. de la CADH o las herramientas interpretativas con las que lo aborda.

b. La conducta de persona(s) en ejercicio de funciones públicas (Art. 5 de ARSIWA) o extralimitación en la competencia (Art. 7 de ARSIWA)

Otro de las decisiones más antiguas en las que la Corte IDH se refirió a ARSIWA fue en la Sentencia del 04 de julio de 2006 en el marco del *Caso Ximenes Lopes v. Brasil.* En este caso se evaluaba la conducta de un Hospital que prestaba servicios de salud en el marco del sistema de salud pública de Brasil[986].

El análisis de atribución que realiza la Corte IDH inicia con la consideración del Art. 1.1. de la CADH en el sentido que en circunstancias en las que un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente, por acción u omisión, un derecho consagrado en la CADH, se considera una violación del deber de respeto derivado del artículo 1.1 de la Convención.[987]

---

[984] Corte IDH, *Caso Gutiérrez y familia v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 271, ¶ 80.
[985] Corte IDH, *Caso Habitantes de La Oroya v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 511, ¶ 155.
[986] Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, ¶ 2.
[987] Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, ¶ 84.

Agrega la Corte, refiriéndose al Art. 5 de ARSIWA, que "la conducta descrita en la Resolución de la Comisión de Derecho Internacional, de una persona o entidad, que, si bien no es un órgano estatal, está autorizada por la legislación del Estado para ejercer atribuciones de autoridad gubernamental. Dicha conducta, ya sea de persona física o jurídica, debe ser considerada un acto del Estado, siempre y cuando estuviere actuando en dicha capacidad"[988].

En este sentido, la decisión de la Corte da cuenta de una doble base de atribución de la conducta de un particular al Estado teniendo en cuenta que "la falta del deber de regular y fiscalizar genera responsabilidad internacional en razón de que los Estados son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud, ya que bajo la Convención Americana los supuestos de responsabilidad internacional comprenden los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos"[989].

En el marco del Caso González Lluy y otros v. Ecuador, en la Sentencia del 01 de septiembre de 2015, la Corte IDH reitera su posición respecto del Art. 5 de ARSIWA, de manera que es atribuible al Estado la conducta de una entidad privada que ejerce atribuciones de autoridad pública, v.g., la prestación del servicio público de salud[990].

En relación con los actos *ultra vires* de agentes del Estado, la Corte IDH se remite a la regla general contenida en el Art. 7 de ARSIWA señalando que:

> "[C]omo regla general, (…) cualquier conducta, incluyendo los actos ultra vires, de un órgano del Estado o de una persona o entidad facultada para ejercer atribuciones del poder público se considerará hecho del Estado. Esa regla tiene una única

[988] Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, ¶ 86.
[989] Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149, ¶ 90.
[990] Corte IDH, *Caso González Lluy y otros v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, ¶ 175.

> excepción, y esto es cuando ese órgano o persona no está actuando en esa condición, es decir, cuando la persona actúa dentro de su capacidad como entidad privada"[991].

En el Caso Manuela y otros v. El Salvador, en la Sentencia del 02 de noviembre de 2021, la Corte utiliza el criterio sentado en el Art. 5 de ARSIWA para sentar la regla general de que una persona u órgano que ejerza autoridad pública puede asemejarse a un órgano o agente del Estado, i.e., que su conducta es atribuible al Estado.[992] Sin embargo, también da cuenta de las excepciones a dicha regla, asemejando a la excepción del Art. 7 de ARSIWA, cuando la naturaleza de la función que ejerce (en este caso defensor público) lo hace actuar fuera de la calidad de función pública (por la naturaleza de su labor requiere de autonomía suficiente para no ser atribuible su conducta al Estado)[993].

Posteriormente, en relación con la regla contenida en el Art. 7 de ARSIWA, la corte reitera su aplicabilidad en el marco del SIDH.[994] Pero, en todo caso, califica dicha regla de atribución a la luz del Art. 1.1. de la CADH señalando que:

> "Una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención puede comprometer la responsabilidad internacional de un Estado parte por una falta al deber de respeto contenido en el artículo 1.1 de la Convención (…) -aunque al principio no sean directamente atribuibles al Estado por haber sido cometidas por un particular-, cuando ese acto ilícito ha contado con la participación, el apoyo o la tolerancia de agentes estatales"[995].

---

[991] Corte IDH, *Caso Villamizar Durán y otros v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, ¶ 139.
[992] Corte IDH, *Caso Manuela y otros v. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, ¶ 123.
[993] Corte IDH, *Caso Manuela y otros v. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Serie C No. 441, ¶ 124.
[994] Corte IDH, *Caso Pavez Pavez v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, ¶ 107.
[995] Corte IDH, *Caso Pavez Pavez v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022. Serie C No. 449, ¶ 108.

6.3.6 Invocación de la Responsabilidad Internacional del Estado: Diferencias entre ARSIWA y la Jurisprudencia Interamericana

Como fue señalado en acápites anteriores, respecto de los elementos constitutivos del hecho ilícito internacional, i.e. la violación de una obligación internacional y la atribución de conducta al Estado, la jurisprudencia interamericana ha tenido puntos de confluencia y puntos de divergencia.

Respecto de la violación de una obligación internacional, la jurisprudencia interamericana no se separa de los lineamientos generales planteados en ARSIWA. Esto principalmente se debe a que los mismos artículos de la CDI remiten a las normas sustantivas para determinar si hubo o no una violación a una obligación.[996]

Por otra parte, respecto de los criterios de atribución de conducta, la jurisprudencia interamericana ha tenido momentos donde refleja los principios reconocidos en el derecho internacional general y ha tenido momentos donde ha adoptado criterios propios dentro de la lógica de un régimen especial del derecho internacional.

Donde se evidencia un punto de diferencia entre lo preceptuado en los Artículos de la CDI y lo decidido por la Corte Interamericana es respecto de aspectos procesales, en especial, *mutatis mutandis* la invocación de la responsabilidad internacional del Estado por la parte lesionada.

i. Invocación de Responsabilidad según ARSIWA

El Art. 42 de ARSIWA señala las condiciones necesarias para que un Estado lesionado invoque la responsabilidad internacional de otro Estado. En principio, este artículo refleja el derecho que

[996] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, arts. 12 y 13 (12 de diciembre de 2001); Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 54–57 (2001).

tiene un Estado afectado por la conducta de otro de reclamar formalmente por la protección de sus derechos, en ausencia de una disposición de un tratado que regule dicha situación.[997]

En particular, un Estado puede entenderse como lesionado si la obligación se le debía individualmente[998] o si la violación de la obligación le afecta especialmente[999]. Esta calificación hace referencia al *locus standi* del Estado que reclama y su derecho a acceder a los medios de reparación contemplados en los Artículos de la CDI.[1000]

Un efecto práctico del concepto de Estado lesionado es que el mero interés legal en el cumplimiento de una obligación no legitima a un Estado para invocar la responsabilidad internacional del supuesto Estado infractor.[1001] Así mismo, dicho *locus standi* limita necesariamente la competencia material del foro en que se reclama la responsabilidad en el entendido de que quién haga las veces de autoridad jurisdiccional solo puede pronunciarse respecto de la conducta y la obligación que cumple los requisitos contenidos en el Art. 42 de ARSIWA.

ii. Invocación de Responsabilidad según la Corte IDH

En el caso de los casos que se adelantan ante la Corte IDH debe tenerse en cuenta que no se tratan en la práctica de casos entre Estados (aunque la CADH contempla la posibilidad) sino de peticiones individuales o colectivas de personas naturales contra un Estado Parte de la CADH. Además, los Artículos de la CADH relacionados con los procedimientos contenciosos ante la Corte IDH tienen la función de *lex specialis* respecto de las reglas contenidas en ARSIWA en aquellos puntos donde puedan surgir conflictos normativos reales.

---

[997] Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 117 (2001).
[998] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 42 a) (12 de diciembre de 2001).
[999] Asamblea General de las Naciones Unidas, Res. 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 42 b) i) (12 de diciembre de 2001).
[1000] Comisión de Derecho Internacional, *Comentario al Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, Doc. ONU A/56/10, 117 (2001).
[1001] Kawasaki, Kyoji. "The Injured State in the International Law of State Responsibility". *Hitotsubashi Journal of Law and Politics* (2000): 20.

En ese entendido, puede argumentarse que la jurisprudencia de la Corte IDH parece dividirse en dos periodos grandes. A diferencia de lo sucedido respecto de las reglas de atribución, en este caso se identifican dos periodos: uno en la línea de las reglas del derecho internacional general, posteriormente reflejadas en los Artículos de la CDI; el otro, se configura a partir de la doctrina del control de convencionalidad creada por la Corte IDH a partir de 2006.

Respecto del primer periodo, la responsabilidad internacional de los Estados Parte se predica del incumplimiento de los deberes generales de prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar derivados de los Artículos 1, 2 y 63 de la CADH en relación con la vulneración de alguno de los derechos consagrados en la Convención. Esta posición se mantiene en la línea de lo reflejado en ARSIWA en la medida en que la invocación de responsabilidad ocurre como consecuencia de un daño producido por el Estado a una persona bajo su jurisdicción.

Conforme al segundo periodo, la idea de la responsabilidad internacional de los Estados en el marco del SIDH como régimen especial de derecho internacional empieza a formarse a partir del razonamiento de la Corte IDH en la Opinión Consultiva No. 14 de 1994 dictó que "la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de ésta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado"[1002]. Esta afirmación marca el inicio de la tendencia en el SIDH respecto de no requerir la ocurrencia de un daño especifico o la violación en concreto de un derecho reconocido en la CADH, contrario a los lineamientos expresados en el Art. 42 de ARSIWA.[1003]

Esta tendencia parece concretarse en la configuración de la doctrina de control de convencionalidad, inicialmente expresada en el Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile en 2006. En esta decisión la Corte IDH dictaminó que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos

[1002] Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94. Serie A No. 14 (9 de diciembre de 1994), ¶ 50.
[1003] Sánchez de Tagle, Gonzalo. "The Objective International Responsibility of States in the Inter-American Human Rights System". *Mexican Law Review* (2015): 117.

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"[1004].

La doctrina del control de convencionalidad ha sido reiterada numerosas veces, en los casos de *La Cantuta v. Perú* (2006), *Boyce y otros v. Barbados* (2007) y *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes v. Guatemala* (2008), por ejemplo.[1005]

Uno de los principales reparos que puede hacerse respecto de esta doctrina es que el control de convencionalidad se vuelve "el medio por el cual las sentencias de la Corte IDH se transforman en fuente del derecho interno, con un efecto de supremacía en el que, en caso de existir discrepancia entre la norma interna y la Convención Americana, así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, deberán primar estas últimas"[1006]. Esta situación surge del proceso interpretativo que hace la Corte IDH de la CADH que puede resumirse de la siguiente manera: la aplicación de las reglas generales de interpretación no se deriva del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sino del Artículo 29 de la CADH, resaltando que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular el SIDH, es un sistema legal separado, incluso superior, que el derecho internacional general.[1007]

El efecto práctico en lo relacionado con la invocación de la responsabilidad internacional del Estado es que la misma se puede dar sin que deba mediar necesariamente un caso concreto de vulneración de un derecho reconocido en la CADH, en la medida en que la doctrina de control de convencionalidad propende a un control en abstracto y no necesariamente concreto de la conducta del Estado.[1008]

[1004] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, ¶ 124.
[1005] Sagüés, Néstor Pedro. "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano", en *La justicia constitucional y su internacionalización*. UNAM, 2010, 451.
[1006] Garcés Ramírez, Fernanda. "Una mirada crítica al control de convencionalidad". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* no. 28 (2023): 103.
[1007] Lixinski, Lucas. "Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law". *European Journal of International Law* 21, no. 3 (2010): 602.
[1008] Sánchez de Tagle, Gonzalo. "The Objective International Responsibility of States in the Inter-American Human Rights System". *Mexican Law Review* (2015): 117 y 127.

6.4 Conclusión

Las reglas de responsabilidad internacional de los Estados, tal como han sido cristalizadas en los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, no quedan desplazadas por el régimen interamericano de derechos humanos, pero tampoco operan en él de manera indiferenciada. Lo que el análisis demuestra es una relación de coexistencia normativa en la que el derecho internacional general y el régimen especial de los derechos humanos se encuentran vinculados por una exigencia de armonización, de suerte que la especialidad del segundo sólo se justifica en la medida en que contribuya a la eficacia reforzada de sus normas primarias y no en cuanto pretensión de clausura sistémica.

Esa tesis permite rechazar, por un lado, la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos constituya un universo autorreferencial (un régimen autocontenido) completamente separado del derecho internacional general y, por otro, la pretensión inversa de absorber sin matices la especificidad funcional del sistema interamericano en las categorías generales de ARSIWA. Entre ambos extremos, el capítulo identifica una solución más precisa, la CADH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana operan como *lex specialis* en aspectos determinados, pero lo hacen dentro de un orden jurídico común cuya inteligibilidad depende de la preservación de estándares de compatibilidad y no de fractura.

El régimen especial de los derechos humanos no es un régimen cerrado, aislado del régimen general. Es necesario que exista una interacción entre los dos regímenes, permitiendo una armonización entre ellos, en especial en lo que tiene que ver con la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, para de esta forma, evitar que se presenten incoherencias y contradicciones normativas en el contenido y aplicación de las normas que deben cumplir los Estados. No se puede considerar a los derechos humanos un régimen autónomo cerrado, con base en su carácter no-recíproco, pues si bien es indiscutible que su finalidad es la protección, garantía y respeto de los derechos de los individuos que hacen parte de un Estado, no se puede olvidar que formalmente, las obligaciones en derechos humanos siguen siendo derivadas acuerdos recíprocos entre los Estados parte, tan recíprocos, que incluso cualquiera de estos

Estados puede alegar su vulneración, como sucede en un escenario de obligaciones *erga omnes parte*.[1009]

Los datos que sostienen esa conclusión fueron desarrollados en dos planos complementarios. El primero es sistémico. El estudio del fenómeno de la fragmentación, a partir del trabajo de la Comisión de Derecho Internacional y de la literatura que lo precede y acompaña, mostró que la expansión de regímenes especializados no es en sí misma una patología del derecho internacional; puede ser, de hecho, una manifestación de su densificación material y de su capacidad de respuesta ante objetos regulatorios crecientemente diferenciados. Sin embargo, esa especialización solo es jurídicamente sostenible si los distintos subsistemas permanecen articulados por una función armonizadora que impida la producción de obligaciones incompatibles para los Estados. De allí que la noción de régimen especial resulte más adecuada que la de régimen autocontenido, porque permite reconocer la prevalencia funcional de normas particulares sin incurrir en la ficción de un aislamiento normativo absoluto. El régimen de los derechos humanos participa precisamente de esa lógica. Su especificidad es indiscutible, pero ella no autoriza a desprenderlo del universo normativo más amplio del derecho internacional general, porque hacerlo implicaría privarlo del trasfondo de legalidad que lo hace inteligible como derecho internacional y no como orden autónomo de otra especie.

El segundo plano es técnico-jurídico. En materia de responsabilidad internacional, el capítulo muestra que la relación entre ARSIWA y el SIDH no se agota en un problema abstracto de fuentes, sino que se hace visible en cuestiones concretas como la configuración del hecho internacionalmente ilícito, las reglas de atribución y la invocación de la responsabilidad. En lo relativo al incumplimiento de la obligación internacional, la convergencia es amplia, toda vez que la jurisprudencia interamericana no contradice el esquema general según el cual la existencia del ilícito depende de la disconformidad entre la conducta estatal y una obligación internacional vigente, siendo la norma primaria la que define el contenido de esa obligación. La diferencia relevante aparece, sobre todo, en la atribución. Mientras ARSIWA distingue analíticamente entre la imputación normativa de una conducta al Estado y la posterior calificación de

[1009] Ver Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk. “Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law”. *The European Journal of International Law* 17, no. 3 (2006): 527.

esa conducta como ilícita, la Corte Interamericana ha tendido a reconducir el análisis a las obligaciones de respeto y garantía del artículo 1.1 de la CADH, de modo que la conducta verdaderamente examinada no es, en sentido estricto, la del tercero no estatal, sino la de los propios órganos y agentes estatales en relación con sus deberes de prevención, investigación, juzgamiento, sanción y reparación. El punto no es menor, permite afirmar que el artículo 1.1 opera, en el ámbito interamericano, como una *lex specialis* modificadora de las reglas generales de atribución, sin que tal modificación implique necesariamente contradicción material con ARSIWA, aunque sí un cambio de enfoque analítico.

La garantía que enlaza esos hallazgos con la tesis general del capítulo es la siguiente: la especialidad de un régimen secundario de responsabilidad sólo se justifica si refuerza la eficacia de las obligaciones primarias que pretende proteger. En el caso del SIDH, esa eficacia reforzada exige que las reglas de responsabilidad respondan a la estructura particular de un régimen destinado a proteger a las personas frente al poder estatal y no a ordenar exclusivamente relaciones interestatales simétricas. Por eso la Corte IDH ha podido desarrollar una lectura del artículo 1.1 de la Convención como fundamento no sólo de las obligaciones generales de respeto y garantía, sino también del esquema de atribución que le permite vincular al Estado con omisiones o aquiescencias frente a violaciones perpetradas por terceros. Pero de esa especialidad no se puede ni se debe concluir una irrelevancia del derecho internacional general. El respaldo último de la tesis reside precisamente en que la propia Corte IDH, al igual que otros tribunales regionales, ha recurrido al derecho internacional general como marco interpretativo, aun cuando afirme la naturaleza especial del tratado de derechos humanos. La especialidad, así, no desplaza la pertenencia al sistema; la recalifica funcionalmente.

Esa reconstrucción permite, además, formular un reparo relevante frente a la evolución de la jurisprudencia interamericana en materia de invocación de responsabilidad. El capítulo muestra que, mientras en una primera etapa la práctica contenciosa se mantenía más cercana a la lógica general de la responsabilidad —en la medida en que la responsabilidad se articulaba a partir de daños concretos sufridos por personas determinadas—, el desarrollo posterior de la doctrina del control de convencionalidad ha introducido un desplazamiento de mayor alcance. A partir de 2006, la jurisprudencia interamericana tiende a habilitar formas de control que no

dependen necesariamente de la consumación concreta del daño en un caso individual, sino que se orientan también a un examen abstracto de compatibilidad normativa entre el derecho interno y la Convención, mediado por la interpretación que de ésta hace la propia Corte. Aquí se ubica la zona de mayor fricción con las reglas reflejadas en ARSIWA. No porque el SIDH deje de ser un régimen especial legítimo, sino porque la expansión del control de convencionalidad corre el riesgo de alterar el punto de conexión tradicional entre responsabilidad, lesión e invocación procesal, aproximando la competencia contenciosa de la Corte a una forma de revisión abstracta cuya justificación dentro del sistema convencional no siempre resulta evidente. El capítulo no concluye que esa evolución sea incompatible per se con el derecho internacional general, pero sí deja establecido que allí se produce la divergencia más marcada y que ella exige una justificación más rigurosa desde la teoría de la fragmentación y la *lex specialis*.

Con esa salvedad, la conclusión final puede se puede resumir en que el derecho internacional de los derechos humanos, y en particular el sistema interamericano, es un régimen especial que puede desarrollar reglas propias de responsabilidad estatal y de atribución de conducta, pero no por ello se transforma en un régimen cerrado ni en una fuente autosuficiente de juridicidad. Su legitimidad sistemática depende de mantener un vínculo de armonización con el derecho internacional general. A su vez, las reglas generales contenidas en ARSIWA no operan como un molde rígido que neutralice la finalidad protectora del régimen de derechos humanos, sino como un marco de referencia que permite medir el alcance y los límites de sus especialidades. El aporte del capítulo consiste, en ese sentido, en haber mostrado que la oposición entre fragmentación y unidad, o entre régimen general y régimen especial, está mal planteada cuando se la formula en términos excluyentes. En materia de responsabilidad internacional del Estado, la relación correcta no es la de separación ni la de absorción, sino la de articulación armonizadora. Solo a partir de esa premisa será posible reconstruir, en los capítulos posteriores, un régimen de responsabilidad en derechos humanos que sea al mismo tiempo funcionalmente especializado, dogmáticamente coherente y sistemáticamente compatible con el derecho internacional del que forma parte.

Capítulo 7
El principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R: ¿qué hacer a nivel internacional si el estado reconoce la violación, cesa la conducta violatoria y repara adecuadamente?

Con el fin de dar respuesta al problema jurídico planteado en esta investigación, en esta sección se estudiarán los efectos de la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, teniendo como punto de partida el desarrollo que sobre esta materia realizó la Comisión de Derecho Internacional [CDI] y que hoy en día, reúne conceptos, estándares y criterios, que en gran medida hacen parte de la costumbre internacional. La regla general de responsabilidad de los Estados en materia internacional se encuentra contenida en el artículo primero de los Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA), el cual establece que: "Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional."[1010]

El principio básico de responsabilidad establece que cuando un Estado vulnera o incumple una obligación internacional éste será responsable por dicha actuación, la cual puede consistir en acciones, omisiones o una combinación de ambas.[1011] Tal y como señala la CDI, se ha reconocido en varias oportunidades que los hechos internacionalmente ilícitos de un Estado crean para éste una nueva relación legal internacional adicional a la que existía antes del incumplimiento.[1012]

[1010] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 1 (28 de enero de 2002).
[1011] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 1, comentario 1 (28 de enero de 2002); Corte Permanente de Justicia Internacional, *Phosphates in Morocco*, sentencia, *P.C.I.J. Series A/B* No. 74 (1938), 10, esp. 28; Corte Internacional de Justicia, *Corfu Channel*. Fondo. Sentencia, *I.C.J. Reports* 1949, 4, esp. 23; Corte Internacional de Justicia, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Sentencia, *I.C.J. Reports* 1997, 7, esp. 38, ¶ 47.
[1012] Anzilotti, D. *Corso di diritto internazionale*. 4.ª ed. Vol. I. Padua: CEDAM, 1955, 385; Wengler, W. *Völkerrecht*. Vol. 1. Berlin: Springer, 1964, 499; Tunkin, G. I. *Teoria mezhdunarodnogo prava. Mezhdunarodnye otnoshenia*. Moscow, 1970, 470, citado en: Butler, W. E. *Theory of International Law*. London: George Allen and Unwin, 1974, 415; De Arechaga. "International Responsibility", en *Manual of Public International Law*, ed. M. Sørensen.

No obstante, autores como Anzilotti describían que la consecuencia jurídica derivada el hecho ilícito, se limitaba exclusivamente a la relación bilateral que surgía entre los Estados en cuanto a la obligación de reparar en cabeza de quien cometió el ilícito, y el derecho a reclamar tal reparación en cabeza del Estado afectado.[1013] Por otro lado, posturas como la de Kelsen frente a la idea del orden legal como un orden coercitivo, sostenían que los Estados afectados se encontraban autorizados para aplicar sanciones coercitivas en contra del Estado responsable, y que ello constituía la consecuencia principal del hecho internacionalmente ilícito, entendiéndose la reparación como un elemento accesorio.[1014] Sin embargo, se ha entendido que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito no pueden limitarse a escenarios de reparación o sanción, pues en el Derecho Internacional, como en cualquier sistema legal, tales actuaciones pueden generar diversas relaciones legales dependiendo de las circunstancias.[1015]

La CDI estableció en el artículo 28 de ARSIWA que la responsabilidad internacional del Estado que nace como consecuencia del acaecimiento de un hecho internacionalmente ilícito, produce las consecuencias jurídicas que serán desarrolladas a lo largo de este capítulo: A. continuidad del deber de cumplir la obligación, recogido actualmente en el Artículo 29 de ARSIWA en el que se establece que las consecuencias jurídicas de un acto internacionalmente ilícito no afectan el deber continuo del Estado responsable de cumplir la obligación incumplida. B. cesación y no repetición, de acuerdo con la cual, un Estado responsable de haber cometido un hecho internacionalmente, tiene la obligación de ponerle fin si a ese hecho si éste continúa, y a ofrecer salvaguardas y garantías adecuadas —si las circunstancias lo exigen— de que ese hecho no será

London: Macmillan, 1968, 533; Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 5.ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1998, 435; Conforti, Benedetto. *Diritto internazionale*. 4.ª ed. Milan: Editoriale Scientifica, 1995, 332; Daillier, Patrick y Pellet, Alain. *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*. 6.ª ed. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999, 742; Dupuy, Pierre. *Droit international public*. 4.ª ed. Paris: Dalloz, 1998, 414; Wolfrum, Rüdiger. "Internationally Wrongful Acts", en *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II, ed. R. Bernhardt. Amsterdam: North-Holland, 1995, 1398.

[1013] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 1, comentario 3 (28 de enero de 2002); Anzilotti, D. *Corso di diritto internazionale*. 4.ª ed. Vol. I. Padua: CEDAM, 1955, 385.

[1014] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 1, comentario 3 (28 de enero de 2002); Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. 2.ª ed., ed. R. W. Tucker. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966, 22.

[1015] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 1, comentario 3 (28 de enero de 2002); Ago, Roberto. "Le délit international". *Recueil des cours* 1939-II, vol. 68. Paris: Sirey, 1947, esp. 430–440; Oppenheim, L. *International Law: A Treatise*. Vol. I, *Peace*. 8.ª ed., ed. H. Lauterpacht. London: Longmans, Green and Co., 1955, 352–354.

repetido, lo que se conoce como garantías de no repetición, tal y como está consignado en el artículo 30 de ARSIWA. Finalmente, como consecuencia de su responsabilidad internacional, el Estado tiene la obligación de hacer una reparación completa del daño, ya sea material o moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito. El daño incluye cualquier afectación, ya sea material o moral, causado por el acto internacionalmente ilícito de un Estado. Lo que se consigna en el artículo 31 de ARSIWA como la obligación de C. Reparación.

De esa manera, se puede concluir que la nueva relación que surge como consecuencia de la comisión por parte de un Estado de un Hecho Ilícito Internacional, ha reconocido la CDI, tiene un contenido específico: (i) que el Estado tiene la obligación de continuar con el cumplimiento de la obligación internacional violada, es decir que la responsabilidad del Estado no afecta la obligación preexistente, por lo menos no en lo que compete al régimen de responsabilidad (ii) la obligación de cesar el hecho ilícito internacional si éste es de naturaleza continuo[1016] o de ofrecer garantías de no repetición en caso contrario y si las circunstancias lo requieren; y (iii) la obligación de realizar una reparación completa de los daños causados por el ilícito. La CDI aclaró en los comentarios a sus artículos sobre responsabilidad de los Estados, que las consecuencias jurídicas nucleares que surgen de un Hecho Ilícito Internacional son las obligaciones de cesar la conducta ilícita y realizar una reparación completa de los daños causados por dicho ilícito[1017]

En razón a lo establecido y haciendo un llamado a lo antes discutido sobre el principio de subsidiariedad, en los casos en que un Estado comete un hecho internacionalmente ilícito, dicho Estado tiene las tres obligaciones antes mencionadas. Antes de acudir a una Corte Internacional, al Estado en cuestión se le debe dar la oportunidad de corregir en su fuero interno dicho hecho cumpliendo con las consecuencias jurídicas derivadas de la responsabilidad. Si se

[1016] Frente a la continuidad del hecho ilícito, la doctrina ha establecido tres elementos para diferenciar entre hechos ilícitos de carácter continuo y hechos ilícitos instantáneos; el primero hace referencia al estudio de la obligación internacional en el lugar del acto específico, por lo que deberá analizarse el contexto general para determinar si el hecho ilícito en cuestión está presente siempre; el segundo elemento indica que debe evaluarse si la cesación del hecho constituiría un remedio efectivo, pues de ser esa la situación, se hace evidente que la violación es continua y requiere una terminación; el tercer elemento supone el estudio de la continuidad del acto en relación a su repetición o si únicamente es posible detectar sus efectos.

[1017] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 28, comentario 2 (28 de enero de 2002).

evidencia que el Estado ha cumplido con el contenido propio de la responsabilidad internacional, es decir, continúa cumpliendo la obligación vulnerada, cesa el hecho ilícito y repara los daños generados por él, en virtud de la subsidiariedad, no habría lugar a la declaración de responsabilidad de dicho Estado por parte de un Tribunal internacional.

Lo anterior, es completamente coherente en materia de derecho humanos, con lo que ha sido establecido de manera reiterada, especialmente de manera reciente, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En las sentencias *Santo Domingo v. Colombia*, *Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú* (2014), *Duque v. Colombi*a (2016), *Andrade Salmón v. Bolivia* (2016*), Coc Max y otros (Masacre de* Xamán*) v. Guatemala*. (2018), *Amhrein y otros vs Costa Rica* (2018), *Villamizar Durán v. Colombia* (2018), *Colindres Schonenberg v. El Salvador* (2019), *Rosadio Villavicencio v. Perú* (2019), *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile* (2020), *Leite, Peres Crispim v. Brasil* (2025) y *Zapata v. Colombia* (2025) la Corte ha señalado, con base en el principio de subsidiariedad o complementariedad, qué: "la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados."[1018] Es decir, después de que se le ha permitido al nivel interno actuar y corregir por medio del agotamiento de sus recursos internos, y que "En consecuencia, el Tribunal ha establecido que los Estados no son internacionalmente responsables cuando han reconocido la comisión de un hecho ilícito internacional, han cesado la violación, y han reparado las consecuencias de la medida o situación que lo configuró"[1019].

[1018] Ver Corte IDH, *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 569 (3 de octubre de 2025), ¶¶ 214 y 215; Corte IDH, *Caso Leite, Peres Crispim y otros v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 561 (4 de julio de 2025), ¶¶ 198 y 199; Corte IDH, *Caso Spoltore v. Argentina*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 404. Voto disidente del Juez Ricardo Pérez Manrique (9 de junio de 2020), ¶ 5. Haciendo referencia a: Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 388 (14 de octubre de 2019), ¶ 167; y Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Serie C No. 259 (30 de noviembre de 2012), ¶ 143.

[1019] Corte IDH, *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 569 (3 de octubre de 2025), ¶¶ 214 y 215; Corte IDH, *Caso Leite, Peres Crispim y otros v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 561 (4 de julio de 2025), ¶¶ 198 y 199; Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 409 (27 de agosto de 2020), ¶ 91; Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo,

El planteamiento que defiende esta investigación, es que como consecuencia del cumplimiento de esos tres elementos por parte del Estado, surge un principio de decisión denominado el *modelo R-C-R*, que parte de una carga argumentativa en cabeza de los Estados para demostrar el cumplimiento de los estándares interamericanos, no dejando lugar a dudas de que efectivamente hay un reconocimiento sincero de responsabilidad, han cesado todas las conductas, incluso aquellas derivadas del contexto que dieron origen a esa violación y se han adoptado medidas estructurales por parte de los poderes públicos para garantizar (en la medida razonable de sus posibilidades) que no se van a volver a repetir esas violaciones; y finalmente, que se ha reparado razonablemente a las víctimas, cumpliendo con criterios de reparación integral.

La carga argumentativa de demostrar el cumplimiento en el nivel interno de esos requisitos será del Estado, con un estándar probatorio de certeza. La posibilidad de refutar con evidencias de insuficiencia, inefectividad o falta de genuinidad estará en cabeza de las víctimas y sus representantes. En escenarios, como es común que ocurra en el SIDH de múltiples incumplimientos a las obligaciones contenidas en la CADH, el análisis R-C-R se tendrá que adelantar de manera independiente por cada uno de los hechos ilícitos internacionales alegados.

En virtud del principio de subsidiariedad, cuando la Corte IDH encuentre que satisfactoriamente se han cumplido con los tres elementos del modelo R-C-R, se plantea en este trabajo que tendrá tres alternativas de decisión, partiendo de la obligación convencional que tiene la Corte de siempre tener que proferir un fallo: (i) una sentencia independiente de excepciones preliminares, como se hecho recientemente en los casos contra Venezuela[1020], donde se establezca la inadmisibilidad por carencia de objeto, (ii) un fallo de fondo sonde se declare la ausencia de responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito toda vez que se ha demostrado el cumplimiento con los elementos del modelo R-C-R o (iii) una sentencia

Reparaciones y Costas. Serie C No. 388 (14 de octubre de 2019), ¶ 167; Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 330 (1 de diciembre de 2016), ¶ 96.

[1020] Corte IDH, *Caso Manaure Flores y otra v. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Serie C No. 587 (3 de diciembre de 2025); Corte IDH, *Caso Rondón Gallardo v. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Serie C No. 585 (27 de noviembre de 2025); Corte IDH, *Caso Graffe Henríquez v. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Serie C No. 584 (27 de noviembre de 2025); Corte IDH, *Caso Pérez y otros (Masacre de El Junquito) v. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Serie C No. 583 (27 de noviembre de 2025); Corte IDH, *Caso Lares Rangel y otros v. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Serie C No. 582 (27 de noviembre de 2025); Corte IDH, *Caso Parada Sánchez v. Venezuela*. Excepciones Preliminares. Serie C No. 581 (27 de noviembre de 2025).

complementaria, que reconozca las actuaciones del Estado, pero con sentido coadyuvante busque decretar medidas estructurales con el fin de fortalecer el sistema regional multinivel de protección de los derechos humanos.

A continuación pasaremos a realizar un análisis sobre el origen de cada uno de los tres efectos jurídicos derivados de la responsabilidad internacional estatal, el alcance y desarrollo que se le ha dado en el derecho internacional general, y la manera como este ha sido recogido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el fin específico de generar claridad sobre aquellas obligaciones que deberán cumplir las autoridades internas de los Estados, para no ser encontrados como responsables en la esfera internacional del sistema de gobernanza multinivel de protección de los derechos humanos.

7.1 Continuidad del deber de cumplir con la obligación internacional y su relación con el reconocimiento de un hecho internacionalmente ilícito: la primer R del modelo R-C-R.

7.1.1 El origen de la continuidad del deber de cumplir con la obligación en derecho internacional general

La primera lectura del borrador de ARSIWA, adoptada en julio de 1996, consistió en 60 artículos divididos en tres partes. La Parte Dos se refirió al contenido, formas y grados de responsabilidad internacional de los Estados. El Capítulo I de esta segunda parte presentó los principios generales, dentro de las cuales incluyó la obligación específica bajo estudio.

La que hoy en día es conocida como la obligación de continuidad del deber de cumplir contenida en al artículo 29 de ARSIWA, en la primera lectura de su borrador estaba incluida en el artículo 36 bajo las "consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito". El numeral primero del artículo indicaba que "[l]a responsabilidad internacional de un Estado que, de conformidad con las disposiciones de la Primera Parte, surge de un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado, entraña las consecuencias jurídicas establecidas en esta Parte"[1021]. El

[1021] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading*, 269 (1997) (traducción propia); ver también Comisión de

segundo numeral, por su parte, reconocía que "[l]as consecuencias jurídicas a que se refiere el numeral 1 se entienden **sin perjuicio del deber continuo del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito de cumplir la obligación que ha violado**."[1022] (Negrilla fuera del texto original).

Los comentarios que hizo la CDI respecto de esta obligación de continuidad de deber de cumplir la obligación inicialmente violada no fueron extensos en su momento. La Comisión se limitó a identificar que:

> "El hecho de que, como resultado del hecho internacionalmente ilícito, se establezca un nuevo conjunto de relaciones entre el Estado autor y el Estado lesionado no significa que la relación anterior desaparezca *ipso facto*. Incluso si el Estado autor cumple con su obligación secundaria, **no queda automáticamente eximido de su deber de cumplir la obligación que ha violado**. El apartado 2 establece esta regla. Lo hace en forma de cláusula de salvaguardia para permitir la posibilidad de excepciones, como la eventualidad de que el Estado lesionado renuncie a su derecho a seguir cumpliendo la obligación."[1023] (Negrilla fuera del texto original)

Es de resaltar que, para esta primera lectura del borrador de los ARSIWA, la Comisión no encontró la necesidad de que la continuidad del deber de cumplir con la obligación violada fuera, en sí misma, una obligación contenida en un artículo independiente. Por el contrario, la incluyó como una de las consecuencias generales del hecho internacionalmente ilícito. Por lo demás, ni los comentarios hechos por la Comisión, ni aquellos hechos en su momento por los relatores especiales designados para hacer seguimiento a los distintos borradores de los ARSIWA entran en mayores detalles acerca del alcance de esta obligación.

Derecho Internacional, *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. 2, parte II, 54–55 (1993) (traducción propia).

[1022] *Ibíd.*

[1023] *Ibíd.,* comentario 5 al art. 36, 269 (traducción propia); ver también Comisión de Derecho Internacional, *Third Report on State Responsibility*, por James Crawford, Relator Especial, Doc. ONU A/CN.4/507, 21, ¶ 45 (2000).

7.1.2 Desarrollo y alcance en el derecho internacional general de la continuidad del deber de cumplir con la obligación vulnerada

La obligación derivada del artículo 29 de ARSIWA expone el principio general según el cual la violación de una obligación por parte del Estado no lo exime de su responsabilidad de continuar con su cumplimiento[1024]. El hecho internacionalmente ilícito de alguna forma da lugar al nacimiento de una nueva relación entre el Estado responsable por tal violación y el Estado(s) víctima(s). No obstante, esto no implica que la obligación preexistente con la obligación primaria haya dejado de existir[1025]. Aún en el evento en que, idealmente, el Estado cumpla con la totalidad de las obligaciones derivadas del hecho internacionalmente ilícito y concluya a cabalidad las formas de reparación por dicha acción u omisión, el Estado no se libera de la obligación posterior de continuar cumpliendo la obligación antes incumplida.

Tal vez una de las consecuencias que podrían resultar más complejas del incumplimiento de una obligación internacional es que su efecto último, en algunas ocasiones, podría llevar a poner fin a la obligación misma. Esto puede suceder en eventos en que el Estado afectado por el incumplimiento material de un tratado bilateral puede optar por darlo por terminado[1026]. A pesar de esto, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados deja claro que el mero incumplimiento, o incluso la repudiación, de un tratado, no lo deja automáticamente sin efectos[1027]. Esta fue incluso una conclusión que compartió la Corte Internacional de Justicia (en adelante "CIJ") en el caso *Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros* en el cual sostuvo que los continuos incumplimientos sustanciales de ambas partes del tratado bilateral en cuestión, no puso fin a dicho acuerdo[1028].

En síntesis, este artículo se limita a lidiar con las consecuencias jurídicas del hecho internacionalmente ilícito dentro del régimen de responsabilidad internacional. Bajo este régimen,

---

[1024] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (Doc. ONU A/56/10), comentario 2 al art. 29, 88 (traducción propia).
[1025] *Ibíd.*
[1026] *Ibíd.,* comentario 3 al art. 29, 88 (traducción propia).
[1027] *Ibíd.*
[1028] Corte Internacional de Justicia, *Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia)*, *I.C.J. Reports* 1997, 68, ¶ 114.

el incumplimiento de una obligación no afecta el deber continuo de cumplir con la obligación incumplida[1029]. Si, y en la medida en que, esa obligación subsiste en el futuro a pesar del incumplimiento no es una cuestión que esté regulada por el derecho de la responsabilidad del Estado, sino que es algo que depende únicamente de las normas aplicables a la obligación primaria pertinentes[1030].

7.1.3 El reconocimiento de responsabilidad en el Sistema Interamericano de Derecho Humanos y su relación con el deber de continuar con el cumplimiento de la obligación transgredida

De conformidad con los Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA) - Artículo 4º, se tiene que los Estados son responsables por las actuaciones de sus agentes ya sea por acción u omisión.[1031]

En *Masacre de Santo Domingo, Tarazona Arrieta,* y *Amrhein y otros,* la Corte señaló que de la existencia de un hecho internacionalmente ilícito se desprenden las obligaciones de cesación de la conducta y la reparación de las consecuencias de las medidas o situaciones que configuraron el ilícito y que, en tal sentido, los Estados no son internacionalmente responsables cuando han reconocido la comisión del ilícito y han cumplido con las obligaciones de cesación y reparación.[1032]

Concretamente sobre ese primer compromiso, vale la pena aclarar que la Corte IDH ha considerado en los casos *Duque contra Colombia y Caso Coc Max y Otros contra Guatemala,* que el reconocimiento de la existencia de un hecho ilícito internacional por parte del Estado, no es sinónimo de un reconocimiento de responsabilidad internacional por la violación de algún

---

[1029] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (Doc. ONU A/56/10), comentario 4 al art. 29, 88 (traducción propia).
[1030] *Ibíd.*
[1031] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 4, comentario 4 (28 de enero de 2002).
[1032] Corte IDH, *Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014, ¶ 140; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, ¶ 171; Corte IDH, *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, ¶ 99.

derecho de la Convención pues en virtud del principio de complementariedad si el hecho ilícito ha sido subsanado no se debería reconocer una vulneración a la Convención.[1033]

En otros casos como *Andrade Salmón contra Bolivia*, la Corte ha reconocido el valor del reconocimiento de los Estados. Ahora bien, no es preciso que ese reconocimiento sea frente a la responsabilidad internacional del Estado ante este Tribunal, puede ser un acto de reconocimiento interno, una ley o una decisión judicial que demuestren que el Estado reconoce que cometió un hecho internacionalmente ilícito y que está dispuesto a enmendarlo.

Cabe aclarar que: "para que no se declare la responsabilidad estatal, es insuficiente que el Estado reconozca un hecho ilícito internacional, sino que, adicionalmente, debe evaluarse si lo hizo cesar y si reparó las consecuencias de la medida o situación que lo configuró. (Andrade Salmón, Duque y Masacre de Santo Domingo).

Finalmente, frente al elemento de reconocimiento del hecho internacionalmente ilícito, la Corte ha señalado en casos como *Urrutia Laubreaux c. Chile* que dicho reconocimiento se puede dar mediante las decisiones judiciales adoptadas a nivel interno que declaran la ilicitud de una conducta.[1034] En ese caso, este tribunal advirtió que la decisión de la Corte Suprema de Chile de 29 de mayo de 2018 reconoció la violación a la libertad de expresión y ordenó dejar sin efecto la sanción impuesta al señor Urrutia,[1035] evidenciando así el reconocimiento en el nivel interno del hecho ilícito internacional. Razonamientos similares pueden encontrarse en casos como *Cabrera García y Montiel Flores c. México*, *Petro Urrego c. Colombia, Andrade Salmón c. Bolivia,* entre otros.[1036]

[1033] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 310 (26 de febrero de 2016), ¶ 61.

1034 Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, ¶¶ 90–93.

[1035] Ídem.

[1036] Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, ¶ 225; Corte IDH, *Caso Petro Urrego v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020, ¶¶ 104–107; Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016, ¶ 100.

7.2 Cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho internacionalmente ilícito: la C en el modelo R-C-R

7.2.1 El origen del deber de cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho ilícito en derecho internacional general

Como se mencionó, la Parte Dos de la primera lectura del borrador de ARSIWA abarcó el contenido, formas y grados de responsabilidad internacional de los Estados. El Capítulo II de esta segunda parte se refirió a los "derechos del Estado lesionado y los deberes del Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito", dentro de los cuales incluyó la obligación específica bajo estudio. Dentro de este capítulo, en esa primera oportunidad la CDI trató, por un lado, la obligación de cesación y, por el otro la obligación de salvaguardas y garantías de no repetición, como independientes y, por tanto, contenidas en artículos distintos. En este sentido, a continuación, se hará una breve referencia a cada uno de ellos, junto con sus correspondientes comentarios e interpretaciones preliminares.

i. Cesación

La que hoy en día es conocida como la obligación de cesación contenida en el artículo 30 de ARSIWA, en la primera lectura de su borrador estaba contenida en el artículo 41 como la obligación de "cesación de la conducta ilícita"[1037]. El contenido de esta obligación implicaba que "[u]n Estado cuya conducta constituye un hecho internacionalmente ilícito de carácter continuado tiene la obligación de cesar esa conducta, sin perjuicio de la responsabilidad en que ya haya incurrido"[1038]. En sus comentarios sobre el artículo, la Comisión indicó que "una exigencia primordial para eliminar las consecuencias de un hecho ilícito es asegurar la cesación del acto ilícito, es decir, la interrupción de la conducta específica que viola la obligación incumplida"[1039].

[1037] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading*, 274 (1997) (traducción propia).
[1038] *Ibíd.*
[1039] *Ibíd.,* comentario 2 al art. 41, 274 (traducción propia)

En su momento, la Comisión consideró importante hacer una distinción en cuanto a si la obligación de cesación guardaba relación con obligaciones de carácter primario o secundario. Para hacer dicha distinción, la CDI indicó que:

> "En términos de teoría jurídica, la cesación puede atribuirse al funcionamiento normal continuado de la norma "primaria" cuya violación constituye la conducta ilícita anterior, o al funcionamiento de la norma "secundaria" que entra en juego como efecto del hecho ilícito. La Comisión considera que la distinción misma entre normas primarias y secundarias es relativa y que la cesación se sitúa, por así decirlo, entre las dos categorías de normas. Con respecto al primero, actúa en el sentido de concretar la obligación primaria cuya infracción por parte del Estado infractor está en curso. Respecto de este último, opera en el sentido de afectar –sin prever directamente la reparación– la calidad y cantidad de la reparación misma y las modalidades y condiciones de las medidas a las que el Estado o Estados lesionados, o una institución internacional, pueden recurrir para garantizar la reparación"[1040].

Para esta primera lectura, la Comisión aceptó "la inserción de un artículo separado a las disposiciones sobre reparación y tratar el tema de cesación, respaldando así la opinión del Relator Especial Arangio-Ruiz que la cesación tiene propiedades propias inherentes que la distinguen de la reparación"[1041]. La CDI, justificó la necesidad que encontró de expresar la obligación de cesación como una independiente. En dicha explicación, manifestó que:

> "La cesación queda fuera del ámbito de las consecuencias jurídicas de un hecho ilícito en sentido estricto, su utilidad práctica justifica que sea objeto de una disposición separada en el presente proyecto de artículos. La cesación es de mucha mayor relevancia dentro del sistema jurídico internacional (dada la estructura de la sociedad interestatal y el papel de los Estados en la elaboración, modificación y

[1040] *Ibíd.,* comentario 4 al art. 41, 274 (traducción propia).
[1041] Comisión de Derecho Internacional, "Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-First Session, 2 May–21 July 1989", *Official Records of the General Assembly*, cuadragésimo cuarto período de sesiones, suplemento No. 10, ¶ 259, en *Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II, parte II (1989); ver también *United Nations Legislative Series. Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Doc. ONU ST/LEG/SER.B/25/Rev.1, 2.ª ed. (2023), 328.

derogación de normas) que la cesación dentro de los sistemas jurídicos de las sociedades nacionales. **Su función es poner fin a una violación del derecho internacional que esté en curso y salvaguardar la validez y eficacia continuas de la norma primaria infringida que puede verse afectada a largo plazo por la continuación de la violación. Por lo tanto, la norma sobre la cesación protege no sólo el interés del Estado o Estados lesionados sino también los intereses de la comunidad internacional en la preservación del estado de derecho y la confianza en él** (…).

Otra razón para dedicar un artículo aparte a la cesación es evitar someter la cesación a las limitaciones o excepciones aplicables a formas de reparación como la *restitutio in integrum*. Ninguna de las dificultades que puedan obstaculizar o impedir la restitución en especie puede afectar la obligación de cesar la conducta ilícita. Esta es una consecuencia ineludible de que las dificultades o imposibilidades que pueden parcial o totalmente las medidas que afectan la restitución (o cualquier otra forma de reparación) se refieren a medidas reparativas que sólo pueden seguir al hecho ilícito consumado, es decir, la violación consumada de la regla primaria. **La cesación no está ni debe estar sujeta a esas condiciones supervinientes porque su propósito es precisamente prevenir conductas ilícitas futuras, es decir, conductas que extenderían aún más el hecho ilícito en el tiempo y el espacio**. A menos que la propia norma primaria se modifique o deje de existir y a menos que la conducta ilícita sea tolerada en algún momento por circunstancias sobrevinientes que excluyan la ilicitud, la obligación de poner fin a la conducta ilícita debe ser ilimitada. Cualquier limitación de esa obligación básica pondría en duda la fuerza vinculante de las propias normas primarias y pondría en peligro la validez, la certeza y la eficacia de las relaciones jurídicas internacionales."[1042] (Negrilla fuera del texto original)

De esta manera, la Comisión quiso hacer una diferencia clara y tajante entre las obligaciones de cesación y de reparación. La cesación no es una parte de la reparación en la medida

[1042] *Ibíd.,* comentarios 5 y 6 al art. 41, 274–275 (traducción propia).

en que está dirigida "a la conducta ilícita *per se*, independientemente de sus consecuencias. La cesación podría describirse como **orientada al futuro**; en otras palabras, implica el cumplimiento futuro de una norma primaria de derecho internacional, mientras que la reparación cuya función, (…) es "eliminar todos los consecuencias", en las relaciones entre el Estado autor y el Estado lesionado, de los efectos fácticos y jurídicos de una violación de una obligación internacional del primero respecto del segundo **está orientada a una infracción pasada** de la norma primaria"[1043] (Negrillas fuera del texto original).

La cesación constituye una consecuencia necesaria a cualquier hecho internacionalmente ilícito. Sin embargo, resulta obvio y lógico que tiene un especial interés en escenarios en los cuales los hechos ilícitos que tienen un carácter continuado[1044]. En estos casos, resulta importante que la obligación violada siga en vigor en el momento en que se demanda la cesación de su violación[1045]. Esta fue incluso una conclusión a la que llegó el tribunal arbitral en el caso *Rainbow Warrior* al indicar que:

> "La autoridad para dictar una orden para la cesación o interrupción de un acto u omisión ilícita resulta de las facultades inherentes de un tribunal competente que se enfrenta al **incumplimiento continuo de una obligación internacional que está vigente y continúa estando vigente**. La emisión de tal orden requiere, por lo tanto, **dos condiciones esenciales íntimamente relacionadas, a saber, que el hecho ilícito tenga un carácter continuo y que la norma violada todavía esté en vigor en el momento en que se dicta la orden**. || Evidentemente, **una infracción deja de tener carácter continuado tan pronto como la norma violada deja de estar en vigor**. || (…) **Si, por el contrario, la obligación primaria violada ya no existe en vigor, naturalmente una orden de cese o discontinuación de la conducta ilícita no tendría ningún propósito útil y no puede ser emitido**"[1046] (Negrilla fuera del texto original).

[1043] *Ibíd.,* comentario 7 al art. 41, 275 (traducción propia).
[1044] *Ibíd.,* comentario 9 al art. 41, 275 (traducción propia).
[1045] *Ibíd.,* comentario 13 al art. 42, 276 (traducción propia).
[1046] Naciones Unidas, *Case concerning the Difference between New Zealand and France concerning the Interpretation or Application of Two Agreements Concluded on 9 July 1986 between the Two States and Which Related to*

En su momento, y de la forma en que fue sugerido por la CDI, esta también fue una interpretación compartida por la CIJ en casos como *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán*[1047] y *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*[1048].

Por último, el artículo 41 de esta primera lectura del ARSIWA culmina indicando que resulta aplicable "sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido", dejando claro que el cumplimiento de la obligación de cesación de ninguna manera exonera al Estado infractor de la responsabilidad en que haya incurrido como consecuencia del hecho ilícito anterior a tal cumplimiento. Como tal, la cesación no altera ni afecta las consecuencias legales ni jurídicas del hecho o conducta ilícita pasada[1049].

ii. Salvaguardas y garantías de no repetición

Las salvaguardas y garantías de no repetición fueron incluidas en la primera lectura de los ARSIWA como una obligación independiente y separada. Para esa ocasión, el artículo 46 indicó que "[e]l Estado lesionado tiene derecho, cuando proceda, a obtener del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito salvaguardas o garantías de no repetición del hecho ilícito"[1050].

En esta primera oportunidad, la Comisión se refirió a como se acercaban, en contenido, la obligación de dar garantías de no repetición y la obligación de satisfacción como forma de reparación por el hecho internacionalmente ilícito. Al respecto, indicó que:

---

the Problems Arising from the Rainbow Warrior Affair, *United Nations Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3) (1990), 573, ¶ 514.

[1047] Corte Internacional de Justicia, *Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán (Estados Unidos v. Irán)*, *I.C.J. Reports* 1979, 19–20, ¶¶ 38–41.

[1048] Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Jurisdiction and Admissibility. Sentencia, *I.C.J. Reports* 1984, 187; Corte Internacional de Justicia, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Fondo. Sentencia, *I.C.J. Reports* 1986, 149, ¶ 292.

[1049] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading*, art. 41, comentario 17, 277 (traducción propia).

[1050] *Ibíd.,* 301.

> "El estudio de la práctica y la literatura muestra que las consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito pueden incluir garantías contra su repetición. Sin embargo, la consecuencia generalmente se aborda en el marco de satisfacción u otras formas de reparación. Por supuesto, es cierto que todos los remedios, ya sean aflictivos o compensatorios—son ellos mismos más o menos directamente útil para evitar la repetición de un hecho ilícito y que la satisfacción en particular puede tener tal función preventiva."[1051]

A pesar de la cercanía que en contenido puedan tener ambas obligaciones, la CDI hizo énfasis en que las salvaguardas y garantías de no repetición tienen un propósito autónomo que, distinto a otras formas de reparación que buscan restablecer un estado de cosas pasado, están orientadas al futuro[1052]. En este sentido, tienen una función preventiva más que remedial o restaurativa[1053].

El carácter especial de esta obligación, y el hecho de que para la primera lectura la Comisión la consideró como un remedio excepcional, implica que no creaba de forma automática un derecho para todos los Estados víctimas o afectados[1054]. Una solicitud de salvaguardas o garantías de no repetición por parte de un Estado víctima sugiere que dicho Estado busca obtener algo adicional y diferente a la mera reparación, pues de alguna forma considera insuficiente el restablecimiento de la situación preexistente[1055]. La Comisión estipuló que dichas garantías de cierta forma atienden a la naturaleza de la obligación que fue violada y la gravedad del hecho ilícito, resultando necesarias, por ejemplo, en caso de violación de normas perentorias del derecho internacional[1056].

Al igual que la interpretación actual en materia de garantías de no repetición, como se verá, para la primera lectura la CDI llegó a la conclusión de que no hay una práctica fija y

---

[1051] *Ibíd.,* comentario 1 al art. 46, 301 (traducción propia).
[1052] *Ibíd.*
[1053] *Ibíd.*
[1054] *Ibíd.,* comentario 2 al art. 46, 302 (traducción propia).
[1055] *Ibíd.*
[1056] *Ibíd.*

uniforme respecto de cuáles son las garantías que los Estados afectados solicitan[1057]. En ocasiones los Estados lesionados abordan la solicitud de forma etérea, y en otras solicitan medidas específicas que garanticen la no repetición[1058]. Se llegó a la conclusión de que puede suceder uno de tres escenarios:

> "(a) exigir salvaguardas formales del Estado infractor de que en el futuro respetará determinados derechos del Estado lesionado o que reconocerá la existencia de una determinada situación a favor del Estado lesionado; b) pedir al Estado infractor que dé instrucciones específicas a sus agentes; o (c) pedir al Estado infractor que adopte una determinada conducta que se considere adecuada para impedir la creación de las condiciones que permitieron que se produjera la conducta ilícita, "consistiendo dicha conducta, por ejemplo, en la adopción o derogación por parte del Estado infractor" de disposiciones legislativas específicas"[1059].

La última de estas opciones se ve de forma frecuente, por ejemplo, en tribunales internacionales en materia de derechos humanos, que por lo general encuentran necesario y válido solicitar al Estado infractor la modificación o adaptación de su legislación interna como mecanismo para garantizar la no repetición de la violación[1060].

En este contexto, la CDI concluyó que las salvaguardas y garantías de no repetición son una forma de reparación *sui generis* que debe ser distinguida y diferenciada de la satisfacción y otras formas de compensación[1061]. El texto del artículo en esta primera lectura indicaba que este era un derecho del Estado lesionado "cuando proceda", lo cual implica que la obligación de otorgar garantías de no repetición está en cabeza del Estado infractor si aquellas son solicitadas

---

[1057] *Ibíd.*, comentario 3 al art. 46, 302 (traducción propia).
[1058] *Ibíd.*, comentario 4 al art. 46, 302 (traducción propia)
[1059] *Ibíd.*, 302–303 (traducción propia).
[1060] *Ibíd.*, comentario 5 al art. 46, 303 (traducción propia). La CDI hizo referencia al caso *Torres Ramírez* ante el Comité de Derechos Humanos, que en su oportunidad solicitó a Uruguay modificar su legislación interna para que estuviera en concordancia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, estipulando lo siguiente: "En consecuencia, el Comité considera que el Estado parte está tiene la obligación de proporcionar a la víctima recursos efectivos, incluida una indemnización, por las violaciones que ha sufrido y de tomar medidas para garantizar que violaciones similares no vuelvan a ocurrir en el futuro" ver: Comité de Derechos Humanos, *Caso Torres Ramírez*, Decisión del 23 de julio de 1980, ¶ 19
[1061] *Ibíd.*

por el lesionado, si las condiciones lo ameritan. Dichas circunstancias tienen en cuenta la "existencia de un riesgo real de repetición y la gravedad del daño sufrido por el Estado demandante como consecuencia del hecho ilícito"[1062]. No obstante, el juicio acerca de qué tan apropiadas sean estas medidas reposa únicamente en manos del juez quien, de considerarlo necesario, otorgará esta medida excepcional de reparación[1063].

7.2.2 Desarrollo y alcance en el derecho internacional general de la cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho ilícito

El artículo 30 de ARSIWA aborda dos cuestiones separadas, pero vinculadas, que surgen del incumplimiento de una obligación internacional: el cese de la conducta ilícita y el ofrecimiento de garantías de no repetición por parte del Estado responsable si las circunstancias así lo requieren. Ambos son aspectos del restablecimiento y reparación de la relación jurídica afectada por el incumplimiento que, si bien están interconectadas, se tratarán de manera independiente para comprender el alcance de su contenido de forma individual.

i. Cesación (art. 30 (a) ARSIWA)

El tribunal arbitral del caso *Rainbow Warrior* indicó que había dos condiciones interconectadas para el surgimiento del deber de cesar el hecho internacionalmente ilícito, a saber, "y que el hecho ilícito tenga carácter continuo y que la norma violada siga vigente en el momento en el que se emite la orden [de cesación]"[1064]. En tal sentido, la CDI ha considerado que, si bien la obligación de cesar un hecho internacionalmente ilícito surgirá de forma más común en el evento en que dicho hecho sea de carácter continuado, el artículo 30 de ARSIWA también comprende situaciones en que el Estado ha violado su obligación en diferentes ocasiones implicando la posibilidad de reincidencia en dicho incumplimiento[1065].

[1062] *Ibíd.*
[1063] *Ibíd.*
[1064] Naciones Unidas, *Case concerning the Difference between New Zealand and France concerning the Interpretation or Application of Two Agreements Concluded on 9 July 1986 between the Two States and Which Related to the Problems Arising from the Rainbow Warrior Affair*, *UNRIAA*, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3) (1990), 270, ¶ 113.
[1065] Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (Doc. ONU A/56/10), art. 30, comentario 3, 89 (traducción propia).

La CDI también ha indicado que el contenido y la función de la obligación de cesación como consecuencia de un hecho internacionalmente ilícito implica "poner fin a una violación del derecho internacional y salvaguardar la continuación, validez y eficacia de la regla primaria subyacente"[1066]. En tal sentido, en la medida en que un Estado cesa el hecho internacionalmente ilícito protege los intereses tanto del Estado(s) víctima(s) como de la comunidad internacional en la preservación de la regla de derecho[1067]. En síntesis, el contenido de esta obligación es el aspecto negativo del desempeño futuro, relacionado con asegurar un fin de continuar la conducta ilícita[1068].

Ha habido debates en derecho internacional frente a la distinción entre las obligaciones de cesación y de restitución como consecuencias de un hecho internacionalmente ilícito. Esta distinción puede ser imperceptible, por ejemplo, en eventos relacionados con la devolución de rehenes o la devolución de objetos incautados[1069]. No obstante, deben ser tenidas en cuenta y analizadas como obligaciones independientes la una de la otra toda vez que, distinto a la restitución, la cesación no está sujeta a limitaciones relacionadas con proporcionalidad[1070]. En tal sentido, la obligación del cese "puede dar lugar a una obligación continua, incluso cuando se pretende un retorno literal al *statu quo ante* excluido o sólo puede lograrse de forma aproximada".[1071]

El laudo del caso *Rainbow Warrior* indicado anteriormente también hizo referencia a la dificultad en la distinción entre la obligación de cesar y la de restituir. En sus comentarios sobre el ARSIWA, la CDI se refirió a la forma en que el tribunal arbitral trató esta distinción en el siguiente tenor:

[1066] *Ibíd.*, comentario 4 al art. 30, 89 (traducción propia).
[1067] *Ibíd.*
[1068] *United Nations Legislative Series*, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Doc. ONU ST/LEG/SER.B/25/Rev.1, 2.ª ed. (2023), 323.
[1069] Ibíd, comentario 7 al art. 30, 89 (traducción propia).
[1070] *Ibíd.*
[1071] *Ibíd.*

> "Nueva Zelanda buscó el regreso de los dos agentes detenidos en la isla de Hao. De acuerdo con Nueva Zelanda, Francia se vio obligada a devolverlos y detenerlos en la isla por el resto de los tres años; esa obligación no había expirado desde el tiempo transcurrido fuera de la isla no se contabilizaría a tal efecto. El tribunal no estuvo de acuerdo. En su opinión, la obligación era para un plazo fijo que había expirado, y no había duda de cesación. Evidentemente, el regreso de los dos agentes a la isla no era de utilidad para Nueva Zelanda si no había obligación continua por parte de Francia de conservarlos allá. Por lo tanto, **un retorno al status quo ante puede ser de poca utilidad o sin valor si la obligación incumplida ya no existe**. Por el contrario, un Estado lesionado no puede tener la opción de renunciar a la restitución si el cumplimiento continuo de la obligación incumplida incumbe al Estado responsable y el Estado anterior no es competente para liberarlo de tal desempeño."[1072] (Negrilla fuera del texto original)

La CIJ ha hecho referencia en repetidas ocasiones a la obligación que tiene un estado de cesar un hecho internacionalmente ilícito, si su duración aún es continuada. Esto no expresó, por ejemplo, en el caso de *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado*[1073]. Por su parte, las cortes internacionales en materia de derechos humanos también se han referido en varias ocasiones a la obligación estatal de cesar hechos internacionalmente ilícitos. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Georgia v. Rusia (I)* indicó:

> "[que] la regla de la satisfacción justa [con arreglo al Convenio Europeo de Derechos Humanos] se deriva directamente de los principios del derecho internacional público relativos a la responsabilidad del Estado... Esos principios incluyen tanto la obligación del Estado responsable por el hecho internacionalmente ilícito de 'de cesar ese hecho, si continúa" y la obligación de "reparar íntegramente el daño causado por el hecho internacionalmente ilícito", tal como se establece en los artículos 30 y

[1072] *Ibíd,* comentario 8 al art. 30, 89 (traducción propia).
[1073] Corte Internacional de Justicia, *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania v. Italia: intervención de Grecia)*, sentencia de 3 de febrero de 2012, ¶ 103.

31 respectivamente de los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos."[1074]

En adición a esto, otros tribunales cuya competencia comprende la aplicación del derecho internacional se han referido a esta obligación. Llama la atención la frecuente referencia en laudos de tribunales arbitrales de carácter internacional, como lo fue el caso *Mobil Investments Canada Inc. contra el Gobierno de Canadá* (bajo ICSID) que hizo referencia específica al artículo 30 de los ARSIWA como fuente principal de la obligación de cesar una conducta que es de carácter continuado[1075]. De forma similar, el caso *Pawlowski AG y Project Sever s.r.o. contra República Checa* (también bajo ICSID), el cual indicó que, bajo el artículo 30, "la primera obligación [de los Estados] derivada de hechos internacionalmente ilícitos" era "cesar el hecho, si continúa", y "ofrecer salvaguardas y garantías apropiadas de no repetición, si las circunstancias así lo requieren"[1076].

ii. Garantías de no repetición (art. 30 (b) ARWISA)

El subpárrafo (b) del artículo 30 se refiere a la obligación del Estado responsable de ofrecer garantías apropiadas de no repetición, si las circunstancias así lo requieren[1077]. Estas están mayoritariamente ligadas al restablecimiento de la confianza en una relación continua, aunque implican mucha más flexibilidad que el cese y no son necesarias en todos los casos[1078]. Se solicitan más comúnmente cuando el Estado lesionado tiene razones para creer que el mero restablecimiento de la situación preexistente no lo protege satisfactoriamente[1079]. Estas demandas no siempre se expresan en términos de seguridad o garantía, pero comparten las características de

[1074] Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Georgia v. Russia (I)*, Gran Sala, solicitud núm. 13255/07, sentencia de 31 de enero de 2019, ¶ 54.
[1075] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso No. ARB/15/6, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad de 13 de julio de 2018, ¶ 165.
[1076] Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), Caso No. ARB/17/11, laudo de 1 de noviembre de 2021, ¶ 723.
[1077] omisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (Doc. ONU A/56/10), art. 30, comentario 9, 89 (traducción propia).
[1078] *Ibíd.*
[1079] *Ibíd.*

mirar hacia el futuro y preocuparse por otras posibles violaciones[1080]. Se centran en la prevención más que en la reparación[1081].

Las salvaguardas y garantías de no repetición pueden ser solicitadas por vía de satisfacción y, por lo tanto, existe cierta superposición entre ambas figuras en la práctica[1082]. Sin embargo, resulta más apropiado tratarlos como un aspecto de la continuación y reparación de la relación jurídica afectada por el incumplimiento. Cuando existan garantías de no repetición solicitadas por un Estado lesionado, la cuestión es esencialmente el refuerzo de una relación jurídica continua y la atención se centra en el futuro, no en el pasado[1083].

Hay una diferencia tal vez meramente formal entre las salvaguardas y las garantías de no repetición en los términos del artículo 30. Las salvaguardas normalmente se dan verbalmente, mientras que las garantías de no repetición implican una formalidad mayor, por ejemplo, medidas preventivas que debe adoptar el Estado responsable para evitar la repetición de la violación[1084].

Ahora bien, el tipo de salvaguardas o de garantías de no repetición que pueden ser solicitadas por un Estado, no atiende a una práctica uniforme. Por el contrario, dependiendo de las particularidades de cada caso, los Estados han optado por solicitar diferentes maneras de esta forma de reparación. El Estado lesionado suele exigir salvaguardias contra la repetición del hecho ilícito sin especificar la forma que deben adoptar o, cuando el hecho ilícito afecta a sus nacionales, garantías de una mejor protección de las personas y los bienes[1085]. En algunos casos, el Estado lesionado solicita al Estado responsable que adopte medidas específicas o que actúe de una manera específica para evitar la repetición[1086], a veces simplemente buscando garantías del Estado responsable de que, en el futuro, respetará los derechos del Estado lesionado[1087]. En

---

[1080] *Ibíd.,* 89–90.
[1081] *Ibíd.*
[1082] *Ibíd.,* comentario 11 al art. 30, 90 (traducción propia).
[1083] *Ibíd.*
[1084] *Ibíd.,* comentario 12 al art. 30, 90 (traducción propia).
[1085] *Ibíd.*
[1086] *Ibíd.,* comentario 13 al art. 30, 90 (traducción propia).
[1087] *Ibíd.*

otros casos, el Estado lesionado requiere el seguimiento de ciertas instrucciones o el desarrollo de conductas específicas[1088].

A pesar de esto, la CDI ha indicado que las salvaguardas y garantías de no repetición no siempre son apropiadas. En este contexto, indicó que:

> "Mucho dependerá de las circunstancias del caso, incluyendo la naturaleza de la obligación y del incumplimiento. El carácter más bien excepcional de las medidas queda indicado por las palabras "si las circunstancias así lo requieren" al final del subpárrafo (b). La obligación del Estado responsable con respecto de las salvaguardas y garantías de no repetición es formulada en términos flexibles para evitar los tipos de reclamaciones abusivas o excesivas que caracterizaron a algunas demandas de salvaguardas y garantías de no repetición por parte de los Estados en el pasado."[1089]

Con CIJ desarrolló a profundidad aspectos relacionados con la solicitud de garantías de no repetición en el caso *LaGrand*. El caso hacía referencia a la admitida falta de notificación consular necesaria en virtud del artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Durante el curso de los hechos, Alemania pidió salvaguardas y garantías tanto generales como específicas en cuanto a los medios para el cumplimiento futuro de la Convención[1090]. Estados Unidos argumentó que dar tales salvaguardas o garantías iba más allá del alcance de las obligaciones contenidas en la Convención[1091]. El Tribunal señaló que una disculpa no sería suficiente en ningún caso en el que un ciudadano extranjero hubiera sido "sometido a detención prolongada o condenado a penas severas" tras no haber recibido notificación consular[1092]. Pero, a la luz de la información proporcionada por Estados Unidos en relación con los pasos tomados para asegurar el cumplimiento de la Convención a futuro, la Corte señaló: "que debe

---

[1088] *Ibíd,* 90–91.
[1089] *Ibíd.*
[1090] *United Nations Legislative Series*, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Doc. ONU ST/LEG/SER.B/25/Rev.1, 2.ª ed. (2023), 313 (traducción propia).
[1091] *Ibíd.* (traducción propia).
[1092] Corte Internacional de Justicia, *LaGrand (Alemania v. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001, 512, ¶ 123; ver también *United Nations Legislative Series*, *Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Doc. ONU ST/LEG/SER.B/25/Rev.1, 2.ª ed. (2023), 314 (traducción propia).

considerarse el compromiso expresado por los Estados Unidos de garantizar la aplicación de las medidas específicas adoptadas en cumplimiento de sus obligaciones en virtud del párrafo 1 (b) del artículo 36 como respuesta a la petición de Alemania de una garantía general de no repetición"[1093].

Algunos critican esta decisión de la CIJ al considerarla vaga y poco clara. No obstante, desde una perspectiva de derecho internacional, esta sentencia no debe ser infravalorada. Por un lado, la Corte dispuso que Estados Unidos estaba "bajo el deber legal de tomar medidas positivas para establecer un sistema que permita a los ciudadanos y estados extranjeros proteger sus derechos bajo la Convención de Viena"[1094]. En tal sentido, *LaGrand* deja claro que los tribunales nacionales no pueden simplemente desestimar reclamaciones de individuos cuyo derecho a notificación consular ha sido vulnerado[1095]. En casos en que el derecho a notificación consular sea violado, "correspondería a los Estados Unidos permitir la revisión y reconsideración de la condena y la sentencia teniendo en cuenta la violación de los derechos establecidos en la Convención"[1096].

Al indicar la CIJ cómo Estados Unidos debería desempeñar sus obligaciones en el futuro, la Corte de cierta forma reconoció el derecho de Alemania de demandar salvaguardas y garantías de no repetición[1097].

7.2.3 La cesación de un hecho internacionalmente ilícito en el sistema Interamericano de Derechos Humanos

Según la Corte IDH, un hecho internacionalmente ilícito ha cesado cuando el hecho configurador de la violación de derechos se detiene o finaliza. Al respecto la Corte señaló en el caso

[1093] *Ibíd.*, 516, ¶ 128(6).
[1094] Tamst, Christian J. "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: *LaGrand* and the Law of State Responsibility". *Yale Journal of International Law* 27 (2002): 441.
[1095] *Ibíd.*
[1096] Corte Internacional de Justicia, *LaGrand (Alemania v. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001, 512, ¶ 125.
[1097] Tamst, Christian J. "Recognizing Guarantees and Assurances of Non-Repetition: *LaGrand* and the Law of State Responsibility". *Yale Journal of International Law* 27 (2002): 443.

Duque c. Colombia que la cesación de hechos internacionalmente ilícitos se puede constatar mediante las decisiones judiciales de Cortes nacionales que finalicen la existencia del ilícito.[1098]

Por otro lado, en *Andrade Salmón* se indicó que dos sentencias del Tribunal Constitucional de Bolivia, las cuales resolvieron el recurso de Habeas Corpus interpuesto por la peticionaria, cesaron de manera definitiva el hecho ilícito en tanto garantizaron el derecho a la libertad personal de la peticionaria y constituyeron un oportuno control de convencionalidad[1099], concluyendo que había cesado la alegada violación al artículo 7º de la Convención.

A su vez, en *Villamizar Durán c. Colombia*, La Corte indicó que la controversia había cesado respecto de ciertos peticionarios en virtud de las decisiones internas de la jurisdicción Contencioso Administrativa que reconocían la responsabilidad internacional del Estado y reparaban a los accionantes.[1100]

Frente a la continuidad del hecho ilícito, la doctrina ha establecido tres elementos para diferenciar entre hechos ilícitos de carácter continuo y hechos ilícitos instantáneos; el primero hace referencia al estudio de la obligación internacional en el lugar del acto específico, por lo que deberá analizarse el contexto general para determinar si el hecho ilícito en cuestión está presente siempre;[1101] el segundo elemento indica que debe evaluarse si la cesación del hecho constituiría un remedio efectivo, pues de ser esa la situación, se hace evidente que la violación es continua y requiere una terminación;[1102] el tercer elemento supone el estudio de la continuidad del acto en relación a su repetición o si únicamente es posible detectar sus efectos.[1103]

Siguiendo lo anterior, resulta necesario diferenciar entre los efectos generados por un hecho internacionalmente ilícito y la continuidad de éste. En ese sentido, puede observarse lo

---

[1098] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*, ¶ 137.
[1099] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*, ¶¶ 97-10.
[1100] Corte IDH, *Caso Villamizar Durán y otros v. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018, ¶¶ 124 y 163.
[1101] Ureña, René, dictamen pericial en *Corte IDH, Caso Duque v. Colombia*, 26; Pauwelyn, Joost, "The Concept of a 'Continuing Violation' of an International Obligation: Selected Problems". *The British Yearbook of International Law* 66 (1995): 420–421.
[1102] *Ídem*.
[1103] *Ídem*.

descrito en el artículo 14 de ARSIWA relativo a la extensión en el tiempo de un hecho contrario al derecho internacional. El citado precepto internacional en su numeral primero establece que: "La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que no tenga carácter continuo tiene lugar en el momento en que se produce el hecho, aunque sus efectos perduren". Por el contrario, en su numeral segundo los artículos sobre responsabilidad dictan que: "La violación de una obligación internacional mediante un hecho del Estado que tiene carácter continuo **se extiende durante todo el período en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional**". (Negrilla fuera de texto original)

La CDI ha interpretado el alcance que tiene el estándar de temporalidad de una violación a una obligación internacional generada por un hecho ilícito continuado, aclarando qué: "De conformidad con el apartado 2, un acto ilícito continuado, **ocupa todo el período durante el cual el acto continúa y no permanece en conformidad con la obligación internacional,** siempre que el Estado esté obligado por la obligación internacional durante ese período." [1104](Negrilla fuera de texto original)

En relación con el citado comentario de la CDI, la CIJ en el caso de *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, estableció que el Gobierno de Irán era responsable por la retención del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en la Embajada ubicada en Teherán, hechos que hasta la fecha del pronunciamiento del fallo no habían finalizado:

> "En primer lugar, estos hechos constituían infracciones adicionales a las ya cometidas en el párrafo 2 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, que obliga a Irán a proteger los locales de la misión contra cualquier intrusión o daño y a evitar cualquier perturbación de su paz o menoscabo de su dignidad. **Los apartados 1 y 3 de dicho artículo también han sido infringidos, y siguen siendo infringidos,** ya que prohíben a los agentes de un Estado receptor entrar en las premisas de una misión sin consentimiento o llevar a cabo cualquier medida de registro, requisa, apego o medida similar en los locales. **En**

[1104] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 14 (2), comentario 3 (28 de enero de 2002) (traducción no oficial).

> **segundo lugar, constituyen continuas violaciones del artículo 29 del mismo Convenio que prohíbe cualquier detención o detención de un agente diplomático y cualquier ataque a su persona, libertad o dignidad**.[1105](Negrilla fuera del texto)

Un hecho internacionalmente ilícito pierde su carácter de continuidad frente a alegatos futuros cuando éste ha cesado, incluso si sus efectos permanecen. Esa ha sido la posición adoptada por la CDI elucidada en los comentarios al artículo 14 de ARSIWA:

> "Además, la distinción entre los actos completos y los continuos es relativa. Un acto ilícito continuado en sí mismo puede cesar: así un rehén puede ser liberado, o el cuerpo de una persona desaparecida devuelto a los parientes más cercanos En esencia, un acto ilícito continuo es aquel que se ha iniciado, pero no se ha completado en el momento pertinente. **Cuando un acto ilícito continuado haya cesado, por ejemplo, mediante la liberación de rehenes o la retirada de las fuerzas del territorio ocupado ilegalmente, el acto se considera para el futuro como que ya no tiene carácter continuo, aunque puedan continuar ciertos efectos del acto. A este respecto, estaría cubierto por el párrafo 1 del artículo 14.**"
>
> **"Un acto no tiene un carácter continuado por el mero hecho de que sus efectos o consecuencias se extiendan en el tiempo. Debe ser el acto ilícito como tal que continúe. En muchos casos de actos internacionalmente ilícitos, sus consecuencias pueden prolongarse.** El dolor y el sufrimiento causados por actos anteriores de tortura o los efectos económicos de la expropiación de la propiedad continúan a pesar de que la tortura ha cesado o ha pasado el título de la propiedad. Tales consecuencias son objeto de las obligaciones secundarias de reparación, incluida la restitución, como exige la segunda parte de los artículos. **La prórroga de tales efectos será pertinente, por ejemplo, para determinar el importe de la indemnización**

[1105] Corte Internacional de Justicia, *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (Estados Unidos v. Irán)*, sentencia de 24 de mayo de 1980, 19–20, ¶¶ 38–41 (traducción no oficial).

a pagar. Sin embargo, no implican que la infracción en sí misma sea continua."[1106]

Por otro lado, la Corte IDH en el caso *Duque v. Colombia*, sostuvo que el hecho internacionalmente ilícito en cuestión, relativo a la denegación de pensiones de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, habría cesado en virtud de la sentencia T-051 de 2010 en tanto esta reconocía el derecho de las parejas del mismo sexo a la pensión de sobrevivencia en las mismas condiciones que una pareja heterosexual.[1107]

Igualmente, la Corte IDH en el caso *Petro Urrego v. Colombia*, al analizar si las sentencias del Consejo de Estado que anularon las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro, daban fin la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, sostuvo lo siguiente:

"En ese sentido, la Corte considera que la decisión del Consejo de Estado constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad de las sanciones de destitución e inhabilitación impuestas en contra del señor Petro por parte de la Procuraduría, **en tanto cesó y reparó las violaciones a los derechos políticos que ocurrieron en perjuicio del señor Petro como resultado de dichas sanciones**. El Consejo de Estado tomó debida consideración de los estándares desarrollados por este Tribunal en relación con los límites a las restricciones permitidas por el artículo 23.2 de la Convención, para así garantizar adecuadamente los derechos políticos del señor Petro al: a) declarar la nulidad de dicha sanción; b) ordenar el pago de los salarios dejados de percibir por el tiempo separado de su cargo; c) ordenar la des anotación de las sanciones impuestas; y d) exhortar al gobierno a realizar las reformas dirigidas a lograr la compatibilidad de las facultades del Procurador con el artículo 23 de la Convención Americana. Asimismo, la sentencia del Consejo de Estado reconoció que en el caso concreto no sólo fueron afectados los derechos políticos del señor Petro, sino que la sanción de destitución e inhabilitación impuesta por la

[1106] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 14 (2), comentarios 5 y 6 (28 de enero de 2002).
[1107] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*, ¶ 137.

> Procuraduría vulneraba el principio democrático y los derechos políticos de sus electores, lo cual resultaba contrario al artículo 23.2 convencional. Pese a ello, en coincidencia con lo manifestado en el párrafo 100 (supra párr. 100), si bien es encomiable la decisión del Consejo de Estado, la Corte advierte que, por la naturaleza del derecho afectado, no fue subsanada totalmente la violación, pues el derecho al ejercicio de un cargo de elección popular fue interrumpido durante más de un mes por la sanción impuesta por la Procuraduría."[1108]

A su vez, el Tribunal regional señaló en el caso *Andrade Salmón v. Bolivia,* en lo relativo a la detención preventiva de la señora Andrade por investigaciones judiciales en dos (2) procesos ("Luminarias Chinas y "Gader"), que el SIDH consta de un nivel nacional, a través del cual cada Estado debe garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención e investigar y en su caso juzgar y sancionar las infracciones que se cometieren; y que si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y la Corte.[1109] También indicó que cuando una cuestión ha sido resuelta en el orden interno, según las cláusulas de la Convención:

> "[N]o es necesario traerla ante el Tribunal Interamericano para su aprobación o confirmación. Lo anterior se asienta en el principio de complementariedad, que informa transversalmente el sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la Convención Americana, "coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos"[1110].

Al respecto, la Corte IDH recalcó que en aquellos casos en los que el Estado realice un reconocimiento de un hecho ilícito y afirme que este ha sido reparado, ello no la inhibe de

---

[1108] Corte IDH, *Caso Petro Urrego v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020, ¶ 108.
[1109] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016, ¶ 92.
[1110] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*, ¶ 92; Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001, ¶ 33; Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, ¶ 66.

efectuar determinaciones sobre las consecuencias jurídicas que surgen de un acto violatorio de la Convención, por lo que podrá referirse a los efectos jurídicos que tiene el mencionado reconocimiento y la reparación otorgada. En el criterio de la Corte, tal situación:

> "(…) puede conducir al Tribunal a no pronunciarse sobre determinados hechos o sus consecuencias, a considerar innecesario entrar en el análisis de fondo de determinadas violaciones alegadas en un caso concreto, cuando encuentra que han sido adecuadamente reparadas a nivel interno o a tomar en cuenta lo actuado por órganos, instancias o tribunales internos cuando han dispuesto o pueden disponer reparaciones razonables.
>
> Conforme a lo anterior, y de acuerdo con la jurisprudencia de este Tribunal, para que no se declare la responsabilidad estatal, es insuficiente que el Estado reconozca un hecho ilícito internacional, sino que, adicionalmente, debe evaluarse si lo hizo cesar y si reparó las consecuencias de la medida o situación que lo configuró"[1111].

En *Andrade Salmón v. Bolivia,* la Corte concluyó, que en efecto el hecho ilícito había cesado con base en que los recursos de habeas corpus que interpuso la señora Andrade en los procesos "Gader" y "Luminarias Chinas" fueron resueltos favorablemente por el Tribunal Constitucional, lo que le permitió recuperar su libertad. Sostuvo adicionalmente la Corte que el Estado garantizó efectivamente el derecho a la libertad personal de la señora Andrade mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que a su vez resultó en un adecuado control de convencionalidad, cesando así la alegada violación.[1112]

De manera similar, en el caso *Urrutia Laubreaux V. Chile* la Corte IDH indicó que su jurisprudencia ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen a la controversia, ya han resuelto la violación alegada, han dispuesto

[1111] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*, ¶¶ 95–96; Corte IDH, *Caso de la Masacre de Santo Domingo v. Colombia*, ¶ 171; Corte IDH, *Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú*, ¶¶ 193–194; Corte IDH, *Caso García Ibarra y otros v. Ecuador*, ¶ 102; Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*, ¶ 262.
[1112] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*, ¶ 100.

reparaciones razonables o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.[1113] La Corte señaló que en tal controversia la decisión de la Corte Suprema de Chile constituyó un adecuado y oportuno control de convencionalidad frente a la sanción de amonestación privada impuesta al señor Urrutia en el 2005, en tanto reconoció, cesó y reparó parcialmente la violación al derecho a la libertad de expresión en perjuicio de la víctima.[1114]

7.3 La obligación de reparar los daños generados por el hecho internacionalmente ilícito

7.3.1 El origen del deber de cesación, salvaguardas y garantías de no repetición de un hecho ilícito en derecho internacional general

Lo que hoy en día se conoce como la obligación de reparación contenida en el artículo 31 de los ARSIWA, en la primera lectura de su borrador estaba contenida en el artículo 42. En esencia, era una obligación de contenido bastante más extenso a la forma en la que se concibe hoy en día, indicando los siguientes deberes:

1. "El Estado lesionado tiene derecho a obtener del Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito reparación integral en forma de restitución en especie, compensación, satisfacción, salvaguardas y garantías de no repetición, ya sea de forma individual o combinada.

2. En la determinación de la reparación se tendrán en cuenta la negligencia o el acto u omisión doloso de: a) el Estado lesionado; o (b) un nacional de ese Estado en cuyo nombre se presenta la reclamación; que contribuyó al daño.

[1113] Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, ¶ 91; Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019, ¶ 167; Corte IDH, *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, ¶¶ 97–115; Corte IDH, *Caso Colindres Schonenberg v. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019, ¶ 80.
[1114] Corte IDH, *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*, ¶ 94.

3. En ningún caso la reparación tendrá como resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia.

4. El Estado que ha cometido el hecho internacionalmente ilícito no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación de la falta de reparación integral".

El desarrollo interpretativo de este artículo en cabeza de la CDI trató de delimitar las múltiples obligaciones que parecen derivar de él. La Comisión entendió como "reparación" el término genérico que describe los distintos métodos de los que dispone un Estado infractor para liberarse de la responsabilidad por haber cometido un hecho internacionalmente ilícito[1115]. Esta también fue la forma en la cual interpretó el término en su momento la Corte Permanente Internacional de Justicia (en adelante "CPIJ") en su caso *Fábrica en Chorzów* al establecer que "la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que con toda probabilidad habría existido si ese acto no se hubiera cometido"[1116].

En el caso mencionado, la Corte lidió con daños materiales, razón por la cual solamente hizo referencia a dos métodos de reparación, a saber, restitución y compensación. Sin embargo, para eventos en que los daños son inmateriales, también se han dispuesto como métodos de reparación la satisfacción, salvaguardas y garantías de no repetición[1117].

La forma en que la Comisión decidió incluir este artículo en la primera lectura estipulaba realmente un derecho para el Estado afectado o víctima. De manera que quedaba a entera disposición de dicho Estado si desea hacer uso de dicha opción, y determinar cuál o cuáles formas de reparación deseaba solicitar[1118].

[1115] *Ibíd.,* comentario 2 al art. 42, 278 (traducción propia).
[1116] Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso relativo a la Factoría de Chorzów (Alemania v. Polonia)*. Sentencia sobre el fondo, 1928, 47.
[1117] Comisión de Derecho Internacional, *Draft Articles on State Responsibility with Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading*, art. 42, comentario 4, 278 (1997) (traducción propia).
[1118] *Ibíd.,* comentario 4 al art. 42, 278 (traducción propia).

Una de las particularidades de este artículo que, como se verá, no fue replicada en la segunda lectura de los ARSIWA, fue la mención especial de condiciones contenida en su numeral segundo. La referencia a la frase "la negligencia o el acto u omisión intencional… que contribuyó al daño", fue tomada por la CDI del párrafo 1 del artículo VI del Convenio Sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales[1119]. El literal (a) se refiere a la negligencia o acto u omisión intencional en el hecho cometida por parte del Estado infractor que contribuyó al daño, mientras que su literal (b) se refiere a la misma negligencia por parte de un nacional del Estado lesionado en cuyo nombre se presenta la reclamación que contribuyó al daño[1120].

Con este segundo literal, la Comisión abrió la puerta al derecho que tienen los Estados víctimas de presentar reclamaciones en nombre de sus nacionales -fueren personas naturales o jurídicas- como en su momento había sido aceptado por parte de la doctrina[1121]. Sin embargo, la CDI dejó claridad en que el estudio o análisis del nivel de participación del Estado, por acción u omisión, en el hecho ilícito del cual se solicita reparación resulta importante únicamente para efectos de métodos restaurativos como el de compensación[1122].

El numeral 3 del artículo 42 de esta primera lectura de los ARSIWA también hace referencia a algo que la Comisión dispuso como un límite a la obligación de reparación que tiene el Estado infractor que no fue replicado en la segunda lectura. Como lo indicó en su interpretación sobre el particular, la obligación y el deber que naturalmente tiene el Estado infractor de hacer una reparación plena e íntegra debe atender a la disponibilidad de recursos que dicho Estado tenga para hacer dicha reparación, en atención al principio de igualdad de los Estados[1123].

En particular, para efectos de algunas medias de preparación, a saber, restitución en especie (o compensación) y satisfacción, el límite de la reparación se convierte en aún más necesario. Esto, en la medida en que "[h]ay ejemplos en la historia de que la carga de la "reparación

[1119] *Ibíd.,* comentario 7 al art. 42, 279.
[1120] *Ibíd.,* comentario 7 al art. 42, 278 (traducción propia).
[1121] *Ibíd.*
[1122] *Ibíd.*
[1123] *Ibíd.,* comentario 8 al artículo 42, p. 279 (traducción propia).

integral" se ha llevado a tal punto que se pone en peligro todo el sistema social del Estado en cuestión, por ejemplo, en el contexto de un tratado de paz tras la derrota de un Estado en particular"[1124]. Por esto, el numeral 3:

> "(…) establece que la reparación no debe tener como resultado privar a la población de un Estado de sus propios medios de subsistencia. Por supuesto, esto no tiene nada que ver con la obligación de cesación, incluida la devolución al Estado lesionado, por ejemplo, de un territorio confiscado indebidamente. Pero en otros contextos -i.e. el pago de sumas de dinero a modo de compensación o satisfacción- las cantidades requeridas o las condiciones en las que se exige el pago no deben ser tales que priven a la población de sus propios medios de subsistencia."[1125]

Similar al numeral que lo antecede, el lenguaje del numeral 3 "se extrae del párrafo 2 del artículo 1 de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966 y refleja un principio jurídico de aplicación general"[1126]. Al final, a pesar del desacuerdo de varios de los miembros de la Comisión en incluir este numeral[1127], la CDI en pleno optó por mantenerla.

El último numeral de este artículo, el numeral 4, abstrajo el lenguaje basado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre El Derecho de los Tratados[1128]. Similar a los numerales anteriores, y como se verá en adelante, este último tampoco fui incluido por la Comisión en el artículo sobre reparación en su segunda lectura. Sin embargo, el propósito central de este artículo, dada su importancia, fue incluido por parte de la Comisión como un articulado independiente a los demás en su última versión de los artículos, que hoy en día está contenido en el artículo 32 de los ARSIWA.

[1124] *Ibíd.,* comentario 8(a) al artículo 42, p. 279 (traducción propia)
[1125] *Ibíd.*
[1126] *Ibíd.*
[1127] *Ibíd.,* comentario 8(b) al artículo 42, p. 279 "Algunos miembros no estuvieron de acuerdo con la inclusión del párrafo 3. En su opinión, la disposición era inapropiada y que, en cualquier caso, no debería aplicarse cuando la población del Estado lesionado se vería igualmente desfavorecida por no otorgarse una reparación completa en tales motivos"
[1128] *Ibíd.,* comentario 9 al artículo 42, p. 279 (traducción propia)

El propósito principal de este último numeral fue establecer el principio general de que el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito no podrá invocar su derecho interno como justificación para evadir su obligación de reparación[1129]. En tal sentido, el numeral busca contrarrestar los obstáculos de la ley nacional o local para efectos de conseguir reparación para el Estado víctima o Estado afectado por un hecho internacionalmente ilícito que haya cometido[1130]. La interpretación de la Comisión concluyó que:

> "Aunque no es unánimemente compartida, la opinión doctrinal predominante es que las dificultades que un Estado puede encontrar dentro de su propio sistema jurídico para cumplir una obligación internacional en sus relaciones con uno o más Estados no son (al menos per se) decisivos como justificación jurídica para el incumplimiento de tal obligación."[1131]

Esta práctica es de tal importancia para la efectividad de la reparación, que estipulaciones similares han sido incluidas en diversidad de tratados internacionales que, en esencia, propenden por garantizar la efectividad, o al menos la posibilidad, de que una víctima pueda solicitar medidas de reparación sin que ellas sean automáticamente desatendidas a disposiciones de derecho interno. En palabras de la CDI:

> "Es innegable que el sistema jurídico de un Estado que está vinculado en estrecha interacción con el régimen político, económico y social de la nación puede con frecuencia ser pertinente para la aplicación efectiva de formas específicas de reparación. Sin embargo, esto no debe interpretarse en el sentido de que el derecho internacional general reconoce que cualquier forma de reparación está sujeta a los sistemas jurídicos internos del Estado autor y a las exigencias que dicho sistema pretende satisfacer.
>
> Por supuesto, un Estado tiene derecho a preservar su sistema político, económico o social de cualquier atentado ilícito contra su soberanía o jurisdicción interna por

[1129] *Ibíd.,* comentario 9 al art. 42, 279 (traducción propia).
[1130] *Ibíd.,* comentario 11 al art.42, 279 (traducción propia).
[1131] *Ibíd.,* comentario 12 al art. 42, 279 (traducción propia).

> parte de otros Estados. Sin embargo, no puede sentirse con el mismo derecho a oponerse a sus *interna corporis* que a obstáculos legales al cumplimiento de una obligación internacional de proporcionar una forma específica de reparación. **Los obstáculos jurídicos del derecho interno son, estrictamente hablando, obstáculos de hecho desde el punto de vista del derecho internacional. Por lo tanto, no deberían tratarse como obstáculos estrictamente jurídicos en el mismo sentido que los obstáculos derivados de normas jurídicas internacionales**"[1132]. (Negrilla fuera del texto original)

El anterior ha sido un breve recuento de la forma en que inicial y originalmente la Comisión propuso los artículos relativos a los efectos de los hechos internacionalmente ilícitos en la primera lectura de los ARSIWA, junto con la interpretación que la CDI les daba a ellos en dicho momento. Ahora, pasaremos a evaluar cómo ellos fueron finalmente incluidos por la Comisión en la segunda lectura de los ARSIWA, que constituye y concentra el estado actual de dichas disposiciones.

7.3.2 Desarrollo y alcance en el derecho internacional general de la obligación de reparar los daños generados por un hecho ilícito

El artículo 31 establece la tercera obligación general de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito en cabeza del Estado que violó la obligación. La CPJI en su caso *Fábrica en Chorzów* indicó con respecto a la obligación de reparar los daños generados que:

> "Es un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso implica la obligación de reparar de forma adecuada. Por lo tanto, la reparación es el complemento indispensable de la falta de aplicación de una convención y no es necesario que así se establezca en la propia convención. Las diferencias relativas a las

[1132] *Ibíd,* comentario 15 al art. 42, 281 (traducción propia).

> reparaciones, que pueden deberse por no aplicación de una convención, son, por consiguiente, diferencias relativas a su aplicación."[1133]

En el curso de este mismo caso, pero en la instancia de fondo, la CPJI ahondó sobre el contenido como tal de la obligación de reparación. En esta oportunidad, indicó:

> "El principio esencial contenido en el concepto actual de un acto ilícito –un principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales– es que la reparación debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, en todos los casos, probablemente, habrían existido si ese acto no se hubiera cometido. Restitución en especie o, si esto no fuera posible, pago de una suma correspondiente al valor que tendría una restitución en especie; la concesión, de ser necesario, de daños y perjuicios por pérdidas sufridas que no estarían cubiertas por la restitución en especie o el pago en lugar de ella: tales son los principios que deberían servir para determinar el monto de la compensación debida por un acto contrario al derecho internacional"[1134]

En algunos contextos, esta cita de la PCJI resulta confusa en la medida en que se refiere, en una primera oportunidad, a la reparación en sentido general y estricto, y en segundo, al aspecto de la compensación abarcado por la compensación. No obstante, la posible confusión que pueda derivar de la primera lectura de los hallazgos de la Corte, la obligación de hacer una reparación plena y completa deriva en que el Estado responsable debe esforzarse por "eliminar todas las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido"[1135].

[1133] Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso relativo a la Factoría de Chorzów (Alemania v. Polonia)*. Decisión sobre jurisdicción, 1927, 21; ver también Corte Internacional de Justicia, *LaGrand (Alemania v. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001, 485, ¶ 48.
[1134] Corte Permanente de Justicia Internacional, *Caso relativo a la Factoría de Chorzów (Alemania v. Polonia)*. Sentencia sobre el fondo, 1928, 47.
[1135] *Ibíd.*; ver también Corte Internacional de Justicia, *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro)*, sentencia de 26 de febrero de 2007, ¶ 470; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina*, laudo de 25 de julio de 2007, ¶ 31.

La CDI ha interpretado que los deberes derivados del artículo 31 representan una obligación del Estado responsable por el hecho internacionalmente ilícito, más no un derecho del Estado(s) víctima(s)[1136]. Esto encuentra su explicación en que "la obligación general de reparación surge automáticamente al cometerse un hecho internacionalmente ilícito y no es, como tal, supeditado a una demanda o protesta de cualquier Estado"[1137]. En este sentido, el objetivo último de la obligación de reparación es, justamente, reparar el daño que se ha generado con tal obligación, entendido como daño material, que se refiere a daños a la propiedad u otros intereses del Estado y sus nacionales que sea evaluable en términos financieros[1138], o moral, que incluye elementos tales como dolor individual y sufrimiento, pérdida de seres queridos o afrenta personal asociada con una intrusión en el hogar o la vida privada[1139].

Ahora bien, a pesar de que el objetivo primordial sea reparar daños efectivamente causados al Estado(s) víctima(s), la existencia de un daño material o moral no es un prerrequisito para que un Estado(s) víctima(s) pueda solicitar alguna de las medidas de reparación. La existencia de los daños resulta altamente pertinente para efectos de identificar la forma y la cuantía de la reparación[1140], pero la inexistencia de aquel no impide a un Estado(s) víctima(s) ejercer su derecho a demandar la reparación por el hecho internacionalmente ilícito como tal.

El segundo párrafo del artículo 31 se refiere a la necesidad de que exista un nexo de causalidad entre el hecho internacionalmente ilícito y el daño que se busca reparar. En algunas ocasiones, se hace referencia a pérdidas o daños "atribuibles al [hecho ilícito] como causa próxima"[1141]. La causalidad funge, entonces, como un elemento necesario para la reparación, pero no como la única condición suficiente. Hay elementos adicionales asociados con la exclusión

---

[1136] Comisión de Derecho Internacional, *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries* (Doc. ONU A/56/10), art. 31, comentario 4, 91 (traducción propia).
[1137] *Ibíd.*
[1138] *Ibíd.*
[1139] *Ibíd.*
[1140] *Ibíd.,* comentario 7 al art. 31, 92 (traducción propia).
[1141] *Ibíd.,* comentario 10 al art. 31; *ver también* Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. contra la República Unida de Tanzania*, Laudo del 31 de agosto de 2018, ¶ 804, cuando el tribunal indicó que: "para tener éxito en sus reclamos de compensación, [el demandante] tiene que demostrar que el valor de su inversión fue disminuido o eliminado, y las acciones de las que [que] se queja fueron la causa real y próxima de dicha disminución o eliminación de valor".

de daños que se consideran muy remotos como para guardar algún tipo de relación con el hecho internacionalmente ilícito. Resulta necesario hacer un análisis caso por caso, toda vez que en algunas ocasiones el criterio que se requiere es el de una causalidad directa, en otros el de previsibilidad o proximidad[1142].

La CDI ha indicado que, si bien pueden darse casos en los que le elemento identificable de daño se pueda derivar de una o varias causas. Sin embargo, a menos que "pueda demostrarse que una parte del daño es separable causalmente del atribuido al Estado responsable, este último será considerado responsable de todas las consecuencias, no siendo demasiado remotas, de su conducta ilícita"[1143]. Si bien, como es regla general en el derecho, corresponde al Estado afectado la carga de la prueba acerca del daño que busca sea reparado, el tribunal arbitral en el caso *Zafiro* permitió la reversión de la carga de la prueba en el siguiente tenor:

> "Creemos claro que no todos los daños fueron causados por la tripulación china del *Zafiro*. Las pruebas indican que una parte indeterminable fue realizada por insurgentes filipinos, y hace probable que una parte fuera realizada por los empleados chinos de la empresa. Pero no consideramos que recaiga en Gran Bretaña la carga de demostrar exactamente qué daños son imputables al *Zafiro*. Como se ha demostrado que la tripulación china del *Zafiro* participó en gran medida y no se puede identificar la parte imputable a malhechores desconocidos, nos vemos obligados a responsabilizar a los Estados Unidos por el conjunto.
>
> Sin embargo, en vista de nuestra conclusión de que una parte considerable, aunque indeterminable, de los daños no es imputable a la tripulación china del *Zafiro*, consideramos que no se deben permitir intereses sobre las reclamaciones."[1144]

En la actualidad, la regla general de reparación indicada en el artículo 31 de ARSIWA, en los términos en los que ha sido interpretada y desarrollada por la CDI a través de sus

---

[1142] *Ibíd.*
[1143] *Ibíd.,* comentario 13 al art. 31, 93 (traducción propia).
[1144] Naciones Unidas, *D. Earnshaw y otros (Gran Bretaña) v. Estados Unidos (Caso Zafiro)*, *Reports of International Arbitral Awards (RIAA)*, vol. VI (1925), 164–165 (traducción propia).

comentarios, ha sido reconocida como una norma de costumbre internacional reconocida ampliamente en jurisprudencia internacional de diversa índole[1145].

Los anteriores numerales han mostrado la forma en que los artículos sobre los efectos de hechos internacionalmente ilícito fueron inicialmente concebidos en la primera lectura de los ARSIWA, seguido de una explicación acerca de la forma en que evolucionaron hasta su inclusión subsiguiente en la segunda lectura y actual forma. Aunque en esencia la Comisión encontró suficiente necesidad e importancia de mantener la totalidad de las obligaciones en la segunda lectura, la forma en que la presenta, la autonomía de los artículos que la contienen y, en particular, la interpretación que se le da, si permite ver algunos cambios significativos. La aplicación de estos cambios en la pluralidad de casos expuestos a modo de ejemplo, junto a muchos otros, dejan claridad actual acerca del contenido y alcance de los efectos de conductas ilícitas internacionales que los Estados infractores se ven en obligación de cumplir.

7.3.3 La obligación de reparar razonablemente los daños generados por un hecho internacionalmente ilícito en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Como ha sido expuesto, en el derecho internacional general, desde 1927, la Corte Permanente de Justicia Internacional estableció que constituye un principio de derecho internacional que el incumplimiento de un compromiso implica la obligación de realizar una reparación adecuada, cuyo objetivo, continuaba la Corte Permanente, "en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del hecho ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si ese acto no se hubiera cometido"[1146].

[1145] Ver, por ejemplo: Corte Internacional de Justicia, *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo v. Uganda)*, sentencia de 9 de febrero de 2022, ¶ 148; Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft v. República Argentina*, laudo de 5 de noviembre de 2021, ¶ 575; Corte Permanente de Arbitraje (CPA, reglas UNCITRAL), *Deutsche Telekom AG v. República de la India*, laudo de 27 de mayo de 2020, ¶ 287; CIADI, *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Reino de España*, laudo de 6 de septiembre de 2019, ¶ 1567; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Álvarez Ramos v. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019, ¶ 192.

[1146] Corte Permanente de Justicia Internacional, *Case concerning The Factory at Chorzów (Claim for indemnity) (Jurisdiction)*, *P.C.I.J. Series A* No. 9 (26 de julio de 1927), 21.

En el artículo 31 de los Artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por Hechos Ilícitos internacionales, se deja claro que la reparación debe ser total, por daños materiales o morales.[1147]

Todo lo anterior es coherente con lo desarrollado en el Sistema Interamericano, con la diferencia de que en el Sistema Interamericano la fuente que da origen a la obligación de reparar no es solo un principio general del Derecho, sino también una obligación convencional, como lo establece el artículo 63 de la CADH.

El estándar de reparación en el Sistema es el de Reparación Integral[1148], en donde la Corte IDH ha sido reconocida por el desarrollo que ha realizado en la variedad de medidas de reparación, que no solo incluyen la restitución, compensación y satisfacción, como lo ordena el derecho internacional general, sino que incorpora también garantías de no repetición y medidas de rehabilitación.

[1147] Comisión de Derecho Internacional, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* ("ARSIWA"), Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83, art. 31, comentarios 1–14 (28 de enero de 2002).

[1148] La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, presentó el Informe Final sobre la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos), adoptado mediante Resolución 1996/119: "41. A escala individual, las víctimas, ya se trate de víctimas directas o de familiares o personas a cargo, deberán disponer de un recurso efectivo. Los procedimientos aplicables serán objeto de la más amplia publicidad posible. El derecho a obtener reparación deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por la víctima. De conformidad con el conjunto de principios y directrices sobre el derecho de las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos y al derecho humanitario a obtener reparación (...) este derecho comprende los tres tipos de medidas siguientes: a) medidas de restitución (cuyo objetivo debe ser lograr que la víctima recupere la situación en la que se encontraba antes); b) medidas de indemnización (que cubran los daños y perjuicios físicos y morales, así como la pérdida de oportunidades, los daños materiales, los ataques a la reputación y los gastos de asistencia jurídica); y c) medidas de rehabilitación (atención médica y psicológica o psiquiátrica). 42. A nivel colectivo, las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar". Corte IDH, *Caso Garrido y Baigorria v. Argentina*. Reparaciones y Costas. Serie C No. 39 (27 de agosto de 1998), ¶ 41: La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria (…). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos". Ver García Ramírez, Sergio, "El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos", en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder: Homenaje a Diego Valadés*, t. I. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D.F., 2011, 87–122.

La Corte IDH ha señalado que cuando un Estado ha reparado integralmente el hecho ilícito a nivel interno se dará por satisfecha la obligación de reparación salvo que de tales decisiones se desprendan de **medidas arbitrarias** en perjuicio de las víctimas[1149].

En el caso *Duque*, la Corte sostuvo que la obligación de reparación se daba por satisfecha **siempre que el Estado pusiera a disposición de las personas afectadas los recursos adecuado y efectivos para la tutela de sus derechos**, por lo que sostuvo que la emisión de la sentencia T-051 de 2010 habría reparado el hecho ilícito internacional en tanto creaba los recursos para acreditar las condiciones de uniones de hecho para parejas del mismo sexo y el peticionario podría solicitar una pensión de sobrevivencia sin recibir un trato discriminatorio[1150].

La Corte IDH indicó en el caso *Andrade Salmón* que el Estado de Bolivia no era responsable de violaciones a la libertad personal y al derecho a acceder a un recurso sencillo y eficaz para la protección de sus derechos, en tanto no solo existía un recurso a disposición de la peticionaria, sino que además este fue utilizado por la misma y fue debidamente compensada económicamente siguiendo la práctica del Tribunal en la concesión de montos otorgados en caso de detenciones ilegales o arbitrarias[1151].

En el caso *Rosadio Villavicencio c. Perú*, la Corte IDH consideró, que la supuesta falta de motivación en la Sentencia proferida por la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia el 19 de junio de 1997, lo que entendía la Corte generaría el hecho ilícito de violación a las garantías judiciales, "cesó y fue reparada con la posterior sentencia de 28 de septiembre de 2001, por lo que, en aplicación del mencionado principio de complementariedad, la Corte consideró que el Estado no era responsable por la violación de los derechos contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana."[1152]

[1149] Corte IDH, Informe No. 198/2019, Petición 716-08, *Informe de inadmisibilidad: Miguel Piñeros Rey y otros v. Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 220 (6 de diciembre de 2019), ¶ 16; Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, ¶ 73.
[1150] Corte IDH, *Caso Duque v. Colombia*, ¶ 137.
[1151] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*, ¶¶ 101–102; igualmente ver Corte IDH, *Caso De la Cruz Flores v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 115 (18 de noviembre de 2004), ¶ 164.
[1152] Corte IDH, *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*, ¶ 169.

Por otro lado, la CIDH en el informe 198/19 relativo al caso *Miguel Piñeros Rey y otros V. Colombia*, estableció que cuando un particular hubiese sido reparado por vía de la jurisdicción contencioso- administrativa, valiéndose específicamente del medio de control de reparación directa, debía entenderse que tal mecanismo no es *per se* incompatible con los criterios de reparación establecidos por la jurisprudencia del Sistema Interamericano.[1153] En el caso de *Miguel Piñeros* la CIDH, en virtud del carácter complementario del Sistema Interamericano, declaró que, en efecto, el peticionario ya había sido reparado en jurisdicción interna y que al no haber presentado información suficiente para determinar un estándar de denegación de justicia o violación del debido proceso que sustantivamente permitiese afirmar que los tribunales internos de Colombia vulneraron sus derechos bajo la CADH, no le correspondía declarar las pretensiones como admisibles.[1154]

Como conclusión, de acuerdo con la articulación entre el principio de subsidiariedad o complementariedad, y los estándares propios de la declaración de la responsabilidad internacional de los Estados en el Sistema Interamericano, siempre que un Estado reconozca el hecho internacionalmente ilícito, haya hecho cesar la conducta que lo generó y reparado o puesto a disposición de las víctimas los recursos para reparar el daño causado, la Corte Interamericana ha sido pionera en reconocer que no será necesaria la declaración de la responsabilidad internacional de dicho Estado.

7.4 Las tres objeciones más fuertes contra el modelo R-C-R y su respuesta

El principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R, tal como ha sido formulado en las secciones anteriores, aspira a reordenar la relación entre la jurisdicción interamericana y el nivel interno mediante criterios que disciplinen la decisión del tribunal regional. Esa aspiración no puede considerarse plenamente justificada si no se somete, antes de su aplicación, al examen de

[1153] CIDH, Informe No. 198/2019, Petición 716-08, *Informe de inadmisibilidad: Miguel Piñeros Rey y otros v. Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 220 (6 de diciembre de 2019), ¶ 16; Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, ¶ 73.
[1154] *Ibíd.,* ¶ 17.

las objeciones más severas que pueden formularse contra ella. Tres líneas de impugnación merecen ser reconstruidas en su versión más fuerte, como condición de rigor del propio modelo.

7.4.1 Primera objeción: el riesgo de sofisticación del cumplimiento formal

La cláusula negativa del modelo —como se expondrá en detalle en el capítulo siguiente— excluye los escenarios de grave simulación: regímenes de facto, cooptación judicial, patrones estructurales de impunidad, cumplimiento meramente formal. Pero la objeción que aquí se examina apunta a un riesgo más sutil: el de un Estado con instituciones formalmente funcionales que satisface los tres clústeres del modelo sin resolver materialmente la violación. Un reconocimiento de responsabilidad pronunciado en un acto oficial pero desprovisto de consecuencias jurídicas vinculantes en el orden interno.

Una cesación del hecho ilícito que opera por prescripción de la acción penal, no por investigación, esclarecimiento y sanción. Una reparación que se limita a la compensación económica individualizada sin medidas de satisfacción, rehabilitación ni garantías estructurales de no repetición. Cada uno de esos actos, considerado aisladamente, podría satisfacer la descripción formal de los elementos R, C y R. Tomados en conjunto, no restablecerían el orden convencional quebrantado, sino que producirían una apariencia de restablecimiento funcional a la evasión del escrutinio interamericano. Si el modelo R-C-R opera como un menú de requisitos formalizables, el efecto perverso previsible no sería la protección de los derechos humanos por vía doméstica, sino la sofisticación de las estrategias estatales de cumplimiento aparente.

La objeción no puede ser descartada con la sola invocación de la cláusula negativa, que fue diseñada para bloquear hipótesis distintas. El modelo, sin embargo, dispone de mecanismos internos cuya eficacia depende de que se los interprete con el rigor que el problema exige. Los estándares interamericanos de reparación integral no admiten reducción a la simple compensación económica. La jurisprudencia de la Corte IDH ha consolidado un concepto de reparación integral que incluye restitución, satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición, y que evalúa la suficiencia de cada componente en función de las circunstancias del caso. El clúster de reparación del modelo R-C-R no se satisface con la apertura de un expediente resarcitorio ni

con el pago de una indemnización, sino con la demostración de que el conjunto de medidas adoptadas cumple materialmente con los criterios convencionales.

La carga probatoria recae sobre el Estado, con un estándar de certeza que no se satisface con la exhibición de actos formales, sino con la acreditación de resultados verificables. Y la posibilidad de refutación queda abierta a las víctimas y sus representantes, quienes pueden aportar evidencias de insuficiencia, inefectividad o falta de genuinidad. El modelo R-C-R no convierte a la Corte en receptora pasiva de las alegaciones estatales; le impone la obligación de verificar, y reserva a las partes la facultad de contradecir. El riesgo de *gaming* sofisticado existe, como existe en cualquier sistema jurídico que condicione consecuencias a requisitos. Pero su neutralización depende de la exigencia probatoria y de la calidad del escrutinio judicial, no de la supresión del modelo.

7.4.2 Segunda objeción: la función expresiva de la declaración internacional

Desde una perspectiva centrada en la subjetividad jurídica internacional del individuo, como es en nuestro caso la subsidiariedad en su dimensión promotora de la persona desarrollada en detalle en capítulos precedentes, puede sostenerse que la declaración internacional de responsabilidad cumple una función que no se agota en la reparación del daño ni en la corrección de la conducta estatal. Cumple, además, una función expresiva que afirma ante la comunidad internacional que la persona fue víctima de una violación y que esa violación constituye un hecho ilícito con relevancia jurídica supranacional. Esa función no es redundante respecto de lo que pueda haber hecho el orden interno, porque su destinatario no es exclusivamente el Estado ni solo la víctima, sino el sistema jurídico internacional en su conjunto.

Esta perspectiva, articulada con particular vigor en la obra de Cançado Trindade y en su concepción de un derecho internacional orientado a la persona como sujeto directo del ordenamiento[1155], llevaría a concluir que la subsidiariedad sustantiva, al condicionar la declaración internacional a la insuficiencia de la respuesta doméstica, privaría a la víctima de un

[1155] Ver Cançado Trindade, Antônio Augusto, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. 3rd ed. Brill/Nijhoff, Amersfoort, 2010, 55–86; 639–640.

reconocimiento que le corresponde por derecho propio. La declaración internacional no sería, en esta lectura, un instrumento fungible con la reparación interna, sino un acto constitutivo de la dignidad de la persona en el plano del derecho de gentes.

La objeción identifica un valor real que el modelo no puede ignorar, pero su respuesta se encuentra en la propia arquitectura del principio decisorio. La tercera alternativa de decisión, la sentencia complementaria, preserva exactamente la función expresiva que la objeción reclama. Cuando el Estado ha satisfecho los clústeres del modelo R-C-R, la Corte no queda obligada al silencio: puede emitir una sentencia que reconozca la existencia del hecho ilícito, valore las actuaciones internas y adopte medidas coadyuvantes para cerrar brechas remanentes. Lo que el modelo impide no es el pronunciamiento internacional, sino la declaración de responsabilidad como consecuencia automática del ilícito histórico, desvinculada de toda valoración sobre la suficiencia de la respuesta estatal.

El principio decisorio no niega que la declaración internacional tenga valor expresivo. Sostiene que ese valor debe ser ponderado con otros bienes igualmente protegidos por el sistema: la integridad del principio de subsidiariedad, la eficacia del nivel doméstico como primer garante y la preservación de la autoridad moral de la Corte, que se debilita cuando opera como instancia de confirmación mecánica de lo que el orden interno ya ha resuelto. Un tribunal internacional que declara responsabilidad donde el Estado ya ha reconocido, cesado y reparado no añade protección: añade duplicación. Y la duplicación, lejos de afirmar la dignidad de la víctima, puede erosionar la credibilidad del instrumento que dice protegerla.

7.4.3 Tercera objeción: la subsidiariedad como teoría para un estado que no existe

La objeción más estructural contra el modelo no cuestiona su coherencia interna, sino su adecuación al contexto en que pretende operar. El principio de subsidiariedad, tal como ha sido reconstruido a lo largo de esta investigación, presupone la existencia de un nivel interno capaz de actuar como primer garante: un Estado con independencia judicial verificable, con capacidad administrativa para investigar y sancionar, con recursos institucionales para reparar y con voluntad política para reconocer. Pero la experiencia del Sistema Interamericano muestra que los

casos que llegan a la Corte proceden, en su abrumadora mayoría, de contextos donde esa capacidad es parcial, deficiente o selectiva.

No se trata necesariamente de Estados fallidos ni de regímenes de facto, supuestos que, como se verá, ya están excluidos por la cláusula negativa, sino de democracias con instituciones desiguales, donde la capacidad de respuesta varía según la visibilidad del caso, la presión política del momento o la fortaleza de los operadores judiciales locales. Aplicar R-C-R en ese contexto, podría argumentarse, equivale a construir una teoría para el mejor de los mundos posibles y ofrecerla al peor; un modelo que funciona donde no se necesita y que no puede funcionar donde más falta hace.

Aquí conviene separar dos cosas. La subsidiariedad, tal como se defiende en esta investigación, no presupone capacidad institucional perfecta. Presupone capacidad verificable. La diferencia es decisiva. Lo que el modelo exige no es que el Estado posea un aparato judicial impecable, sino que demuestre con grado de certeza que, en el caso concreto, ha desplegado ese aparato de manera suficiente para satisfacer los estándares interamericanos y sobre todo un Estado que está dispuesto a que sus jueces entablen un diálogo judicial abierto con las Cortes internacionales. Un Estado con instituciones imperfectas pero funcionales puede cumplir R-C-R si su respuesta concreta al hecho ilícito alcanza el umbral material exigido. Un Estado con instituciones formalmente sólidas pero inoperantes en el caso específico no lo cumplirá. El modelo mide actuación, no estructura.

Y en ello reside su potencial transformador. R-C-R no asume que el Estado puede cumplir: le exige que lo demuestre, y le ofrece, como incentivo, la posibilidad de que su esfuerzo sea reconocido por el tribunal regional. El efecto previsible a mediano plazo no es la reducción de la intervención internacional en contextos de debilidad institucional, porque en esos contextos el Estado no podrá satisfacer los clústeres del modelo. El efecto previsible es la generación de un incentivo estructural para que los estados desarrollen capacidades internas de respuesta convencional, sabiendo que su inversión institucional tiene una consecuencia jurídica en el plano interamericano. La subsidiariedad no es una teoría para el Estado que ya existe, sino un principio que ordena la construcción del Estado que el sistema necesita para funcionar.

Ninguna de las tres objeciones carece de fundamento. La primera exige que la exigencia probatoria y el estándar de certeza se apliquen con rigor suficiente para desactivar el *gaming* sofisticado. La segunda queda absorbida por la sentencia complementaria, que preserva la función expresiva sin convertir la declaración internacional en automatismo. La tercera se resuelve al distinguir entre capacidad institucional abstracta y cumplimiento concreto verificable. Las tres, en conjunto, muestran que el modelo R-C-R no puede operar como un automatismo inverso al que pretende corregir: así como la declaración internacional no debe ser consecuencia mecánica del ilícito, la exclusión de responsabilidad no debe ser consecuencia mecánica del cumplimiento formal. En ambos casos, lo que se exige es valoración judicial rigurosa. El test gradual de proporcionalidad que se desarrollará en el capítulo siguiente es la herramienta destinada a disciplinar esa valoración.

El principio decisorio R-C-R opera sobre una presunción de capacidad estatal verificable en el caso concreto. Esa presunción no es uniformemente válida en el contexto interamericano, donde la desigualdad institucional entre Estados parte del SIDH es estructural (no son iguales las condiciones y contextos de Costa Rica o Uruguay, que las de Venezuela o Haití). Tres consecuencias se siguen. Primera, el modelo R-C-R debe entenderse como principio aplicable a Estados que han demostrado capacidad verificable, no como principio general de deferencia hacia el foro doméstico. Segunda, la cláusula negativa del modelo no es residual sino central, por eso, los supuestos de patrón estructural de impunidad, cooptación institucional, regímenes *de facto*, no son excepción sino condición negativa de aplicabilidad que debe verificarse positivamente antes de aplicar el test. Tercera, la implementación del modelo debe considerarse acompañada de un deber institucional de la Corte IDH de preservar su función como garantía regional para contextos donde la subsidiariedad sustantiva no pueda presumirse, incluyendo una política deliberada de no extender R-C-R a casos que emergen de contextos institucionales débiles, aunque aisladamente el Estado haya cumplido los tres clústeres.

7.5 Conclusión

Si bien el punto de partida del régimen general permanece intacto —todo hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional—, el análisis de los artículos 28, 29, 30 y 31

de los ARSIWA, leído a la luz del principio de subsidiariedad, conlleva a que la nueva relación jurídica que nace del ilícito no se agote con la declaración abstracta de responsabilidad, sino que se concreta en tres exigencias específicas dirigidas al Estado infractor. En esa medida, la tesis planteada no consiste en negar la existencia del ilícito ni en relativizar el régimen general de responsabilidad, sino en sostener que, dentro de un sistema multinivel de protección, la exigibilidad de una declaración internacional de responsabilidad pierde justificación cuando el Estado, en su propio orden interno, ha satisfecho efectivamente el contenido material de esa responsabilidad, argumentos que ha sido ampliamente refrendado por la jurisprudencia de la Corte IDH.

En ese sentido, el aporte más importante de este capítulo fue la creación del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva (R-C-R), cuando (i) exista reconocimiento interno claro del hecho ilícito por parte del Estado; (ii) se verifique la cesación efectiva y, si procede, garantías de no repetición; y (iii) se hayan adoptado las medidas de reparación integral razonables, todo esto enmarcado en un ejercicio de control de convencionalidad que evidencie una compatibilidad entre los estándares seguidos a nivel interno y los establecidos en el ordenamiento interamericano de protección de los derechos humanos. Como consecuencia de la aplicación del modelo R-C-R, se propone que la Corte IDH, en virtud del principio de subsidiariedad, puede adoptar una de tres alternativas: dictar un fallo de excepciones preliminares donde se establezca la inadmisibilidad por carencia de objeto, proferir una sentencia de fondo donde se declare la ausencia de responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito donde ha sido demostrado el R-C-R o una sentencia complementaria, que reconozca las actuaciones del Estado, pero con sentido coadyuvante busque decretar medidas estructurales con el fin de fortalecer el sistema multinivel.

Desde el derecho internacional general, la investigación mostró que las consecuencias del hecho ilícito no deben reducirse ni a la bilateralidad reparadora descrita por Anzilotti ni a una lógica eminentemente coercitiva como la enfatizada por Kelsen. La elaboración progresiva de la CDI permite advertir que la responsabilidad estatal produce un haz de obligaciones secundarias diferenciadas, cuya función no es exclusivamente compensatoria. Particular importancia tiene, en este punto, la obligación de cesación, cuyo desarrollo pone de manifiesto que la preservación de la validez y eficacia de la norma primaria violada constituye también un interés del

orden jurídico internacional como tal. La distinción entre cesación y reparación, al igual que la comprensión de las garantías de no repetición como medidas orientadas al futuro y dependientes de las circunstancias del caso, permite refinar el análisis sobre cuándo el cumplimiento interno puede considerarse jurídicamente suficiente.

A lo anterior, es necesario añadir que el deber de continuar cumpliendo la obligación vulnerada impide suponer que el nacimiento de la responsabilidad sustituye o extingue automáticamente la obligación primaria. Por el contrario, la responsabilidad se superpone a ella. Esta reconstrucción dogmática es importante porque provee la base conceptual para afirmar que lo decisivo, en clave de subsidiariedad, no es la simple constatación histórica de que hubo una violación, sino la verificación de si el Estado ha restablecido estructuralmente el orden alterado por esa violación.

Sobre esa base, el capítulo demuestra que la jurisprudencia interamericana ha venido formulando, de manera cada vez más clara, una doctrina según la cual la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido una oportunidad real de reconocer la violación, hacerla cesar y reparar sus consecuencias por sus propios medios. *Santo Domingo v. Colombia*, *Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú* (2014), *Duque v. Colombi*a (2016), *Andrade Salmón v. Bolivia* (2016*), Coc Max y otros (Masacre de* Xamán*) v. Guatemala*. (2018), *Amhrein y otros vs Costa Rica* (2018), *Villamizar Durán v. Colombia* (2018), *Colindres Schonenberg v. El Salvador* (2019), *Rosadio Villavicencio v. Perú* (2019), *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile* (2020), *Leite, Peres Crispim v. Brasil* (2025) y *Zapata v. Colombia* (2025) no aparecen en el capítulo como precedentes aislados, sino como manifestaciones convergentes de una misma lógica: el sistema internacional no sustituye sin más a la jurisdicción doméstica, sino que actúa cuando ésta no ha cumplido suficientemente con las exigencias que el propio derecho internacional le impone. La consecuencia de esta línea jurisprudencial es especialmente significativa, pues desplaza el foco desde la declaración formal de responsabilidad hacia el cumplimiento sustantivo de las obligaciones derivadas del ilícito.

De allí que el reconocimiento estatal del hecho ilícito no equivalga, por sí solo, a un reconocimiento de responsabilidad internacional, ni baste tampoco para excluirla, debe tratarse

de un reconocimiento acompañado de cesación y reparación adecuadas. Esta distinción, que el capítulo reconstruye con especial cuidado, evita tanto la trivialización del reconocimiento interno como la automatización de la condena internacional.

El capítulo busca demostrar que la falta de exigibilidad de la declaración internacional no es una concesión pragmática al margen de apreciación estatal, sino una concreción normativa del principio de subsidiariedad. En otras palabras, la subsidiariedad no opera aquí como una exhortación política a la deferencia, sino como un criterio jurídico para determinar cuándo la intervención del nivel internacional deja de ser necesaria en presencia de una respuesta interna suficiente. Desde esta perspectiva, la decisión internacional cumple una función residual, complementaria y correctiva, no confirmatoria. Por eso la Corte IDH ha podido sostener de manera uniforme en su jurisprudencia, que cuando la cuestión ha sido resuelta en el orden interno mediante un adecuado control de convencionalidad, con cesación del hecho y reparación razonable, no es necesario llevarla al plano internacional para su aprobación o reiteración.

El principio decisorio R-C-R, correctamente aplicado, opera como filtro previo al ejercicio del control de convencionalidad sobre casos contenciosos concretos. Donde el Estado demuestra cumplimiento material de los tres clústeres, el control de convencionalidad como mecanismo declarativo pierde objeto en la competencia contenciosa de la Corte IDH, sin perjuicio de que la Corte, en ejercicio de sus funciones consultivas, pueda pronunciarse sobre la compatibilidad abstracta de normas internas con la CADH. Esta delimitación preserva el núcleo protector del control de convencionalidad (alineación de los ordenamientos internos con los estándares interamericanos) y limita su expansión hacia un control abstracto que tensiona con ARSIWA y con la lógica de la responsabilidad internacional como relación jurídica derivada de un hecho ilícito concreto.

Finalmente, la implicación teórica de esta conclusión es doble. Por una parte, obliga a releer el régimen de responsabilidad internacional del Estado desde una lógica de articulación entre niveles de gobernanza y no exclusivamente desde una lógica bilateral o sancionatoria. Por otra, contribuye a precisar el contenido operativo de la subsidiariedad en el sistema interamericano, conectándola con las categorías clásicas de la responsabilidad estatal y no solo con las

reglas procesales de admisibilidad. La implicación práctica no es menor: las autoridades internas, especialmente los jueces, no aparecen ya únicamente como órganos nacionales que eventualmente pueden ser corregidos por el nivel internacional, sino como los primeros espacios institucionales en los que debe realizarse el reconocimiento del ilícito, su cesación y su reparación. En el Sistema Interamericano, la subsidiariedad no solo ordena el acceso al nivel internacional; también disciplina el alcance de la declaración internacional de responsabilidad, de modo que ésta deja de ser necesaria cuando el Estado, en cumplimiento de las exigencias derivadas del ilícito, ha restablecido suficientemente el orden convencional quebrantado, con centralidad en la persona, su dignidad y sus derechos.

Capítulo 8
Test gradual de proporcionalidad para la construcción de sentencias complementarias en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R

En la sección anterior, producto del ejercicio armonizador entre el principio de subsidiariedad, el régimen de responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y los deberes y obligaciones propias del SIDH, se desarrolló el denominado *principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R*, en virtud del cual, cuando se demuestra que a nivel interno un Estado adoptó todas las medidas a su alcance —en cumplimiento con los estándares interamericanos— que permiten demostrar con grado de certeza que: (i) hay un reconocimiento efectivo y sincero de responsabilidad; (ii) han cesado todas las conductas, incluso aquellas derivadas del contexto que dieron origen a esa violación y se han adoptado medidas estructurales por parte de los poderes públicos para garantizar (en la medida razonable de sus posibilidades) que no se van a volver a repetir esas violaciones; y finalmente, (iii) que se ha reparado razonablemente a las víctimas, cumpliendo con criterios de reparación integral; la Corte IDH tendrá tres alternativas de decisión:

D1: una sentencia independiente de excepciones preliminares donde se establezca la inadmisibilidad por carencia de objeto;

D2: un fallo de fondo sonde se declare la ausencia de responsabilidad internacional del Estado por el hecho ilícito toda vez que se ha demostrado el cumplimiento con los elementos del *modelo R-C-R*.

D3: una sentencia complementaria, que reconozca las actuaciones del Estado, pero con sentido coadyuvante busque decretar medidas estructurales con el fin de fortalecer el sistema regional multinivel de protección de los derechos humanos.

En esta sección, nos concentraremos en analizar la tercera alternativa de decisión que tiene la Corte IDH en el modelo creado, buscando entender cuál es el alcance de la complementariedad como componente del principio de subsidiariedad, los límites a su ejercicio y la mejor herramienta metodológica con que contamos a nivel jurídico para garantizar que esa sentencia, en coherencia con todo lo discutido a lo largo de esta investigación, esté orientada a cerrar brechas remanentes en las jurisdicciones internas de los Estados, aplicando un test de proporcionalidad.

8.1 La discrecionalidad de los jueces, el rol de los principios y la subsidiariedad en el SIDH: un preludio desde la teoría

En el marco de la aplicación del principio de subsidiariedad, puede pasar que un juez internacional se enfrente a lo que Dworkin denomina (haciendo una crítica al positivismo) un problema de discreción judicial, y que generó su emblemático debate con Hart, toda vez que desde el positivismo Hart defendía la existencia de una discrecionalidad fuerte por parte de los jueces que debían resolver casos difíciles —que no podían ser resueltos con la aplicación de las reglas— quedando facultados para usar normas extralegales. Dworkin, por el contrario, consideraba que la discrecionalidad de los jueces jamás podría ser fuerte, porque ante la inoperancia de las reglas, siempre podrían recurrir a los principios, que no eran una fuente extralegal, sino parte integral del sistema jurídico. El debate, aunque pareciera tener como centro la discrecionalidad de los jueces, en realidad mantiene una cuestión, que incluso, en nuestros días, divide a los defensores del positivismo y a sus detractores: ¿Se encuentra el derecho en última instancia fundamentado exclusivamente en hechos sociales o los hechos morales también determinan su existencia y contenido?[1156]

La discusión sobre la discrecionalidad de los jueces y el papel que en esa discrecionalidad juegan principios como el de subsidiariedad, resultará relevante para el análisis que nos hemos propuesto en esta sección, toda vez que se intentará demostrar que desde el mismo

[1156] Shapiro, Scott J. "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, Arthur (ed.), *Ronald Dworkin*. Cambridge University Press, New York, 2007, 50: "Is the law ultimately grounded in social facts alone, or do moral facts also determine the existence and content of the law?".

principio en el SIDH, el juez internacional al encontrar que un Estado ha actuado acorde con los estándares regionales propios de la responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos, no puede ejercer una complementariedad ilimitada, sino que la misma deberá ser acompañada por una metodología que le permita materializar la aplicación de la subsidiariedad como principio estructural del derecho internacional, de los derechos humanos y del sistema de gobernanza multinivel.

Regresando a la discusión sobre discrecionalidad originada por el debate entre Hart y Dworkin, es necesario hacer dos salvedades iniciales. En primer lugar, un amplio sector de la escuela positivista —incluso el mismo Hart— han manifestado su desacuerdo con la manera como Dworkin ha caracterizado la postura de Hart según la cual el derecho está constituido sólo por reglas que operan como estándares de 'todo o nada', que no pueden entrar en conflicto y que carecen de dimensión de peso; y no por principios[1157].

En segundo lugar, el 19 de noviembre de 1956, llegando a una estancia académica a la Universidad de Harvard con el apoyo de Lon Fuller[1158], Hart circuló entre sus colegas un escrito suyo titulado *Discretion*, perdido por décadas en el desorden de su genialidad y que solo sería descubierto y publicado en diciembre de 2013 en el *Harvard Law Review,* mucho después de la muerte de Hart en 1992 y de Dworkin en febrero de ese mismo 2013. Si bien ese ensayo es cronológicamente anterior a la publicación de *The Concept of Law* en 1961, ayuda a dar luces sobre el alcance de su teoría sobre la discrecionalidad, incluso habiendo servido de insumo para su proscripto publicado póstumamente en la segunda edición de su obra en 1994[1159]. Como comentaría Geoffrey C. Shaw: "Las ideas de *Discretion* son coherentes con lo poco que Hart

[1157] Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 3rd ed., ed. Penelope Bulloch y Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2012, 263: "But I certainly did not intend in the use of the word 'rule' to claim that legal systems comprise only 'all-or-nothing' or near conclusive rules."; Raz, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law". *The Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972): 845; Shapiro, Scott J. "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, Arthur (ed.), *Ronald Dworkin*. Cambridge University Press, New York, 2007, 29.
[1158] Lacey, Nicola. "The Path Not Taken: H.L.A. Hart's Harvard Essay on Discretion". *Harvard Law Review* 127, no. 2 (diciembre de 2013), 640.
[1159] Shaw, Geoffrey C. "H.L.A. Hart's Lost Essay: Discretion and the Legal Process School". *Harvard Law Review* 127, no. 2 (diciembre de 2013), 675.

dijo sobre el tema en años posteriores, pero mucho más completas y claras. El ensayo llena un vacío importante en la obra de Hart"[1160].

Para Hart, las reglas jurídicas y los principios identificados a través de criterios que se encuentran en la regla de reconocimiento, recurrentemente presentan una "textura abierta"[1161], lo que implica que cuando esa norma se va a aplicar a un caso determinado, la regla falla en establecer una respuesta específica, probando así ser parcialmente indeterminada[1162]. No se trata, aclara el filósofo británico, simplemente de casos difíciles (*hard cases*) en donde los juristas no se pueden poner de acuerdo en cuál es la respuesta legal correcta, "(…) es que el derecho en esos casos es fundamentalmente incompleto: no brinda ninguna respuesta a las cuestiones que surgen en ellos"[1163]. La razón por la que esto sucede, la explica Hart de una manera contundente y simple, "porque somos hombres no dioses" (*because we are men not gods*)[1164], reconociendo que es imposible para las prácticas sociales de una comunidad desarrollar estándares que resuelvan todas las cuestiones concebibles[1165].

En esos casos que no se pueden resolver porque el derecho es incompleto, porque la ley es parcialmente indeterminada, Hart identifica que debemos escoger que hacer con base en dos factores que imponen límites a la actuación social: (i) Relativa ignorancia de los hechos y (ii) Relativa indeterminación de los fines. Con respecto al primero de los factores, la relativa ignorancia de los hechos, esta implica que cuando se creó una regla para que fueses aplicada, algunos casos enmarcados por ella se tuvieron en cuenta, pero no todos. En esos casos no previstos estamos enfrentados al dilema si aplicar la regla o no, existiendo una mejor alternativa[1166]. Por su parte, el fin de la regla para Hart es indeterminado, porque puede variar en su aplicación y

---

[1160] *Ibíd.*, 674–675: "The ideas in *Discretion* are consistent with what little Hart did say on the subject in later years, but they are far more comprehensive. The essay fills a significant gap in Hart's work."
[1161] Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 3rd ed., ed. Penelope Bulloch y Joseph Raz. Oxford: Oxford University Press, 2012, 126.
[1162] *Ibíd.,* 252.
[1163] *Ibíd.*
[1164] Hart, Herbert L. A. "Discretion". *Harvard Law Review* 127, no. 2 (diciembre de 2013), 661.
[1165] Shapiro, Scott J. "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, Arthur (ed.), *Ronald Dworkin*. Cambridge University Press, New York, 2007, 30.
[1166] Hart, Herbert L. A. "Discretion". *Harvard Law Review* 127, no. 2 (diciembre de 2013), 661–662.

acomodarse al caso concreto, no es una constante, sino una variable, que en algunos casos puede ser claro, pero otro es mejor dejarlo a una mejor alternativa que la aplicación de la regla[1167].

La alternativa que Hart propone en esos casos difíciles y que considera es mejor que aplicar la regla, es: la Discrecionalidad. Puede haber casos en que sea tan patente la existencia de los dos factores antes expuestos, que ab initio tomamos la decisión de no construir ninguna regla específica sino otorgarle una jurisdicción discrecional a una autoridad, es lo que él denomina una *Discrecionalidad declarada*. Pueden existir otros casos en donde el resultado de la aplicación a una regla desconocida es que no hay una única respuesta clara, en estos casos estaríamos frente a una *Discrecionalidad tácita o encubierta*[1168]. Se trata, concluye Hart, de casos "legalmente no regulados y para alcanzar una decisión en esos casos las cortes deben ejercer una función de creación normativa [legislativa o de *law-making*] que yo llamo 'discrecionalidad'"[1169].

En respuesta a la posición positivista, Dworkin rechaza la idea de que pueda existir en un sistema jurídico una discrecionalidad fuerte en favor de los jueces, incluso si se enfrenta casos difíciles, entendiendo la discrecionalidad en sentido fuerte, no como la que tiene un oficial en algunos casos para aplicar los estándares establecidos por una autoridad (discrecionalidad en sentido débil); ni como la que tienen las altas cortes cuyas decisiones son de cierre y no serán revisadas por un superior jerárquico (también débil); sino como aquella discrecionalidad que reconoce que en algunos casos los jueces no se encuentran vinculados por los estándares establecidos por la mencionada autoridad y quedan facultados para crear ellos mismos el derecho[1170].

[1167] *Ibíd.,* 662–663.
[1168] *Ibíd.,* 661.
[1169] Hart, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 3rd ed., ed. Bulloch, Penelope y Raz, Joseph Oxford: Oxford University Press, 2012, 252. En el escrito presentado a sus colegas en la Universidad de Harvard, Hart recordaba lo que para él era el significado de la discrecionalidad en los siguientes términos: "La discrecionalidad es, al fin y al cabo, el nombre de una virtud intelectual: es casi un sinónimo de sabiduría práctica o sagacidad o prudencia; es la facultad de discernir o distinguir lo que conviene hacer en diversos ámbitos y está etimológicamente relacionada con la noción de discernimiento". Hart, Herbert L. A. "Discretion". *Harvard Law Review* 127, no. 2 (diciembre de 2013), 656.
[1170] Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978, 32.

Para Dworkin, la discrecionalidad, es como el orificio en el centro de una dona, no existe, excepto como el vacío creado por un cinturón circundante de restricciones, por lo que se trata de un concepto relativo cuyo significado se ve afectado por las características del contexto[1171]. Para él, en esos casos difíciles los jueces deben recurrir a los principios, no a consideraciones extralegales como afirma propone el positivismo, principios que son parte del ordenamiento y tienen un carácter normativo, vinculante para los jueces. Por eso afirma que, "[e]l origen de estos principios jurídicos no se encuentra en una decisión concreta de algún legislador o tribunal, sino en un sentido de lo correcto desarrollado en la profesión y el público a lo largo del tiempo. Su poder continuado dependerá de que se mantenga este sentido de lo correcto"[1172].

Para el jurista norteamericano, que reemplazó a Hart en la cátedra de jurisprudencia en Oxford, el error de quienes presentan un argumento radical a favor de la discrecionalidad de los jueces, es que su postura invita a concluir que los principios preexistentes nunca determinan el resultado de un caso difícil por considerarlos parte de la moral y no del derecho, por eso prefieren recurrir a la liberalidad del juez como fuente de la decisión, incluso reconociendo que en esos casos el juez actuará en la esfera extra-legal[1173]. Los jueces no pueden adoptar sus preferencias personales como si fueran estándares jurídicos, por el contrario, son sujetos al principio esencial de que son los estándares públicos, en lugar de los principios privados, los que constituyen justificaciones adecuadas de las decisiones judiciales[1174].

Incluso en esos casos donde el juez no encuentra una regla clara que aplicar, no quiere decir que está facultado para fallar con base en sus preferencias personales. Al menos que algunos principios sean reconocidos como vinculantes para los jueces, requiriendo que ellos lleguen a una decisión, entonces ninguna regla o al menos muy pocas de ellas podrían vincularlos[1175].

[1171] *Ibíd.,* 31.
[1172] Dworkin, Ronald. "The Model of Rules". *The University of Chicago Law Review* 35, no. 1 (1967), 41: "The origin of these as legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time. Their continued power depends upon this sense of appropriateness being sustained". También in: Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978, 40.
[1173] Ver Dworkin, Ronald. "Judicial Discretion". *The Journal of Philosophy* 60, no. 21 (1963), 626; Shapiro, Scott J. "The Hart-Dworkin Debate: A Short Guide for the Perplexed", en Ripstein, Arthur (ed.), *Ronald Dworkin*. Cambridge University Press, New York, 2007, 49–50; Raz, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law". *The Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972), 843–845.
[1174] Dworkin, Ronald. "Judicial Discretion". *The Journal of Philosophy* 60, no. 21 (1963), 638.
[1175] Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1978, 36–37.

El juez se vería siempre movido a querer modificar las reglas alegando dificultades en su alcance y aplicación, abriendo una puerta de incertidumbre que sin duda atentaría contra el ordenamiento, su estabilidad y las expectativas de la comunidad.

Dworkin reconoce que eventualmente pueden presentarse casos en donde los jueces tienen la potestad para cambiar las reglas, pero los principios siempre serán protagonistas en ese proceso de cambio, por lo menos en dos vías identificadas por el autor: (i) "en primer lugar, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio promovería alguna política o serviría a algún principio, convirtiéndose esa política o principio la que justifica el cambio"[1176]; y en segundo lugar (ii) "cualquier juez que se proponga modificar una doctrina existente debe tener en cuenta estándares importantes que desaconsejan apartarse de esa doctrina establecida, y esos estándares son también, en mayor parte, principios"[1177].

En conclusión, para Dworkin el positivismo se equivoca al creer que el juez puede tener una discrecionalidad fuerte en los casos difíciles que le permitan apartarse de las normas legales, por el contrario, el juez siempre estará obligado, en esos casos, a fallar con base en principios, que no le brindarán una respuesta única, certera, como si lo hacen las reglas, porque se convertirían entonces en reglas, que deben ser sopesados, pero que a pesar de tener un origen moral, en la historia judicial, en la práctica de la comunidad y en la manera como ellos comprenden su realidad, si tienen un carácter normativo y vinculante para la autoridad que los debe aplicar.

Aunque en el proscripto a la segunda edición de su obra *The Concept of Law* presenta alternativas a los planteamientos de Dworkin, Hart nunca respondió directamente las críticas a su posición sobre la discrecionalidad judicial. Las respuestas vinieron de parte de seguidores suyos, a quienes Shapiro clasifica en dos grupos doctrinarios: (i) Positivismo jurídico exclusivo y (ii) Positivismo jurídico inclusivo.

El principal exponente del positivismo jurídico exclusivo fue Joseph Raz, quien reconoce que el juez está facultado para usar principios provenientes de la moral en aquellos casos

[1176] *Ibíd.,* 37.
[1177] *Ibíd.*

difíciles en donde no se pueden aplicar reglas del derecho con pedigrí. Sin embargo, hace dos salvedades; en primer lugar, que el hecho de que esos principios sean de origen moral no los hace parte del derecho, sino que se trata de normas extra-legales, toda vez que la moralidad a la que se refieren esos principios no se incorpora directamente al derecho[1178]. En segundo lugar, siendo un fervoroso defensor de la tesis de los límites del derecho, Raz considera que los principios jurídicos no eliminan la existencia de la discrecionalidad judicial (que existe por razones de vaguedad del lenguaje, necesidad de otorgar peso a los principios y normas que se la confieren a los jueces) [1179]; sino que ellos presuponen su existencia, la dirigen y guían[1180]. En ese sentido, plantea la distinción entre "principios sustantivos, que dictan un objetivo que debe perseguirse o un valor que debe protegerse, y principios de discreción, que guían la discrecionalidad estipulando qué tipo de objetivos y valores puede tener en cuenta el juez en el ejercicio de su discrecionalidad"[1181].

Los jueces, para Raz, tienen el deber de justificar sus decisiones con razones válidas, si es el derecho quien dicta esas razones, entonces no tiene discrecionalidad, pero si el derecho le permite que falle con base en las razones que considera correctas, entonces tiene discrecionalidad, pero es una discrecionalidad limitada, en la que cada juez podrá escoger las razones que justifican su decisión, pero debe estar convencido que son las mejores razones, de lo contrario, la discrecionalidad equivaldría a arbitrariedad, capricho y abuso[1182].

En cuanto al Positivismo jurídico inclusivo, en su artículo de 1982 "*Negative and Positive Postivism*"[1183], Jules Coleman plantea una alternativa distinta a la respuesta que el positivismo da a las críticas de Dworkin. En su opinión, existe un positivismo negativo, que parte de la tesis de Hart de la separación entre moral y derecho, y reconoce la discrecionalidad como una herramienta que ayuda a cerrar las brechas dejadas por la ley y que les permite a los jueces crear derecho toda vez que no están amarrados por normas jurídicas preexistentes[1184]. Coleman no

[1178] Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Oxford University Press, 1983, 46.
[1179] Raz, Joseph. "Legal Principles and the Limits of Law." *The Yale Law Journal* 81, no. 5 (1972): 846.
[1180] *Ibíd.,* 847.
[1181] *Ibíd.,* 846.
[1182] *Ibíd.,* 847–848.
[1183] Coleman, Jules. "Negative and Positive Positivism." *The Journal of Legal Studies* 11, no. 1 (1982): 139–164.
[1184] *Ibíd.,* 140–143.

está de acuerdo con esta posición y, por el contrario, se inclina por reconocer la existencia de un positivismo positivo en donde el derecho se basa en convenciones sociales.

Bajo esa teoría del positivismo positivo, considera que las críticas de Dworkin al positivismo en el tema de discrecionalidad de los jueces se esfuman, si se reconoce la posibilidad de que la regla de reconocimiento de Hart contenga elementos para determinar la legalidad de las reglas y también elementos para reconocer la legalidad de los principios. Parte de la premisa de que puede haber algunos principios que son jurídicamente vinculantes, aunque no todos los principios morales son jurídicos[1185]. El hecho de que la regla de reconocimiento incluya principios, siempre y cuando estos sean además institucionalmente reconocidos, hace que la discrecionalidad de los jueces sea más estrecha, pues no estarían creado derecho cuando recurren a ellos, estaría fallando en derecho[1186].

En resumen, Coleman considera que esa teoría del positivismo positivo encapsula de manera más adecuada lo que en realidad pasa en ejercicio judicial y es que los jueces normalmente recurren a principios morales, no con la convicción de que están tomando una decisión fuera del derecho y completamente autónoma, sino consientes que su decisión tiene el respaldo de la institucionalidad que dan opiniones previas de jueces y otras autoridades. Coleman, en ese sentido, es lo que la doctrina llamará un "positivista blando".

Las posturas generadas en la teoría del derecho sobre el uso o no de los principios —y con ellos de la moral— en el derecho para fallar casos difíciles, enmarcadas en el debate entre Hart y Dworkin, nos permite llegar una conclusión clara en materia de discrecionalidad judicial: los jueces deben estar sometidos a estándares normativos, métodos o herramientas que les permitan minimizar la discrecionalidad en los casos difíciles y con ello la arbitrariedad. Principios como el de subsidiariedad, con todos sus componentes, son sin duda parámetros de control para el accionar del juez, la dona de Dworkin que circunscribe el vacío de esa discrecionalidad absoluta para fallar.

[1185] *Ibíd.,* 148–149.
[1186] *Ibíd.*

Cuando un juez está tomando una decisión, lo que busca con ella es prescribir la conducta de un individuo o grupo de individuos (un Estado por ejemplo en el caso de las instituciones del derecho internacional), para perseguir ese fin el juez encuentra las razones suficientes para su decisión en las normas —reglas o principios— que además de ordenar dichas razones válidas, también excluye la relevancia práctica de otras,, ya que en el balance de las razones unas resultan tener más peso que otras[1187]. En el caso del principio de subsidiariedad por ejemplo, un juez puede encontrar que efectivamente en el marco de un caso concreto, autoridades de un Estado X vulneraron los derechos humanos contenidos en la CADH en perjuicio de una víctima Y, sin embargo, identifica que ese Estado X al interior de ese Estado logró sancionar efectivamente a los responsables, después de un proceso en cumplimiento de todas las garantías, aplicó correctamente todo el alcance que la Corte IDH le ha dado a los derechos trasgredidos, tomó medidas efectivas, incluso reformas estructurales a su Estado, para garantizar que esas situaciones no se vuelvan a presentar y reparó adecuada e integralmente, y de acuerdo con los estándares del SIDH a la víctima. Los jueces toman la decisión en su fallo de reconocer el buen trabajo hecho por el Estado y no ejercer ningún ejercicio de complementariedad, toda vez que todo lo que se buscaría con una sentencia distinta pertenece a las razones que, de acuerdo con el principio y sus fines, quedaría excluidas.

Las normas para Raz, son razones excluyentes o permisos, o están relacionadas lógicamente con esas razones o permisos[1188]. Un sistema institucionalizado —como el SIDH— consiste en un conjunto de reglas, algunas de las cuales crean órganos primarios —como la Corte IDH— y todas ellas estableciendo que dichos órganos primarios están obligados a actuar con exclusión de cualquier otra razón conflictiva[1189]. Las Cortes, concluye el filósofo israelita, juzgan individuos o en nuestro caso Estados, con base en reglas jurídicas que excluyen, en un ejercicio de balance, todas las demás razones en conflicto incluso las derivadas de otras normas del sistema[1190]. Los jueces, podemos concluir, tienen un dominio limitado[1191].

[1187] Raz, Joseph. *Practical Reasons and Norms*. New York: Oxford University Press, 2002, 25 y ss.
[1188] *Ibíd.,* 142.
[1189] *Ibíd.,* 143.
[1190] *Ibíd.,* 144 y 146.
[1191] Postema, Gerald J. "Law's Autonomy and Public Practical Reason." En Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. New York: Oxford University Press, 2005, 82. Raz, Joseph. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. New York: Oxford University Press, 2009, 380–382.

En otras palabras, consideramos a la autoridad como autoridad, cuando les otorgamos un carácter normativo que nos permite usarlas como razones excluyentes, como lo puede ser, por ejemplo, "una razón para juzgar o actuar en ausencia de razones comprensibles, o para hacer caso omiso de al menos algunas razones comprensibles y pertinentes y que, en ausencia de la razón excluyente, habrían servido para justificar que se procediera de otro modo"[1192].

Endicott criticará esta postura, afirmado que la expresión de Raz: "todo sistema jurídico tiene o alega tener la autoridad de regular la conducta humana"[1193] es errada, pues no se trata de una personificación sino de una metonimia, no es el sistema jurídico el que alega tener autoridad, sino las autoridades de dichos sistemas[1194]. Para Endicott, no es cierto que el derecho reclame una jurisdicción ilimitada, tiene una jurisdicción no especificada, que es distinto. Tampoco es acertado afirmar que el derecho excluye todas las razones que no conoce, las directivas derivadas de la ley a menudo tienen una fuerza de exclusión que no es específica[1195]. En resumen, lo jueces no tienen una autoridad ilimitada.

En aras de discusión, si planteáramos la posibilidad de que en el derecho internacional —y más concretamente en el caso del sistema interamericano de los derechos humanos— por ejemplo, la Corte IDH ejerce una jurisdicción ilimitada y que el alcance de sus decisiones son ilimitadas (incluso dentro de los límites tradicionales de materia, tiempo, lugar y persona), entonces los Estados bajo su jurisdicción carecerían completamente de autonomía, salvo aquella que les fuese conferida por la voluntad de la Corte. Si una decisión de la Corte IDH excluye todas las demás consideraciones existentes, se estaría negando la autonomía de los Estados para actuar con respecto a la violación de los derechos humanos que hacen parte de la competencia material de la Corte IDH[1196]. La consecuencia de esto sería la destrucción del sistema de gobernanza multinivel y la consolidación de un modelo donde la jurisdicción de la Corte IDH sería

[1192] Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 2011, 234.
[1193] Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. New York: Oxford University Press, 1983, 116–119.
[1194] Endicott, Timothy. "Interpretation, Jurisdiction, and the Authority of Law." *APA Newsletter* 6, no. 2 (2007): 17.
[1195] *Ibíd.*
[1196] Ver Endicott, Timothy. "Interpretation, Jurisdiction, and the Authority of Law." *American Philosophical Association (APA) Newsletter* 6, no. 2 (2007): 15.

exclusiva, es decir, un modelo de gobernanza internacional con efecto directo en el ámbito local que eliminaría por completo el principio de subsidiariedad de la ecuación.

Como en nuestro contexto lo anteriormente descrito sería un absurdo, resulta relevante en este punto aclarar algunos puntos conclusivos que a la vez serán relevantes para introducir la siguiente sección de nuestro capítulo. Las autoridades judiciales no tienen poderes universales que les permitan regular todo tipo de acciones o excluir con sus decisiones todo tipo de razones. Tienen, como mostramos han expuesto Postema y Raz, un dominio limitado, que solo les permite tomar decisiones con efectos normativos dentro del ámbito específico de su competencia. Como explica Pulido-Ortiz, esto quiere decir que el alcance legal de su autoridad depende de las normas de competencia vigentes en el sistema jurídico especifico. En caso del SIDH, ese principio que sirve de norma de competencia y criterio de validez será el principio de subsidiariedad.

8.2 La complementariedad en el principio de subsidiariedad y la justificación para la realización del test propuesto

Como lo hemos visto a lo largo de esta texto, el principio de subsidiariedad en el derecho internacional, es una norma secundaria compleja (en el sentido jurídico de la palabra), con naturaleza y valor jurídico de principio general del derecho, con una conceptualización bifaz que debate sus acepciones entre aquellas que son protectoras de la soberanía de los Estados y aquellas que son promotoras de las personas y que además consta de dos dimensiones, las cuales se desarrollan a través de tres funciones. Una dimensión formal o procesal y otra de carácter sustancial, con tres funciones ordenadas en virtud del grado de intervención de los organismos internacionales en la implementación de medidas en el nivel nacional o local. La primera de dichas funciones corresponde a una función negativa, en donde se combate la centralización y se busca que prevalezca la autonomía del foro doméstico y de las instituciones y normas vinculadas a él; la segunda es de naturaleza positiva, centrada en un concepto de universalización de los derechos[1197], que promueve la intervención de los organismos internacionales como una manera

[1197] Ver, Henkin, Louis. "The Universality of the Concept of Human Rights." *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 506 (1989): 10–16; Donnelly, Jack. "The Relative Universality of Human Rights." *Human*

estratégica de garantizar los derechos de las víctimas, con una motivación especial —como se ha visto en el Sistema Interamericano— cuando dichas víctimas se encuentran en contextos en los que son minoría[1198] o cuando se intenta establecer una normatividad común de alcance regional[1199]. Finalmente, la función que será más importante para nosotros en esta sección: la complementariedad, la cual busca la armonización entre el derecho interno y el internacional a través del dialogo inter-judicial entre sistemas, compuestos por sus elementos normativos sustanciales, las cortes y los demás órganos de carácter no judicial, entendiendo los sistemas internacionales de protección de la persona humana, como instituciones jurídicas vivas multinivel.

El enfoque de la propuesta, será resolver la pregunta de hasta dónde deben llegar las medidas ordenadas por una Corte internacional en materia de derechos humanos, como lo es la Corte Interamericana, cuando reconoce que el Estado ha adoptado a nivel nacional todas las medidas qué, con base en el régimen de responsabilidad internacional de los Estados, estaba obligado a implementar, teniendo en cuenta que en un sistema multinivel de gobernanza, no se busca que el nivel superior subsuma al inferior hasta que éste desaparezca, sino que por el contrario su objetivo es fortalecerlo. Dicho bajo una conceptualización más jurídica, esta sección

---

Rights Quarterly 29, no. 2 (2007): 281–306; Tomuschat, Christian. "Universality of Human Rights." En *Human Rights: Between Idealism and Realism*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2014, 47–72.

[1198] Los órganos del Sistema Interamericano, siguiendo las corrientes que prevalecen en los tribunales constitucionales latinoamericanos del neoconstitucionalismo o el constitucionalismo garantista de Ferrajoli, suelen adoptar una posición de instituciones contra-mayoritarias que busquen corregir la tiranía de las mayorías para de esta forma garantizar los derechos del sector de la población infrarrepresentado en la sociedad. La doctrina de los derechos humanos, como la constitucional, está dividida con respecto a la postura contra-mayoritaria como estrategia para garantizar derechos. Bickel, Alexander. "The Counter-Majoritarian Difficulty." En *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986, 16–22; Tushnet, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999; Ignatieff, Michael. "Liberty in Armageddon." En *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*. Princeton: Princeton University Press, 2004; Waldron, Jeremy. "The Core of the Case Against Judicial Review." *The Yale Law Journal* 115, no. 6 (2006): 1346–1406; Ferrajoli, Luigi. "Derechos y garantías." En *Los derechos y sus garantías: Conversación con Mauro Barberis*. Madrid: Editorial Trotta, 2016, 55–104; Waldron, Jeremy. "Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política." *Díkaion* 27, no. 1 (2018): 7–28; Moyn, Samuel. "On Human Rights and Majority Politics: Felix Frankfurter's Democratic Theory." *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 52, no. 5 (2019): 1135–1166.

[1199] El *Ius Constitutionale Comune* en América Latina (ICCAL) tiene como fundamento el constitucionalismo transformador y en su faceta normativa, tiene como objetivo que "(…) en toda la región se tornen efectivas o se realicen material- mente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Los mecanismos son la difusión de los estándares sobre derechos humanos, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales". Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela; y Ferrer MacGregor, Eduardo (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017. Ver Von Bogdandy, Armin. "Ius Constitutionale Commune en América Latina: Una mirada a un constitucionalismo transformador." *Revista Derecho del Estado*, no. 34 (2015): 3–50.

se enfocará en descubrir cuáles son los estándares, si es que los hay, de razonabilidad y balance que deberá seguir una Corte, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para ejercer la función de complementariedad en marcada en el principio de subsidiariedad o lo que Besson llama una función remedial[1200], que pretenda elevar los niveles de protección de los derechos humanos en el nivel interno, sin dejar de lado la protección concreta de la víctima y de futuras víctimas que requerirán de un sistema nacional fuerte, no debilitado ni despojado de su funcionalidad por la excesiva injerencia de la instituciones internacionales.

Nadie mejor que el padre de la Manhattan School of International law, Thomas Franck, para dotar de sentido a la tarea armonizadora y de construcción de balance que queremos promover a través del principio decisorio propuesto, un tarea que no se podrá llevar a cabo desde los radicalismo nacionalistas o universalistas y, sobre todo, sin una clara conciencia de centralidad en la persona, su dignidad y sus derechos:

> "El enfrentamiento, por tanto, no es uno entre fuerzas de la oscuridad: entre la tribu como manifestación de la autonomía primitiva de nuestro código genético imaginario y, por otro lado, burocracias internacionales remotas y sin rostro que pretenden robarnos nuestra identidad para llevar a cabo una agenda con la que nunca estuvimos de acuerdo. Tampoco debe verse como una colisión entre el nacionalismo o la soberanía y el internacionalismo y los regímenes globales. Al reevaluar la soberanía y la globalización [con centralidad en la persona], deberíamos seguir el ejemplo de Ruth Lapidoth y replantearnos la configuración y la conciliación entre los distintos niveles de gobernanza, y deberíamos hacerlo tema por tema, ley por ley, régimen por régimen, hasta lograr un equilibrio sectorial entre lo centrípeto y lo centrífugo"[1201].

[1200] Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What Is Subsidiary about Human Rights?" *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 69–107.
[1201] Franck, Thomas M. "The Centripede and the Centrifuge: Principles for the Centralisation and Decentralisation of Governance." En Tomer Broude y Yuval Shany (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*. Oxford: Hart Publishing, 2008, 22.

El reto no es menor, y mucho menos en el contexto que hoy vive el derecho internacional, donde lo que antes se veía con ojos positivos, como haber logrado incrementar el sentido de urgencia del mundo para resolver de manera colectiva problemas comunes en un mundo cada vez más interconectado, hoy recibe numerosas críticas, en gran parte, por la excesiva politización de las autoridades internacionales, el déficit democrático de sus instituciones, mecanismos débiles de responsabilidad y los bajos índices de control judicial sobre sus actos[1202]. Las soluciones que permitan superar esas críticas, muchas veces fundadas otras no, no serán sencillas, ortodoxas o básicas, porque alcanzar la legitimidad democrática que requiere el derecho internacional tampoco lo será; pero como afirma Andreas Paulus: "la complejidad no es solamente un vicio de la regulación jurídica, también es su virtud"[1203], requerirá mucho más que atar las decisiones judiciales internacionales a procesos internos donde prevalezca la participación y representación ciudadana, pero tampoco implicará el ejercicio trivial de la auto-legitimación de los regímenes internacionales. Una cosa es cierta, "el derecho internacional universal seguirá existiendo, pero también lo hará el problema de sus credenciales democráticas. Ese no será un problema que pueda resolverse únicamente mediante la toma de decisiones a nivel local"[1204].

En lugar de estar persiguiendo quimeras de soluciones mágicas ubicadas en un extremo u otro del péndulo decisorio de la gobernanza multinivel, en las que pensemos que van a ser una realidad decisiones mundiales donde todos votemos (por más que los desarrollos tecnológicos

[1202] Ver, Jachtenfuchs, Markus, and Nico Krisch. "Subsidiarity in Global Governance." *Law and Contemporary Problems* 79, no. 2 (2016): 1–26; Zürn, Michael, Martin Binder, and Matthias Ecker-Ehrhardt. "International Authority and Its Politicization." *International Theory* 4, no. 1 (2012): 69–106; Redaelli, Chiara. "The Use of Force under Stress: Testing the Limits of International Law's Resilience." *Journal on the Use of Force and International Law* (2026): published online 26 March 2026; Lajeunesse, Sarah. "Hierarchy, Inequality, and the Making of Human Rights: Rethinking Normative Power in the Global Order." *Social & Legal Studies* (2026): published online 17 March 2026; Madsen, Mikael R. "Two-Level Politics and the Backlash Against International Courts: Evidence from the Politicisation of the European Court of Human Rights." *British Journal of Politics and International Relations* 22, no. 4 (2020): 728–738; Eriksen, Erik O. "Banishing Dominance in Europe: The Case for Regional Cosmopolitanism." *European Journal of International Relations* 26, no. 3 (2020): 742–766; Polonskaya, K. "Selecting Candidates to the Bench of the World Court: (Inevitable) Politicisation and Its Consequences." *Leiden Journal of International Law* 32, no. 3 (2019): 537–559; Peters, Anne. "The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicisation." *International Journal of Constitutional Law* 15, no. 3 (2017): 671–704.

[1203] Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?" En Tomer Broude y Yuval Shany (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*. Oxford: Hart Publishing, 2008, 213: "In her famous treatment of the intractable legal situation of the city of Jerusalem, Ruth Lapidoth has shown that complexity is not only a vice, but also a virtue of legal regulation".

[1204] *Ibíd.,* 213: "Universal international law will remain with us, but so will the problem of its democratic credentials. It cannot be solved by local decision-making alone".

y fenómenos como el Crowdlaw[1205] y propuestas de democracia deliberativa[1206] nos ilusionen con ello). Lo que debemos es encontrar son soluciones centradas en el balance en la distribución de competencias, y la subsidiariedad puede constituirse en el principio rector de ese sistema, "pero solo si se tienen en cuenta sus dos aspectos: la descentralización de la toma de decisiones y la necesidad de una intervención global cuando sea preciso equilibrar los intereses de diferentes naciones o ámbitos temáticos."[1207], pero, sobre todo, si se pone la centralidad en los derechos de las personas.

Si bien la soberanía de los Estados no es absoluta y está condicionada, en su relación con la esfera internacional, al cumplimiento efectivo con sus obligaciones y funciones, eso implicaría que su alcance (el de dicha soberanía) se encuentra determinado por el principio de subsidiariedad, que a su vez exige que cuando una institución internacional—por ejemplo los órganos del SIDH—interviene en asuntos que en principio están en cabeza de la esfera nacional, esa intervención debe ser legitimada a través de una justificación válida con suficiente peso para superar la presunción refutable de preferencia por la autoridad más cercana a persona y al caso. Es necesario que se presente "una razón que justifique la intervención de la comunidad internacional; una razón que impida dejar que sean las instituciones nacionales las que resuelvan la cuestión de manera definitiva"[1208]. Con el afán de materializar la aplicación del principio de subsidiariedad en la relación derecho interno – derecho internacional, Mattias Kumm propone la realización de un test de proporcionalidad o de análisis costo beneficio, en los siguientes términos:

[1205] Noveck, Beth Simone. "Crowlaw: Collective Intelligence and Lawmaking." *Analyse & Kritik* 40, no. 2 (2018): 359–380.

[1206] Landemore, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton: Princeton University Press, 2020.

[1207] Paulus, Andreas. "Subsidiarity, Fragmentation and Democracy: Towards the Demise of General International Law?" En Tomer Broude y Yuval Shany (eds.), *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*. Oxford: Hart Publishing, 2008, 212–213. "In the allocation of legal authority in such a multilevel system, subsidiarity may indeed constitute a guiding principle, but only if both of its aspects are taken into account—the decentralized decision making and the need for global intervention where different nations, or issue areas, ought to be balanced".

[1208] Kumm, Mattias. "The Cosmopolitan Turn in Constitutionalism." En Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 294–295: "The principle of subsidiarity requires any international intervention to be justified as a concern appropriately addressed by actors, institutions, or norms beyond the state. There has to be a reason that justifies the international community's involvement; a reason against leaving the decision to be addressed conclusively by national institutions".

"(…) [E]n la práctica, el análisis con base en la subsidiariedad requiere un test en dos pasos. En primer lugar, deben identificarse las razones relacionadas con la existencia de un problema de acción colectiva. En segundo lugar, debe evaluarse el peso de estas razones a la luz de las preocupaciones contrarias relacionadas con la autonomía del Estado en las circunstancias específicas. Esto requiere la aplicación de un test de proporcionalidad o de un análisis costo-beneficio centrado en las ventajas y desventajas de elevar el nivel de la toma de decisiones. Esto significa que, en la práctica, este principio, al igual que los demás, requiere un análisis exhaustivo basado en argumentos que dependen del contexto y que, muy probablemente, estarán sujetos a retos normativos y empíricos"[1209].

En un línea muy similar a Kumm, Reto Walther sintetiza la obra de Samantha Besson, explicando la manera como ella ha logrado desglosar en detalle el principio de subsidiariedad en el derecho internacional, identificando siente dimensiones, siendo una de ellas los distintos tests que pueden y en algunos casos deben ser realizados para su correcta aplicación, por ejemplo, uno de esos tests es el desarrollado por el TEDH en el marco del uso del margen de apreciación. Walther presenta las siete dimensiones de la subsidiariedad de Besson, así:

> "[E]n primer lugar, los sujetos (o unidades) implicados en una relación regida por el principio de subsidiariedad; en segundo lugar, el objeto de dicha relación regida por la subsidiariedad; en tercer lugar, la función que desempeña la subsidiariedad; en cuarto lugar, las justificaciones de la subsidiariedad y los criterios que se derivan de ella y determinan sus implicaciones; **en quinto lugar, los tests aplicados para poner en práctica la subsidiariedad**; en sexto lugar, los posibles límites a las aplicaciones del principio; y en séptimo lugar, la posibilidad de revisar y cuestionar las implicaciones que se atribuyen al principio"[1210]. (Negrilla fuera del texto original).

[1209] *Ibíd.,* 294–295: "On application, subsidiarity analysis thus requires a two-step test. First, reasons relating to the existence of a collective action problem have to be identified. Second, the weight of these reasons has to be assessed in light of countervailing concerns relating to state autonomy in the specific circumstances. This requires the applications of a proportionality test or a cost-benefit analysis that is focused on the advantages and disadvantages of ratcheting up the level of decision making. This means that on application, this principle, much like the others, requires saturation by arguments that are context sensitive and most likely subject to normative and empirical challenges".

[1210] Walther, Reto. *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2026, 36–37: "Samantha Besson has unpacked the principle of subsidiarity in seven dimensions: first, the subjects (or units) involved in a re¬lationship governed by the principle of subsidiarity; second, the object of this

Explicando el contenido de los mencionados tests, Samantha Besson sostiene que el test *prima facie* de la subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos es la **efectividad de la protección doméstica del estándar mínimo internacional**. La inversión de la prioridad del nivel interno en favor del nivel internacional no se justifica, por tanto, por la sola existencia histórica de una violación, sino por la insuficiencia actual de la respuesta estatal para asegurar ese mínimo de protección[1211]. Sin embargo, Besson advierte que la sola referencia a la "efectividad" es conceptualmente insuficiente, porque el contenido mínimo de muchos derechos humanos sigue siendo indeterminado en contextos de desacuerdo razonable[1212]. Precisamente por ello, el control internacional no puede operar de manera automática ni ilimitada: requiere criterios adicionales que permitan distinguir entre una protección interna verdaderamente deficiente y una situación en la que el Estado ya ha satisfecho las exigencias internacionales mediante reconocimiento del ilícito, cesación, reparación y garantías adecuadas.

Sobre esa base, Besson explica que, cuando el juicio de subsidiariedad exige evaluar tanto la insuficiencia del nivel interno (test negativo) como la utilidad o necesidad de la intervención del nivel internacional (test positivo), el juicio de subsidiariedad —al necesitar tanto la efectividad positiva como la negativa— se transforma en un test de proporcionalidad[1213]. No basta con preguntar si el Estado pudo actuar, sino si, una vez que ha actuado suficientemente, una intervención complementaria ulterior del tribunal internacional todavía aporta algo necesario para la protección del estándar mínimo o si, por el contrario, introduce una duplicación injustificada del control que puede debilitar o incluso llegar a sustituir el nivel nacional. En esa lógica, la proporcionalidad no cumple la función de volver a juzgar el fondo de la violación como si nada hubiera ocurrido en el ámbito interno, sino la de medir la justificación, necesidad y mesura de la propia intervención internacional. Aplicado al escenario

---

subsidiarity- governed relationship; third, the function subsidiarity plays; fourth, the justifications of, and the criteria following from and determining the implications of, subsidiarity; fifth, the tests applied to operationalizing subsidiarity; sixth, potential limits to the applications of the principle; and seventh, the possibility of review and contestation of the presumed implications of the principle".

[1211] Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What Is Subsidiary about Human Rights?" *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 99.

[1212] *Ibíd;* adicionalmente Ver, Besson, Samantha. "Human Rights and Democracy in a Global Context: Decoupling and Recoupling." *Ethics & Global Politics* 4, no. 1 (2011): 19–50.

[1213] Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What Is Subsidiary about Human Rights?" *American Journal of Jurisprudence* 61, no. 1 (2016): 99.

interamericano, ello permite sostener que, si el Estado responsable ya adoptó todas las medidas exigibles en derecho internacional para afrontar la violación, una nueva decisión complementaria de la Corte solo sería compatible con la subsidiariedad si supera un escrutinio de proporcionalidad referido no a la conducta estatal originaria, sino al valor añadido, necesidad y alcance de la reacción supranacional.

Es importante advertir, que, bajo este escenario de evaluación del grado de complementariedad, la subsidiariedad no se debe confundir con la proporcionalidad entendida como técnica para justificar restricciones a derechos, pero su revisión puede implicar un examen de proporcionalidad cuando lo que está en cuestión es la legitimidad del desplazamiento de la prioridad doméstica[1214]. Dicho de otro modo, la subsidiariedad no autoriza ni una deferencia ciega al Estado ni una expansión irrestricta de las competencias del tribunal internacional; exige verificar, con criterios estructurados, si el paso del control interno al internacional sigue siendo normativamente necesario. De allí que, en un supuesto en el que el Estado ya reconoció la violación, la hizo cesar y reparó sus consecuencias conforme al derecho internacional, el principio de subsidiariedad, tal como lo articula Besson, ofrezca una justificación sólida para que la Corte Interamericana evalúe a través de un test de proporcionalidad, antes de proferir una sentencia en contra de ese Estado con vocación complementaria, si está coadyuvando a los Estados en su función principal de respetar y garantizarlos Derechos Humanos o si se está convirtiendo en una instancia confirmatoria o sustitutiva carente de necesidad jurídica suficiente. Como explica Olivier De Schutter:

> "[E]n lugar de que el Tribunal vuelva a realizar el ejercicio de ponderación que le llevará a llegar a sus propias conclusiones sobre la existencia de una violación, repitiendo en esencia lo que han hecho los tribunales nacionales, el Tribunal [regional] deberá examinar si los argumentos esgrimidos por el tribunal nacional son coherentes con su jurisprudencia y con la naturaleza de las reclamaciones presentadas. La atención se centra en la calidad de los argumentos presentados, más que en las conclusiones alcanzadas. || El resultado es que la relación entre los tribunales nacionales

[1214] Ver, *Ibíd.,* 103–104.

y el Tribunal [regional] de Derechos Humanos es más dialógica y horizontal, en lugar de basarse en un decreto judicial y ser vertical"[1215].

8.3 Los niveles de graduación del test de proporcionalidad en el modelo R-C-R, con base en los niveles de escrutinio del control judicial a medidas gubernamentales desarrollado por la Corte Suprema de Estados Unidos

Se ha establecido de manera clara la justificación, desde la teoría jurídica y la práctica adjudicataria, para realizar un test de proporcionalidad con el propósito de establecer el alcance de la aplicación del ejercicio complementario del Tribunal de Derechos Humanos al caso concreto, en aquellos casos en los que se identifique que el Estado acusado de haber violado derechos contenidos en la Convención ha llevado a cabo en el nivel interno todas las medidas tendientes a cumplir con lo que serían las consecuencias que podría declarar la Corte como consecuencia de su responsabilidad internacional. No se puede aplicar un único test, ya que precisamente lo que se busca es una interacción entre los dos niveles del sistema multinivel, que respete el ejercicio de las competencias asignadas y la manera más eficiente, a la luz de la subsidiariedad, de materializarlas. Por eso, planteamos en esta sección del capítulo, la graduación del test de proporcionalidad aplicado en el marco del modelo R-C-R, con base en los tres niveles de escrutinio (básico o de base racional, intermedio y estricto) planteados por la Corte Suprema de los Estados Unidos y replicado en distintos regímenes constitucionales del mundo, para ejercer el control judicial (*judicial review*) y verificar la adecuación a la constitución o no de acciones estatales que puedan transgredir las cláusulas de protección igualitaria dispuestas en la Carta Política Norteamericana.

[1215] De Schutter, Olivier. *The Two Lives of Bosphorus: Redefining the Relationships between the European Court of Human Rights and the Parties to the Convention*. Université catholique de Louvain, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme (CRIDHO), Working Paper no. 2013/6, 26: "[I]nstead of the Court performing anew the balancing act that will lead it to arrive at its own conclusions as to the existence of a violation, essentially replicating what the domestic jurisdictions have done, the European Court shall examine whether the arguments put forward by the domestic court are consistent with its case law and with the nature of the claims put forward. The focus is on the quality of the arguments offered, rather than on the conclusions reached. || The result is that the relationship between the domestic courts and the European Court of HumanRights is more dialogical and horizontal, than based on judicial fiat and vertical".

Los tres niveles de escrutinio, además de reflejar una ponderación entre la acción del Estado y la norma constitucional, en nuestro caso Convencional, representan una escala de revisión más estricta que debe ser aplicada por los Tribunales, o mayor margen de maniobra del que gozan los gobiernos a la hora de actuar. A este respecto, se aplica un escrutinio estricto a las posibles violaciones de los derechos fundamentales, mientras que el escrutinio de base racional es la regla por defecto que se aplica a cualquier acción que no esté sujeta a otros estándares de revisión de un nivel más alto.

Traducido esto a nuestro modelo R-C-R, tendremos, además del criterio de violación de los derechos humanos presente en el modelo de la Corte Suprema de Estados Unidos, el cumplimiento de los estándares de responsabilidad del Estado. Así, si se trata un Estado que frente a una violación a los derecho contenidos en la CADH no ha adoptado medidas a nivel interno, la Corte IDH podrá ejercer una complementariedad amplia sobre la base de un test racional básico. Si se trata de un Estado que ha adoptado algunas medidas, pero por ejemplo, el reconocimiento de responsabilidad no pareciera ser sincero; o se continúa inmerso en un contexto con déficits estructurales de protección que podrían generar otras violaciones a los derechos humanos similares a las sometidas a examen ante la Corte, el escrutinio para determinar la complementariedad deberá ser intermedio; Y finalmente, si se trata de un Estado en donde se ha cumplido con todos los elementos resaltados en el Modelo R-C-R, el test será estricto y tenderá a evitar la intervención del tribunal internacional o a limitarlo en un alto grado.

Lo particularmente innovador de la aplicación del test de proporcionalidad en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R, es que el hecho que será evaluado no será una acción u omisión del Estado, sino la determinación de la Corte IDH de intervenir a través de una sentencia complementaria en el derecho interno de los Estados promoviendo cambios estructurales.

En este punto es importante dejar claramente expresado un sistema de salvaguardas, *no-go zones* o límites infranqueables a la aplicación del principio decisorio propuesto; es decir, aquellos casos o escenarios en donde éste no podría aplicarse. Se identifican entonces tres elementos de una cláusula negativa de no implementación del modelo propuesto hasta ahora: (i) el

principio decisorio de subsidiariedad sustantiva no aplica si en el Estado se identifican patrones estructurales de impunidad como consecuencia de una colapso de garantías, producto del debilitamiento institucional, la afectación a la independencia judicial, la cooptación de poderes que elimina la separación entre ellos o la existencia de un régimen antidemocrático, dictatorial o *de facto* que carezca de legitimidad.

El segundo elemento de esa cláusula negativa que impediría la aplicación del principio decisorio propuesto, es la violación a una norma de ius cogens en donde la respuesta del Estado resulte no ser la adecuada, entendiendo una norma de ius cogens como "una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter", según lo dispuesto en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Finalmente, el último elemento que no permitiría que entrara en operación el modelo R-C-R planteado, ya se ha mencionado, corresponde a que el cumplimiento por parte del Estado de los elementos de Reconocimiento, Cesación y Reparación, sean meramente formales y no evidencien un verdadero compromiso del Estado por subsanar los hechos internacionalmente ilícitos cometidos.

Dicho eso, pasaremos entonces a revisar los distintos niveles de escrutinio, con base en la experiencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, no sin antes aclarar que esos tres niveles no deben entenderse como compartimientos estanco resultado de análisis binarios de cumple o no cumple, sino puntos de referencia en una graduación continua y fluida, toda vez que estamos ponderando principios, en donde la ubicación del caso concreto *sub iudice* en uno de estos niveles es ya, en sí mismo, parte del juicio que deberá hacer el operador de la justicia y por lo tanto un acción sujeta a escrutinio argumentativo.

8.3.1 Escrutinio estricto

En el derecho de los Estados Unidos, el escrutinio estricto es el estándar más exigente que se puede aplicar en el control judicial contra actos estatales que infrinjan derechos humanos o utilicen una clasificación sospechosa bajo las Cláusulas de Protección Igualitaria contenida en las enmiendas 5ª y 14ª de la Constitución del país norteamericano. En estos casos, la carga de la prueba, sobre la constitucionalidad del acto, recae en el gobierno como demandado, así como en nuestro modelo R-C-R la carga para demostrar el cumplimiento de los estándares de responsabilidad, con estándar probatorio de certeza, corresponderá al Estado acusado en el SIDH de incumplir sus obligaciones generales, sin olvidar que el hecho que será sujeto a evaluación será la actuación judicial complementaria del tribunal regional.

Se ha entendido que el estándar exige que la acción evaluada sea 'necesaria' o 'estrictamente adaptada' para lograr un interés imperativo del ordenamiento.[1216] En el modelo interno de los Estados Unidos, la legislación que estará sujeta a esto incluye normas que inciden en el ejercicio de los derechos fundamentales, especialmente las libertades de la Primera Enmienda (expresión, religión, reunión, etc.) o aplican clasificaciones basadas en criterios sospechosos (religión, raza, origen nacional, etc.). Un "interés gubernamental apremiante"[1217], doctrinalmente, se ha definido como uno que es esencial o necesario para la función del gobierno, más que una elección de preferencia o discreción. Sin embargo, la práctica judicial no proporciona una definición sólida ni criterios estrictos para su identificación. En cualquier caso, la determinación del "interés imperativo" no puede hacerse a posteriori, por lo que se trata de una *evaluación ex ante* que requiere una relación razonable entre la política seguida y la legislación promulgada o aplicada en un caso particular.

Para que una ley sea "interpretada en sentido estricto" o "ajustada a la medida" tiene que estar redactada con precisión y ser el medio menos restrictivo para lograr el objetivo previsto de la ley (criterio de necesidad). En este sentido, el gobierno debe utilizar el método que menos

[1216] Por ejemplo, *Johnson v. California*, 543 U.S. 499 (2005); *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765 (2002); *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983). Nota del traductor: El término original en inglés es "compelling" por lo que la traducción al español acepta las palabras "imperativo", "apremiante", mientas que la opción de traducirlo como "convincente" parece restarle fuerza a lo que el término implica.

[1217] *V.g.*, *Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003); *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014).

infrinja o restrinja los derechos y dicha legislación tiene que ser eficaz para servir a los intereses.[1218]

El ejemplo más reciente de aplicación de este estándar es el caso *Students for Fair Admissions, Inc. v. President and Fellows of Harvard College* de 2023. En este caso los demandantes alegaban que los programas de admisión de universidades como Harvard, que, aunque son privadas administran fondos públicos, en el que el factor racial es determinante para el ingreso de una parte significativa de los estudiantes, incluso si esas decisiones administrativas eran realizadas en el marco de acciones afirmativas a favor de minorías raciales.

En dicho caso, la Corte reconoció que el propósito de la 14ª enmienda era eliminar toda forma de discriminación racial impuesta por el gobierno, e incluso recordó que los programas de admisión universitaria basados en raza eran admisibles si superaban el test de escrutinio estricto, pero reconoció que dichas diferenciaciones estaban llamadas a eventualmente acabarse.

En ese sentido, la Corte apunto a que (i) los programas de admisión examinados no incluían otras métricas cuantificables que justificaran un trato diferencial, (ii) los objetivos buscados por los programas de admisión (e.g. entrenar futuros líderes, promoción de diversidad, etc.) no se compaginan de manera significativa con los medios empleados (i.e. admisión basada en raza) teniendo en cuenta que (iii) las categorías raciales empleadas eran demasiado generales, arbitrarias o indefinidas y, en algunos casos, insuficientemente inclusivas.

Finalmente, la opinión de la Corte recordaba que los sistemas de admisión son de suma cero, es decir, necesariamente los beneficios otorgados a un grupo poblacional implican que otros grupos se vean desfavorecidos. De manera que, si las políticas de admisión benefician desproporcionalmente a un(os) grupo(s) más que a otros, sin una justificación objetiva, se encuentra que la política es inconstitucional por ser contraria a lo dispuesto por la 14ª enmienda.

[1218] Por ejemplo, *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988); *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992); *Gooding v. Wilson*, 405 U.S. 518 (1972); *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014); *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. 433 (2015).

En resumen, como producto del desarrollo original que ha tenido el escrutinio estricto en el marco del test de proporcionalidad en los Estados Unidos, que puede ser trasplantado, como efectivamente lo ha sido al SIDH, tiene definidos cuatro pasos con respecto a la medida que será evaluada: (i) que cumpla con una finalidad imperiosa; (ii) que sea la medida idónea; (iii) que sea necesaria, es decir que no haya otra mejor alternativa; y (iv) que sea proporcional. Como hemos expuesto antes, corresponderá a la Corte IDH cumplir con los elementos propios de un escrutinio estricto al realizar el test de proporcionalidad en su aplicación en el modelo R-C-R, en aquellos casos en los que ella quiera realizar una sentencia complementaria, si no hay lugar a dudas que frente a la violación de una obligación internacional relacionada con un derecho humano: (i) hay un reconocimiento sincero de responsabilidad por arte del Estado, (ii) han cesado todas las conductas, incluso aquellas derivadas del contexto que dieron origen a esa violación y se han adoptado medidas estructurales por parte de los poderes públicos para garantizar (en la medida razonable de sus posibilidades) que no se van a volver a repetir esas violaciones; y finalmente, (iii) que se ha reparado razonablemente a las víctimas, cumpliendo con criterios de reparación integral.

8.3.2 Escrutinio intermedio

El escrutinio intermedio (a veces llamado "base racional con un mordisco") es una prueba de constitucionalidad aplicada por la Corte Suprema de los EE. UU. en casos en los que una ley federal o estatal discrimina, afecta negativamente o clasifica a ciertas clases protegidas. La carga de la prueba se traslada del demandante al Gobierno. Tal como lo ha formulado la Corte, para que una ley satisfaga el criterio requiere, en primer lugar, que promueva un ‘interés gubernamental importante’ y, en segundo lugar, que lo haga por ‘medios sustancialmente relacionados’.[1219] Aquí se empieza a marcar la diferencia con el escrutinio estricto, porque en el intermedio no se requerirá que se demuestre una finalidad imperiosa, sino importante. Es entonces no una diferencia marcada por los elementos sino por la profundidad en la aplicación de los mismos.

[1219] Véase: *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); *United States v. O’Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

Aunque no existe una lista exhaustiva de clases protegidas o "cuasi-sospechosas", la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha identificado ciertos criterios para identificar si un grupo en particular puede entrar en esa categoría, a saber, si el grupo ha enfrentado un historial de discriminación, si el grupo es políticamente impotente, si las regulaciones se enfocan en características que no están relacionadas con la capacidad de contribuir a los intereses públicos o son inmutables o difícilmente variables por la persona (por ejemplo, el género).[1220] Por ejemplo, una lista no exhaustiva de intereses gubernamentales "importantes" incluye la prevención del embarazo adolescente, la salud pública, la defensa nacional, la seguridad física de las mujeres y la remediación de la discriminación previa.[1221]

Uno de los casos representativos de este tipo de test es *United States v. Virginia* de 1996. En este caso, el Instituto Militar de Virginia (una universidad pública) había limitado su política de admisiones a solo hombres, argumentando que las mujeres no podían soportar sus programas de entrenamiento. Al mismo tiempo, creó un programa alternativo para solo para mujeres en otra universidad privada. Al evaluar la política del Instituto Militar de Virginia, la Corte consideró (i) el supuesto objetivo al diferenciar entre hombres y mujeres, señalando que una política de total exclusión como la implementada requeriría de una justificación muy persuasiva por parte de la autoridad pública; y (ii) sus medios, en el sentido de que el programa alternativo ofrecido a las mujeres no contaba con los mismos niveles académicos ni de oportunidad después de la graduación, por lo que uno de los grupos —en este caso las mujeres— quedaban en una posición de clara desventaja frente al otro —es decir, los hombres.

Este nivel de escrutinio aplicará en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva, en aquellos casos en que el Estado haya cumplido internamente con los elementos del modelo R-C-R, pero se configure una de dos condiciones: (i) que el reconocimiento, la cesación / garantías de no repetición y la reparación se hayan llevado a cabo pero no respeten plenamente los estándares establecidos por la Corte IDH, es decir que fallen en el control de convencionalidad; o (ii) que se haya cumplido con los requisitos del modelo R-C-R, pero de manera parcial, no se haya realizado la reparación o el reconocimiento no sea sincero o las

[1220] *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).
[1221] Por ejemplo, *Michael M. v. Superior Court of Sonoma County*, 450 U.S. 464 (1981); *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976); *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981); *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977).

garantías de no repetición sean infructuosas. Como resultado de la ejecución del test intermedio de proporcionalidad, la sentencia dictada por la Corte IDH deberá estar orientada a cerrar brechas remanentes. Tiene los mismo cuatro elementos del test estricto: finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pero cambia el grado de intensidad en la evaluación, por ejemplo, no imperioso sino importante, no es nivel certeza sino de seguridad, no es necesidad sino medida menso lesiva.

8.3.3 Revisión de Rational Basis

Por último, el menos estricto de los estándares de revisión judicial es el control de base racional. Tal como lo ha formulado el máximo tribunal de los Estados Unidos, el control de la base racional debe aplicarse en los casos en que la ley objeto de examen no implique derechos fundamentales ni clasificaciones sospechosas. En este caso, la carga de la prueba recae en el demandante. Se ha caracterizado por ser altamente deferente a favor de la acción gubernamental, ya que, bajo este criterio, una ley se considerará constitucional si persigue un interés legítimo del Estado y existe una conexión racional entre el trato diferenciado y su objetivo.[1222] Es decir, que sólo está compuesto por dos elementos: finalidad e idoneidad.

A este respecto, al aplicar el examen de la base racional, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha indicado que, para revocar una ley, el trato variable que se ofrece a los diferentes grupos o personas debe ser tan ajeno al logro de cualquier propósito legítimo que sólo pueda concluirse que la acción del gobierno fue irracional.[1223] Como tal, “en el caso ordinario, una ley se sostendrá si se puede decir que promueve un interés legítimo del gobierno, incluso si la ley parece imprudente o perjudica a un grupo en particular, o si la justificación parece tenue”.[1224]

Es notable que la Corte Suprema de los Estados Unidos nunca ha definido qué significa ‘racionalidad’, pero se ha relacionado con el concepto de razonabilidad en el sentido de una

[1222] *V.g.*, *Armour v. City of Indianapolis*, 566 U.S. 673 (2012); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *United States Department of Agriculture v. Moreno*, 413 U.S. 528 (1973).
[1223] *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).
[1224] *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

posible relación causal entre los medios (estatuto) y los fines (interés gubernamental).[1225] Tampoco hay criterios explícitos expresados por la Corte para la identificación de "intereses legítimos del gobierno", sino que se examinan caso por caso. Sin embargo, se asocia a la función pública y a los poderes policiales (salud, seguridad, bienestar y moral). En todo caso, la Corte ha declarado que perjudicar a grupos políticos impopulares, restringir el ejercicio de libertades o derechos o discriminar a un grupo en particular no son intereses gubernamentales legítimos.[1226]

Al momento de anular el precedente establecido por Roe v. Wade en relación con la posibilidad de abortar antes de que el feto sea viable, usualmente cerca a las 28 semanas de gestación, la Corte empleó el estándar de revisión de base racional para pronunciarse en el caso *Dobbs v. Jackson* de 2022.

En *Dobbs v. Jackson*, la Corte evaluaba la constitucionalidad de una ley estatal de Mississippi que prohibía los abortos en fetos cuya edad probable de gestación fuera mayor a 15 semanas, salvo en casos de emergencia médica o anomalía fetal severa. Al referirse al precedente establecido en Roe v. Wade, la Corte considera que (i) el aborto no es derecho conferido por la Constitución de EE.UU., (ii) el análisis histórico que justificó la decisión de Roe v. Wade es defectuoso, por lo tanto, no puede decirse que el derecho al aborto esté fundado en la tradición e historias americanas. Por lo anterior, es decible que la Corte consideró que el aborto no es un derecho fundamental (por lo que su regulación o prohibición no conllevaría la aplicación de un escrutinio estricto) y (iii) las regulaciones y prohibiciones relacionadas con el derecho a la salud y otras medidas de seguridad deben ser evaluadas bajo el test de base racional.

Este nivel de escrutinio aplicará en los casos en que el Estado no haya, ni cumplido con el control de convencionalidad, ni tampoco con los elementos del modelo R-C-R. La carga probatoria en este caso será de la Corte IDH, quien demostrando que no se ha cumplido con dichos elementos, tendrá un grado de discrecionalidad más alto para promover una sentencia

[1225] Nachbar, Thomas B. "The Rationality of Rational Basis Review." *Virginia Law Review* 102, no. 7 (2016): 1650–1651.
[1226] Véase: *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

complementaria amplia, que, sin olvidar la finalidad del sistema multinivel de gobernanza de los derechos humanos, pueda ordenar la implementación de medidas estructurales al interior de dicho Estado.

8.4. El test de proporcionalidad en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R

Tanto el concepto de 'niveles de escrutinio' como el de 'test de proporcionalidad', son herramientas jurídicas familiares para la Corte IDH. Como se ha expuesto en su jurisprudencia, al igual que en el caso de la Corte Suprema de Estados Unidos, el modelo de tres tipos de escrutinios también tiene su centralidad en la violación al principio de igualdad y no discriminación que puede surgir como consecuencia del trato diferencial generado como consecuencia de una medida del Estado. Así mismo ha resaltado que cuando la diferenciación en el trato versa sobre una de las categorías prohibidas consignadas en el artículo 1.1. de la CADH: "raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", el escrutinio debe ser estricto. En concreto, la Corte ha considerado al respecto:

> "[Q]ue **los criterios de análisis** para determinar si existió una violación al principio de igualdad y no discriminación en un caso en concreto **pueden tener distinta intensidad, dependiendo de los motivos bajo los cuales existe una diferencia de trato**. En este sentido, la Corte estima que, **cuando se trata de una medida que establece un trato diferenciado en que está de por medio una de estas categorías, la Corte debe aplicar un escrutinio estricto que incorpora elementos especialmente exigentes en el análisis**, esto es, que el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso. Así, en este tipo de examen, para analizar la idoneidad de la medida diferenciadora **se exige que el fin que persigue no sólo sea legítimo en el marco de la Convención, sino además imperioso**. **El medio escogido debe** ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino también **necesario**, es decir, **que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo**. Adicionalmente, se incluye la aplicación de un

juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual **los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma**."[1227] (Negrillas fuera del texto original)

De igual manera, la Corte IDH de manera reiterada y consistente, ha desarrollado en su jurisprudencia los pasos que se deben seguir para la realización del test de proporcionalidad, con el fin de determinar si en el caso concreto, con fundamento en el principio de ponderación, las medidas adoptadas por los Estados resultan contrarias a la Convención. Puntualmente, el tribunal regional de derechos humanos ha establecido qué:

"Este principio exige que una medida **tenga un fin o propósito legítimo, y que sea un medio adecuado, necesario y proporcionado** para alcanzar el propósito. Para ello, la Corte: **i**) verificará si la diferenciación de trato se fundamentó en una **finalidad legítima de acuerdo con la Convención**; **ii**) examinará si la diferenciación fue **adecuada o idónea para lograr la finalidad perseguida**, es decir si existió una relación lógica de medio a fin entre el objetivo y el medio (…); **iii**) evaluará la **necesidad de tal medida**, esto requiere examinar si hay alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas (…), y **iv**) analizará la **estricta proporcionalidad de la medida**, es decir, si la diferenciación de trato garantizó en forma amplia el fin legítimo perseguido, sin hacer nugatorio el derecho a la igualdad y el derecho a la educación. Para efectuar esta ponderación se debe analizar tres elementos: **el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; la importancia de la satisfacción del bien contrario; y si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro** (…)."[1228] Negrillas fuera del texto original.

[1227] Corte IDH, *Caso I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, ¶ 241.

[1228] Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, ¶ 257; Corte IDH, *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293, ¶ 144; Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, ¶ 273 y 274; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Como se explicó en la sección anterior, la particularidad del test de proporcionalidad aplicado en el principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R, es que el escrutinio y posterior aplicación del test, no versará sobre actuaciones u omisiones de los Estados, sino sobre la potencial decisión de la Corte IDH de proferir una sentencia complementaria. Con eso en mente, la aplicación del test estará inicialmente dividido en dos partes: (i) en la primera, se determinará si el escrutinio sobre la potencial medida judicial será de base racional, intermedio o estricto. El primero de ellos (escrutinio de base racional) se aplicará en los casos en que el Estado no haya, ni cumplido con el control de convencionalidad, ni tampoco con los elementos del modelo R-C-R (reconocer responsabilidad, cesar la violación y garantizar la no repetición y reparar). El segundo (intermedio), cuando el Estado haya adoptado medidas en cumplimiento del modelo R-C-R, pero estas no cumplan con los estándares interamericanos o simplemente no haya adoptado uno de los tres clústeres de medidas. Finalmente, el escrutinio estricto, se dará cuando el Estado haya cumplido objetivamente con todos los estándares interamericano que componen el modelo.

Una vez determinado el nivel de escrutinio, se pasará a verificar el cumplimiento con cada uno de los elementos del test de proporcionalidad, aplicado a la potencial decisión de la Corte IDH: finalidad legítima importante o imperiosa, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. El objetivo de la aplicación del test será limitar, con base en el principio de subsidiariedad, la función complementaria del tribunal regional, sabiendo que con ello no se busca desproteger los derechos humanos, ni se abandona o reconfigura la centralidad en la persona del SIDH haciendo prevalecer la soberanía de los Estados. Lo que se pretende, es que, a través de estos límites a la discrecionalidad del juez, se fortalezca el sistema de gobernanza multinivel propiciando un verdadero y muy efectivo diálogo interjudicial.

Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, ¶ 72 y 80; Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, ¶ 70, 74 y 84; Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, ¶ 93; Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman v. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, ¶ 196; Corte IDH, *Caso Jenkins v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019. Serie C No. 397, ¶ 74.

A continuación, pasaremos a analizar cada uno de los elementos del test de proporcionalidad en el marco de la función de complementariedad, en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R.

8.4.1 Finalidad legítima

Al explicar el primer elemento del test de proporcionalidad, Aharon Barak establece una distinción entre la legalidad de la medida y su legitimidad, es decir, que no basta con que una medida que limita derechos esté contenida en la ley o en el caso de las medidas complementarias de la Corte IDH, estén autorizadas por la CADH, para que ésta goce de la legitimidad necesaria para superar el test de proporcionalidad, en especial si éste será bajo un escrutinio estricto[1229]. Se requiere que la medida o decisión adoptada tenga una justificación, que en el marco de los principios de la razón práctica permita evidenciar que tiene una finalidad y que esa finalidad sea razonable, toda vez que si una determinada acción, omisión o decisión no tiene una finalidad "razonable" podemos dudar acerca de la racionalidad de la medida misma, y por supuesto, de quien la pretende realizar[1230]. Por esa razón, cuando se trata de acciones y decisiones de las autoridades es válido exigir, además, que su finalidad no sea contraria o, incluso, que propendan por el cumplimiento de normas y postulados constitucionales o convencionales que contribuyan a hacer vida los valores del ordenamiento[1231].

En cuanto a la diferencia entre un fin legítimo y un fin imperioso, es importante aclarar que el fin que fundamente la intervención en el derecho humano, será legítimo cuando no está prohibido explícita o implícitamente en la Convención Americana, es decir cuando la conducta realizada persiga un fin convencionalmente permitido[1232]. Ese fin, como justificación de la

---

[1229] Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 245. Edición traducida del hebreo al inglés por Doron Kalir: "Una de las principales características de una democracia constitucional es que la autorización legal para limitar un derecho constitucional no es suficiente. La legalidad no equivale a legitimidad. Más bien, una democracia constitucional requiere, además de legalidad, una justificación para que la limitación del derecho constitucional sea válida. En otras palabras, se requiere el componente de legitimidad. Este elemento está conformado por la finalidad propia y los medios para lograrla, que limitan de manera adecuada el derecho constitucional" (Traducción propia).
[1230] Pulido-Ortiz, Fabio. *El derecho y sus normas: Estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis y Universidad de La Sabana, 2022.
[1231] *Ibíd.*
[1232] Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4.ª ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, 878.

acción u omisión del Estado, no sería suficiente para superar un test estricto de proporcionalidad, pues se requiere que el fin sea imperioso. Se entiende así por fin imperioso, aquel que responde a un mandato directo contenido en la Convención, es decir, que la conducta se justifique porque es exigida por el instrumento regional y contribuya a su realización[1233].

En coherencia con lo expuesto por la doctrina experta en proporcionalidad, la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia que un fin legítimo implica que la medida contribuya a la realización efectiva de un derecho contenido en la Convención[1234]. Criterio que podría ser ampliado para incluir valores o fines propios del SIDH, como lo es el principio de subsidiariedad, derivado del preámbulo de la Convención Americana, según el cual la: "protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos". Así, la pregunta que deberá resolver en este paso del test de proporcionalidad la Corte IDH, es si después de analizar las medidas tomadas por el Estado para hacer frente a la violación de los derechos contenidos en la CADH en su jurisdicción, una sentencia complementaria contribuirá o no a cumplir con el principio de subsidiariedad, en sus dos acepciones: protectora de la inmunidad, pero también y muy importante, promotora de la persona.

8.4.2 Que la sentencia complementaria sea idónea para alcanzar el fin perseguido

El estudio de la idoneidad (también llamado test de conexión racional, adecuación, ajuste o *Geeignetheit*) implica que "los medios usados por la medida restrictiva se ajusten a (o estén conectados racionalmente con) el fin para el cual la medida restrictiva ha sido diseñada a cumplir. El requisito exige que los medios usados por la medida restrictiva puedan realizar o promover el fin que subyace a dicha medida; que el uso de tales medios conduzca de manera

[1233] Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 345–346. Edición traducida del hebreo al inglés por Doron Kalir, 277–285; Pulido-Ortiz, Fabio. *El derecho y sus normas: Estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis y Universidad de La Sabana, 2022.
[1234] Corte IDH, *Caso López y otros v. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019. Serie C No. 396, ¶ 172; Corte IDH, *Caso I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, ¶ 245; Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, ¶ 268; Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, ¶ 108.

racional a la realización del fin de la medida"[1235]. En resumen, se trata de una conexión o vínculo racional entre las medidas adoptadas y la efectiva consecución del fin imperioso[1236].

La exigencia de idoneidad implica que la medida es "efectivamente conducente" para alcanzar el fin imperioso perseguido[1237]. En la metodología de la Corte IDH esto mismo se evalúa en relación con el fin legítimo o imperioso, el que debe estar realmente comprometido en el caso concreto y no de forma meramente hipotética. Esto equivale a decir que la medida evaluada es, en concreto, idónea, pues si el fin está realmente en juego (y no sólo de modo hipotético o nominal) debe ser porque la medida del Estado o en nuestro caso la decisión potencial de la Corte que se evalúa es o ha sido apta para lograrlo en el caso concreto.

La pregunta puntual que tendrá que hacerse la Corte en el marco del nuestro principio decisión de subsidiariedad sustantiva R-C-R, será si con una sentencia complementaria que constituye una intervención internacional en un caso adelantado en el derecho interno, se mejora de hecho el nivel de protección a la persona respecto de lo resuelto a nivel nacional.

8.4.3 La sentencia complementaria es necesaria toda vez que no hay otras medidas que garanticen en mejor medida los derechos de las víctimas

Mediante el análisis de la necesidad de las medidas, también conocido como el test de los medios menos restrictivos, se busca definir que la medida elegida sea la menos perjudicial, esto es la que menos costos genere en el disfrute de los derechos limitados, que en nuestro modelo implica medir que sea la medida menos costosa para el sistema multinivel, donde ya se ha demostrado que para garantizar los derecho necesito de una esfera nacional fuerte tanto como necesito de una espera internacional coherente.

[1235] Barak, Aharon. *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017, 337.
[1236] Ver, Arai-Takahashi, Yutaka. "Proportionality." En Dinah Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, 451; Panaccio, Charles-Maxime. "In Defense of Two-Step Balancing and Proportionality in Rights Adjudication." *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 24, no. 1 (2011): 112.
[1237] Ver, Corte IDH, *Caso I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, ¶ 241.

En otras palabras, el análisis de la necesidad busca identificar la medida que, dentro del abanico de posibilidades, sea aquella que menos limite o restrinja los derechos[1238], o los valores o principio estructurales del Sistema, como lo es la subsidiariedad. Si una medida busca un fin legítimo y es adecuada para ese fin, pero "existen otras medidas menos restrictivas de los derechos [y principios] involucrados, entonces la medida es desproporcionada"[1239]. El estudio de la necesidad consiste en comparar entre las medidas adoptadas y otros medios alternativos. El resultado de esa comparación deberá ser "que no existe otra alternativa hipotética que sea menos dañosa para el derecho en cuestión y que al mismo tiempo fomente igualmente el fin de la ley. Si existe una alternativa menos restrictiva capaz de alcanzar el fin de la medida, entonces no existe necesidad de ésta"[1240].

Robert Alexy, por su parte, ha entendido el examen de necesidad como exigiendo, en relación con la satisfacción de dos principios opuestos, "que de entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2."[1241] Fórmula que es coherente con lo establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH que ha establecido el análisis de necesidad en los siguientes términos: "El medio escogido debe ser (...) necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo"[1242]. En ese sentido, la Corte deberá preguntarse si existe una alternativa de decisión menos intrusiva, por ejemplo, una sentencia complementaria limitada, que permita alcanzar el mismo fin de protección de las víctimas sin transgredir el principio de subsidiariedad.

8.4.4 La sentencia proferida por la Corte IDH en cumplimiento de su función complementaria es proporcional en sentido estricto

[1238] Pulido-Ortiz, Fabio. *El derecho y sus normas: Estudios de teoría jurídica*. Bogotá: Temis y Universidad de La Sabana, 2022.
[1239] Sapag, Mariano. "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado." *Díkaion* 22, no. 17 (2008): 157–198.
[1240] Barak, Aharon. *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017, 351.
[1241] Alexy, Robert. "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales." *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, no. 66 (2002): 14.
[1242] Corte IDH, *Caso I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, ¶ 241.

El requisito de la proporcionalidad en estricto sentido "busca acreditar que existe cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que se originan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor"[1243]. El juicio de proporcionalidad implica la necesidad de que exista una "congruencia adecuada entre los beneficios obtenidos por la política que defiende la ley y la vulneración que podría causarse al derecho fundamental"[1244]. Es decir que, en el marco del análisis de la proporcionalidad en sentido estricto, se debe realizar "una ponderación de los beneficios obtenidos por el público y la vulneración causada al derecho fundamental con ocasión del uso de los medios seleccionados por la ley para la obtención del fin adecuado"[1245].

Dicha proporcionalidad, se sustenta en la ley de ponderación desarrollada por Robert Alexy, de acuerdo con la cual: "[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"[1246]. En coherencia con Alexy, la Corte IDH ha establecido: "Adicionalmente, se incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de adoptar la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma."[1247]

Así, lo crucial en este punto, es definir el nivel de afectación relativa de cada uno de los principios en juego, para luego establecer una comparación. En el lenguaje de la formulación de la Corte IDH: los "beneficios" de la medida deben ser "superiores a las restricciones"[1248]. El tribunal regional deberá entrar a ponderar el peso del derecho afectado, la gravedad del hecho internacionalmente ilícito cometido por el Estado y la suficiencia de las medidas adoptadas a

[1243] Barnés, Javier. "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario." Disponible en: http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=1&IDN=133&IDA=23969 (consulta: 11 de abril de 2026).
[1244] Barak, Aharon. *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra Editores, 2017, 375.
[1245] I*bíd.,* 764.
[1246] Alexy, Robert. "Constitutional Rights, Balancing and Rationality." *Ratio Juris* 16, no. 2 (2003): 133.
[1247] Corte IDH, *Caso I.V. v. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329, ¶ 241.
[1248] Ver, Corte IDH, *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, ¶ 80; Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, ¶ 84.

nivel interno; todo esto con el fin de explicar por qué los elementos adicionales que le aportará la sentencia complementaria al orden nacional son indispensables, para el mejor desarrollo de dicho ordenamiento local, pero también para el fortalecimiento del mismo SIDH.

8.5 Escenarios de aplicación del Modelo R-C-R

El modelo R-C-R fue construido a partir de categorías que pertenecen al derecho internacional general y al derecho internacional de los derechos humanos y el caso particular que analizaremos en el próximo capítulo tiene la función de servir como caso de prueba, lo que Volokh denominaría un *Test suite*[1249]. Los tres clústeres normativos del modelo se derivan de los artículos 28 a 31 de los ARSIWA, de la jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana y del principio de subsidiariedad cuya densidad normativa fue reconstruida en los capítulos precedentes. La aplicación del modelo al caso de las indebidas judicializaciones de integrantes de la Unión Patriótica en el marco de la masacre del barrio La Chinita cumple una función demostrativa, no constitutiva: permite verificar que la Corte Interamericana ya razona en términos compatibles con el principio decisorio aquí formulado, aunque sin articularlo como tal.

La validez del modelo, sin embargo, no puede descansar exclusivamente en ese caso de prueba—ni tampoco será esa la función que cumplirá— pues como se ha demostrado, sus fundamentos se basan en casos de la jurisprudencia interamericana que van desde *Acevedo Jaramillo y otros c. Perú (2006)* hasta *Zapata c. Colombia (2025)*. Corresponde, por tanto, proyectar los criterios internos del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R a escenarios estructuralmente distintos del caso que será examinado a continuación, con el fin de verificar que el modelo produce respuestas diferenciadas y coherentes sin necesidad de ajustes *ad hoc* y que su arquitectura es lo suficientemente sólida para operar más allá de su contexto empírico de origen.

El primer escenario que merece consideración es el de una violación aislada, ajena a todo contexto de macrocriminalidad, en la que el Estado satisface íntegramente los tres clústeres del modelo. Piénsese en una vulneración del artículo 8 de la Convención Americana en materia de

[1249] Ver, Volokh, Eugene. *Academic Legal Writing*. 4th ed. New York: Thomson Reuters/Foundation Press, 2010.

garantías judiciales, en la que el Estado, a través de sus órganos jurisdiccionales, reconoce efectivamente el error, corrige la situación lesiva, adopta medidas razonables para que no se repita y repara integralmente a la víctima conforme a los estándares interamericanos. En un escenario de esta naturaleza, la cláusula negativa formulada en esta investigación no se activa, pues no concurren patrones de impunidad estructural, ni violaciones de normas de ius cogens insuficientemente atendidas, ni regímenes que priven de legitimidad a la respuesta interna.

Para el modelo es claro que la Corte Interamericana dispone de las alternativas D1 o D2, esto es, la inadmisibilidad por carencia de objeto o la declaración de ausencia de responsabilidad internacional, porque el contenido material de esa responsabilidad ha sido satisfecho en sede doméstica. Si, pese a ello, la Corte optara por la tercera alternativa y profiriera una sentencia complementaria, el escrutinio aplicable sería estricto y la carga de justificación recaería sobre el tribunal, que debería demostrar que su intervención adicional persigue una finalidad imperiosa, es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto respecto del nivel de protección ya alcanzado. Este es el escenario donde la lógica del sistema multinivel opera con menor fricción y donde el modelo despliega su mayor rendimiento práctico, porque permite al nivel internacional reconocer que el orden convencional ha sido restablecido sin necesidad de una duplicación adjudicatoria confirmatoria.

El segundo escenario corresponde a un supuesto en el que el Estado reconoce sinceramente la existencia del hecho ilícito y cesa efectivamente la conducta lesiva, pero no logra reparar materialmente a las víctimas debido a limitaciones fiscales o institucionales verificables. Los dos primeros clústeres del modelo se satisfacen, pero el tercero, la reparación, no alcanza el estándar de integralidad razonable exigido. El principio decisorio no produce, por tanto, las alternativas D1 ni D2, porque la reparación es un componente necesario del modelo y no puede ser sustituido por la sola buena voluntad del Estado ni por la mera concurrencia de los otros dos elementos. El resultado coherente con la arquitectura del modelo es la tercera alternativa: una sentencia complementaria sujeta a un escrutinio intermedio, en la que la Corte Interamericana reconozca las actuaciones estatales en materia de reconocimiento y cesación, pero adopte medidas coadyuvantes orientadas a viabilizar la reparación que el orden interno no ha podido completar.

La subsidiariedad, en este escenario, se reconfigura sin anularse, el nivel internacional complementa donde el interno no alcanza, sin convertir la limitación en equivalente funcional de un incumplimiento doloso. La distinción entre incapacidad verificable y omisión deliberada es una de las razones por las cuales el modelo contempla tres niveles de escrutinio y no uno solo.

El tercer escenario plantea la situación inversa: un Estado que despliega un cumplimiento formalmente articulado, pero sustancialmente vacío. El reconocimiento es retórico y no va acompañado de consecuencias institucionales; la cesación es formal pero las condiciones estructurales que hicieron posible la violación permanecen intactas; la reparación es parcial, cosmética o deliberadamente insuficiente. Frente a este supuesto, los criterios internos del modelo operan como filtros. El principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R exige, como fue desarrollado en este capítulo, un reconocimiento efectivo y sincero, una cesación real que abarque las condiciones contextuales del ilícito y una reparación que pueda ser tenida por integral en términos convencionales.

El estándar probatorio es de certeza y la carga argumentativa recae sobre el Estado. Cuando la evidencia demuestra que el cumplimiento es aparente, el modelo no se activa: los clústeres no se satisfacen, la Corte Interamericana conserva jurisdicción plena y el escrutinio aplicable es de base racional, con la mayor amplitud de discrecionalidad para el tribunal. La posibilidad de refutar con evidencia de insuficiencia, inefectividad o falta de genuinidad, que este trabajo asigna a las víctimas y sus representantes, es la salvaguarda operacional contra la instrumentalización del modelo como escudo de impunidad. El modelo contempla y resuelve este riesgo sin ignorarlo.

Los tres escenarios confirman que la arquitectura del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R no depende del contexto fáctico del caso que servirá como aplicación de prueba en el marco de este trabajo de investigación. El modelo distingue, gradúa y asigna consecuencias decisorias según el grado de cumplimiento real del Estado, produciendo respuestas coherentes tanto en escenarios de satisfacción plena como en supuestos de cumplimiento parcial

o simulado. La validación empírica completa de cada uno de estos escenarios, mediante el análisis de casos concretos ante la Corte Interamericana, excede el alcance de la presente investigación y queda abierta como línea de trabajo futura.

Este ejercicio de proyección analítica muestra que el modelo no colapsa fuera de su caso de prueba (*test suite*), que sus criterios internos son suficientemente precisos para operar en contextos diversos y que la subsidiariedad sustantiva, tal como ha sido formulada en esta tesis, ofrece una gramática decisoria capaz de articular respuestas proporcionadas a la heterogeneidad de situaciones que enfrenta el Sistema Interamericano de derechos humanos.

8.6 Conclusión

La función complementaria de la Corte IDH, aun cuando encuentre fundamento en la dimensión positiva y coadyuvante del principio de subsidiariedad, no constituye una potestad residual indeterminada ni una autorización para prolongar indefinidamente el control internacional sobre controversias ya suficientemente desarrolladas en el nivel interno. Por el contrario, una vez que el Estado ha acreditado, con el grado de certeza exigible en el modelo R-C-R, un reconocimiento efectivo de responsabilidad, la cesación de la violación con medidas de no repetición razonables y una reparación integral conforme a los estándares interamericanos, la continuidad de la intervención internacional solo resulta jurídicamente admisible si supera un test gradual de proporcionalidad. Esa conclusión no descansa en una intuición prudencial, sino la premisa normativa de que la subsidiariedad, entendida como principio general del derecho internacional y como norma estructural de competencia en el sistema multinivel de protección, establece una presunción refutable a favor de la autoridad más próxima al caso y a la persona, presunción que solo puede ser desplazada mediante una justificación específica, suficiente y controlable.

Los datos en que se apoya esa tesis son convergentes. En primer lugar, la relevancia práctica de esa conclusión se aprecia con particular nitidez al examinar el problema de la discrecionalidad judicial. Lo decisivo del debate entre Hart y Dworkin, tal como fue reconstruido en el capítulo, no radica en una disputa sobre etiquetas, sino en una pregunta de fondo que afecta directamente la legitimidad del juez internacional: si, ante los casos difíciles, el juez dispone de una discrecionalidad fuerte que lo habilita para crear derecho fuera de los estándares jurídicos

existentes, o si, por el contrario, sigue vinculado por principios que integran el sistema y que constriñen su decisión. La respuesta defendida por este capítulo es inequívoca: la discrecionalidad judicial no puede ser concebida como un espacio de libertad absoluta o de licencia creadora sin límites, sino como una potestad jurídicamente canalizada por estándares normativos que reducen la arbitrariedad.

En el contexto del SIDH, eso significa que el juez internacional no puede convertir la complementariedad en una autorización para sustituir, de manera rutinaria y reconfiguradora, la actuación de las autoridades nacionales. Cuando el Estado ha actuado conforme a los estándares convencionales de reconocimiento, cese, investigación, sanción, reparación y no repetición, la subsidiariedad no es un argumento decorativo, sino una razón jurídica que excluye la pertinencia de una intervención más intensa. En ese sentido, la subsidiariedad disciplina la discrecionalidad porque delimita el universo de razones que el juez puede considerar decisivas, cerrando el paso a una comprensión expansiva de la función judicial internacional que terminaría por negar la autonomía normativa de los Estados y vaciar de contenido la propia lógica complementaria del sistema.

En segundo lugar, el capítulo acreditó que la competencia de la Corte Interamericana no puede ser concebida como una jurisdicción ilimitada, porque hacerlo implicaría vaciar de contenido la autonomía del foro doméstico, erosionar la lógica del sistema de gobernanza multinivel y transformar la función complementaria en una forma de centralización judicial incompatible con el propio fundamento convencional del sistema. En tercer lugar, la reconstrucción doctrinal de la subsidiariedad, a partir de autores como Besson y Kumm, permitió identificar que el paso del nivel interno al internacional exige no solo constatar una insuficiencia doméstica, sino valorar si la intervención supranacional añade una protección necesaria, idónea y mesurada respecto del estándar mínimo exigible.

La garantía que enlaza esos elementos y permite pasar de ellos a la tesis defendida es si la subsidiariedad ordena la distribución de autoridad en función de la capacidad y legitimidad relativa de cada nivel de decisión, entonces la complementariedad solo puede justificarse cuando la intervención del nivel superior produce un valor normativo añadido que no ha sido ya

razonablemente satisfecho en el nivel inferior. En consecuencia, cuando el Estado ha cumplido con los tres clústeres del modelo R-C-R, no basta afirmar abstractamente que la Corte conserva competencia para dictar una sentencia complementaria; es necesario demostrar, bajo un escrutinio estricto, que esa decisión persigue una finalidad imperiosa compatible con la Convención, que es idónea para alcanzarla, que no existe una alternativa menos intrusiva para el sistema multinivel y que los beneficios convencionales que produce superan claramente la restricción que impone al principio de subsidiariedad y a la autonomía funcional del orden interno. La carga argumentativa, por tanto, se desplaza, ya no recae principalmente sobre el Estado para justificar su inacción, sino sobre el tribunal internacional para justificar por qué, pese al cumplimiento estatal suficiente, una intervención adicional sigue siendo jurídicamente necesaria.

El respaldo de esta construcción no es solo teórico. El capítulo mostró que tanto la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre niveles de escrutinio como la propia doctrina interamericana de proporcionalidad ofrecen herramientas suficientemente refinadas para operacionalizar ese límite. La traslación propuesta no es mimética ni acrítica: no se trata de importar sin más una técnica de control constitucional a un contexto convencional distinto, sino de adaptar una gradación del escrutinio a la especificidad del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R. De ahí que el escrutinio racional básico resulte adecuado cuando el Estado no ha cumplido ni con el control de convencionalidad ni con las exigencias mínimas del modelo; que el escrutinio intermedio se justifique en supuestos de cumplimiento parcial o defectuoso; y que el escrutinio estricto sea la consecuencia necesaria cuando el Estado ha satisfecho íntegramente las exigencias de reconocimiento, cesación y reparación. El modelo no elimina la complementariedad; la racionaliza. Tampoco sacrifica la centralidad en la persona; la preserva precisamente evitando que la protección internacional debilite las condiciones institucionales que hacen posible una tutela doméstica eficaz y sostenida en el tiempo.

Naturalmente, la tesis no se formula en términos absolutos. El propio capítulo introduce una reserva decisiva que opera como refutación anticipada frente a eventuales objeciones: existen supuestos en los que la presunción a favor del nivel interno se desvanece o ni siquiera llega a formarse. Ello ocurre, en particular, cuando hay patrones estructurales de impunidad asociados al colapso de garantías, afectaciones graves a la independencia judicial o regímenes

antidemocráticos; cuando se trata de violaciones de normas de ius cogens con una respuesta estatal materialmente inadecuada; o cuando el cumplimiento del modelo R-C-R es apenas aparente, formal o estratégicamente instrumental. En todos esos casos, la complementariedad amplia de la Corte no solo sigue siendo posible, sino jurídicamente exigible. Esa salvedad es importante porque permite precisar el alcance de la conclusión: el test propuesto no busca reducir el sistema interamericano a una lógica deferente ni consagrar zonas de inmunidad estatal, sino ordenar normativamente el ejercicio de la función coadyuvante del tribunal regional allí donde el propio Estado ha demostrado capacidad y disposición real de cumplir con las consecuencias jurídicas del ilícito internacional.

En definitiva, el aporte del capítulo consiste en haber demostrado que la mejor forma de hacer compatible la complementariedad con la subsidiariedad no es negar la primera ni absolutizar la segunda, sino someter la intervención internacional ulterior a una metodología argumentativa exigente, gradual y verificable. La conclusión, entonces, es que la sentencia complementaria solo es legítima, en el marco del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R, cuando puede justificarse como una medida estrictamente proporcionada a una brecha remanente de protección que el nivel interno no ha cerrado por sí mismo. Allí reside el alcance preciso del modelo, convertir la subsidiariedad en un verdadero criterio de validez y de autocontención del juez interamericano, de manera que la autoridad internacional fortalezca, y no sustituya innecesariamente, las capacidades del orden doméstico para respetar, garantizar y reparar los derechos humanos.

Capítulo 9
La aplicación de una regla de responsabilidad permeada por el principio de subsidiariedad al análisis de los casos concretos: entre la complementariedad y la ausencia de responsabilidad – el caso de la masacre del barrio La Chinita en Colombia

9.1 Sobre los hechos acaecidos en el barrio "La Chinita" (Apartado/Antioquia) y las indebidas judicializaciones en contra de los miembros de la Unión Patriótica (UP)

1. Los hechos objeto de análisis se remontan a la madrugada del domingo 23 de enero de 1994, cuando un comando armado de 20 milicianos del V Frente de las FARC incursionó disparando indiscriminadamente contra los asistentes a la fiesta comunal del asentamiento La Chinita de Apartadó, asesinando a 35 personas e hiriendo gravemente a 12 más. El sector era conocido como el barrio de los esperanzados por residir allí mayoritariamente simpatizantes del grupo político Esperanza, Paz y Libertad, conformado tras la desmovilización de la guerrilla del Ejército Popular de Liberación (EPL).[1250]

2. Notas periodísticas relatan que entre las personas muertas solo había dos desmovilizados. El resto eran trabajadores de fincas bananeras, habitantes del barrio, un soldado adscrito a la Brigada XI del Ejército, una mujer, tres menores de edad y un adulto de la tercera edad.[1251] Según varios medios, la causa de la masacre fue la creciente visibilidad del grupo político Esperanza, Paz y Libertad de cara a las elecciones regionales. [1252]

[1250] Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). *Caso Colectivo "La Chinita"*. Anexo 34, abril de 2019; Centro Nacional de Memoria Histórica. *La fuerza de la memoria, una esperanza para La Chinita*. Última modificación: 21 de enero de 2014.

[1251] "'Tierra de fuego'." *Semana*, 28 de febrero de 1994. https://www.semana.com/nacion/articulo/tierra-de-fuego/21830-3

[1252] "'Víctimas de la masacre de La Chinita siguen esperando que las FARC pidan perdón'." *La Otra Cara*, 1 de febrero de 2016. https://laotracara.co/actualidad/victimas-de-la-masacre-de-la-chinita-siguen-esperando-que-farc-pidan-perdon/

3. Según lo descrito por la parte peticionaria en el ESAP, la investigación por los hechos ocurridos en La Chinita fue encomendada a la denominada Justicia Regional,[1253] bajo la coordinación de la Fiscal Clemencia García de Useche, quien instaló su despacho en la XVII Brigada del Ejército Nacional con sede en el Municipio de Carepa, lugar donde fueron recluidos e interrogados por el entonces Capitán Jorge Alberto Amor, 32 personas, en su mayoría, dirigentes y militantes de la Unión Patriótica.[1254]

4. El 09 de febrero de 1995, la Comisión Especial de la fiscalía general de la Nación dictó resolución acusatoria contra 17 personas por los delitos de homicidio y concierto para delinquir. El 13 de marzo de 1995, la Fiscalía acusó a 13 personas más por los delitos de homicidio, concierto para delinquir y porte ilegal de armas.[1255]

5. Tras ciertas modificaciones en los cargos, el 22 de julio de 1997, el Juzgado regional de Medellín acumuló las causas y dictó sentencia condenatoria contra 27 miembros de la UP por los delitos de rebelión, homicidios agravados, consumados y tentados, y falsedad personal.[1256]

6. Como se indicó por los peticionarios en el ESAP,[1257] el informe de fondo de la CIDH,[1258] y la contestación del Estado Colombiano,[1259] el 20 de junio de 2005, la Corte Suprema de

[1253] También denominada justicia de orden público consistía en las legislaciones judiciales de excepción en aras de luchar contra la violencia y la criminalidad en contextos de narcotráfico y terrorismo. Esta era igualmente conocida por instaurar la denominada "justicia sin rostro" pues permitía la reserva de identidad de los jueces y fiscales. Al respecto Ver: De Zubiría, Andrés. "La historia de la rama judicial en Colombia." *Criterio Jurídico Garantista*, Fundación Universidad Autónoma de Colombia 6 (2012): 154–187; Corte Constitucional. Sentencia C-393/00. Ref. expediente P.E.-009, 6 de abril de 2000. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
[1254] ESAP. *Caso Integrantes y militantes de la UP v. Colombia; Unión Patriótica. La UP insiste en veeduría internacional para el proceso electoral. Clara persecución contra dirigentes de la UP en Urabá*. Comunicado de prensa, 23 de febrero de 1994.
[1255] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). *Integrantes y militantes de la Unión Patriótica. Colombia*. Informe No. 170/17, Caso 11.227, Informe de Fondo, 6 de diciembre de 2017, ¶ 1136.
[1256] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Informe No. 170/17, ¶ 1138.
[1257] ESAP, ¶ 839, nota al pie 821.
[1258] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Informe No. 170/17, ¶ 1141, 1476.
[1259] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. *Integrantes y militantes de la Unión Patriótica. Contestación del Estado colombiano*. Caso CDH-10-2018, 11 de noviembre de 2019, 551–552.

Justicia resolvió recurso de casación interpuesto por varios de los abogados defensores de los 27 acusados, declarando la nulidad de las actuaciones adelantadas por la fiscalía regional de Medellín. El fallo igualmente declaró la extinción de la acción penal por prescripción de los delitos de rebelión y falsedad personal.[1260]

7. Acatando la decisión de la Corte Suprema de Justicia, la Fiscalía 20 delegada ante los Jueces Penales del Circuito Especializado de Medellín realizó dos sesiones, declarando la preclusión a favor de las personas procesadas disponiendo la libertad inmediata de los mismos.[1261]

8. La Corte Suprema de Justicia de Colombia reconoció que los procedimientos adelantados frente a los presuntos responsables de lo ocurrido en La Chinita por la fiscalía general de la Nación- Regional de Medellín, fueron inconsistentes con "el Estado Social y democrático de derecho reconocido en la Carta Política".[1262]

9. El 15 de septiembre de 2016, el Presidente de la República, Juan Manuel Santos, llevó a cabo un acto público con integrantes de la UP en el que se pronunció sobre la responsabilidad estatal frente a las indebidas judicializaciones de los militantes y simpatizantes del partido.

10. Posteriormente, a través de escrito del 6 de septiembre de 2017, el Estado de Colombia, en coherencia con lo expresado por Juan Manuel Santos en 2016, reconoció su responsabilidad internacional por vulneraciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al no haber tomado las medidas requeridas y suficientes para prevenir e impedir los asesinatos, atentados y demás actos de violencia que se perpetraron en contra de los miembros de la Unión Patriótica.[1263]

[1260] Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de junio de 2005. Casación No. 19915, *Gustavo Manuel Arcia y otros*.
[1261] Decisiones de 31 de enero de 2006 y 7 de noviembre de 2006.
[1262] Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de junio de 2005. Casación No. 19915, *Gustavo Manuel Arcia y otros*.
[1263] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Colombia). *Observaciones finales. Caso 11.227 relativo a los militantes y simpatizantes de la Unión Patriótica*. 6 de septiembre de 2017, 18.

11. A su vez, en el Capítulo VII de la Contestación del Estado colombiano, se realizó nuevamente un reconocimiento de responsabilidad internacional en los términos de la nota del 06 de septiembre de 2017, precisando el alcance de tal reconocimiento en relación con los derechos políticos y demás violaciones acaecidas en contra de los militantes y simpatizantes de la Unión patriótica.[1264]

12. Por otro lado, y de acuerdo con el informe de fondo de la CIDH, se recibió información individualizada por carpeta respecto de 14 de los miembros de la UP procesados penalmente por los hechos ocurridos en La Chinita, personas que se mencionan a continuación: Gustavo Manuel Arcia, Albeiro de Jesús Bustamante Sánchez, Francisco Eluber Calvo Sánchez, Nelson Campo Núñez, Alexander de Jesús Galindo Muñoz, Yomar Enrique Hernández Pineda, Oscar de Jesús Lopera Arango, Elizabeth López Tobón, Milton Guillermo Nieto Triana, Gonzalo de Jesús Peláez Castañeda, Alcira Rosa Quiroz Hinestroza, Luis Enrique Ruiz Arango, Luis Aníbal Sánchez Echavarría, María Mercedes Usuga de Echavarría. [1265]

13. Finalmente, de las 14 personas individualizadas se resalta que Gustavo Manuel Arcia, Nelson Campo, Oscar Lopera, Francisco Eluber Cal Sánchez, Yomar Enrique Hernández Pineda, Elizabeth López Tobón, Gonzalo de Jesús Peláez Castañeda, Alcira Rosa Quiroz Hinestroza, Luis Enrique Ruiz Arango y Luis Aníbal Sánchez Echavarría acudieron a la jurisdicción contencioso administrativa a través del medio de control de reparación directa, siendo reparados conforme a sentencias emitidas por el Consejo de Estado.[1266]

14. Partiendo de estos hechos, se hará referencia a consideraciones específicas sobre la responsabilidad internacional del Estado de Colombia frente a las indebidas judicializaciones por

---

[1264] *Contestación del Estado colombiano*, 657–660.
[1265] Corte IDH, *Integrantes y militantes de la Unión Patriótica. Colombia*. Informe No. 170/17, Caso 11.227, Informe de Fondo, 6 de diciembre de 2017, ¶ 1474, nota al pie no. 467.
[1266] Consejo de Estado. *Contestación del Estado colombiano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. M.P. Guillermo Sánchez Luque, Anexo 6; Consejo de Estado. Sentencia de 10 de noviembre de 2016. C.P. Guillermo Sánchez Luque; En el caso de Gustavo Arcia se interpuso medio de control de Reparación Directa; el 29 de octubre de 2013 el Tribunal Administrativo de Antioquia, decidió negar las pretensiones con respecto a la Nación- Ministerio de Defensa; Ejército Nacional y declarar solidariamente responsables a la Nación- Consejo Superior de la Judicatura- Fiscalía General de la Nación por falla del servicio, sin embargo, la anterior decisión fue apelada y en sede del Consejo de Estado se aprobó un acuerdo conciliatorio entre las partes en litigio.

lo ocurrido en el caso de La Chinita y posteriormente se analizarán las situaciones particulares de cada una de las presuntas víctimas. Igualmente podrá consultarse un cuadro presentado como anexo, para tener información detallada sobre los procesos adelantados en la jurisdicción Contencioso-Administrativa de Colombia.

9.2 Consideraciones sobre la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por las indebidas judicializaciones de los militantes y simpatizantes de la UP en el caso La Chinita

La comisión de hechos internacionalmente ilícitos por parte de un Estado sugiere el nacimiento de una serie de obligaciones orientadas a la reparación del daño causado y la no repetición de tales conductas. Sin embargo, en aquellos eventos en los que el mismo Estado ha reconocido la existencia de un hecho ilícito internacional, dicho hecho ilícito ha cesado y se ha reparado, debe analizarse si dichos eventos son suficientes para dar cumplimiento a las obligaciones en cabeza del Estado. En tal sentido y siguiendo la estructura planteada, se procederá a determinar el contenido de la responsabilidad internacional de Colombia en el caso particular y si de ello se podrían derivar afectaciones al principio de subsidiariedad.

Para ello, será menester referirse a los efectos del reconocimiento del hecho ilícito adelantado por el Estado de Colombia frente a las indebidas judicializaciones de integrantes de la UP mediante las sentencias de la Corte Suprema de Justicia y las ordenes de preclusión (1); la cesación del hecho internacionalmente ilícito a partir de la sentencia de casación del año 2005 proferida por la Corte Suprema de Justicia y las Resoluciones de preclusión de la investigación penal en contra de los procesados (2); y las reparaciones efectuadas por el Estado Colombiano en favor de los integrantes de la UP en relación con las indebidas judicializaciones por el caso de La Chinita (3). Igualmente, se hará referencia a las garantías de no repetición frente a las indebidas judicializaciones de los integrantes de la UP por lo ocurrido en el barrio La Chinita (4).

9.2.1 Efectos del reconocimiento del hecho ilícito en el caso de las indebidas judicializaciones de integrantes de la UP por el caso de La Chinita

De conformidad con los Artículos de Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (ARSIWA) - Artículo 4º, los Estados son responsables por las actuaciones de sus agentes ya sea por acción u omisión.[1267]

Cabe resaltar que el Estado de Colombia, realizó un acto de reconocimiento temprano de hechos ilícitos y resarcimiento de los mismos con el fin de brindar satisfacción a las víctimas, adelantado por el expresidente de Colombia Juan Manuel Santos el 15 de septiembre de 2016, mediante un acto ceremonial de reconocimiento de responsabilidad [1268] resaltándose los siguientes apartados del discurso:

> "Quiero expresar que el exterminio y desaparición de la Unión Patriótica jamás debió haber ocurrido; y reconocer que el Estado no tomó las medidas suficientes para impedir y prevenir los asesinatos, los atentados y las demás violaciones, a pesar de que esa persecución estaba en marcha…
>
> (…) Es responsabilidad del Estado dar todas las garantías posibles para que estos hechos no vuelvan a ocurrir, incluyendo la garantía de que sus agentes y la sociedad en general se abstengan de la estigmatización que tanto contribuyo a la violencia contra la UP".[1269]

Adicionalmente, mediante nota remitida a la CIDH el 6 de septiembre de 2017, el Estado indicó que reconocía su responsabilidad internacional por violación de los derechos de la vida,

---

[1267] Comisión de Derecho Internacional. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA"), con comentarios, art. 4, comentario (4).
[1268] *Contestación del Estado colombiano*, 658.
[1269] Robayo, Ricardo. "Presidente pide perdón por genocidio de la UP." *Centro Nacional de Memoria Histórica*, 2016. https://centrodememoriahistorica.gov.co/presidente-pide-perdon-por-genocidio-de-la-up/

la integridad personal, reconocimiento de la personalidad jurídica, garantías judiciales, entre otros, en relación con el deber de garantía contenido en el artículo 1.1 de la CADH.[1270]:

> "Bajo este contexto, Colombia, en coherencia con el acto público presidido por el Señor Presidente de la República, en el cual se rindió homenaje a las víctimas de la Unión Patriótica y se reconoció la responsabilidad del Estado, desea manifestar, una vez más, en el marco del trámite del caso 11.227 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que, lejos de promover una política de olvido en relación con los hechos que produjeron en su momento la desaparición de la UP como organización política, el Estado de Colombia está fortaleciendo su institucionalidad para esclarecer la verdad y aportar a la construcción de la memoria histórica, pues hoy, más que nunca, el País es consciente de que la construcción de la paz y de la reconciliación supone no sólo dirigir la mirada hacia el futuro sino también implica recordar, aceptar los errores del pasado y pedir perdón.
>
> Por tanto, en este escrito, el Estado de Colombia, en concordancia con su voluntad de reivindicar los derechos de las víctimas, reconoce su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida - artículo 4 de la CADH - a la integridad personal - artículo 5 -, al reconocimiento de la personalidad jurídica - artículo 3 -, a la libertad personal - artículo 7 -, a la libertad de pensamiento y expresión - artículo 13, a la libertad de asociación - artículo 16 - , a la libertad de circulación - artículo 22 -, a los derechos políticos - artículo 23 -, a las garantías judiciales - artículo 8 - y a la protección judicial - artículo 25 - en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por no haber tomado las medidas necesarias y suficientes para prevenir e impedir los asesinatos, los atentados y los demás actos de violencia que se perpetraron en contra de los miembros de la Unión Patriótica, a pesar la evidencia de que esa persecución estaba en marcha". [1271]

[1270] *Ibíd.,* 659.

[1271] Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Colombia). *Observaciones finales. Caso 11.227 relativo a los militantes y simpatizantes de la Unión Patriótica*. 6 de septiembre de 2017, 18.

Del mismo modo, en la Contestación del Estado colombiano, se realizó un reconocimiento de responsabilidad internacional, en los siguientes términos:

> "En tercer lugar, el Estado reconoce, una vez más, que en el marco del complejo escenario de victimización contra la Unión Patriótica, no adoptó las medidas necesarias y suficientes para prevenir, mitigar e impedir los actos de hostigamiento en contra de la organización política, a pesar de la evidencia de los hechos violentos que estaban acaeciendo en contra de los militantes y simpatizantes de la Unión Patriótica. A su vez, reconoce que tampoco adelantó, de manera diligente, las investigaciones correspondientes a fin de identificar y, eventualmente, sancionar a los responsables de estos hechos que entrañan una especial gravedad (…).
>
> En concordancia con el reconocimiento de responsabilidad realizado por el Estado colombiano en nota remitida a la CIDH el 6 de septiembre de 2017, el Estado reitera que reconoce su responsabilidad internacional por la violación de los derechos a la vida - artículo 4 de la CADH - a la integridad personal - artículo 5 - , al reconocimiento de la personalidad jurídica - artículo 3 -, a la libertad personal - artículo 7 -, a la libertad de asociación - artículo 16 - , a la libertad de circulación - artículo 22 - , a los derechos políticos - artículo 23 -, a las garantías judiciales - artículo 8 - y a la protección judicial - artículo 25 - en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por no haber tomado las medidas necesarias y suficientes para prevenir e impedir los asesinatos, los atentados y los demás actos de violencia que se perpetraron en contra de los miembros de la Unión Patriótica (…).
>
> El Estado de Colombia reconoce responsabilidad internacional por incumplir los deberes de respeto y garantía, consagrados en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por aquellos hechos en los que en el nivel interno se ha proferido una condena contra la administración bajo el título de responsabilidad por acción, o contra agentes del Estado en procesos penales.".[1272]

[1272] *Contestación del Estado colombiano*, 657–668.

Conforme a tales reconocimientos de responsabilidad el gobierno de Colombia aceptó que las conductas contrarias a los derechos humanos bajo la CADH le son atribuibles en cuanto a **omisiones estatales,** lo cual se ajusta a lo dispuesto Artículo 4 del ARSIWA,[1273] ampliamente aceptada como una norma consuetudinaria.[1274] Sin embargo, es relevante indicar que en los reconocimientos previamente señalados junto con el alcance de los mismos según lo definido en la Contestación del Estado, no se hace un reconocimiento de responsabilidad frente a las indebidas judicializaciones de integrantes de la UP por la masacre de La Chinita.[1275]

En conclusión, el Estado colombiano realizó un reconocimiento de la existencia de un hecho ilícito mediante las decisiones adoptada por la Corte Suprema de Justicia en las que se indicó que el Estado tenía obligaciones constitucionales relativas a la cesación y reparación frente a las vulneraciones causadas.[1276]

En palabras de la Corte IDH, en su sentencia del 27 de julio de 2022, Colombia "no controvirtió que esas criminalizaciones indebidas hubiesen tenido lugar, pero afirmó que ese hecho ilícito había cesado"[1277]. En ese sentido, se procede a revisar los efectos de la cesación del hecho ilícito y posteriormente se analizarán las reparaciones causadas en jurisdicción contencioso administrativa colombiana.

[1273] Comisión de Derecho Internacional. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA"), con comentarios, art. 4, comentario (5).
[1274] International Court of Justice. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, 62–82, ¶ 62; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, 466–495, ¶ 81; League of Nations, *Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion* (Supplement to Vol. III), 3, 18.
[1275] *Contestación del Estado colombiano*, Capítulo VII: Reconocimiento de responsabilidad internacional, 657–789.
[1276] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de junio de 2005. Casación No. 19915, *Gustavo Manuel Arcia y otros*; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 63; Asamblea General de las Naciones Unidas. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Res. 60/147, 16 de diciembre de 2005, principio 18 (Principios de Reparación de la ONU).
[1277] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 425.

9.2.2 Efectos de la cesación del hecho internacionalmente ilícito en el caso de las indebidas judicializaciones

Los efectos de la cesación de un hecho que se alegaba como internacionalmente ilícito fueron sujetos de análisis por parte de la Corte Internacional de Justicia [CIJ] en el caso *Nuclear Tests* de 1974. La CIJ, al estudiar los alegatos presentados por los gobiernos de Australia y Nueva Zelanda sobre las pruebas nucleares realizadas por el gobierno de Francia en el atolón de Mururoa, determinó que el objetivo de la demanda había desparecido toda vez que el gobierno francés había anunciado el cese de las pruebas nucleares sobre dicho territorio.[1278] En ese caso, la CIJ analizó el objetivo del demandante al iniciar un proceso de litigio; para la CIJ el objetivo de Australia hacía referencia a que si las pruebas nucleares continuaban el Estado de Francia incurriría en violaciones al Derecho Internacional aplicable.[1279] La CIJ concluyó que la postura del gobierno francés no hacía referencia a las pruebas nucleares que ya se habían llevado a cabo en el atolón de Mururoa entre 1966 y 1971 sino exclusivamente a futuras pruebas.[1280]

De los argumentos presentados por las partes, se tiene que en ningún momento la parte peticionaria estableció la naturaleza del hecho internacionalmente ilícito en el caso La Chinita, es decir, no se refirió directamente a si tiene un carácter continuo (se extendió por un periodo determinado de tiempo) [1281] o si por el contrario fue instantáneo.[1282]

[1278] Corte Internacional de Justicia. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, 253, ¶ 26 ss.
[1279] *Ibíd.,* ¶ 27.
[1280] El alegato de Australia fue presentado con las siguientes palabras: The Court should adjudge and declare that "the carrying out of further atmospheric nuclear weapon tests in the South Pacific Ocean is not consistent with applicable rules of international law (subrayado fuera del texto original) *Nuclear Tests*, ¶ 25.
[1281] Comisión de Derecho Internacional. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA"), con comentarios, art. 14 (2), comentario (3).
[1282] Comisión de Derecho Internacional. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA"), art. 14 (1).

Ahora bien, la CIDH habla de efectos continuos hasta el año 2013, en relación con los hechos ocurridos entre 1994 y 2005,[1283] tales como las opiniones expresadas por algunos políticos del orden nacional, por ejemplo, el exvicepresidente de Colombia, Francisco Santos a través de la red social "Twitter" en los que indicó: "por un lado tienen los fusiles y en el otro la política" y agregó "¿contarán algunos cuadros de la UP en Urabá su participación en la masacre de La Chinita?" pese a que el proceso se anuló por tratarse de un "montaje judicial".[1284] Para la CIDH la calificación de estos hechos supone que el hecho internacionalmente ilícito tuvo un carácter continuo entre los años de 1986 y 2013.[1285]

En relación con las declaraciones del Sr. Francisco Santos como actos unilaterales, se tiene que estas son medio por los cuales sujetos del derecho internacional expresa su voluntad e intención cuando actúan en el campo de las relaciones y la normativa internacional.[1286] Normalmente, es a través de las declaraciones que se configuran los actos unilaterales de los Estados como fuente de obligaciones para los mismos. [1287]

Es necesario determinar si efectivamente dichos pronunciamientos en las circunstancias descritas pueden configurar la responsabilidad del Estado ya sea como un acto unilateral o como supuesto de continuidad del hecho ilícito o si por el contrario no tienen la entidad suficiente para generar consecuencias jurídicas internacionales. Las declaraciones realizadas como actos unilaterales pueden crear obligaciones legales y vinculantes para los sujetos del derecho internacional que las realizan.[1288]. Como sostuvo la CIJ en el caso *Nuclear Tests* (Australia/Francia), una declaración formulada públicamente por un órgano del Estado y con la intención de vincularse

[1283] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Informe No. 170/17, ¶ 1519.
[1284] *Ibíd.*
[1285] *Ibíd.*
[1286] Dörr, Oliver. "Declaration." En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e1397
[1287] Rodríguez Cedeño y Torres Cazorla. "Unilateral Acts of States in International Law." *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*. Oxford: Oxford University Press, enero de 2019.
[1288] Dörr, Oliver. "Declaration." En *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006. https://doi.org/10.1093/law:epil/9780199231690/e1397

crea un compromiso jurídico autónomo de ese Estado.[1289] Este último está obligado a seguir legalmente un curso de conducta **coherente con la declaración.**[1290]

Sin embargo, en el caso particular se tiene que los pronunciamientos no fueron realizados con la intención de vincular al Estado colombiano, y que por el contrario se limitaban a la esfera de opiniones personales que no eran consistentes con las conductas adoptadas por el gobierno, pues este último realizó actos públicos de resarcimiento frente las vulneraciones de derecho humanos sufridas por militantes y simpatizantes de la UP y que mediante la sentencia de casación de 2005 se había reconocido que las judicializaciones de integrantes de la UP por lo ocurrido en La Chinita no eran consistentes con los derechos de aquellos. También cabe resaltar que, en el caso de las declaraciones de Francisco Santos, estas fueron realizadas cuando ya no ostentaba el cargo de vicepresidente.[1291]

Frente a la continuidad del hecho ilícito, el caso de los integrantes y militantes de la UP en lo relacionado con la masacre en el Barrio La Chinita no refiere a un hecho internacionalmente ilícito que tenga tal continuidad que perdure a día de hoy (entiéndase 2020) pues los hechos internacionalmente ilícitos relacionados con el caso La Chinita, si bien tuvieron un carácter continuo conforme al artículo 14(2) de ARSIWA, esto fue durante un periodo determinado que no se extendió más allá del 2005, año en el que fue proferida la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia.[1292]

Aunque la CIDH en su informe argumentó que el carácter continuo del ilícito se dio hasta 2016, debe entenderse que aquel pronunciamiento del exvicepresidente Francisco Santos, no extiende el periodo de existencia del hecho internacionalmente ilícito, pues no es el acto contrario a derecho internacional que se alega en el particular (indebida judicialización de las

---

[1289] International Court of Justice. *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, 253, ¶¶ 43–51.
[1290] Comisión de Derecho Internacional. *Guiding Principles Applicable to Unilateral Declarations of States Capable of Creating Legal Obligations*, A/61/10, 367, principio 1.
[1291] Francisco Santos fue vicepresidente de Colombia entre los años 2002 y 2010; las declaraciones en Twitter fueron realizadas en 2013.
[1292] *Contestación del Estado colombiano*, 739–744 (cuadro de cesación del hecho ilícito internacional); Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de junio de 2005. Casación No. 19915, *Gustavo Manuel Arcia y otros*.

presuntas víctimas por lo ocurrido en La Chinita). Como fue expuesto en el capítulo 4, un hecho internacionalmente ilícito pierde su carácter de continuidad frente a alegatos futuros cuando este ha cesado, incluso si sus efectos permanecen, tal y como lo ha expresado la CDI en sus comentarios al artículo 14 de los ARSIWA[1293]

Para los hechos acaecidos en el barrio La Chinita, la misma Corte Suprema de Justicia del Estado Colombiano reconoció que los procesos adelantados en contra de integrantes y militantes de la UP en el Urabá Antioqueño constituyeron un hecho contrario a sus obligaciones constitucionales:

> "**Porque durante el proceso, especialmente durante la investigación, fue lesionado gravemente el genérico debido proceso en su especificidad de derecho de defensa; porque los mandatos constitucionales y legales que estructuran el proceso penal y exigen equilibrio entre instrucción acusación y defensa fueron desconocidos**, se impone a la Corte el deber de casar la sentencia, en la forma anunciada, tanto a petición de parte como oficiosamente".[1294]

A partir de lo anterior y considerando que los alegatos presentados por la CIDH y los peticionarios hacen referencia a las indebidas judicializaciones, debe entenderse que los supuestos fácticos que configuraron el hecho internacionalmente ilícito han cesado de manera definitiva, toda vez que, mediante la decisión en sede de casación adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el año 2005 y las resoluciones de prescripción de la acción penal de la Fiscalía, se dio fin a las indebidas judicializaciones de los integrantes de la UP sindicados de participar en la masacre en el barrio de La Chinita.

En la Sentencia del 27 de julio de 2022, al momento de referirse a la cesación del hecho internacionalmente ilícito, la Corte IDH efectivamente tomó el enfoque señalado. El tribunal

---

[1293] Comisión de Derecho Internacional. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, Res. AG 56/83, Doc. ONU A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA"), con comentarios, art. 14 (2), comentarios (5), (6), supra nota 176.
[1294] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de junio de 2005. Casación No. 19915, *Gustavo Manuel Arcia y otros*.

limitó su análisis al proceso judicial, culminado con la Sentencia de la Corte Suprema, y a las reparaciones a las que hizo referencia el Estado a las que podían acceder las víctimas por la vía contencioso-administrativa.[1295] En este punto no hizo referencia a las declaraciones hechas por el exvicepresidente.

Sin embargo, la Corte diferenció entre dos grupos de víctimas para referirse a la cesación del hecho internacionalmente ilícito. Por un lado, identificó un grupo de víctimas que efectivamente habían recibido una reparación en el marco de acciones de reparación directa que habían interpuesto, que fueron falladas a su favor y que se encontraban en firme[1296]; Por otro lado, aquellas víctimas que no habían incoado la vía contencioso-administrativa o aquellas que, habiendo recurrido a la jurisdicción, se les habían negado las pretensiones o las decisiones no se encontraban en firme.[1297] Frente a las primeras, la Corte reconoció que la violación de los derechos había cesado y había sido reparada por el Estado. Frente a las segundas, declaró la responsabilidad del Estado por los hechos de criminalización infundada.

La Corte justificó esta diferenciación con base en que consideraba que el argumento del Estado, de que dentro de su ordenamiento jurídico existían recursos efectivos para solicitar la reparación (v.g. la acción de reparación directa) y que la responsabilidad de no iniciar la acción recaía exclusivamente en las víctimas y sus representantes, se correspondía a "un alegato de excepción preliminar por falta de agotamiento de recursos internos. Sin embargo, en la etapa de fondo del caso, no corresponde al Tribunal determinar si se agotaron los recursos disponibles y efectivos por parte de las presuntas víctimas para determinar la responsabilidad del Estado"[1298]. Asimismo, refirió que la existencia en abstracto de un recurso efectivo o incluso la existencia de una sentencia favorable de primera instancia, es decir, que no se encuentra en firme, tampoco podía considerarse como una reparación del daño que hiciera considerar que la violación de los derechos de las víctimas hubiera cesado.[1299]

[1295] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶¶ 426–442.
[1296] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 436.
[1297] Corte IDH, *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica*, Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 437.
[1298] *Ibíd.,* ¶ 434.
[1299] *Ibíd.*

Por otra parte, vale mencionar que la Corte IDH incluyó dentro de su análisis la violación de los derechos a la dignidad y el honor de las víctimas, contenidos en el artículo 11 de la Convención Americana. Aunque reconoció que un proceso en sí mismo no genera la vulneración de los derechos, "estos procesamientos indebidos, los cuales fueron reconocidos por el Estado, se inscriben en un contexto más amplio de actos de violencia, de estigmatización, de desprestigio y de descrédito hacia los integrantes y dirigentes del partido político Unión Patriótica"[1300]. Por lo anterior, consideró que el Estado era internacionalmente responsable por la violación de estos derechos, dando a entender que consideraba que, respecto del segundo grupo de víctimas mencionado anteriormente, la violación de ese derecho no había cesado con la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

9.2.3 Efectos de las reparaciones realizadas por el Estado de Colombia frente a los integrantes de la UP por las indebidas judicializaciones en el caso de La Chinita

A continuación, se hará referencia a las situaciones particulares de las 14 presuntas víctimas identificadas por las indebidas judicializaciones por la masacre de La Chinita. Para tales efectos, se procederá analizar la situación de quienes han sido reparados a nivel interno (i), aquellos cuyos recursos fueron rechazados (ii) y aquellos frente a los que no se tiene evidencia de agotamiento de recursos internos estando el medio de control de reparación directa disponible (iii).

i. Responsabilidad internacional de Colombia frente a las presuntas víctimas Gustavo Manuel Arcia, Nelson Campo y Oscar Lopera, Francisco Eluber Cal Sánchez, Yomar Enrique Hernández Pineda, Elizabeth López Tobón, Gonzalo de Jesús Peláez Castañeda, Alcira Rosa Quiroz Hinestroza, Luis Enrique Ruiz Arango y Luis Aníbal Sánchez Echavarría

Según la información disponible en la rama judicial del Estado de Colombia, se tiene que las presuntas víctimas Gustavo Manuel Arcia, Nelson Campo Núñez, Oscar de Jesús Lopera Arango, Francisco Eluber Cal Sánchez, Yomar Enrique Hernández Pineda, Elizabeth López Tobón, Gonzalo de Jesús Peláez Castañeda, Alcira Rosa Quiroz Hinestroza, Luis Enrique Ruiz

[1300] *Ibíd.,* ¶ 440-441.

Arango y Luis Aníbal Sánchez Echavarría a través del medio de control de reparación directa, fueron reparados conforme a lo previsto en decisiones del Consejo de Estado en los años 2016 y 2020.[1301]

De estos casos se tiene que el gobierno de Colombia cumplió con su obligación de reparar por el hecho internacionalmente ilícito, toda vez que no solo cesó el hecho ilícito a través de la sentencia, sino que, mediante su legislación nacional, **otorgó mecanismos adecuados y suficientes para la reparación de las víctimas**.

En este acápite es menester referirse al porque el medio de control de reparación directa no solo constituye un medio adecuado y efectivo, sino que además en el caso de estas víctimas cumplió con estas características para su debida reparación, pues tal y como sostuvo la Corte en *Vereda La Esperanza V. Colombia,* no basta con demostrar que un recurso es adecuado en abstracto para reparar violaciones a derechos humanos, sino que es necesario que el Estado precise si la utilización de dicho mecanismo de reparación ha sido efectivamente utilizado por las víctimas.[1302]

Con respecto al estándar de Recurso Adecuado, la Corte IDH ha establecido que alude a que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida.[1303] Por lo tanto no se requiere que se agoten todos los

---

[1301] Consejo de Estado. *Contestación del Estado colombiano*. Sentencia de 26 de septiembre de 2016. M.P. Guillermo Sánchez Luque, Anexo 6; Consejo de Estado. Sentencia de 10 de noviembre de 2016. C.P. Guillermo Sánchez Luque; en el caso de Gustavo Arcia se interpuso medio de control de reparación directa; el 29 de octubre de 2013 el Tribunal Administrativo de Antioquia decidió negar las pretensiones respecto de la Nación–Ministerio de Defensa y el Ejército Nacional, y declarar solidariamente responsables a la Nación–Consejo Superior de la Judicatura y la Fiscalía General de la Nación por falla del servicio; sin embargo, la decisión fue apelada y en sede del Consejo de Estado se aprobó un acuerdo conciliatorio entre las partes en litigio; frente a la reparación de Francisco Eluber Cal Sánchez, Yomar Enrique Hernández Pineda, Elizabeth López Tobón, Gonzalo de Jesús Peláez Castañeda, Alcira Rosa Quiroz Hinestroza, Luis Enrique Ruiz Arango y Luis Aníbal Sánchez Echavarría, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 23 de noviembre de 2020.
[1302] Corte IDH, *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Sentencia de 31 de agosto de 2017, ¶ 264.
[1303] Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, ¶ 64; *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, ¶ 67; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*, Sentencia de 15 de marzo de 1989, ¶ 88; *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 52, Sentencia de 30 de mayo de 1999, ¶ 185; *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 207, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, ¶ 131; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 215, Sentencia de 30 de agosto de 2010, ¶ 183; *Caso Flor Freire v. Ecuador*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 315, Sentencia de 31 de agosto de 2016, ¶¶ 208–211; *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 344, Sentencia de 23 de noviembre de 2017, ¶ 155.

mecanismos previstos en la legislación interna, sino solo aquellos que resulten apropiados a la situación particular.[1304]

En este caso no se trata de analizar si al momento de las indebidas judicializaciones existía un recurso adecuado y efectivo, tal y como sostiene la CIDH,[1305] pues no es un punto que el Estado Colombiano pareciere poner en disputa y además como este último reconoció la existencia de un hecho ilícito derivado de tales acontecimientos, lo que debe analizarse es si estas personas contaban con un mecanismo adecuado y efectivo para exigir su reparación en virtud de dicho reconocimiento de la existencia de un hecho ilícito.

En este sentido y como se evidencia en la Contestación, la misma Corte IDH ha reconocido la validez del recurso contencioso administrativo en la reparación de hechos relacionados con violaciones a la CADH.[1306] Incluso reconociendo que la jurisdicción contencioso-administrativa permite un acceso más expedito a reparaciones por el daño causado.[1307]

En cuanto a la efectividad del recurso, para la Corte IDH esto significa que el recurso sea capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido.[1308] Precisamente es el medio de control de reparación directa aquel que busca declarar la responsabilidad del Estado por hechos antijuridicos cometidos por aquel. De acuerdo con el *Artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* **[CPACA]***: "(...)* **la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado.** (Negrilla fuera del texto original).

De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras circunstancias, cuando la causa del daño sea un hecho**, una omisión**, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o **por cualquiera otra**

[1304] *Ibíd.*
[1305] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Informe No. 170/17, ¶ 1478.
[1306] Corte IDH, *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 192, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, ¶ 167.
[1307] Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) v. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014, ¶ 548.
[1308] Corte IDH, *Caso Castillo Páez*. Excepciones Preliminares, Sentencia de 30 de enero de 1996, ¶ 40; *Caso Loayza Tamayo*. Excepciones Preliminares, Sentencia de 31 de enero de 1996, ¶ 40.

causa imputable a una entidad pública… (Negrilla fuera de texto original)[1309]. Específicamente, el Consejo de Estado ha señalado que el denominado "error judicial" es una causal de activación del medio de control de reparación directa.[1310]

Partiendo del análisis realizado sobre el caso *Cruz Sánchez y otros V. Perú*, al igual que el presente caso, el Estado de Colombia adoptó las acciones apropiadas para asegurar el cumplimiento de la CADH, si bien después de ocurridos los hechos. En el caso particular fue la decisión de la sala de casación de la Corte Suprema de Justica aquel mecanismo mediante el cual se dio protección a los derechos humanos de los procesados por las indebidas judicializaciones. Posterior a ello, debe resaltarse que las personas mencionadas acudieron al medio de control de reparación directa por los hechos citados, lo agotaron y fueron debidamente reparadas en jurisdicción contencioso-administrativa de Colombia.

En *Andrade Salmón V. Bolivia,* la Corte IDH constató que la señora Andrade fue beneficiaria, tal y como afirmo en audiencia pública, de una compensación económica de USD 50.000. Al respecto señaló:

> "En este sentido, en atención a la práctica del Tribunal en la concesión de montos otorgados en casos donde se han constatado detenciones ilegales o arbitrarias similares a la reconocida por el Estado en el presente caso, la Corte considera que esta compensación resulta adecuada para reparar la violación al derecho a la libertad personal de la señora Andrade. Más aun a la luz de las reparaciones solicitadas por la Comisión y los representantes, específicamente para estos hechos. En efecto, consta que la Comisión únicamente solicitó medidas pecuniarias en los siguientes términos 'reparar adecuadamente las violaciones de derechos humanos declaradas

[1309] Ley 1437 de 2011, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", *Diario Oficial* No. 47.956, 18 de enero de 2011.
[1310] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2018. C.P. María Adriana Marín; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

> en el […] informe tanto en el aspecto material como moral, tomando en cuenta los montos ya percibidos por la señora Andrade por concepto de reparación'"[1311].

En el particular, y como se puede constatar en el anexo al escrito, se tiene que los montos indemnizatorios obtenidos a través del medio de control de reparación directa por las indebidas judicializaciones de militantes de la UP por lo ocurrido en La Chinita superan los USD 80.000.

Frente a estas víctimas se hace aún más evidente que si llegase a existir un pronunciamiento por parte de la Corte IDH, esta actuaría como cuarta instancia en contravención de la CADH. En el caso *Duque v. Colombia*, fue la misma Corte IDH la que sostuvo que cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a la Corte para su aprobación o confirmación y que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho y reparar el daño ocasionado por sus propios medios.[1312]

Como en estos casos las reparaciones fueron dictaminadas por el Consejo de Estado, en su calidad de órgano de cierre bajo la legislación colombiana,[1313] se debe entender que la situación de estas personas se ha resuelto de manera definitiva en el orden interno. Una orden de la Corte IDH encaminada a reabrir los procesos de las víctimas reparadas por el Estado Colombiano, implicaría un desconocimiento de los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, lo cual solo tendría legitimidad si en su revisión la Corte identificase que, con dichos procesos, el Estado transgredió sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

[1311] Corte IDH, *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*, ¶ 101 (ver nota al pie 171): frente a la práctica de la Corte IDH en cuanto a montos otorgados en casos de detenciones ilegales o arbitrarias en el caso *Galindo Cárdenas v. Perú*, en el cual se determinó la responsabilidad internacional del Estado por la violación al artículo 5.1; 7 incisos 1 a 6; 8.1 y 8.2, y 25 de la Convención, la Corte ordenó al Estado una indemnización por daño material e inmaterial de USD 50.000, aunado a medidas destinadas a cesar los efectos jurídicos de la violación identificada. Igualmente, en el caso Wong Ho Wing V. Perú, en el que se determinó la violación de los artículos 7.1, 7.3, 7.5, 7.6 y 8.1, la Corte ordenó una indemnización por la cantidad de USD 30.000, y ordenó medidas dirigidas a cesar su detención arbitraria.

[1312] Referirse al acápite II.C.(2) del presente documento.

[1313] Constitución Política de Colombia; Ley 270 de 1996; Ley 1437 de 2011.

Adicionalmente, como se expuso en el capítulo 4 de este documento, en el caso de *Miguel Piñeros* la CIDH, reconociendo el carácter subsidiario del Sistema Interamericano, declaró que, en efecto, el peticionario ya había sido reparado en jurisdicción interna y que al no haber presentado información suficiente para determinar un estándar de denegación de justicia o violación del debido proceso que sustantivamente permitiese afirmar que los tribunales internos de Colombia vulneraron sus derechos bajo la CADH, no le correspondía declarar las pretensiones como admisibles.[1314]

Por todo lo anterior, como en el presente caso ni la CIDH ni la parte peticionaria se refirieron a las sentencias emitidas por el Consejo de Estado, ni se solicitó su compatibilidad con disposiciones de la CADH, se configuraría un supuesto de cuarta instancia, salvo que exista evidencia de incompatibilidad entre estas reparaciones y los mandatos de la CADH, supuesto en el cual la Corte podrá referirse sobre el contenido de las decisiones adoptadas a nivel interno.

Como fue señalado previamente, en la Sentencia de 2022, la Corte evaluó la reparación dada a las víctimas por medio de las sentencias del Consejo de Estado que se encontraban en firme, reconociendo que el Estado "reparó la violación a los derechos a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la protección judicial por los hechos de judicialización indebida, la Corte concluye que las mismas fueron subsanadas por las autoridades internas"[1315]. Aunque no hace un pronunciamiento expreso, la Corte avala el mecanismo de la reparación directa como un recurso judicial adecuado para la reparación de los daños sufridos por las víctimas.

ii. Responsabilidad internacional de Colombia frente a las presuntas víctimas cuyos recursos fueron rechazados

En el caso de los ciudadanos Alexander de Jesús Galindo Muñoz y Milton Guillermo Nieto Triana, ellos interpusieron el medio de control de reparación directa, sin embargo, sus casos fueron archivados.

[1314] *Ídem,* ¶ 17.
[1315] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 436.

Tanto la Corte IDH,[1316] como la CIDH,[1317] han sido bastante enfáticas en que el requisito dispuesto en el artículo 25 de la CADH no hace referencia a si la presunta víctima no obtiene el resultado esperado entonces esta puede acudir al SIDH. Según la Comisión, el mero hecho de que un recurso interno no produzca un resultado favorable al reclamante no demuestra, por sí solo, la inexistencia o el agotamiento de todos los recursos internos eficaces, pues podría ocurrir –por ejemplo– que el reclamante no hubiera acudido oportunamente al procedimiento apropiado.[1318]

En los casos en cuestión, la jurisdicción contencioso-administrativa encontró fallas en cuanto a los procedimientos iniciados por las presuntas víctimas y procedió conforme a los términos previstos en la legislación nacional, a archivar los procesos en cuestión. Específicamente la decisión de archivar se debió a causas imputables a los peticionarios, siendo en el caso del señor Galindo Muñoz la caducidad de la acción y la falta de cumplimiento de requisitos legales, y en el caso del señor Nieto Triana el archivo del proceso por declaratoria de perención de la acción en virtud de la inactividad procesal del peticionario. En el caso de Milton Nieto se declaró la perención del proceso por inactividad procesal del señor Nieto y en el caso Alexander Galindo se declaró la caducidad de la acción toda vez que esta fue interpuesta por el demandante transcurridos 2 años de la cesación del hecho generador de responsabilidad estatal.

Ahora bien, debe considerarse que las causales de rechazo previamente mencionadas no suponen cargas irrazonables para los peticionarios, más aún cuando se tiene que 10 de los 14 peticionarios individualizados acudieron al medio de control de reparación directa y fueron debidamente reparados. Por otro lado, se tiene que dichas causales no supusieron cargas irrazonables para los dos peticionarios, pues tal y como se indicó en el párrafo anterior, en el Caso del señor Nieto se tiene que no hubo actuación procesal adelantada por el peticionario después de

[1316] Corte IDH, *Caso Zegarra Marín v. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017, ¶¶ 52–56.
[1317] Corte IDH, *Caso Zegarra Marín v. Perú*. Informe de Admisibilidad No. 20/09, 19 de marzo de 2009, folio 2442.
[1318] Corte IDH, *Informe No. 27/93*, Caso 11.092, Canadá, adoptado el 6 de octubre de 1993, en *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D. C., 1994, p. 61, ¶ 28.

la interposición del medio de control de reparación directa, lo que llevo a la declaratoria de perención del proceso mediante Auto del 02 de marzo de 2002 emitido por el Tribunal Administrativo de Antioquia.[1319]

Igualmente, en el caso del señor Galindo, se tiene que este realizó presentación extemporánea del recurso, haciendo operante la caducidad del medio de control de reparación directa según lo dispuesto en el numeral (8) del artículo 136 del antiguo Código Contencioso Administrativo (Derogado hoy por el CPACA, ver numeral (i) art 164).[1320]

Considerando que la cesación del hecho generador de responsabilidad estatal se dio mediante la decisión de la Corte Suprema de Justica en el año 2005 y las ordenes de preclusión emitidas por la fiscalía general de la nación emitidas el 31 de enero de 2006, el tiempo establecido para la presentación de la acción sería hasta el 31 de enero de 2008. Sin embargo, la radicación del proceso relativo a la reparación directa interpuesta por el señor Galindo data del 12 de febrero de 2008, razón por la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia emitió auto rechazando la demanda por no cumplimiento de requisitos y por caducidad de la acción el 24 de julio de 2008.[1321]

Por lo tanto, debería entenderse que en el caso de estas dos personas tampoco se cumpliría con el requisito del artículo 25 de la CADH, pues hubo un agotamiento indebido de los recursos internos, lo cual no activa *perse* la jurisdicción de la Corte IDH en el particular.

Sin embargo, de lo anterior, la Corte efectivamente declaró la responsabilidad de Colombia por violación de los derechos a la libertad personal (artículo 7), las garantías judiciales (artículo 8) y el acceso a la justicia (artículo 25), en relación con el deber de respeto contenido en el artículo 1.1. de la Convención Americana respecto de Alexander de Jesús Galindo Muñoz y Milton Guillermo Nieto Triana.

[1319] Tribunal Administrativo de Antioquia, Auto del 03 de diciembre de 2002, por el cual se ordena el archivo de la diligencia por perención.
[1320] Decreto 1 de 1984, "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", *Diario Oficial* No. 36.439, 10 de enero de 1984.
[1321] Tribunal Administrativo de Antioquia. Auto de 24 de julio de 2008, por el cual se rechaza la demanda en el proceso 05001233100020080023600, accionante Alexander de Jesús Galindo Muñoz.

Para justificar esta decisión, la Corte IDH señaló que "en lo que respecta a las víctimas (…) para las cuales los recursos fueron negados y las causas archivadas, este Tribunal entiende que los mismos tampoco pueden interpretarse como hipótesis de reparación por parte del Estado"[1322]. Frente a los alegatos del Estado respecto a las víctimas incluidas en esta categoría, la Corte los caracteriza como un argumento a favor de la excepción preliminar de indebido agotamiento de los recursos internos – no como un asunto de cuarta instancia – pero no brinda mayores razones al considerar que esos alegatos debían haber sido presentados en la etapa procesal anterior al estudio del fondo del asunto.[1323]

iii. Responsabilidad internacional de Colombia frente a las presuntas víctimas Albeiro de Jesús Bustamante Sánchez y María Mercedes Usuga de Echavarría

Según la jurisprudencia de la Corte IDH el carácter complementario de la jurisdicción internacional del SIDH no es sustitutivo de las jurisdicciones nacionales si no que precisamente busca complementarlas, de tal manera que es el Estado, como principal garante de los derechos humanos de las personas quien debe resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, **antes que responder ante instancias internacionales.**[1324]

Para que lo anterior se materialice, los Estados deben tener la oportunidad de ejercer su jurisdicción sobre las presuntas violaciones. Sin embargo en el caso de Albeiro de Jesús Bustamante Sánchez y María Mercedes Usuga de Echavarría, no se cuenta con información de que acudiesen a mecanismos internos de Colombia para solicitar la reparación por los afectaciones causadas. En tal sentido es necesario recalcar que la jurisdicción Colombia cuenta con recursos adecuados y efectivos **disponibles,** como lo es el medio de control de reparación directa, (el cual ha sido interpuesto y fallado a favor de 10 de las 14 personas individualizadas) para ser utilizados por las victimas en aras de lograr la reparación por las indebidas judicializaciones.

[1322] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 435.
[1323] *Ibíd.,* ¶434.
[1324] Corte IDH, *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, ¶ 66; *Caso Duque v. Colombia*, ¶ 128.

Por lo anterior, y considerando que el Estado de Colombia no ha tenido oportunidad de reparar a las presuntas víctimas Albeiro de Jesús Bustamante Sánchez y María Mercedes Usuga de Echavarría, un pronunciamiento de la Corte IDH que establezca la responsabilidad del Estado supondría una omisión a las bases fundantes del principio de complementariedad. Aun así, la Corte IDH finalmente incluyo a estas víctimas en el mismo grupo que las del acápite anterior. La Corte declaró la responsabilidad internacional del Estado en estos casos debido a que no se presentaron los argumentos como excepciones preliminares en la etapa procesal oportuna.[1325]

9.2.4 Sobre las Garantías de No Repetición y criterios de satisfacción en la reparación integral frente a las indebidas judicializaciones de integrantes de la UP por el caso de La Chinita

Como una de las medidas de reparación integral consiste en el criterio de satisfacción, se considera bajo este análisis que estos actos de reconocimiento de responsabilidad abarcarían de manera suficiente dicho criterio conforme a los estándares internacionales. Las medidas de satisfacción tienen el objetivo de reintegrar la dignidad de las víctimas y ayudar a reorientar su vida o memoria.[1326] La Corte IDH ha establecido que estas medidas buscan el reconocimiento de la dignidad de las víctimas o transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos sujetos a evaluación, así como evitar que se repitan tales violaciones.[1327]

En el caso de los *Niños de la Calle*, la Corte IDH determino que una forma de cumplir con el criterio de satisfacción, entre otras, es la reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan

[1325] Corte IDH. *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 434.
[1326] Asamblea General de las Naciones Unidas. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Res. 60/147, principio 22.
[1327] Corte IDH. *Caso De la Cruz Flores v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 115, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, ¶ 164.

a ocurrir.[1328] Esta percepción ha sido ratificada en varias decisiones, incluso por fuera del ámbito de los derechos humanos como manifestación clara del criterio de satisfacción.[1329]

Bajo estos parámetros, se podría sustentar que el Estado, por medio de estos actos oficiales, ha contribuido a la reparación integral de las víctimas en el marco sus medidas internas, lo que igualmente permite concluir que el mero reconocimiento de responsabilidad por sí solo no es suficiente para cumplir con las obligaciones convencionales y consuetudinarias en el marco del SIDH, más ello contribuye a la satisfacción de la obligación de reparación en atención a las vulneraciones.

En relación con el caso concreto se tiene que las presuntas víctimas del particular han acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa, a través del medio de control de reparación directa, con la finalidad de ser reparados por los hechos previamente analizados. En este punto haremos referencia a lo sustentado por el Estado Colombiano, ya que ni la CIDH ni la peticionaria refirieron, la existencia de estos procedimientos.

Las garantías de no repetición han sido definidas como medidas que deben ser adoptadas por los Estados con el fin de prevenir futuras violaciones a los derechos humanos.[1330] Estas medidas se tratan de resoluciones judiciales de naturaleza condenatoria, con las cuales se busca que el Estado emprenda acciones concretas orientadas a eliminar de manera directa una alegada falla o deficiencia estructural del sistemas nacional que está permitiendo o favoreciendo violaciones reiterativas a los derechos humanos.[1331] Entre estas medidas se encuentran:

[1328] Corte IDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Serie C No. 77, Sentencia de 26 de mayo de 2001, ¶ 84.
[1329] United Nations. *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair*, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3) (1990), 273, ¶ 123; Corte Internacional de Justicia. *Corfu Channel case*, Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949, 4–35.

[1330] Shelton, Dinah. *Remedies in International Human Rights Law*. 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
[1331] Londoño, María C. y Hurtado. "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional." *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* nueva serie, año XLX, núm. 149 (enero–abril de 2017): 725–775; Londoño, María C. *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Universidad de La Sabana; Tirant lo Blanch, 2014.

a. El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad

b. La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad;

c. El fortalecimiento de la independencia del poder judicial;

d. La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos;

e. La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad;

f. La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales;

g. La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales;

h. La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.[1332]

[1332] Asamblea General de las Naciones Unidas. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, Res. 60/147, principio 23.

i. En relación con este mecanismo, la Corte IDH se ha destacado por ordenar, a través de sus sentencias, la adopción de garantías de no repetición, con la finalidad de genera un impacto social mayor y prevenir la repetición de actos que permitan el mismo tipo de violaciones.[1333] En el caso de *Trujillo-Oroza v. Bolivia*, la Corte IDH reconoció de manera explícita que estas garantías son otorgadas con base en la obligación general de respeto, protección y garantía contenida en el artículo 1º de la CADH.[1334]

Se tiene que en más de 37 casos la Corte IDH ha ordenado como garantía de no repetición, la modificación de la legislación interna conforme los parámetros establecidos en las diferentes sentencias, para que estas se ajusten a la normativa interamericana.[1335]

La Corte IDH también ha dictaminado como garantías de no repetición, tanto cursos como capacitaciones para servidores públicos, militares, policías, personal administrativo y judicial, tendientes al cumplimiento y protección de los derechos humanos a través de sus distintas actividades.[1336] Por otro lado, también ha reconocido en el marco de las garantías de no repetición el desglose de información sobre resultados de los procesos de formación comprometidos por los Estados,[1337] mejoramiento de las condiciones carcelarias; garantía del derecho de acceso a información bajo control del Estado;[1338] campañas nacionales de sensibilización sobre la

---

[1333] Quintana, Francisco. "Reparations: A comparative perspective." En *Reparations in the Inter-American System: A comparative approach*, *American University Law Review* 56 (2007): 1388.
[1334] Corte IDH, *Caso Trujillo Oroza v. Bolivia*. Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de febrero de 2002, ¶ 110; Ver, Schonsteiner, Judith. "Dissuasive measures and the 'society as a whole': A working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights." *American University International Law Review*, no. 1 (2011): 147.
[1335] Ver, Corte IDH, *Caso Vargas-Areco v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 155, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, ¶ 176.14; Corte IDH, *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 123, Sentencia de 11 de marzo de 2005, ¶ 143.5; Corte IDH, *Caso Raxcacó-Reyes v. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 133, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, ¶¶ 145.6, 145.7; Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*. Reparaciones y Costas. Serie C No. 87, Sentencia de 30 de noviembre de 2001, ¶ 50.5(b); Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 182, Sentencia de 5 de agosto de 2008, ¶ 267.19.
[1336] Corte IDH, *Caso Caracazo v. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Serie C No. 95, Sentencia de 29 de agosto de 2002, ¶ 143.4(b); Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 99, Sentencia de 7 de junio de 2003, ¶ 201.12.
[1337] Corte IDH, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, ¶272, 273.
[1338] Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, ¶ 241; *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*, ¶ 135; *Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*, ¶ 134; *Caso López Álvarez v. Honduras*, ¶¶ 209–210; *Caso Montero Aranguren y otros v. Venezuela*, ¶¶ 145–146.

situación de los niños;[1339] medidas para dotar de eficacia al recurso de "habeas corpus" respecto de los casos de desaparición forzada;[1340] promoción de mecanismos de prevención, vigilancia y solución de conflictos sociales,[1341] entre otras.[1342]

En el caso particular, debe someterse a consideración de la Corte IDH que el Estado de Colombia, más allá del reconocimiento de su responsabilidad en relación con los simpatizantes y militantes de la Unión Patriótica, tomó medidas tendientes a la no repetición de hechos y situaciones vulneradoras de los derechos humanos. Al respecto, se presentan las siguientes:

1. Mediante la ley 1448 de 2011, "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones", se creó la Unidad para la atención y reparación integral a las víctimas, entidad que, en virtud de su mandato legal, es la encargada de crear estrategias de no repetición y que desde el año 2013 creo el grupo de garantías de no repetición adscrito a la Dirección de Reparación.[1343]

2. Desde el año 2012, dicha Unidad convoca una mesa de trabajo interinstitucional para la definición y flexibilización de las condices institucionales para la garantía de una reparación integral a la Union Patriótica, siendo que, en 2013 tras un trabajo conjunto con varios representantes del partido, el Ministerio del Interior creo el Comité de Garantías Electorales para la Unión Patriótica mediante Resolución 2012 de 2013.[1344]

[1339] Corte IDH, *Caso Servellón García y otros v. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, ¶ 202.
[1340] Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela*. Sentencia de 28 de noviembre de 2005, ¶ 102.
[1341] Corte IDH, *Caso Comunidad Moiwana v. Surinam*. Sentencia de 15 de junio de 2005, ¶ 212; *Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, ¶ 311.
[1342] Rojas, Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988–2007)*. 2ª ed. Santiago de Chile: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, junio de 2009, 61 ss.

[1343] Ley 1448 de 2011, "Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones", 10 de junio de 2011, art. 166; Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, *Garantías de no repetición*, Atención, Asistencia y Reparación Integral – Ruta Integral Individual, https://www.unidadvictimas.gov.co/es/ruta-integral-individual/garantias-de-no-repeticion/173
[1344] Ministerio del Interior (República de Colombia). *Informe del cuatrienio 2010–2014*. Oficina Asesora de Planeación del Ministerio del Interior, 26.

3. Asimismo, el Ministerio del Interior y la Unidad para las Víctimas desde diciembre de 2013, han adelantado acciones de fortalecimiento a la UP, encaminadas a la difusión de la verdad, la reconstrucción de la memoria y la no repetición de los hechos cometidos contra la UP. Se destacan la emisión de cuñas radiales sobre la historia de la UP y la producción y difusión de un documental sobre la historia del partido político.[1345]

4. Por último, dicha Unidad acompaño la expedición del Decreto 2096 del 11 de octubre de 2012, "Por el cual se unifica el Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y el Partido Comunista Colombiano y se dictan otras disposiciones" instrumento que establece medidas complementarias de protección dirigidas a garantizar acceso a vivienda, asistencia en salud y rehabilitación e iniciativas productivas.[1346]

De lo anterior, se puede concluir que el Estado tomó y continúa trabajando en la adopción de garantías de no repetición de manera genérica frente a las actuaciones que atentaron contra los derechos humanos de militantes y simpatizantes de la Unión Patriótica.

9.3 Corolario: Sistematización de los aprendizajes del Caso de la Masacre del Barrio "La Chinita" en el marco de la aplicación del principio decisorio de subsidiariedad sustantiva (R-C-R)

A partir de las observaciones presentadas previamente que incluyen la perspectiva académica y las conclusiones alcanzadas por la Corte IDH en la Sentencia de 27 de julio de 2022, es posible esquematizar los hallazgos que fundaron la decisión de la Corte de declarar la responsabilidad internacional del Estado respecto a una parte de las víctimas.

[1345] Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UARIV). *Unión Patriótica. Atención, asistencia y reparación integral – Ruta de reparación colectiva*, https://www.unidadvictimas.gov.co/es/union-patriotica/395

[1346] *Ídem;* Decreto 2096 de 2012, "Por el cual se unifica el Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y el Partido Comunista Colombiano y se dictan otras disposiciones", *Diario Oficial* No. 48.580, 11 de octubre de 2012.

Tabla 4. Comparación de decisiones internas y análisis ante la Corte IDH

				SEGÚN LA CORTE IDH			**ADMISIBILIDAD**	**FONDO**
VÍCTIMAS	**DERECHOS (ARTS.)**	**CORTE SUPREMA**	**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**	**RECONOCIMIENTO**	**CESACIÓN**	**REPARACIÓN**	**FALTA DE AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS**	**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**
Gustavo Manuel Arcia	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO
Francisco Eluber Calvo Sánchez	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO
Nelson Campo Núñez	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO
Andrés Pérez Berrío	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	SÍ	NO	NO
Albeiro de Jesús Bustamante Sánchez	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	NO	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
María Mercedes Úsuga de Echavarría	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	NO	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Milton Guillermo Nieto	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	RECHAZADO	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Alexander de Jesús Galindo Muñóz	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	RECHAZADO	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Oscar de Jesús Lopera Arango	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ

Alcira Rosa Quiroz Hinestroza	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Elizabeth López Tobón	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Gonzalo de Jesús Peláez Castañeda	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Luis Aníbal Sánchez Echavarría	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Luis Enrique Ruiz Arango	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Consejo de Estado	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Yomar Enrique Hernández Pineda	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Primera Instancia	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Cipriano Antonio Ruiz Quiroz	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Primera Instancia	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Mario Urrego González	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Primera Instancia	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Melquisedec Espitia	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Primera Instancia	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ
Gustavo Arenas Quintero	8, 25, 7 y 11 CADH	SÍ	Primera Instancia	SÍ	SÍ	NO	SÍ	SÍ

Nota. Elaboración propia a partir de las decisiones del Consejo de Estado y tribunales internos colombianos, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el contexto del Caso de "La Chinita", aunque la Corte IDH termina declarando la responsabilidad internacional del Estado, la posición de Colombia fue la de defender el marco normativo existente para responder a violaciones de derechos humanos, apelar a las decisiones de sus propios organismos jurisdiccionales y dar valor a las actuaciones de las víctimas en relación con su acercamiento con la jurisdicción contencioso-administrativa.

En los términos usados por la Corte IDH en la sentencia del 27 de julio de 2024, "el Estado le solicitó a la Corte que declare que: a) si bien existió un hecho ilícito internacional; b) este ya cesó; c) fue declarado por los órganos interno, y d) existen en el derecho interno recursos adecuados y efectivos para que las presuntas víctimas del caso obtengan la reparación"[1347].

Aunque la sentencia de la Corte Suprema de Justica reconoció la existencia de una violación de los derechos de las víctimas y ordenó la cesación de dicha situación, el problema al que se enfrentó la Corte IDH fue al de la reparación. Es decir que, dentro del esquema de reconocimiento, cesación y reparación que debería llevar a la declaración de no responsabilidad internacional por carencia de objeto del litigio, es ese último punto el que se discute en el caso concreto.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la acción de reparación directa ha sido valorada de diversas formas tanto por la CIDH como por la Corte IDH, dependiendo de las circunstancias específicas de los casos en donde ha sido analizada.

Por una parte, la CIDH no siempre ha considerado la acción de reparación directa como un recurso adecuado o efectivo para la reparación de violaciones de derechos humanos[1348], pero

[1347] Corte IDH, *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Sentencia de 27 de julio de 2022, ¶ 424.
[1348] Ver: Corte IDH, *Informe No. 4/98*, 7 de abril de 1998. Caso 9.853, Colombia, *Ceferino Ul Musique y Leonel Coicue*, ¶¶ 26, 64–65; *Informe No. 5/98*, 7 de abril de 1998. Caso 11.019, Colombia, *Álvaro Moreno Moreno*, ¶¶ 61–62; *Informe No. 103/11*, 22 de julio de 2011. Petición 1142-04, Colombia, *Fredy Alberto Álvarez y familia (Comuna 13)*, ¶ 40; *Informe No. 61/99*, 13 de abril de 1999. Caso 11.519, Colombia, *José Alexis Fuentes Guerrero y otros*, ¶ 52; *Informe No. 62/99*, 13 de abril de 1999. Caso 11.540, Colombia, *Santos Mendivelso Coconubo*, ¶ 44; *Informe No. 3/98*, 7 de abril de 1998. Caso 11.221, Colombia, *Tarcisio Medina Charry*, ¶ 44.

ha reconocido avances en el desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de reparaciones integrales para las víctimas.[1349]

Por otra parte, la Corte IDH ha mostrado igual variación en sus valoraciones. Entre otros, en el *Caso Las Palmeras*, en la sentencia de fondo de 2001, la Corte reconoció al Consejo de Estado como órgano de última instancia que puede determinar la responsabilidad del Estado en el plano doméstico y cuyas sentencias habían ordenado reparaciones adecuadas por lo que constituían cosa juzgada[1350]; en el *Caso 19 Comerciantes*, en la sentencia de fondo del 5 de julio de 2004, la Corte volvió a referirse a la acción de reparación directa pero en este caso específico que la existencia de los recursos internos no es suficiente por si sola, "el derecho de acceso a la justicia no se agota en que se tramiten procesos internos, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y a que se sancione a los eventuales responsables"[1351]; También en el *Caso de la Masacre de Mapiripán*, en la sentencia del 15 de septiembre de 2005, la Corte valoró positivamente "algunos de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso"[1352]; y, por el contrario, en el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, en la sentencia del 31 de enero de 2006, la Corte adujo que "en los términos de la obligación de reparación que surge como consecuencia de una violación de la Convención (…) el proceso contencioso administrativo no constituye *per se* un recurso efectivo y adecuado para reparar en forma integral esa violación"[1353].

Como se deduce de los ejemplos anteriores, para la CIDH y la Corte IDH, la adecuación y efectividad de la acción de reparación directa en casos de violaciones de derechos humanos

[1349] Corte IDH, *Informe anual de derechos humanos. Desarrollo de los derechos humanos en la región. Colombia*, Capítulo IV, 2009, ¶ 57; *Informe anual de derechos humanos. Desarrollo de los derechos humanos en la región. Colombia*, Capítulo IV, 2010, ¶ 108.
[1350] Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Sentencia de 4 de febrero de 2000, ¶¶ 2, 36–39.
[1351] Corte IDH, *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Sentencia de 4 de febrero de 2000, ¶ 188.
[1352] Corte IDH, *Caso Masacre de Mapiripán v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, ¶ 214.
[1353] Corte IDH, *Caso Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, ¶ 209.

no puede ser medida en abstracto y depende de las circunstancias de cada caso. En los casos en que la acción conlleva medidas de reparación más allá de la mera compensación económica e incluye medidas de satisfacción, rehabilitación o garantías de no repetición, esta cumple con los estándares interamericanos.

Dentro del esquema de R-C-R para determinar la carencia de objeto, la división que hace la Corte entre aquellas víctimas cuyos casos fueron debidamente reparados por la jurisdicción contencioso-administrativa y aquellos que no, resulta muy ilustrativa. Aunque el Estado cesó la violación y realizó un reconocimiento de su responsabilidad por medio de sus órganos jurisdiccionales internos, y lo reiteró ante los órganos del SIDH, la Corte IDH intervino en los casos en los que las víctimas no habían sido reparadas —fuese por su propia inacción al no recurrir a la justicia o porque los procesos no habían terminado al momento de proferirse el fallo—. Respecto de aquellas víctimas que fueron debidamente reparadas, la Corte no declaró la responsabilidad del Estado. En función del principio de complementariedad es posible encuadrar la actuación de la Corte en relación con aquellos aspectos del litigio que no habían sido abordados por el mismo Estado, aún si la decisión de la Corte difiera en algunos aspectos del análisis en abstracto que podía hacerse del caso. Lo anterior demuestra, que la Corte IDH ha venido operando, sin sistematizarla, con una lógica estructuralmente compatible con el modelo R-C-R aquí propuesto.

Vale la pena recordar que, frente a aquellas personas que no habían recurrido a la jurisdicción y aquellos cuyos procesos fueron negados o se encontraban en curso, la Corte pareció aceptar en principio el argumento del Estado de que la ausencia de reparación en el caso concreto podía deberse a la propia iniciativa procesal de las víctimas o sus representantes.[1354] Sin embargo, no se pronunció al respecto debido a que dicho argumento —o excepción preliminar— no se presentó en el momento procesal oportuno. En ese sentido, aunque sea una decisión que puede ser objeto de críticas, refuerza el esquema de complementariedad del proceso ante la Corte IDH en el sentido de que, ante la admisibilidad de un caso corresponde al Estado la carga de argumentar que no se cumplen los requisitos y que, por ello, no se requiere la intervención del organismo internacional.

[1354]Corte IDH, *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022, Serie C No. 435, ¶ 434.

Con el análisis del caso de la masacre del Barrio La Chinita, usado en este capítulo como plataforma fáctica y normativa de prueba (y no como fuente que sustente el modelo propuesto), se logra identificar que la Corte IDH ha venido operando bajo una lógica estructural equivalente al modelo R-C-R planteado, aunque sin sistematizar sus elementos ni hacer explícitos sus umbrales. Ese es el aporte de este trabajo de investigación, la construcción de un principio decisorio de *lege ferenda* con profundas raíces en la jurisprudencia de la Corte IDH que le sirve de anclaje al SIDH.

Capítulo 10
Conclusiones

La pregunta que ha orientado esta investigación no ha sido, en rigor, si todo hecho internacionalmente ilícito genera responsabilidad internacional, pues ese punto de partida permanece incólume en el derecho internacional contemporáneo. La cuestión decisiva ha sido otra, mucho más precisa y, al mismo tiempo, más exigente: determinar si, en un sistema multinivel de protección de los derechos humanos, la declaración internacional de responsabilidad conserva siempre una justificación jurídica autónoma cuando el Estado, en su propio orden interno, ha reconocido el ilícito, ha hecho cesar la violación, ha adoptado garantías razonables de no repetición y ha reparado suficientemente el daño causado. Desde esa perspectiva, la tesis no ha buscado erosionar el régimen general de responsabilidad, sino reconstruir el modo en que ese régimen se articula con el principio de subsidiariedad y con la lógica institucional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La primera conclusión general del trabajo es que la subsidiariedad puede ser reconocida como un **principio general del derecho internacional**. No comparece en esta tesis como una cláusula prudencial, una simple pauta política de autocontención o una técnica retórica de deferencia, sino como una institución normativa de mayor densidad: una norma secundaria de competencia, una condición de validez del actuar de los órganos internacionales y, al mismo tiempo, un principio estructural que distribuye autoridad en órdenes jurídicos multinivel. Su función consiste en ordenar la ubicación del centro de gravedad de la decisión, presumiendo la primacía de la instancia más próxima y capaz, sin convertir esa primacía en inmunidad absoluta. Justamente por ello, el valor de la subsidiariedad no radica en petrificar la soberanía, sino en reordenarla como autoridad primaria presumida dentro de una lógica de deferencia, complementariedad, supervisión y eventual sustitución. La tesis demuestra así que la subsidiariedad satisface las exigencias dogmáticas necesarias para ser tratada como principio general: es ampliamente reconocible, fundamental en carácter, estructural en su función y apta para disciplinar el razonamiento jurídico en el espacio de interacción entre el nivel interno y el internacional.

Ese resultado tiene una consecuencia decisiva para el resto del trabajo. Si la subsidiariedad es, en efecto, un principio general del derecho internacional, el examen de su operatividad en el derecho internacional de los derechos humanos ya no depende de una mera intuición metodológica ni de una analogía contingente con el derecho interno. Descansa, por el contrario, sobre un presupuesto dogmático previamente justificado. Ello permite afirmar que en el Sistema Interamericano la subsidiariedad no debilita la tutela internacional de la persona, sino que define su punto de aplicación legítima: preserva al Estado como primer garante, evita que la jurisdicción internacional se transforme en un régimen de sustitución permanente y mantiene abierta, al mismo tiempo, la posibilidad de intervención supranacional cuando la respuesta doméstica es ineficaz, ilusoria o cómplice de la violación.

La segunda conclusión general es que, a la luz de la dimensión sustantiva de la subsidiariedad, la declaración internacional de responsabilidad **no debe concebirse como una consecuencia automática** de la mera existencia del hecho ilícito en el ámbito interamericano. El análisis de los artículos 28, 29, 30 y 31 de los ARSIWA, leído en armonía con la Convención Americana y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, muestra que la nueva relación jurídica que nace del ilícito no se agota en la condena abstracta del Estado, sino que se concreta en exigencias específicas de reconocimiento, cesación, no repetición y reparación. Allí donde el Estado satisface efectivamente ese contenido material, la exigibilidad de una declaración internacional de responsabilidad pierde, como regla, justificación jurídica autónoma. La intervención del plano internacional deja entonces de cumplir una función necesaria de garantía y correría el riesgo de convertirse en una duplicación adjudicataria confirmatoria, ajena a la lógica misma del sistema coadyuvante o complementario.

La tesis, sin embargo, también demuestra que ese resultado exige una formulación rigurosa y no simplificada. El reconocimiento estatal del hecho ilícito no equivale, por sí solo, al reconocimiento de responsabilidad internacional ni basta tampoco para excluirla. Del mismo modo, la sola cesación formal del hecho o la existencia nominal de mecanismos resarcitorios no bastan para desplazar la función internacional. La suficiencia de la respuesta interna requiere algo más exigente: un control de convencionalidad verificable, un reconocimiento efectivo y

sincero, una cesación real de la conducta lesiva y de las condiciones que la hicieron posible, la adopción de medidas estructurales razonables de no repetición y una reparación que pueda ser tenida por integral en términos convencionales. Esta precisión evita dos errores simétricos: trivializar la respuesta estatal e inmunizarla frente al escrutinio interamericano, o automatizar la condena internacional aun cuando el orden convencional ha sido restablecido en sede doméstica con centralidad en la persona, su dignidad y sus derechos.

Sobre esa base, el principal aporte dogmático y decisorio de la investigación consiste en la formulación del **principio decisorio de subsidiariedad sustantiva R-C-R**. De acuerdo con este modelo, cuando se acredita con grado de certeza que el Estado ha satisfecho tres clústeres normativos —reconocimiento efectivo del ilícito, cesación de la violación con garantías razonables de no repetición y reparación integral adecuada— dentro de un ejercicio interno compatible con los estándares interamericanos, la Corte Interamericana dispone de tres alternativas decisorias. Puede, en primer lugar, dictar una decisión de inadmisibilidad por carencia de objeto o por la categoría funcional equivalente que mejor exprese la desaparición de la necesidad de pronunciamiento. Puede, en segundo lugar, proferir una sentencia de fondo declarando la ausencia de responsabilidad internacional del Estado, precisamente porque el contenido material de esa responsabilidad ya fue satisfecho. Y puede, en tercer lugar, emitir una sentencia complementaria que reconozca las actuaciones estatales, pero adopte medidas coadyuvantes destinadas a cerrar brechas remanentes y fortalecer el sistema regional multinivel de protección. La tesis muestra así que la respuesta interamericana correcta no es única ni binaria, sino gradual, residual y estructuralmente condicionada por el principio de subsidiariedad.

La hipótesis de la investigación queda, por tanto, **confirmada en lo esencial**, aunque no en términos absolutos. Se confirma en cuanto el trabajo demuestra que, cuando el Estado ha satisfecho sustancialmente el contenido de su responsabilidad internacional, la declaración internacional de responsabilidad deja de ser, como regla, una exigencia jurídicamente necesaria. Pero la propia tesis rechaza convertir esa consecuencia en una fórmula categórica e incondicionada. La subsidiariedad sustantiva no suprime la competencia internacional: la reordena. La convierte en una competencia residual, correctiva y complementaria, cuya justificación debe poder ser reconstruida con razones adicionales y no simplemente presumida por la sola

existencia histórica del ilícito. Por eso, la respuesta del tribunal regional no puede entenderse como un reflejo automático del incumplimiento originario, sino como una decisión que debe valorar si el nivel internacional agrega todavía una protección necesaria, idónea y mesurada respecto del estándar mínimo convencional ya satisfecho o no en el ámbito interno.

El desarrollo de esa tercera alternativa —la sentencia complementaria— conduce al otro gran resultado de la tesis: la construcción de un **test gradual de proporcionalidad** para delimitar el ejercicio coadyuvante de la Corte Interamericana. La innovación metodológica del modelo no reside únicamente en importar la idea de escrutinio graduado, sino en desplazar el objeto mismo del examen. Lo que el test evalúa no es la conducta estatal originaria, sino la decisión potencial del tribunal internacional de intervenir adicionalmente, pese a que el Estado ha avanzado en el cumplimiento del modelo R-C-R. El escrutinio será de base racional cuando el Estado no haya cumplido ni con el control de convencionalidad ni con los clústeres básicos del modelo; intermedio cuando haya avances parciales, insuficientes o no sinceros; y estricto cuando el Estado haya satisfecho objetivamente todos los estándares interamericanos relevantes. En este último escenario, la carga argumentativa se desplaza hacia la Corte: ya no basta afirmar que conserva competencia, sino que debe demostrar que la intervención adicional persigue una finalidad imperiosa compatible con la Convención, que es idónea, que no existe una medida menos intrusiva y que el beneficio convencional obtenido supera claramente la restricción que se impone a la subsidiariedad y a la autonomía funcional del orden interno.

La tesis no deja, además, este principio decisorio sin límites. Formula expresamente una cláusula negativa de no implementación del modelo R-C-R. En primer término, el principio no opera cuando en el Estado existen patrones estructurales de impunidad, colapso de garantías, debilitamiento institucional, afectación a la independencia judicial, cooptación de poderes o regímenes antidemocráticos o de facto que privan de legitimidad a la respuesta interna. En segundo lugar, el modelo no resulta aplicable frente a violaciones de normas de *ius cogens* cuando la reacción estatal es insuficiente. Y, finalmente, tampoco se activa cuando el cumplimiento estatal es meramente formal y no revela un compromiso real con el reconocimiento del ilícito, la cesación de la violación y la reparación del daño. Estas salvaguardas preservan el sentido

protector del sistema e impiden que la subsidiariedad sea instrumentalizada como un blindaje de impunidad.

Desde el punto de vista del aporte científico, la investigación ofrece una contribución múltiple. En el plano conceptual, redefine la subsidiariedad como principio general del derecho internacional, norma secundaria, norma de competencia y condición de validez. En el plano dogmático, demuestra que el régimen interamericano de derechos humanos no constituye un universo autorreferencial desvinculado del derecho internacional general, sino un subsistema especial que debe interactuar armónicamente con los ARSIWA y con las categorías generales de la responsabilidad del Estado. En el plano jurisprudencial, reconstruye una línea de decisiones interamericanas en la que ya se vislumbra que la declaración internacional pierde necesidad cuando el asunto ha sido resuelto adecuadamente en sede doméstica. En el plano metodológico, esta investigación propone, por un lado, un principio decisorio dogmáticamente fundado y jurisprudencialmente anclado, cuya adopción explícita por la Corte IDH se sostiene como tesis normativa, no como descripción del derecho vigente y, por otro, un test gradual de proporcionalidad para disciplinar la discrecionalidad judicial internacional en el ejercicio de la complementariedad propia del sistema multinivel de protección de los derechos. Finalmente, en el plano institucional, restituye a los jueces y autoridades internas el lugar que les corresponde como primeros garantes del orden convencional, no como simples órganos subordinados en espera de corrección supranacional.

Los límites del trabajo son, sin embargo, tan importantes como sus resultados. La tesis no sostiene que toda reparación interna excluya por definición el control internacional, ni que la subsidiariedad deba transformarse en una doctrina general de abstención. Tampoco identifica un margen de apreciación interamericano idéntico al europeo, ni confunde la centralidad de la persona con la concentración ilimitada de autoridad en los órganos supranacionales. Su planteamiento es más preciso: el sistema interamericano sigue siendo garantía última frente a la insuficiencia estatal, pero no reemplazo ordinario de la jurisdicción interna. De allí que la suficiencia del cumplimiento estatal deba ser siempre material, verificable y convencionalmente fundada, y que la intervención internacional adicional solo se justifique cuando añade valor normativo real al nivel de protección ya alcanzado.

En un plano más amplio, la tesis permite releer el lugar de la subsidiariedad en el derecho internacional contemporáneo. Lo que este principio pone de manifiesto es que la autoridad internacional solo conserva legitimidad durable cuando sabe justificar por qué interviene y, sobre todo, por qué sigue siendo necesario intervenir. En sistemas multinivel, la protección de la persona no exige necesariamente que todo conflicto se resuelva mediante centralización jurisdiccional; exige, más bien, una arquitectura de autoridad capaz de articular primacía estatal, supervisión internacional y corrección subsidiaria sin absolutizar ninguno de esos elementos. En ese sentido, la subsidiariedad no protege al Estado frente al individuo, sino al sistema frente a su propia tentación de duplicarse, desarticularse o vaciar los espacios internos de garantía que necesita para funcionar de manera eficaz.

Por ello, la relevancia de esta investigación trasciende el ámbito interamericano. Sin trasladar mecánicamente sus resultados a otros regímenes, el principio decisorio aquí construido ofrece una gramática útil para pensar la relación entre instancias domésticas e internacionales en otros espacios de adjudicación multinivel. Allí donde un tribunal internacional de derechos humanos, penal o económico se enfrenta a una respuesta estatal suficientemente estructurada, la pregunta jurídicamente correcta no es solo si conserva competencia, sino si su intervención adicional produce una protección necesaria, no redundante y compatible con la integridad del sistema. La tesis no desarrolla exhaustivamente esa proyección comparada, pero deja abierta una línea de investigación promisoria: la de una teoría general de la subsidiariedad sustantiva como criterio de legitimación y límite del ejercicio adjudicatorio internacional.

La conclusión final puede, entonces, formularse en términos sencillos. La subsidiariedad no es una concesión táctica a la soberanía ni un obstáculo a la protección internacional de los derechos humanos. Es el principio que permite comprender por qué, en un sistema jurídico multinivel, la declaración internacional de responsabilidad deja de ser necesaria cuando el Estado ha restablecido suficientemente el orden convencional quebrantado mediante reconocimiento, cesación y reparación. Y es también el principio que explica por qué, cuando esa suficiencia no existe, el nivel internacional conserva intacta su función de garantía última. La tesis demuestra, en definitiva, que la mejor defensa de la centralidad de la persona no pasa por convertir a la Corte Interamericana en un órgano de sustitución permanente, sino por disciplinar jurídicamente

su intervención para que actúe donde aún es necesaria, y se contenga donde el orden convencional ya ha sido razonablemente restablecido.

Bibliografía

Abi-Saab, Georges. "Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks." New York University Journal of International Law and Politics, vol. 31 (1999).

Acharya, Amitav. "Norm Subsidiarity and Regional Orders: Sovereignty, Regionalism, and Rule-Making in the Third World." International Studies Quarterly, vol. 55, no. 1 (2011).

Acosta, Paola Andrea. "Los casos colombianos ante el sistema interamericano y el uso del margen de apreciación: ¿ausencia justificada?" En El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2012.

Affaire du droit de passage sur territoire indien (fond), arrêt du 12 avril 1960, C.I.J. Recueil 1960.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (Colombia). "Observaciones finales Caso 11.227 relativo a los militantes y simpatizantes de la Unión Patriótica." 6 de septiembre de 2017.

Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. "Integrantes y militantes de la Unión Patriótica. Contestación del Estado Colombiano, Caso CDH-10-2018." 11 de noviembre de 2019.

Ago, Roberto. "Le délit international." En Recueil des cours 1939–II, vol. 68, Recueil Sirey, Paris, 1947.

Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2007*.

Ainoko, Aduku Abdul. "The Margin of Appreciation Doctrine and the European Court of Human Rights: The Inconsistent Application in the Interpretation of the Right to Freedom of

Expression and the Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion." *Strathclyde Law Review* (2022).

Alchourrón, Carlos E. "On Law and Logic." *Ratio Juris*, vol. 9, no. 4 (December 1996).

Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin. "Definiciones y normas." En *Análisis lógico y derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2021.

Alchourrón, Carlos E., y Eugenio Bulygin. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

Alexander, Larry, y Emily Sherwin. *Demystifying Legal Reasoning*. Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Alexy, Robert. "Constitutional Rights, Balancing and Rationality." *Ratio Juris*, vol. 16, no. 2 (2003).

Alexy, Robert. *A Theory of Constitutional Rights*. Traducción de Julian Rivers. Oxford University Press, Oxford, UK, 2002.

Alexy, Robert. "Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales." *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 22, no. 66 (2002).

Alexy, Robert. *Law's Ideal Dimension*. Oxford University Press, Oxford, UK, 2021.

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Allard-Tremblay, Yann. "Divide and Rule Better: On Subsidiarity, Legitimacy and the Epistemic Aim of Political Decision-Making." *Journal of Applied Philosophy*, vol. 34, no. 5 (2017).

Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening), preliminary objections, judgment, *I.C.J. Reports 2024*.

Althusius, Johannes. *Politica methodice digesta*. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1932.

Álvarez, Alejandro. *Exposé de motifs et déclaration des grands principes du droit international moderne*. 2nd ed. Éditions Internationales, Paris, 1938.

Amado Gomes, Carla, Heloísa Oliveira et al. "Climate Litigation before International Courts: Conclusive Remarks on a Comparative Study." En *Climate Change before International Courts: A Comparative Study*, editado por Carla Amado Gomes, Heloísa Oliveira, Ana Rocha y Matilde Fermeglia, Routledge, London, 2025.

Andenas, Mads y Bjørge, Eirik. "Introduction: from fragmentation to convergence in international law". En: Andenas, Mads y Bjørge, Eirik (eds.). *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2015.

Andenas, Mads, y Eirik Bjorge. "Introduction: from fragmentation to convergence in international law." En *A Farewell to Fragmentation: Reassertion and Convergence in International Law*, editado por Mads Andenas y Eirik Bjorge, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2015.

Andenas, Mads, y Ludovica Chiussi. "Cohesion, convergence and coherence of international law." En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al., Brill Nijhoff, Leiden, 2019.

An-Na'im, Abdullahi, y Mashood A. Baderin. *Islam and Human Rights: Selected Essays of Abdullahi An-Na'im. Human Rights in the Muslim World: Socio-Political Conditions and Scriptural Imperatives*. Ashgate, Farnham, 2010.

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2000). "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 52.º período de sesiones." vol. II, 2.ª parte (A/55/10).

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2002). "Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 54.º período de sesiones." vol. II, 2.ª parte (A/57/10).

Anuario de la Comisión de Derecho Internacional (2006). "Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 58.º período de sesiones" (A/61/10, Suplemento No. 10).

Anzilotti, Dionisio. *Cours de droit international*. Traducción de Gilbert Gidel. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1929.

Anzilotti, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. vol. I. CEDAM, Padua, 1955.

Anzilotti, Dionisio. *Corso di diritto internazionale*. Vol. I, 4.ª ed., CEDAM, Padua, 1955.

Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), judgment, *I.C.J. Reports 2007*.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia), preliminary objections, judgment, *I.C.J. Reports 2024*.

Arai-Takahashi, Yutaka. "The Margin of Appreciation Doctrine: A Theoretical Analysis of Strasbourg's Variable Geometry." En *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, editado por Andreas Føllesdal, Birgit Peters y Geir Ulfstein, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Arai-Takahashi, Yutaka. "Proportionality." En *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, editado por Dinah Shelton, Oxford University Press, Oxford, UK, 2013.

Armour v. City of Indianapolis, 566 U.S. 673 (2012).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Res. 56/83, *UN Doc. A/RES/56/83* (12 de diciembre de 2001).

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, UN Doc. AG/56/83, art. 2 (2001).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 56/83, *Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, quincuagésimo sexto período de sesiones, tema 162 del programa, 12 de diciembre de 2001 (A/RES/56/83).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. 76.º período de sesiones. *Principios generales del derecho*. Declaración del Presidente del Comité de Redacción, Sr. Mario Oyarzábal. Ginebra, 27 de mayo de 2025.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Cuarto informe sobre los principios generales del derecho* (elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial). 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/785 (18 de febrero de 2025).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Primer informe sobre los principios generales del derecho* (elaborado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial). 71.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/732 (5 de abril de 2019).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho – texto y título del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/CN.4/L.1018 (20 de mayo de 2025).

Asamblea General de las Naciones Unidas. Comisión de Derecho Internacional. *Principios generales del derecho. Comentarios y observaciones recibidos de los gobiernos*. 76.º período de sesiones. ONU Doc. A/C.6/78/SR.25 (28 de enero de 2025).

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la labor realizada en el 74.º período de sesiones*. Documentos Oficiales, septuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 10. ONU Doc. A/78/10 (3 de noviembre de 2023).

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional*. 72.º período de sesiones. ONU Doc. A/76/10. Naciones Unidas, Nueva York, 2021.

Asamblea General de las Naciones Unidas. Sexta Comisión. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 73.º y 74.º (continuación). Acta resumida de la 25.ª sesión de la Comisión celebrada en Nueva York el 25 de octubre de 2023*. ONU Doc. A/C.6/78/SR.25 (11 de diciembre de 2023).

Austin, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 2nd ed. John Edward Taylor, London, 1861.

Avant, Deborah D., et al., eds. *Who Governs the Globe?* Cambridge University Press, UK, 2014.

Barak, Aharon. *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*. Traducción de Gonzalo Villa Rosas. Palestra Editores, Lima, 2017.

Barak, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2012.

Barber, N. W. *The Principles of Constitutionalism*. Oxford University Press, Oxford, UK, 2018.

Barnés, Javier. *Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario*.

Barney, Stephen, et al. *The Etymologies of Isidore of Seville*. Cambridge University Press, New York, 2006.

Basdevant, Jules. "Règles générales du droit de la paix." En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 58 (1936).

Baumbast and R v. Secretary of State for the Home Department, Case C-413/99, *[2002] ECR I-7091*.

Bederman, David J. "The 1871 London Declaration, rebus sic stantibus and a primitivist view of the law of nations." *American Journal of International Law*, vol. 82, no. 1 (January 1988).

Bello, Andrés. *Principios de derecho de jentes*. Imprenta de la Opinión, Santiago de Chile, 1832.

Bentham, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Dover Publications, Mineola, NY, 2007.

Benvenisti, Eyal, y Doreen Lustig. "Monopolizing War: Codifying the Laws of War to Reassert Governmental Authority, 1856–1874." *European Journal of International Law*, vol. 31, no. 1 (February 2020).

Benvenisti, Eyal. "The Conception of International Law as a Legal System." *German Yearbook of International Law (Jahrbuch für Internationales Recht / GYIL)*, vol. 50 (2007).

Benzing, Markus. "The Complementarity Regime of the International Criminal Court: International Criminal Justice between State Sovereignty and the Fight Against Impunity." *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 7 (2003).

Berlin, Isaiah. *Concepts and Categories: Philosophical Essays*. 2nd ed. Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2013.

Bermann, George A. "Taking Subsidiarity Seriously: Federalism in the European Community and the United States." *Columbia Law Review*, vol. 94 (1994).

Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 4.ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.

Bernar, Jenna. "Subsidiarity and Robustness: Building the Adaptive Efficiency of Federal System." En *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV, editado por James E. Fleming y Jacob T. Levy, New York University Press, New York, 2014.

Besson, Samantha. "Subsidiarity in International Human Rights Law—What is Subsidiary about Human Rights?" *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, no. 1 (2016).

Besson, Samantha. "Human Rights and Democracy in a Global Context: Decoupling and Recoupling." *Ethics & Global Politics*, vol. 4, no. 1 (2011).

Bhuta, Nehal. "'Like a Tree in the Garden of State Sciences': From Staatswissenschaften to External Public Law: Chapter 12: The End of Natural Law: German Freedom 1734–1821." *European Journal of International Law*, vol. 32, no. 3 (August 2021).

Bickel, Alexander. "The Counter-Majoritarian Difficulty." En *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2nd ed. Yale University Press, New Haven, 1986.

Board of Trustees of University of Alabama v. Garrett, 531 U.S. 356 (2001).

Boisson de Chazournes, Laurence. "Plurality in the Fabric of International Courts and Tribunals: The Threads of a Managerial Approach." *European Journal of International Law*, vol. 28, no. 1 (2017).

Bonafé, Beatrice I., y Paolo Palchetti. "Relying on General Principles in International Law." En *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking*, editado por Catherine Brölmann y Yannick Radi, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.

Booth, Anne. "Before the 'Big-Bang': Decentralization Debates and Practice in Indonesia, 1949–1999." En *Regional Dynamics in a Decentralized Indonesia*, editado por Hal Hill, Institute of Southeast Asian Studies, Singapore, 2014.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), jurisdiction and admissibility, judgment, *I.C.J. Reports 1988*.

Bourguignon, Auguste, y E. Bergerol. *Dictionnaire des synonymes de la langue française*. Librairie Garnier Frères, Paris, 1884.

Brand, Oliver. "Conceptual Comparisons: Towards a Coherent Methodology of Comparative Legal Studies." *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 32, no. 2 (2007).

Brennan, Patrick M. "Subsidiarity in the Tradition of Catholic Social Doctrine." En *Global Perspectives on Subsidiarity*, editado por Michelle Evans y Augusto Zimmermann, Springer, Dordrecht, 2014.

Bretelsen, Soledad. *A Margin for the Margin of Appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, UK, 2021.

Brown Scott, James. *The Hague Court Reports*. Oxford University Press, New York, 1916.

Brown Scott, James. *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and His Law of Nations*. The Lawbook Exchange, Clark, NJ, 2008.

Brown, Chester. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford University Press, Oxford, UK, 2007.

Brownlie, Ian. "The Rights of Peoples in Modern International Law." *Bulletin of the Australian Society of Legal Philosophy*, vol. 33 (1985).

Brownlie, Ian. *Principles of Public International Law*. 5th ed. Oxford University Press, Oxford, UK, 1998.

Bull, Hedley. *The Anarchical Society: A Study of Order in World Politics*. 4th ed. Palgrave Macmillan.

Bulygin, Eugenio. "Sobre las normas de competencia." En *Análisis lógico y derecho*, de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, Editorial Trotta, Madrid, 2021.

Burbidge, Dominic. "The Inherently Political Nature of Subsidiarity." *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 62, no. 2 (2017).

Burton, Philip, y Jean d'Aspremont. "The League of Nations and the Relationship between International Law and Municipal Law." En *The Cambridge History of International Law*, vol. X, editado por Robert Kolb y Momchil Milanov, gen. ed. Randall Lesaffer, Cambridge University Press, Cambridge, UK, 2025.

Cahill, Maria. "Sovereignty, Liberalism and the Intelligibility of Attraction to Subsidiarity." *American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, no. 1 (2016).

Cahill, Maria. "Subsidiarity as the Preference for Proximity." *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 66, no. 1 (2021).

Cahill, Maria. "Theorizing Subsidiarity: Towards an Ontology-Sensitive Approach." *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 1 (2017).

Calabresi, Steven G., y Lucy D. Bickford. "Federalism and Subsidiarity: Perspectives from U.S. Constitutional Law." En *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV, editado por James E. Fleming y Jacob T. Levy, New York University Press, New York, 2014.

Calvo, Carlos. *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*. tomo primero. D'Amyot Librairie Diplomatique; Durand et Pedone-Lauriel Librairies-Éditeurs, Paris, 1868.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*. 2.ª ed. Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Carnazza Amari, Giuseppe. "Nouvel exposé du principe de non-intervention." *Revue de droit international et de législation comparée*, tome V (1873).

Carozza, Paolo G. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law." *American Journal of International Law*, vol. 97, no. 1 (2003).

Carozza, Paolo G. "The Problematic Applicability of Subsidiarity to International Law and Institutions." *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, no. 1 (2016).

Carta de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945, 1 U.N.T.S. XVI

Carty, Anthony. "Did International Law Really Become a Science at the End of the 19th Century?" En *Constructing International Law: The Birth of a Discipline*, editado por Luigi Nuzzo y Miloš Vec, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012

Casini, Lorenzo. "'Down the Rabbit-Hole': The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State." *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, no. 2 (2014).

Cassese, Antonio. *International Law*. 2nd ed. Oxford University Press, New York, 2005.

Castellarin, Emmanuel. "General Principles of EU Law and General International Law." En *General Principles and the Coherence of International Law*, editado por Mads Andenas, Malgosia Fitzmaurice et al., Brill Nijhoff, Leiden, 2019.

Comité de Derechos Humanos (CCPR). *Farangis Osivand v. Países Bajos*. ONU Doc. CCPR/C/86/D/1289/2004 (28 de abril de 2006).

Comité de Derechos Humanos (CCPR). *Observación general núm. 31 [80]: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados parte en el Pacto*. ONU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (29 de mayo de 2004).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. República Unida de Tanzania*. Laudo (31 de agosto de 2018).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Casinos Austria International GmbH y Casinos Austria Aktiengesellschaft v. República Argentina*. Laudo (5 de noviembre de 2021).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Caso No. ARB/15/6*. Decisión sobre jurisdicción y admisibilidad (13 de julio de 2018).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *Caso No. ARB/17/11*. Laudo (1 de noviembre de 2021).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. v. República Argentina*. Laudo (25 de julio de 2007).

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). *OperaFund Eco-Invest SICAV PLC y Schwab Holding AG v. Reino de España*. Laudo (6 de septiembre de 2019).

Centro Nacional de Memoria Histórica. *La fuerza de la memoria: una esperanza para La Chinita*. Última modificación, 21 de enero de 2014.

Charney, Jonathan. "Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?" En *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 271 (1998).

Chetail, Vincent. "Vattel et la sémantique du droit des gens: une tentative de reconstruction critique," 418–423. En *Vattel's International Law in a XXIst Century Perspective / Le droit international de Vattel vu du XXIe siècle*, editado por Vincent Chetail y Peter Haggenmacher, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011.

Ching, Ben. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Grotius Publications Limited, Cambridge, UK, 1987.

Christoffersen, Jonas. *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.

Cicerón, Marco Tulio. *De las leyes (De Legibus)*. Traducción de Julio Pimentel Álvarez. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016.

Clayton, Richard, y Hugh Tomlinson. *The Law of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, UK, 2000.

Coleman, Jules. "Negative and Positive Positivism." *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, no. 1 (1982).

Combacau, Jean. "Le droit international: bric-à-brac ou système?" *Archives de philosophie du droit*, vol. 31 (1986).

Comisión de Derecho Internacional. *Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1 y 2).

Comisión de Derecho Internacional. *Comentario al borrador de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. ONU Doc. A/56/10, 31 (2001).

Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. ONU Doc. A/56/10.

Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on State responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading* (1997).

Comisión de Derecho Internacional. "Report of the International Law Commission on the work of its forty-first session, 2 May–21 July 1989." *Official Records of the General Assembly, Forty-fourth session*, Suplemento núm. 10, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, parte 2 (1989).

Comisión de Derecho Internacional. *Informe del Grupo de Estudio sobre fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho*

internacional (elaborado por Martti Koskenniemi), 58.º período de sesiones, 13 de abril de 2006 (A/CN.4/L.682).

Comisión de Derecho Internacional. *Primer informe sobre principios generales del derecho* (presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial), 71.º período de sesiones, 5 de abril de 2019 (A/CN.4/732).

Comisión de Derecho Internacional. *Segundo informe sobre principios generales del derecho* (presentado por Marcelo Vázquez-Bermúdez, Relator Especial), 72.º período de sesiones, 9 de abril de 2020 (A/CN.4/741).

Comisión de Derecho Internacional. *Yearbook of the International Law Commission*, vol. 2, part 2 (1993).

Comisión de Derecho Internacional. *Comentario al borrador de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. ONU Doc. A/56/10 (2001).

Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. ONU Doc. A/56/10.

Comisión de Derecho Internacional. *Draft articles on State responsibility with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading* (1997).

Comisión de Derecho Internacional. *Guiding principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*. ONU Doc. A/61/10, 367, principio 1.

Comisión de Derecho Internacional. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Resolución 56/83 de la Asamblea General, ONU Doc. A/RES/56/83 (28 de enero de 2002) ("ARSIWA").

Comisión Europea de Derechos Humanos. *Grecia v. Reino Unido*, solicitud núm. 176/56 (1958).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso 9.853, Colombia. Ceferino Ul Musique y Leonel Coicue*.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso 9.260, Clifton Wright v. Jamaica*. Resolución núm. 29/88 (14 de septiembre de 1988).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Fakhretdinov v. Rusia*, solicitudes núms. 26716/09, 67576/09 y 7698/10, decisión de 23 de septiembre de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Latak v. Polonia*, solicitud núm. 52070/08, decisión de 12 de octubre de 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Caso 11.673, Marzioni v. Argentina*. Informe núm. 39/96 (15 de octubre de 1996).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 27/93, caso 11.092, Canadá*, adoptado el 6 de octubre de 1993. En *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993*, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington D. C., 1994.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Integrantes y militantes de la Unión Patriótica, Colombia*. Informe núm. 170/17, caso 11.227. Informe de fondo (6 de diciembre de 2017).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *José Efraín Montt v. Guatemala*, Informe núm. 30/93, caso 10.804 (1993).

Comité de Derechos Humanos (CCPR). *Torres Ramírez*, decisión del 23 de julio de 1980.

Conforti, Benedetto. *Diritto internazionale*. 4.ª ed. Editoriale Scientifica, Milán, 1995.

Consejo de Estado (Colombia). *Contestación del Estado colombiano*, sentencia de 26 de septiembre de 2016. M. P. Guillermo Sánchez Luque, anexo 6.

Consejo de Estado (Colombia), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2018. C. P. María Adriana Marín.

Consejo de Estado (Colombia), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 16 de mayo de 2016. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Consejo de Estado (Colombia). *Sentencia de 10 de noviembre de 2016*. C. P. Guillermo Sánchez Luque. En el caso de Gustavo Arcia se interpuso medio de control de reparación directa.

Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *The Margin of Appreciation: Case-Law Overview / Guide*. Estrasburgo.

Constitución de la República Italiana. *Costituzione italiana – traduzione in lingua spagnola*, actualizada a la legge costituzionale de 26 de septiembre de 2023.

Constitución Política de Colombia de 1991, con reformas posteriores.

Colombia. Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia).

Colombia. Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Constitution fédérale de la Confédération suisse, 19 de abril de 1999.

Colombia. *Contestación del Estado colombiano*, capítulo VII: reconocimiento de responsabilidad internacional.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), adoptada en 1969.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 27.

Convención Internacional para la Regulación de la Caza de Ballenas, adoptada el 2 de diciembre de 1946, artículo VIII, núm. 1.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-263/96, 13 de junio de 1996. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Salvamento de voto: magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-478/92*, 6 de agosto de 1992. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-983/95*, 26 de septiembre de 2005. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 1730-16-EP/21*, 24 de marzo de 2021. J. P. Ramiro Ávila Santamaría.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 356-18-EP/23*, 12 de julio de 2023. J. P. Teresa Nuques Martínez.

Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 49-16-IN/19*, 7 de noviembre de 2019. J. P. Carmen Corral Ponce.

Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia C-393/00*, Ref. expediente P.E.-009, 6 de abril de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Costituzionale (Italia). *Sentenza n. 303/2003*.

Comisión de Derecho Internacional. *Comentario al borrador de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*. ONU Doc. A/56/10, 36 (2001).

Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala. *García Ruiz v. España*, núm. 30544/96, 1999-I, 28–29.

Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala. *Scordino c. Italia (No. 1)*, núm. 36813/97, 2006-V, 26 de marzo de 2006.

Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala. *Sisojeva and Others v. Latvia*, núm. 60654/00, ECHR 2007-II, 15 de enero de 2007.

Corte Europea de Derechos Humanos, Gran Sala. *Varnava y otros v. Turquía*, núms. 16064/90 et al., 18 de septiembre de 2009.

Corte Europea de Derechos Humanos. *Perlala v. Grecia*, núm. 17721/04, 22 de febrero de 2007, ¶ 25.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C núm. 112.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C núm. 73.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso "Cinco Pensionistas" v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003, Serie C núm. 98.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso 19 Comerciantes v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C núm. 109.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acevedo Jaramillo y otros v. Perú*. Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C núm. 157.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C núm. 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam*. Fondo. Sentencia de 4 de diciembre de 1991, Serie C núm. 11.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Álvarez Ramos v. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2019, Serie C núm. 380.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Amrhein y otros v. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de abril de 2018, Serie C núm. 354.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Andrade Salmón v. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016, Serie C núm. 330.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C núm. 182.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Arrom Suhurt y otros v. Paraguay*. Fondo. Sentencia de 13 de mayo de 2019, Serie C núm. 377.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) v. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, Serie C núm. 257.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Asociación Civil Memoria Activa v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de enero de 2024, Serie C núm. 516.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C núm. 239.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros v. Panamá*. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003, Serie C núm. 104.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barreto Leiva v. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Serie C núm. 206.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Barrios Altos v. Perú*. Reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2001, Serie C núm. 87.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bedoya Lima y otra v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021, Serie C núm. 431.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C núm. 138.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Caballero Delgado y Santana v. Colombia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de enero de 1997, Serie C núm. 31.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C núm. 220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C núm. 123.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cantos v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Serie C núm. 97.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castañeda Gutman v. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C núm. 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo González y otros v. Venezuela*. Fondo. Sentencia de 27 de noviembre de 2012, Serie C núm. 256.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Páez v. Perú*. Excepciones preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996, Serie C núm. 24.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Páez v. Perú*. Fondo. Sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C núm. 34.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C núm. 52.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cesti Hurtado v. Perú*. Fondo. Sentencia de 29 de septiembre de 1999, Serie C núm. 56.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C núm. 170.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Colindres Schonenberg v. El Salvador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de febrero de 2019, Serie C núm. 373.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C núm. 299.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros v. Honduras*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2023, Serie C núm. 496.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cruz Sánchez y otros v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de abril de 2015, Serie C núm. 292.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Cuadra Bravo v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de diciembre de 2025, Serie C núm. 586.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C núm. 134.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C núm. 37.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C núm. 124.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso De la Cruz Flores v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, Serie C núm. 115.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de La Rochela v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C núm. 163.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C núm. 140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador*. Excepciones preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004, Serie C núm. 118.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C núm. 148.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Excepciones preliminares. Sentencia de 11 de septiembre de 1997, Serie C núm. 32.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C núm. 63.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*. Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001, Serie C núm. 77.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesus y sus familiares v. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de julio de 2020, Serie C núm. 407.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2004, Serie C núm. 110.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Caracazo v. Venezuela*. Reparaciones y costas. Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C núm. 95.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C núm. 71.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Díaz Loreto y otros v. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2019, Serie C núm. 392.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de febrero de 2016, Serie C núm. 310.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Espinoza Gonzáles v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Serie C núm. 289.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras. Fondo. Sentencia de 15 de marzo de 1989, Serie C núm. 6.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C núm. 126.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C núm. 215.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Flor Freire v. Ecuador*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016, Serie C núm. 315.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gangaram Panday v. Surinam*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 21 de enero de 1994, Serie C núm. 16.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso García Ibarra y otros v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015, Serie C núm. 306.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman v. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C núm. 221.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Godínez Cruz v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C núm. 5.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C núm. 298.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Graffe Henríquez v. Venezuela*. Excepciones preliminares. Sentencia de 27 de noviembre de 2025, Serie C núm. 584.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de junio de 2015, Serie C núm. 293.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gutiérrez Soler v. Colombia*. Sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C núm. 132.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gutiérrez y familia v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C núm. 271.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Guzmán Albarracín y otras v. Ecuador*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de junio de 2020, Serie C núm. 405.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Habitantes de La Oroya v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023, Serie C núm. 511.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Huilca Tecse v. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C núm. 121.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso I.V. v. Bolivia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 329.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña v. Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Iglesias y otros v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2025, Serie C, núm. 580.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de julio de 2022, Serie C, núm. 455.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ivcher Bronstein v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Jenkins v. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2019, Serie C, núm. 397.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Juan Humberto Sánchez v. Honduras*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, núm. 99.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Kimel v. Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C, núm. 177.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Lares Rangel y otros v. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2025, Serie C, núm. 582.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Las Palmeras v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C, núm. 67.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Las Palmeras v. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Serie C, núm. 90.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Leite, Peres Crispim y otros v. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de julio de 2025, Serie C, núm. 561.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Loayza Tamayo v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de enero de 1996, Serie C, núm. 25.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Álvarez v. Honduras*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, núm. 141.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López Soto y otros v. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018, Serie C, núm. 362.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso López y otros v. Argentina*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2019, Serie C, núm. 396.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C, núm. 119.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Manaure Flores y otra v. Venezuela*. Excepciones preliminares. Sentencia de 3 de diciembre de 2025, Serie C, núm. 587.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Manuel Cepeda Vargas v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C, núm. 213.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Manuela y otros v. El Salvador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de noviembre de 2021, Serie C, núm. 441.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre de Santo Domingo v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004, Serie C, núm. 105.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Miembros del Sindicato Único de Trabajadores de ECASA (SUTECASA) v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de junio de 2024, Serie C, núm. 526.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Molina Theissen v. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004, Serie C, núm. 106.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C, núm. 150.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Neira Alegría y otros v. Perú*. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995, Serie C, núm. 20.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Nogueira de Carvalho y otro v. Brasil*. Excepciones preliminares y fondo. Sentencia de 28 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 161.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Parada Sánchez v. Venezuela*. Excepciones preliminares. Sentencia de 27 de noviembre de 2025, Serie C, núm. 581.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pavez Pavez v. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 4 de febrero de 2022, Serie C, núm. 449.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Pérez y otros (Masacre de El Junquito) v. Venezuela*. Excepciones preliminares. Sentencia de 27 de noviembre de 2025, Serie C, núm. 583.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Perozo y otros v. Venezuela*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Petro Urrego v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de julio de 2020, Serie C, núm. 406.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 133.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*. Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 6 de febrero de 2006, Serie C, núm. 143.

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) V. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rondón Gallardo v. Venezuela*. Excepciones preliminares. Sentencia de 27 de noviembre de 2025, Serie C, núm. 585.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Rosadio Villavicencio v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de octubre de 2019, Serie C, núm. 388.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Servellón García y otros v. Honduras*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 152.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Spoltore v. Argentina*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 9 de junio de 2020, Serie C, núm. 404.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tarazona Arrieta y otros v. Perú*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de octubre de 2014, Serie C, núm. 286.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tibi v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2017, Serie C, núm. 344.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016, Serie C, núm. 318.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trujillo Oroza v. Bolivia. Fondo. Sentencia de 26 de enero de 2000, Serie C, núm. 64.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Tzompaxtle Tecpile y otros v. México*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de noviembre de 2022, Serie C, núm. 470.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Urrutia Laubreaux v. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de agosto de 2020, Serie C, núm. 409.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 207.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso V.R.P., V.P.C. y otros v. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018, Serie C, núm. 350.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Valencia Hinojosa y otra v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 327.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Valle Jaramillo y otros v. Colombia*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C, núm. 192.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vargas Areco v. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 155.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vega González y otros v. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 12 de marzo de 2024, Serie C, núm. 519.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Reparaciones y costas. Sentencia de 21 de julio de 1989, Serie C, núm. 7.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Vereda La Esperanza v. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017, Serie C, núm. 341.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Villamizar Durán y otros v. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018, Serie C, núm. 364.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Viteri Ungaretti y otros v. Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*. Excepción preliminar. Sentencia de 30 de noviembre de 2005, Serie C, núm. 139.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yangali Iparraguirre v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 11 de marzo de 2024, Serie C, núm. 518.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Yarce y otras v. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C, núm. 325.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zapata v. Colombia*. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 3 de octubre de 2025, Serie C, núm. 569.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zegarra Marín v. Perú*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017, Serie C, núm. 331.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zegarra Marín*. Informe de admisibilidad núm. 20/09, 19 de marzo de 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión consultiva. Serie A, núm. 21, 19 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva OC-2/82, 1982.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de derechos humanos. Desarrollo de los derechos humanos en la región. Colombia*. Capítulo IV, 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe anual de derechos humanos. Desarrollo de los derechos humanos en la región. Colombia*. Capítulo IV, 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 170/17*. Informe de fondo (o informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 3/98*. Caso 11.221. Colombia. Tarcisio Medina Charry, 7 de abril de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 4/98*. 7 de abril de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 5/98*. Caso 11.019. Colombia. Álvaro Moreno Moreno, 7 de abril de 1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 61/99*. Caso 11.519. Colombia. José Alexis Fuentes Guerrero y otros, 13 de abril de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 62/99*. Caso 11.540. Colombia. Santos Mendivelso Coconubo, 13 de abril de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 103/11*. Petición 1142-04. Colombia. Fredy Alberto Álvarez y familia (Comuna 13), 22 de julio de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Informe núm. 198/19*. Petición 716-08. Informe de inadmisibilidad. *Miguel Piñeros Rey y otros v. Colombia*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 220, 6 de diciembre de 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión consultiva OC-14/94, 9 de diciembre de 1994.

Corte Internacional de Justicia. *Interhandel (Suiza vs. Estados Unidos de América)*. Sentencia de 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports 1959.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso relativo a la factoría de Chorzów (Alemania v. Polonia)*. Sentencia sobre el fondo, 1928.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso relativo a la factoría de Chorzów (Alemania v. Polonia)*. Decisión sobre jurisdicción, 1927.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Article 3, paragraph 2, of the Treaty of Lausanne (Frontier between Turkey and Iraq)*. Opinión consultiva, 1925, P.C.I.J. (Ser. B) núm. 12.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for indemnity) (Jurisdiction)*. Sentencia, 26 de julio de 1927, P.C.I.J. Series A, núm. 9.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Case concerning the Factory at Chorzów (Alemania v. Polonia)*. Sentencia, 1927, P.C.I.J. (Ser. A) núm. 9.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Caso Serbian Loans*. Sentencia núm. 14, 1929, P.C.I.J., Series A, núm. 20.

Corte Internacional de Justicia. *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine*. Sentencia, I.C.J. Recueil 1984.

Corte Internacional de Justicia. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area*. Judgment, I.C.J. Reports 1984.

Corte Internacional de Justicia. *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría v. Eslovaquia)*. Sentencia, I.C.J. Reports 1997, p. 7, p. 38, párr. 47.

Corte Permanente de Justicia Internacional. *Phosphates in Morocco*. Sentencia, 1938, P.C.I.J., Series A/B, núm. 74, p. 10, p. 28. Corte Internacional de Justicia. *Corfu Channel (Reino Unido v. Albania)*. Fondo, sentencia, I.C.J. Reports 1949.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Gustavo Manuel Arcia y otros*. Sentencia de 20 de junio de 2005, casación núm. 19915.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Gustavo Manuel Arcia y otros*. Sentencia de 20 de junio de 2005, casación núm. 19915.

Cour Permanente de Justice Internationale. *Comité consultatif de juristes. Documents présentés au comité et relatifs à des projets déjà existants pour l'établissement d'une Cour permanente de justice internationale*. Documento, s. f.

Cour Permanente de Justice Internationale. *Comité consultatif de juristes. Procès-verbaux des séances du comité, 16 juin – 24 juillet 1920, avec annexes*. Van Langenhuysen Frères, La Haye, 1920.

Cour Permanente de Justice Internationale. *Société des Nations. Cour permanente de justice internationale. Documents au sujet de mesures prises par le Conseil de la Société des Nations aux termes de l'article 14 du Pacte et de l'adoption par l'Assemblée du Statut de la Cour permanente*. Septième séance, 1er décembre 1920.

COURONNE, Vincent and MAUREL, Raphaël. "Effective domestic remedy". *Max Planck Encyclopedias of International Law*, 2019.

Corte Permanente de Arbitraje (CPA), bajo Reglas UNCITRAL. *Deutsche Telekom AG v. República de la India*. Laudo, 27 de mayo de 2020.

Craven, Matthew. "Unity, diversity and the fragmentation of international law". *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XIV, 2003.

Crawford, James et al. *The Law of International Responsibility*. 1.ª ed., Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2010.

Crawford, James. "The ILC's articles on responsibility of states for internationally wrongful acts: a retrospect". *The American Journal of International Law*, vol. 96, núm. 4, octubre de 2002.

Crawford, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. Hague Academy of International Law, All-Pocket, 2014.

Crawford, James. *International Law as an Open System: Selected Essays*. Cameron Day, London, 2002.

Crawford, James. *Brownlie's Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford University Press, Oxford, 2012.

Crawford, James. *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*. Cambridge University Press, 2002.

D'Aspremont, Jean. "What was not meant to be: general principles of law as a source of international law". En: Pisillo Mazzeschi, Riccardo y De Sena, Pasquale (eds.). *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*. Springer, Cham, Suiza, 2018.

D'Atena, Antonio. "El principio de subsidiariedad entre democracia liberal y solidaridad". *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)*, año 18, núm. 36, julio–diciembre de 2021.

Da Silva, Michael. "Subsidiarity and the allocation of governmental powers". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, vol. 36, núm. 1, 2023.

Da Silva, Michael and Weinstock, Daniel. "Subsidiarity as a normative political concept: contemporary and historical reflections". *Journal of Social Philosophy*, vol. 56, núm. 3, 2025.

Dailier, Patrick y Pellet, Alain. *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*. 6.ª ed., Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1999.

Dahlberg, Maija. "...'It is not its task to act as a court of fourth instance': the case of the European Court of Human Rights". *European Journal of Legal Studies*, vol. 7, núm. 2, 2014.

De Arechaga, Eduardo. "International responsibility". En: Sørensen, Max (ed.). *Manual of Public International Law*. Macmillan, London, 1968.

De La Pradelle, Albert G. y Politis, Nicolas. *Recueil des arbitrages internationaux*. Vol. 1 (1798–1855), 2.ª ed., Les Éditions parlementaires, París, 1957.

De Páramo, Juan Ramón. *H.L.A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

De Schutter, Olivier. *The Two Lives of Bosphorus: Redefining the relationships between the European Court of Human Rights and the parties to the Convention*. Université catholique de Louvain, Cellule de Recherche Interdisciplinaire en Droits de l'Homme (CRIDHO), Working Paper 2013/6.

De Sousa Santos, Boaventura. *Towards a New Legal Common Sense*. 2.ª ed., Butterworths, London, 2002.

De Vattel, Emer. *The Law of Nations, or Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*. Eds. Kapossy, Béla y Whatmore, Richard. Liberty Fund, Indianapolis, 2008.

De Visscher, Charles. *Théories et réalités en droit international public*. 4.ª ed., Éditions A. Pedone, París, 1970.

De Vitoria, Francisco. "De Iure Gentium et Naturali". En: Brown Scott, James. *The Spanish Origin of International Law: Francisco de Vitoria and his Law of Nations*. The Lawbook Exchange, Clark, NJ, 2008.

De Zubiría, Andrés. "La historia de la rama judicial en Colombia". *Criterio Jurídico Garantista*, Fundación Universidad Autónoma de Colombia, núm. 6, 2012.

Decreto 1 de 1984. "Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo", Diario Oficial núm. 36.439, 10 de enero de 1984.

Decreto 2096 de 2012. "Por el cual se unifica el Programa Especial de Protección Integral para dirigentes, miembros y sobrevivientes de la Unión Patriótica y el Partido Comunista Colombiano y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial núm. 48.580, 11 de octubre de 2012.

Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano". En: Becerra Ramírez, Manuel (coord.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Delmas-Marty, Mireille. *Global Law: A triple challenge*. Trans. Norberg, Noemi. Transnational Publishers, Ardsley, NY, 2003.

Departamento de Agricultura de los Estados Unidos v. Moreno. Corte Suprema de los Estados Unidos, 1973.

Diller, Janelle M. "Social justice, rights and labour". En: Shelton, Dinah (ed.). *The Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2013.

Domingo, Rafael y Minucci, Giovanni. "Alberico Gentili and the secularization of the law of nations". En: Domingo, Rafael y Witte Jr., John (eds.). *Christianity and Global Law*. Routledge, London, 2020.

Donnelly, Jack. "The relative universality of human rights". *Human Rights Quarterly*, vol. 29, núm. 2, 2007.

Dörr, Oliver. “Declaration”. En: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2006.

Dupuy, Pierre-Marie. *Droit international public*. 4.ª ed., Dalloz, París, 1998.

Dupuy, Pierre-Marie. “L’unité de l’ordre juridique international”. *Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye (RCADI)*, vol. 297, 2002.

Dworkin, Ronald. “Los derechos en serio”. Trad. Gustavino, Marta. 7.ª reimp., Editorial Ariel, Barcelona, 2009.

Dworkin, Ronald. “The model of rules”. *The University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967.

Dworkin, Ronald. “Judicial discretion”. *The Journal of Philosophy*, vol. 60, núm. 21, 1963.

Dworkin, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge, MA, 1978.

Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, 2008.

ECmHR. *X v. Belgium*, núm. 458/59, 29 de marzo de 1960.

El Zeidy, Mohamed M. *The Principle of Complementarity in International Criminal Law: Origin, Development and Practice*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

Endicott, Timothy. “Interpretation, jurisdiction, and the authority of law”. *American Philosophical Association (APA) Newsletter*, vol. 6, núm. 2, 2007.

Endo, Ken. “The principle of subsidiarity: from Johannes Althusius to Jacques Delors”. *Hokkaido Law Journal*, vol. 44, 1994.

Eriksen, Erik. "Banishing dominance in Europe: the case for regional cosmopolitanism". *European Journal of International Relations*, vol. 26, núm. 3, 2020.

Erskine Holland, Thomas. "Introduction". En: Zouche, Richard. *Iuris et iudicii fecialis, sive, iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio*. Trad. Erskine Holland, Thomas. Vol. I, Carnegie Institute of Washington, Washington D.C., 1911.

Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). *Caso colectivo "La Chinita"*. abril de 2019, anexo 34.

Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). *Caso Integrantes y militantes de la Unión Patriótica v. Colombia; Unión Patriótica. La UP insiste en veeduría internacional para el proceso electoral. Clara persecución contra dirigentes de la Unión Patriótica en Urabá*. Comunicado de prensa, 23 de febrero de 1994.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 17 de julio de 1998, entrado en vigor el 1 de julio de 2002.

European Court of Human Rights. *Note by the Jurisconsult. Interlaken follow-up – principle of subsidiarity*. 8 de julio de 2010. ECHR document

European Court of Human Rights. *Aksoy v. Turkey*. Merits and just satisfaction, App. No. 21987/93, Case No. 100/1995/606/694, 1996-VI, IHRL 2602, 18 December 1996.

European Court of Human Rights. *Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (Belgian Linguistic case)*. Merits, Apps. Nos. 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 July 1968.

European Court of Human Rights. *İçyeri v. Turkey*, App. No. 18888/02, decision of 12 January 2006.

European Court of Human Rights. *Čonka and others v. Belgium*. Merits and just satisfaction, App. No. 51564/99, 2002-I, IHRL 2857, 5 February 2002.

European Court of Human Rights. *García Ruiz v. Spain* [GC], App. No. 30544/96.

European Court of Human Rights. *The Law*. Merits, §10, Series A No. 6, 23 July 1968.

European Court of Human Rights. *France*, App. No. 53924/00, § 82, ECHR 2004-VIII.

European Court of Human Rights. *Artico v. Italy*. Series A No. 37, § 33, 13 May 1980.

European Court of Human Rights. *G.R. v. the Netherlands*. Merits and just satisfaction, App. No. 22251/07, Vol. 24, 10 January 2012.

European Court of Human Rights. *Al-Adsani v. United Kingdom* [GC]. Merits, App. No. 35763/97, ECHR 2001-XI, decision of 21 November 2001.

European Court of Human Rights. *Banković and others v. Belgium and others* [GC]. Admissibility, App. No. 52207/99, ECHR 2001-XII, decision of 12 December 2001.

European Court of Human Rights. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC]. Merits, App. No. 45036/98, ECHR 2005-VI, decision of 30 June 2005.

European Court of Human Rights. *Ireland v. the United Kingdom*. Series A, Vol. 25.

European Court of Human Rights. *Kemmache v. France (No. 3)*. Judgment of 24 November 1994, Series A No. 296-C.

European Court of Human Rights. *Kudła v. Poland*. Merits and just satisfaction, App. No. 30210/96, 2000-XI, IHRL 2853, 26 October 2000.

European Court of Human Rights. *Loizidou v. Turkey*. Merits, judgment of 18 December 1996, Reports 1996-VI.

European Court of Human Rights. *Oğur v. Turkey*. Merits and just satisfaction, App. No. 21594/93, 1999-III, IHRL 3194, 20 May 1999.

European Court of Human Rights. *Perlala v. Greece*, App. No. 17721/04, 22 February 2007.

European Court of Human Rights. *Pla and Puncernau v. Andorra*, App. No. 69498/01, ECHR 2004-VIII, 13 July 2004.

European Court of Human Rights. *Schenk v. Switzerland*, App. No. 10862/84, 12 July 1988.

Eyffinger, Arthur. *The 1899 Hague Peace Conference: "The Parliament of Man, the Federation of the World"*. Kluwer Law International, The Hague, 1999.

Farrand, Max (ed.). *The Records of the Federal Convention of 1787*. Vol. 2, Yale University Press, New Haven, 1911.

Fassbender, Bardo. "Rediscovering a forgotten constitution: notes on the place of the UN Charter in the international legal order". En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2009.

Faúndez, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 2.ª ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Feichtner, Isabel. "Subsidiarity". En: Wolfrum, Rüdiger (dir.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, octubre de 2007.

Fenwick, Helen. *Civil Liberties and Human Rights*. Cavendish Publishing Limited, 2005.

Feria-Tinta, Mónica. “The master key to international law: systemic integration in climate change cases”. *Cambridge International Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 2024.

Ferrajoli, Luigi. “Derechos y garantías”. En: *Los derechos y sus garantías: conversación con Mauro Barberis*. Editorial Trotta, Madrid, 2016.

Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Finnis, John. “Subsidiarity’s roots and history: some observations”. *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 61, núm. 1, 2016.

Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press, 1980.

Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2.ª ed., Oxford University Press, New York, 2011.

Føllesdal, Andreas. “Natural law: current contributions of the natural law tradition to international law”. En: Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2022.

Føllesdal, Andreas. “Subsidiarity and the global order”. En: Evans, Michelle y Zimmermann, Augusto (eds.). *Global Perspectives on Subsidiarity*. Springer, Dordrecht, 2014.

Føllesdal, Andreas. “Subsidiarity”. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 6, núm. 2, 1998.

Føllesdal, Andreas. *Subsidiarity*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2025.

Føllesdal, Andreas. “The principle of subsidiarity as a constitutional principle in international law”. *Global Constitutionalism*, vol. 2, núm. 1, 2013.

Foster, Steve. *Human Rights and Civil Liberties*. Longman, 2003.

Franck, Thomas M. "The centripede and the centrifuge: principles for the centralisation and decentralisation of governance". En: Broude, Tomer y Shany, Yuval. *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*. Hart Publishing, Oxford, Reino Unido, 2008.

Franck, Thomas M. "Ch. 1. Fairness and international law: an analytical framework". En: *Fairness in International Law and Institutions*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 1998.

Frantziu, Eleni. *The Margin of Appreciation Doctrine in European Human Rights Law*. University College London, 2014.

Friedmann, Wolfgang. *The Changing Structure of International Law*. Columbia University Press, New York, 1964.

Fuchs, Marie-Christine et al. *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. 2.ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

Gaja, Giorgio. "General principles of international law". En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, Heidelberg, 2020.

Garcés Ramírez, Fernanda. "Una mirada crítica al control de convencionalidad". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 28, 2023.

García Ramírez, Sergio. "El amplio horizonte de las reparaciones en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos". En: Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.). *El control del poder: homenaje a Diego Valadés*. Tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México D. F., 2011.

García-Salmones Rovira, Mónica. *The Project of Positivism in International Law*. Oxford University Press, Oxford, 2013.

Gatti, Franco. "La doctrina del 'margen de apreciación nacional' y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad". *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 2016.

Gentili, Alberico. *De Iure Belli Libri Tres*. Trad. Rolfe, John C. Oxford University Press (Clarendon Press), London, 1933.

Giorgetti, Chiara y Pollack, Mark (eds.). "Beyond fragmentation: cross-fertilization, cooperation and competition among international courts and tribunals". En: Giorgetti, Chiara y Pollack, Mark (eds.). *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2022.

Goldmann, Matthias. "A matter of perspective: global governance and the distinction between public and private authority (and not law)". *Global Constitutionalism*, vol. 5, núm. 1, 2016.

González Napolitano, Silvina S. et al. *La responsabilidad internacional del Estado por violación de los derechos humanos: sus particularidades frente al derecho internacional general*. 1.ª ed., SGN Editora, 2013.

Groppi, Tania y Scattone, Nicoletta. "Italy: the subsidiarity principle". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 1, enero de 2006.

Grossi, Vio. Voto concurrente en *Caso Gelman v. Uruguay*. Sentencia, Serie C No. 221, pp. 2, 24 de febrero de 2011.

Grotius, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Ed. Neff, Stephen. Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

Grotius, Hugo. *The Rights of War and Peace*. Ed. Tuck, Richard. Liberty Fund, Indianapolis, 2005.

Grotius, Hugo. "Law of Nature and of Nations". En: Campbell, A. C. *The Rights of War and Peace*. M. Walter Dunne, New York, 1901.

Guastini, Riccardo. "L'illegittimità delle disposizioni e delle norme". En: Comanducci, Paolo y Guastini, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto 1992: ricerche di giurisprudenza analitica*. Giappichelli, Torino, 1992.

Hafner, Gerhard. "Pros and cons ensuing from fragmentation of international law". *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, 2004.

Haggenmacher, Peter. "Sources and ius gentium revisited by theologians – ius naturae and ius gentium revisited by theologians". En: Besson, Samantha y d'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2017.

Halleck, Henry Wager. *Elements of International Law and Laws of War*. J. B. Lippincott & Co., Philadelphia, 1866.

Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Trad. Carrió, Genaro. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

Hart, H. L. A. "Discretion". *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 2, diciembre de 2013.

Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. 3.ª ed., ed. Bulloch, Penelope y Raz, Joseph. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2012.

Hay, Stephen (ed.). *Sources of Indian Traditions*. 2.ª ed., Columbia University Press, New York, 1988.

Hegel, G. W. F. *Elements of the Philosophy of Right*. Ed. Wood, Allen; trad. Nisbet, H. B. Cambridge University Press, Cambridge, 1991 (1.ª ed.), 2003 (8.ª reimpresión).

Heller, Kevin Jon. "An overview of the principle of complementarity". *Opinio Juris*, 24 de mayo de 2024. Opinio Juris

Henkin, Louis. "The universality of the concept of human rights". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 506, 1989.

Hennebel, Ludovic y Tigroudja, Hélène. *The American Convention on Human Rights: a commentary*. 1.ª ed., Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2022.

Hernández-Marín, Rafael Luís. "Autoridad-competencia". En: Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco (eds.). *El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía (EIAF)*, vol. 11. 2.ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2000.

Holmes, John T. "Complementarity: national courts versus the ICC". En: Cassese, Antonio (ed.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Vol. 1, Oxford University Press, 2002.

Horwitz, Morton J. "History of the public/private distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, núm. 6, 1982.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), *Prosecutor v. Tadić*. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-AR72, 2 October 1995.

International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). *Prosecutor v. Duško Tadić* (Appeal Judgement), IT-94-1-A, 15 July 1999.

Iglesia Católica. *Catecismo de la Iglesia Católica*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 1992.

Ignatieff, Michael. "Liberty in Armageddon". En: *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 2004.

Inter-Allied Meeting held in London at St. James' Palace on 12 June 1941. *Resolution Cmd. 6285*. En: *United Nations Documents 1941–1945*. The Royal Institute of International Affairs. Oxford University Press, London, 1947 (reprint).

International Court of Justice. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Compensation, Judgment, ICJ Reports 2012. Declaration of Judge Greenwood.

International Court of Justice. *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)*. Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 1998.

International Court of Justice. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Advisory Opinion, ICJ Reports 1949, 11 April 1949.

International Court of Justice (ICJ). *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Judgment, 24 May 1980.

International Court of Justice (ICJ). *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Judgment, 2022.

International Court of Justice (ICJ). *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Merits, Judgment, ICJ Reports 2010.

International Court of Justice (ICJ). *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, 2007.

International Court of Justice (ICJ). *Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*. Merits, Judgment of 12 April 1960, ICJ Reports 1960.

International Court of Justice (ICJ). *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*. Judgment, ICJ Reports 2002. Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal.

International Court of Justice (ICJ). *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970.

International Court of Justice (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. Judgment, ICJ Reports 2008.

International Court of Justice (ICJ). *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)*. Judgment, ICJ Reports 2014.

Cassese, Antonio. "The Nicaragua and Tadić tests revisited in light of the ICJ judgment on genocide in Bosnia". *European Journal of International Law*, vol. 18, núm. 4, 2007.

International Court of Justice (ICJ). *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*. Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949.

International Court of Justice (ICJ). *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*. Advisory Opinion, ICJ Reports 1999.

International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries thereto adopted by the International Law Commission on first reading*. 1997.

International Court of Justice (ICJ). *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. Judgment, ICJ Reports 1989, 20 July 1989.

International Court of Justice (ICJ). *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*. Judgment, ICJ Reports 1989, 20 July 1989.

International Court of Justice. *Factory at Chorzów (Germany v. Poland)*. Jurisdiction, PCIJ Series A No. 9, 26 July 1927.

International Court of Justice (ICJ). *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Judgment, 2012.

International Court of Justice (ICJ). *LaGrand (Germany v. United States of America)*. Judgment, ICJ Reports 2001.

International Court of Justice (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Jurisdiction and admissibility, Judgment, ICJ Reports 1984.

International Court of Justice (ICJ). *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment, ICJ Reports 1986.

International Court of Justice (ICJ). *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. Judgment, ICJ Reports 2008, 4 June 2008.

International Court of Justice (ICJ). *Nuclear Tests (Australia v. France)*. Judgment, ICJ Reports 1974.

International Court of Justice (ICJ). *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*. Judgment, ICJ Reports 1974.

International Court of Justice (ICJ). *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Judgment, 1979.

International Court of Justice. *Phosphates in Morocco (Italy v. France)*. Judgment, PCIJ Series A/B No. 74, 14 June 1938.

International Court of Justice (ICJ). *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*. Judgment, ICJ Reports 1997.

International Court of Justice (ICJ). *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment, ICJ Reports 2010. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade.

International Court of Justice (ICJ). *Request for Advisory Opinion on the Right to Strike under ILO Convention No. 87*, transmitted pursuant to the resolution of the Governing Body of the International Labour Organization of 10 November 2023. General List No. 191, 2023.

International Court of Justice (ICJ). *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*. Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1966.

International Court of Justice (ICJ). *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*. Judgment of 24 May 1980, ICJ Reports 1980, p. 3.

International Criminal Court (ICC). *Situation in the Islamic Republic of Afghanistan* (Request to Authorise Resumption of Investigation), ICC-02/17-196, 2021.

International Criminal Court (ICC). *Situation in the Republic of the Philippines* (Appeal on the Authorization to Resume Investigation), ICC-01/21 OA, 18 July 2023.

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Lubanga Dyilo*. Decision on the Warrant of Arrest, ICC-01/04-01/06, 10 February 2006.

International Criminal Court, Office of the Prosecutor (ICC-OTP). *Informal Expert Paper: The Principle of Complementarity in Practice*. ICC-01/04-01/07-1015-Anx, 1 April 2003.

International Criminal Court, Office of the Prosecutor (ICC-OTP). *Policy Paper on Preliminary Examinations*. November 2013.

International Criminal Court, Office of the Prosecutor (ICC-OTP). *Request to Authorise Resumption of Investigation under Article 18(2) of the Statute*, ICC-02/17-161, 27 September 2021.

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi*. Appeal on Admissibility, ICC-01/11-01/11 OA 4, 21 May 2014.

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi*. Decision on Admissibility, ICC-01/11-01/11, 11 October 2013.

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi*. Decision on Admissibility, ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 May 2013.

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Harun and Ali Kushayb (Ali Abd-Al-Rahman)*. Decision on the Warrant of Arrest, ICC-02/05-01/07-1-Corr, 27 April 2007.

International Criminal Court. The Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (Judgment on the Appeal on the Admissibility of the Case) ICC-01/04-01/07-1497 (25 September 2009).

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Joseph Kony et al.*. Decision on Admissibility, ICC-02/04-01/05-377, 10 March 2009.

International Criminal Court (ICC). *The Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Ali*. Appeal Judgment, ICC-01/09-02/11 OA, 30 August 2011.

International Law Commission (ILC). *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*. A/56/10. United Nations, 2001.

International Law Commission (ILC). *Provisional summary record of the 3707th meeting, held at the Palais des Nations, Geneva, on Monday, 5 May 2025, at 10 a.m., 76th session*. UN Doc. A/CN.4/SR.3707, 11 June 2025.

Jachtenfuchs, Markus y Krisch, Nico. "Subsidiarity in global governance". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 1, 2016.

Jachtenfuchs, Markus y Krisch, Nico. "Subsidiarity in global governance". *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016.

Jackson, Vicki C. "Subsidiarity, the judicial role, and the Warren Court's contribution to the revival of state government". En: Fleming, James E. y Levy, Jacob T. (eds.). *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV. New York University Press, New York, 2014.

Jafari Alavi, Latifa. "Preliminary ruling regarding admissibility: International Criminal Court (ICC)". En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*. Mayo de 2003.

Janis, Mark. *An Introduction to International Law*. 4.ª ed., Aspen Publishers, New York, 2003.

Janis, Mark, Kay, Richard y Bradley, Anthony. *European Human Rights Law: Texts and Materials*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2000.

Jenks, C. Wilfred. "The conflict of law-making treaties". *British Yearbook of International Law*, vol. 30, 1953.

Jennings, Robert y Watts, Arthur (eds.). *Oppenheim's International Law: Volume 1, Peace*. 9.ª ed., Oxford University Press, New York, 2008.

Jennings, Sir Robert y Watts, Sir Arthur (eds.). *Oppenheim's International Law*. 9.ª ed., vol. I (*Peace*). Longman, London, 1996.

Juan XXIII. *Pacem in Terris: sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad*. Roma, 11 de abril de 1963.

Kapossy, Béla y Whatmore, Richard. "Introduction". En: De Vattel, Emer. Kapossy, Béla y Whatmore, Richard (eds.). *The Law of Nations, or, Principles of the Law of Nature, Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns, with Three Early Essays on the Origin and Nature of Natural Law and on Luxury*, x–xi. Liberty Fund, Indianapolis, 2008.

Kawasaki, Kyoji. "The injured state in the international law of state responsibility". *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 2000.

Kelly, Caroline D. "Contextual complementarity: assessing unwillingness and 'genuine' prosecutions in Colombia's Special Jurisdiction for Peace". *Georgetown Journal of International Law (GJIL)*, vol. 48, 2017.

Kelsen, Hans. *Principles of International Law*. 2.ª ed., ed. Tucker, R. W. Holt, Rinehart and Winston, New York, 1966.

Kelsen, Hans. "The law as a specific social technique". *University of Chicago Law Review*, vol. 9, núm. 1, 1941.

Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Trad. Vernengo, Roberto J. 2.ª ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1982.

Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Wedberg, Anders. Harvard University Press, Cambridge, 1949.

Kelsen, Hans. "Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 14, 1926.

Kelsen, Hans. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts: Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. J. C. Mohr, Tübingen, 1920.

Kelsen, Hans. *Introducción a la teoría pura del derecho*. Trad. Rabasa, Emilio O. Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1960.

Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Deuticke, Leipzig y Vienna, 1934.

Kelsen, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1995.

Kennedy, Duncan. "The stages of the decline of the public/private distinction". *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, núm. 6, 1982.

Kent, James. *Commentaries on American Law*. Vol. 1. 6.ª ed., William Kent, New York, 1848.

Kingsbury, Benedict. "Foreword: is the proliferation of international courts and tribunals a systemic problem?". *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31, 1999.

Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi (eds.). *The Challenge of Inter-Legality*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2019.

Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi. "Introduction: situating inter-legality". En: Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi (eds.). *The Challenge of Inter-Legality*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2019.

Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi. "Introduction: situating inter-legality". En: Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi (eds.). *The Challenge of Inter-Legality*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2019.

Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi. "(International) law as inter-legality". *Ars Interpretandi*, vol. 30, núm. 1, 2025.

Kolb, Robert. "Du domaine réservé: réflexions sur la théorie de la compétence nationale". *Revue générale de droit international public*, 2006.

Kolb, Robert. *La bonne foi en droit international public*. Graduate Institute Publications, Genève, 2000.

Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge University Press, New York, 2006.

Koskenniemi, Martti. "Imagining the rule of law: rereading the Grotian 'tradition'". *European Journal of International Law*, vol. 30, núm. 1, febrero de 2019.

Koskenniemi, Martti. "Into positivism: Georg Friedrich von Martens (1756–1821) and modern international law". *Constellations: An International Journal of Critical and Democratic Theory*, vol. 15, núm. 2, junio de 2008.

Koskenniemi, Martti. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870–1960*. Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Koskenniemi, Martti. *The Rise and Fall of International Law, 1870–1960*. Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Koskenniemi, Martti. *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300–1870*. Cambridge University Press, Cambridge, 2021.

Kosters, Jan. *Le fondements de droit des gens*. E. J. Brill, Leiden, 1925.

Krisch, Nico. “Global legal pluralism”. En: Dunoff, Jeffrey L. y Pollack, Mark A. *International Legal Theory: Foundations and Frontiers*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2022.

Kumm, Mattias. “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state”. En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

Kumm, Mattias. “Sovereignty and the right to be left alone: subsidiarity, justice-sensitive externalities, and the proper domain of the consent requirement in international law”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016.

La Fontaine, Henri. *Pasicrisie internationale: histoire documentaire des arbitrages internationaux*. Imprimerie Stämpfli & Cie., Berne, 1902.

Lacey, Nicola. “The path not taken: H.L.A. Hart’s Harvard essay on discretion”. *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 2, diciembre de 2013.

Lajeunesse, Sarah. “Hierarchy, inequality, and the making of human rights: re-thinking normative power in the global order”. *Social & Legal Studies*, published online, 17 March 2026.

Landemore, Hélène. *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton University Press, Princeton, 2020.

Lang, Andrew. “The role of the International Court of Justice in a context of fragmentation”. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62, núm. 4, 2013.

Lanzoni, Niccolò. “The international judicial function and how we think about it: *non liquet*, revisited”. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, published online ahead of print, 2026.

Latimer, Trevor. "Against subsidiarity". *The Journal of Political Philosophy*, vol. 26, núm. 3, 2018.

Lauterpacht, Hersch. "Règles générales du droit de la paix". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 62, 1937.

Lauterpacht, Hersch. *International Law and Human Rights*. Frederick A. Praeger, Inc., New York, 1950.

Lauterpacht, Hersch. *Private Law Sources and Analogies of International Law*. Longmans, Green and Co. Ltd., London, 1927.

Lauterpacht, Hersch. *The Function of Law in the International Community*. Oxford University Press, Oxford, 2011.

Lawson, Gary et al. *The Origins of the Necessary and Proper Clause*. Cambridge University Press, New York, 2010.

League of Nations. *Conference for the Codification of International Law: Bases of Discussion*. vol. III, supplement, p. 90.

Legg, Andrew. "Part II Practice: factors affecting the margin of appreciation. Democracy and participation". En: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford Monographs in International Law, Oxford, Reino Unido, 2012.

León XIII. *Carta encíclica Rerum Novarum: sobre la situación de los obreros*. Roma, 15 de mayo de 1891.

Ley 1437 de 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial No. 47.956*, 18 de enero de 2011.

Ley 1448 de 2011. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. 10 de junio de 2011.

Lixinski, Lucas. "Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: expansionism at the service of the unity of international law". *European Journal of International Law*, vol. 21, núm. 3, 2010.

Local Government Code of 1991. Republic Act No. 7160. *Official Gazette*, 10 October 1991.

Lojo, Alba. "Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas". En: Ramírez-Ludeña, Lorena y Vilajosana, Joseph M. (eds.). *Reglas constitutivas y derecho*. Marcial Pons, Madrid, 2022.

Londoño, Maria C. *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: derecho internacional y cambios estructurales del Estado*. Universidad de La Sabana, Tirant lo Blanch, 2014.

López Alfonsín, Marcelo Alberto. "La doctrina del margen de apreciación nacional: su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales". *Revista CAP Jurídica Central*, 2016.

MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford University Press, Oxford, 1978 (reprinted 2003).

Macdonald, Ronald St. J., Matscher, Franz y Petzold, Herbert (eds.). *The European System for the Protection of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Madsen, M. R. “Two-level politics and the backlash against international courts: evidence from the politicisation of the European Court of Human Rights”. *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 22, núm. 4, 2020.

Maltoni, Andrea. “The principle of subsidiarity in Italy: its meaning as ‘horizontal’ principle and its recent constitutional recognition”. *The International Journal of Not-for-Profit Law*, vol. 4, núm. 4, junio de 2002.

McIntyre, Owen. “Convergence in international environmental and natural resources law”. *Environmental Policy and Law*, vol. 52, núm. 3-4, 2022.

McLachlan, Campbell. “The principle of systematic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention”. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, núm. 2, abril de 2005.

McNair, Arnold D. y Lauterpacht, Hersch. “Preface”. En: Lauterpacht, Hersch y McNair, Arnold D. (eds.). *Annual Digest of Public International Law Cases, Years 1925 and 1926*. Longmans, Green and Co., London, 1929 (reprinted Cambridge University Press, Singapore, 2016).

Mégret, Frédéric. “International law as law”. En: Crawford, James y Koskenniemi, Martti. *The Cambridge Companion to International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2013.

Mietzner, Marcus. “Indonesia’s decentralization: the rise of local identities and the survival of the nation-state”. En: Hill, Hal (ed.). *Regional Dynamics in a Decentralized Indonesia*. Institute of Southeast Asian Studies, Singapore, 2014.

Millon-Delsol, Chantal. *L'État subsidiaire: ingérence et non-ingérence de l'État; le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*. Presses universitaires de France, París, 1992.

Ministerio del Interior, Republica de Colombia. Informe del Cuatrienio 2010-2014. Oficina Asesora de Planeación Ministerio del Interior.

Mocoroa, Juan M. "Justicia transicional y Corte Interamericana de Derechos Humanos: una propuesta de justificación". *Revista Jurídicas*, 2023.

Moore, John Bassett. *International Adjudications: Ancient and Modern, History and Documents*. Modern Series, vol. 1. Oxford University Press, New York, 1929.

Moore, John Bassett. *International Adjudications: Ancient and Modern, History and Documents*. Modern Series, vol. 4. Oxford University Press, New York, 1931.

Morrone, Andrea. "La Corte costituzionale riscrive il titolo V?". *Quaderni costituzionali: Rivista italiana di diritto costituzionale*, vol. 4, 2003.

Mousourakis, George. *Comparative Law and Legal Traditions: Historical and Contemporary Perspectives*. Springer, Cham, Suiza, 2019.

Moyn, Samuel. "On human rights and majority politics: Felix Frankfurter's democratic theory". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 52, núm. 5, noviembre de 2019.

Müller, Amrei. *Judicial Dialogue and Human Rights*. Cambridge University Press, Reino Unido, 2017.

Naciones Unidas. *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves*

del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

Nachbar, Thomas B. "The rationality of rational basis review". *Virginia Law Review*, vol. 102, núm. 7, 2016.

Nash Rojas, Claudio. "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2018.

National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp., 301 U.S. 1 (1937).

Neuman, Gerald L. "Subsidiarity". En: Shelton, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2013.

Neuman, Gerald L. "Subsidiarity". En: Shelton, Dinah (ed.). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford University Press, New York, 2013.

Neuman, Gerald L. "Subsidiarity". En: Shelton, Dinah. *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, parte III. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2013.

Nolte, Georg. "Purpose and principles, Article 2(7)". En: Simma, Bruno et al. (eds.). *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, 3.ª ed. Oxford University Press, Reino Unido.

Nouwen, Sarah M. H. "Complementarity in the line of fire: the catalysing effect of the International Criminal Court in Uganda and Sudan". Cambridge University Press, 2013.

Noveck, Beth Simone. "Crowlaw: collective intelligence and lawmaking". *Analyse & Kritik*, vol. 40, núm. 2, 2018.

Nussbaum, Arthur. *A concise history of the law of nations*. Rev. ed. The Macmillan Company, New York, 1954.

Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš. "The birth of international law as a legal discipline in the 19th century". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law: The Birth of a Discipline*. Vittorio Klostermann, Frankfurt, 2012.

Oakes, Sir Augustus y Mowat, Robert B. (eds.). *The Great European Treaties of the Nineteenth Century*. Oxford University Press, London, 1918 (imp. 1930).

Odermatt, Jed. "The International Court of Justice and the Court of Justice of the European Union". En: Skordas, Achiles y Mardikian, Lisa. *Research Handbook on the International Court of Justice*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, 2025.

Opinion of Umpire Ralston. *Gentini case (of a general nature)*. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. X, 1903. United Nations, New York, 2006.

Oppenheim, Lassa F. L. *International Law: A Treatise*. Vol. I (*Peace*), 8.ª ed., ed. Lauterpacht, Hersch. Longmans, Green and Co., London, 1955.

Ost, François y Van de Kerchove, Michel. *De la pyramide au réseau? Pour la théorie dialectique du droit*. Presses universitaires Saint-Louis Bruxelles, Bruxelles, 2010.

Othieno, Nyanjom. *Devolution in Kenya's New Constitution*. Society of International Development (SID), Constitution Working Paper Series, núm. 4, 2011.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. AG Res. 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966, art. 41.

Pagden, Anthony. *The burdens of empire: 1539 to the present*. Cambridge University Press, Cambridge, 2015.

Panaccio, Charles-Maxime. "In defense of two-step balancing and proportionality in rights adjudication". *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 24, núm. 1, 2011.

Parlamento Europeo. *Fichas temáticas sobre la Unión Europea: el principio de subsidiariedad*. Febrero de 2020.

Pascual-Vives, Francisco. "Subsidiarity as a general principle in international human rights law". En: *Consensus-based interpretation of regional human rights treaties*. Brill Nijhoff, Leiden y Boston, 2019.

Pastor Ridruejo, José Antonio. "Le principe de subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme". En: *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21.* Carl Heymanns Verlag, 2005.

Paulus, Andreas. "Subsidiarity, fragmentation and democracy: towards the demise of general international law?". En: Broude, Tomer y Shany, Yuval. *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity*. Hart Publishing, Oxford, Reino Unido, 2008.

Pauwelyn, Joost. "The concept of a 'continuing violation' of an international obligation: selected problems". *British Yearbook of International Law*, vol. 66, 1995.

Pellet, Alain y Müller, Daniel. "Article 38". En: Zimmermann, Andreas y Tams, Christian J. (eds.). *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*. 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.

Permanent Court of International Justice (PCIJ). *Brazilian Loans Case*. Judgment No. 15, Series A, No. 21, 1929.

Permanent Court of International Justice (PCIJ). *Case concerning the Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (Merits)*. Series A, No. 17, 13 September 1928.

Permanent Court of International Justice (PCIJ). *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. United Kingdom)*, 1924, PCIJ Series A, No. 2.

Permanent Court of International Justice (PCIJ). *Question of Jaworzina (Polish–Czechoslovakian Frontier)*, 1923, PCIJ Series B, No. 8.

Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association (1983), 460 U.S. 37 (U.S. Supreme Court).

Peters, Anne. "The refinement of international law: from fragmentation to regime interaction and politicization". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, núm. 3, 2017.

Petrova Georgieva, Virdzhiniya. *Los principios comunes a los tribunales internacionales*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2018.

Pío XI. *Carta encíclica Quadragesimo anno: sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40.º aniversario de la encíclica Rerum Novarum de León XIII*. Roma, 15 de mayo de 1931.

Platón. *Las leyes*. Ed. Ramos Bolaños, José Manuel. Ediciones Akal, Madrid, 1988.

Polonskaya, K. "Selecting candidates to the bench of the World Court: (inevitable) politicization and its consequences". *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, núm. 3, 2019.

Pontificio Consejo "Justicia y Paz". *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*. Ciudad del Vaticano, 2 de abril de 2004.

Postema, Gerald J. “Law’s autonomy and public practical reason”. En: George, Robert P. (ed.). *The Autonomy of Law: Essays on Legal Positivism*. Oxford University Press, New York, 2005.

Pramusinto, Agus. *Decentralization in Indonesia: challenges and improvements*.

Pufendorf, Samuel. *De jure naturae et gentium: libri octo*. Vols. I y II, ed. Brown Scott, James; trad. Oldfather, C. H. y Oldfather, W. A. Clarendon Press, Oxford, 1934.

Pulido-Ortiz, Fabio. *El derecho y sus normas: estudios de teoría jurídica*. Temis – Universidad de La Sabana, Bogotá, 2022.

Quintana, Francisco. “Reparations: a comparative perspective”. En: *Reparations in the Inter-American System: a comparative approach*. *American University Law Review*, vol. 56, Washington, D. C., 2007.

Raimondo, Fabián. *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008.

Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. Trad. Tamayo y Salmorán, Rolando. Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 1986.

Raz, Joseph. “Legal principles and the limits of law”. *The Yale Law Journal*, vol. 81, núm. 5, 1972.

Raz, Joseph. *Between authority and interpretation: on the theory of law and practical reason*. Oxford University Press, New York, 2009.

Raz, Joseph. *Practical reasons and norms*. Oxford University Press, New York, 2002.

Raz, Joseph. *The authority of law: essays on law and morality*. Oxford University Press, Hong Kong, 1983.

Redaelli, Chiara. "The use of force under stress: testing the limits of international law's resilience". *Journal on the Use of Force and International Law*, published online, 26 March 2026.

Renault, Louis. *Introduction à l'étude du droit international*. L. Larose, libraire-éditeur, Paris, 1879.

República de Bolivia. Asamblea Constituyente. Comisión de Autonomías, Descentralización y Ordenamiento Territorial. *Informe de Comisión No. 9 (por minoría): exposición de motivos*. Sucre, Bolivia, 2007.

República de Bolivia. Asamblea Constituyente. Comisión de Autonomías, Descentralización y Ordenamiento Territorial. *Informe de bloque de mayoría*. Sucre, Bolivia, julio de 2007. República el Ecuador.

Republican Party of Minnesota v. White (2002). 536 U.S. 765 (U.S. Supreme Court).

Robayo, Ricardo. "Presidente pide perdón por genocidio de la UP". *Centro Nacional de Memoria Histórica*, 2016.

Roberts v. United States (s.f.).

Rodríguez Cedeño y Torres Cazorla. "Unilateral acts of states in international law". En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, enero de 2019.

Rojas, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988–2007)*. 2.ª ed., Universidad de Chile, Facultad de Derecho, junio de 2009.

Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Carrió, Genaro. Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA), Buenos Aires, 1963.

Ross, Alf. *Lógica de las normas*. Trad. José S. P. Hierro. Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

Ross, Alf. *On Law and Justice*. Ed. Holtermann, Jacob v. H.; trad. Brindleiter, Uta. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2019.

Rowe, Colin W. "Beyond subsidiarity: normative principles for authority allocation in democracies". *Journal of Social Philosophy*, vol. 56, núm. 3, 2025.

Royal Institute of International Affairs. *United Nations Documents 1941–1945*. Oxford University Press, London, 1947 (reimpresión).

Ryngaert, Cedric. *Jurisdiction in international law*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2008.

S. S. Benedicto XVI. *Carta encíclica Caritas in veritate*. Roma, 29 de junio de 2009.

S. S. Juan XXIII. *Carta encíclica Pacem in terris*. Roma, 11 de abril de 1963.

Sagüés, Néstor Pedro. "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano". En: *La justicia constitucional y su internacionalización*. Ed. UNAM, 2010.

Salmon, Elizabeth. "Entre la lex specialis y la metodología pick-and-choose: aproximaciones al derecho internacional humanitario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Anuario Iberoamericano sobre Derecho Internacional Humanitario*, 2019.

Sánchez de Tagle, Gonzalo. "The objective international responsibility of states in the Inter-American human rights system". *Mexican Law Review*, 2015.

Santiago, Alfonso. "El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos. Comunicación en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 7 de agosto de 2013". *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 2013.

Sapag, Mariano. "El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado". *Revista Dikaion*, vol. 22, núm. 17, 2008.

Sarooshi, Danesh. "The statute of the International Criminal Court". *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, núm. 2, 1999.

Scelle, Georges. "Règles générales du droit de la paix". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 46, 1933.

Schabas, William A. y Murphy, Shannonbrooke (eds.). *Research Handbook on International Courts and Tribunals*. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Reino Unido, 2017.

Schachter, Oscar. "The enforcement of international judicial and arbitral decisions". *American Journal of International Law*, vol. 54, núm. 1, enero de 1960.

Schauer, Frederick. "On the regulative functions of constitutive rules". En: Di Lucia, Paolo y Fittipaldi, Edoardo (eds.). *Revisiting Searle on Deriving "Ought" from "Is"*. Palgrave Macmillan, Cham, Suiza, 2021.

Schokkenbroek, Jeroen. "The basis, nature and application of the margin of appreciation doctrine in the case-law of the European Court of Human Rights". *Human Rights Law Journal*, 1998.

Schonsteiner, Judith. "Dissuasive measures and the 'society as a whole': a working theory of reparations in the Inter-American Court of Human Rights". *American University International Law Review*, núm. 1, 2011.

Schwarzenberger, Georg. "Present-day relevance of the Jay Treaty arbitrations". *Notre Dame Law Review*, vol. 53, núm. 4, 1978.

Scobbie, Iain G. M. "The theorist as judge: Hersch Lauterpacht's concept of the international judicial function". *European Journal of International Law*, vol. 8, núm. 2, 1997.

Scott, James Brown. "In memoriam: Louis Renault". *Proceedings of the American Society of International Law at the Meeting of Its Executive Council*, 12–13, 1918.

Searle, John R. *Speech acts: an essay in the philosophy of language*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 1969.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 20 de junio de 2005. Casación No. 19915. *Gustavo Manuel Arcia y otros*.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). 4 de mayo de 2016. Directiva 2014/40/UE. Asunto C-547/14, No. 62014CJ0547.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 12 de noviembre de 1996. *Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte c. Consejo de la Unión Europea*. Directiva 93/104/CE del Consejo relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. Recurso de anulación. Asunto C-84/94, No. 61994J0084, *Recopilación de Jurisprudencia* 1996.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 13 de mayo de 1997. *República Federal de Alemania c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*. Asunto C-233/94, No. 61994J0233, *Recopilación de Jurisprudencia* 1997.

Shah, Anwar y Thompson, Theresa. *Implementing decentralized local governance: a treacherous road with potholes, detours and road closures*. World Bank Policy Research Working Paper 3353, junio de 2004.

Shany, Yuval. "International courts as inter-legality hubs". En: Klabbers, Jan y Palombella, Gianluigi (eds.). *The Challenge of Inter-Legality*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2019.

Shany, Yuval. *The competing jurisdictions of international courts and tribunals*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2004.

Shapiro, Scott J. "The Hart-Dworkin debate: a short guide for the perplexed". En: Ripstein, Arthur. *Ronald Dworkin*. Cambridge University Press, New York, 2007.

Shaw, Geoffrey C. "H. L. A. Hart's lost essay: discretion and the legal process school". *Harvard Law Review*, vol. 127, núm. 2, diciembre de 2013.

Shelton, Dinah. "Subsidiarity, democracy and human rights". En: Gomien, Donna (ed.). *Broadening the Frontiers of Human Rights: Essays in Honour of Asbjørn Eide*. Scandinavian University Press, 1993.

Shelton, Dinah. *Remedies in international human rights law*. 3.ª ed. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, octubre de 2015.

Londoño, María C. y Hurtado, Mónica. "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLX, núm. 149, enero-abril de 2017.

Sibanda, Sanele. "Debajo de todo está el principio de subsidiariedad: el principio de subsidiariedad en los sistemas regionales de derechos humanos africanos y europeos". *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, vol. 40, núm. 3, 2007.

Silberberg, Cecilia I. "Building a corpus iuris climatis: making sense of the ICJ and the IACtHR advisory opinions on climate emergency". *Environmental Policy and Law*, 2025.

Simma, Bruno y Pulkowski, Dirk. "Of planets and the universe: self-contained regimes in international law". *The European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 3, 2006.

Simma, Bruno. "Fragmentation in a positive light". *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, núm. 4, 2004.

Simma, Bruno. "Self-contained regimes". *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 16, 1985.

Simma, Bruno. "The contribution of Alfred Verdross to the theory of international law". *European Journal of International Law*, vol. 6, 1995.

Simmons, Beth A. y Danner, Allison. "Credible commitments and the International Criminal Court". *International Organization*, vol. 64, núm. 2, 2010.

Slaughter, Anne-Marie. "A global community of courts". *Harvard International Law Journal*, vol. 44, núm. 1, 2003.

Solera, Oscar. "Complementary jurisdiction and international criminal justice". *International Review of the Red Cross*, vol. 84, núm. 845, 2002.

Sørensen, Max. "Principes de droit international public – cours général". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 101, 1960.

Spaak, Torben. *The concept of legal competence: an essay on conceptual analysis*. Dartmouth Publishing Company, Aldershot, 1994.

Spaak, Torben. "The concept of legal competence". *The IVR Encyclopedia of Jurisprudence, Legal Theory, and Philosophy of Law*, mayo de 2005. Disponible en SSRN: https://ssrn.com/abstract=923531

Spiermann, Ole. " 'Who attempts too much does nothing well': the 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice". *British Yearbook of International Law*, vol. 73, núm. 1, 2002.

Steiger, Heinhard. "Völkerrecht und Naturrecht zwischen Christian Wolff und Adolf Lasson". En: Klippel, Diethelm (ed.). *Naturrecht im 19. Jahrhundert: Kontinuität—Inhalt—Funktion—Wirkung*. Keip, Goldbach, 1997.

Steiner, Christian y Uribe, Patricia. *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. 1.ª ed. Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Stråth, Bo. "Ch. 3 – The translation of the unwritten: Ubuntu as religion, as law, and as politics". En: *Ujamaa and Ubuntu: Conceptual Histories for a Planetary Perspective*. Routledge, Abingdon, 2024.

Suharyo, Widjajanti I. "Indonesia's transition to decentralized governance: evolution at the local level". En: Holtzappel, Coen J. G. y Ramstedt, Martin (eds.). *Decentralization and Regional Autonomy in Indonesia: Implementation and Challenges*. International Institute for Asian Studies y Institute of Southeast Asian Studies, Singapore, 2009.

Sweeney, James A. "Margins of appreciation: cultural relativity and the European Court of Human Rights in the post-Cold War era". *The International and Comparative Law Quarterly*, 2005.

Sylvest, Casper. "International law in nineteenth-century Britain". *British Yearbook of International Law*, vol. 75, núm. 1, 2004.

Tams, Christian J. "Recognizing guarantees and assurances of non-repetition: LaGrand and the law of state responsibility". *Yale Journal of International Law*, vol. 27, 2002.

Tomuschat, Christian. "Universality of human rights". En: *Human Rights: Between Idealism and Realism*. 3.ª ed., Oxford University Press, 2014.

"'Tierra de fuego'". *Semana*, 28 de febrero de 1994. https://www.semana.com/nacion/articulo/tierra-de-fuego/21830-3

Trachtman, Joel P. "Constitutional economics of the World Trade Organization". En: Dunoff, Jeffrey L. y Trachtman, Joel P. *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*. Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

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. Diario Oficial n.º C 340, 10 de noviembre de 1997.

Tratado de la Unión Europea. Diario Oficial n.º C 191, 29 de julio de 1992.

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial n.º C 306, 17 de diciembre de 2007.

Treaty between the United States and Great Britain. *Claims, fisheries, navigation of the St. Lawrence, American lumber on the river St. John, boundary*. Concluded 8 May 1871; ratifications exchanged 17 June 1871; proclaimed 4 July 1871.

Tribunal Administrativo de Antioquia. Auto del 3 de diciembre de 2002, por el cual se ordena el archivo de la diligencia por perención.

Tribunal Administrativo de Antioquia. Auto de 24 de julio de 2008, proceso 05001233100020080023600, demandante Alexander de Jesús Galindo Muñoz.

Tribunal Constitucional de Bolivia. Sentencia Constitucional (SC) No. 0001/2007-CCC, 10 de mayo de 2007.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia STC 0008-2003-AI/TC, 11 de noviembre de 2003.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. *Compendio normativo constitucional: Constitución Política del Estado, art. 129.I*. Gestión, Sucre, 2024.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Declaración Constitucional Plurinacional (DCP) No. 0001/2013, 12 de marzo de 2013.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) No. 0334/2023-S2.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Interlaken Follow-up – Principle of subsidiarity*, 2010.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Balsamo v. San Marino*. Sentencia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Beyeler v. Italy*. Sentencia, 2000.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ališić y otros v. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia, Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*, sentencia de 16 de julio de 2014, demanda núm. 60642/08.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Campbell v. United Kingdom*, 1992.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, 1968.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Dahlab v. Switzerland*, 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Delcourt v. Belgium*, 1970.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Dudgeon v. United Kingdom*, 1981.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *Georgia v. Russia (I)*, demanda núm. 13255/07, sentencia de 31 de enero de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). *S.A.S. v. France*, demanda núm. 43835/11, sentencia de 1 de julio de 2014.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*, 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Handyside v. United Kingdom*, 1976.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Ireland v. United Kingdom*, 1978.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *James and Others v. United Kingdom*, 1986.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Lawless v. Ireland*, 1961.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Malone v. United Kingdom*, 1984.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Müller and Others v. Switzerland*, 1988.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Nagla v. Latvia*, 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Phillips v. United Kingdom*, 2001.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Silver and Others v. United Kingdom*, 1983.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *The Sunday Times v. United Kingdom*, 1979.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, 1971.

Triepel, Heinrich. *Völkerrecht und Landesrecht*. Verlag von C. L. Hirschfeldt, Leipzig, 1899.

Triepel, Heinrich. "Les rapports entre le droit interne et le droit international". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 1, 1923.

Truyol y Serra, Antonio. "Verdross et la théorie du droit". *European Journal of International Law*, vol. 6, 1995.

Tunkin, G. I. "Teoria mezhdunarodnogo prava". In: Butler, W. E. *Theory of International Law*. George Allen and Unwin, London, 1974.

Tushnet, Mark. *Taking the Constitution away from the courts*. Princeton University Press, Princeton, NJ, 1999.

Twining, William. *Globalization and legal theory*. Butterworths, London, 2000.

U.S. Department of State. *Papers relating to the foreign relations of the United States, 1887*. Transmitted to Congress with a message of the President, 26 June 1888. Government Printing Office, Washington, D. C., 1888.

U.S. Supreme Court. *Adarand Constructors, Inc. v. Peña*, 515 U.S. 200 (1995).

U.S. Supreme Court. *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 573 U.S. 682 (2014).

U.S. Supreme Court. *Califano v. Goldfarb*, 430 U.S. 199 (1977).

U.S. Supreme Court. *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

U.S. Supreme Court. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

U.S. Supreme Court. *Florida Prepaid Postsecondary Education Expense Board v. College Savings Bank*, 527 U.S. 627 (1999).

U.S. Supreme Court. *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988).

U.S. Supreme Court. *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S. 677 (1973).

U.S. Supreme Court. *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

U.S. Supreme Court. Gooding v. Wilson, 405 U.S. 518 (1972).

U.S. Supreme Court. *Johnson v. California*, 545 U.S. 162 (2005).

U.S. Supreme Court. *Kimel v. Florida Board of Regents*, 528 U.S. 62 (2000).

U.S. Supreme Court. *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

U.S. Supreme Court. *McCullen v. Coakley*, 573 U.S. 464 (2014).

U.S. Supreme Court. *McDonald v. City of Chicago*, 561 U.S. 742 (2010).

U.S. Supreme Court. *Michael M. v. Superior Court*, 450 U.S. 464 (1981).

U.S. Supreme Court. *New York v. United States*, 505 U.S. 144 (1992).

U.S. Supreme Court. *Pike v. Bruce Church, Inc.*, 397 U.S. 137 (1970).

U.S. Supreme Court. *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992).

U.S. Supreme Court. *Printz v. United States*, 521 U.S. 898 (1997).

U.S. Supreme Court. *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

U.S. Supreme Court. *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).

U.S. Supreme Court. *Rostker v. Goldberg*, 453 U.S. 57 (1981).

U.S. Supreme Court. *United States v. Lopez*, 514 U.S. 549 (1995).

U.S. Supreme Court. *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

U.S. Supreme Court. *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997).

U.S. Supreme Court. *Williams-Yulee v. Florida Bar*, 575 U.S. 433 (2015).

United Nations. *Case concerning the difference between New Zealand and France relating to the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 and related to the Rainbow Warrior affair*. UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), 1990.

UN. *D. Earnshaw y otros (Gran Bretaña) v. Estados Unidos (caso Zafiro)*. *Reports of International Arbitral Awards*, vol. VI, 1925.

UN General Assembly Resolution 177 (II), 21 November 1947, UN Doc. A/RES/177.

UN General Assembly Resolution 51/207, 16 January 1997, UN Doc. A/RES/51/207.

UN General Assembly Resolution 52/160, 28 January 1998, UN Doc. A/RES/52/160.

United Nations General Assembly Official Records (UNGAOR). *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, UN Doc. A/51/22, vol. I, Supplement No. 22, 1996.

Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. *Unión Patriótica: atención, asistencia y reparación integral – ruta integral colectiva*.United Nations Documents 1941.

United Nations. *Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945*. United Nations Committee of Jurists, vol. XIV. United Nations Information Organization, New York, 1945.

United Nations General Assembly. International Law Commission, 76th session. *Provisional summary record of the 3707th meeting, held at the Palais des Nations, Geneva, 5 May 2025, 10 a.m.* A/CN.4/SR.3707, 11 June 2025.

United Nations. *Legislative Series: Materials on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. ST/LEG/SER.B/25/Rev.1, 2nd edition, 2023.

UN Security Council Resolution 827 (1993), 25 May 1993, UN Doc. S/RES/827 (1993).

UN Security Council Resolution 955 (1994), 8 November 1994, UN Doc. S/RES/955 (1994).

Urueña, René. *Dictamen pericial presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Duque v. Colombia*, 26 February 2016.

Urueña, René. “Subsidiarity and the public–private distinction in investment treaty arbitration”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 79, núm. 2, 2016.

Van Dijk, Pieter y Van Hoof, G. J. H. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Kluwer, 1998.

Vargas, Georgina. *La aplicación del principio de subsidiariedad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: avances y retos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, Iuris Dictio, 2018.

Vec, Miloš. "Principles in nineteenth-century international law doctrine". En: Nuzzo, Luigi y Vec, Miloš (eds.). *Constructing International Law: The Birth of a Discipline*. Vittorio Kostermann, Frankfurt, 2012.

Vec, Miloš. "Sources of international law in the nineteenth-century European tradition: the myth of positivism". En: Besson, Samantha y d'Aspremont, Jean (eds.). *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2017.

Verdross, Alfred y Simma, Bruno. *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*. 3.ª ed. Duncker & Humblot, Berlín, 1984.

Verdross, Alfred. Con Verosta, Stephan y Zemanek, Karl. *Völkerrecht*. 5.ª ed. Springer-Verlag, Viena, 1964.

Verdross, Alfred. "Forbidden treaties in international law: comments on Professor Garner's report on 'The law of treaties'". *American Journal of International Law*, vol. 31, núm. 4, octubre de 1937.

Verdross, Alfred. Trad. Truyol y Serra, Antonio. *Derecho internacional público*. 4.ª ed. Aguilar, Madrid, 1974.

Verdross, Alfred. "Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale". *Collected Courses of the Hague Academy of International Law (RCADI)*, vol. 52, 1935.

"Víctimas de la masacre de La Chinita siguen esperando que las FARC pidan perdón". *La Otra Cara*, 1 de febrero de 2016. https://laotracara.co/actualidad/victimas-de-la-masacre-de-la-chinita-siguen-esperando-que-farc-pidan-perdon/

Von Bogdandy, Armin. "Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador". *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, julio de 2015.

Von Bogdandy, Armin; Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro y Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, México, 2017.

Von Martens, Georg Friedrich. *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*. 2.ª ed. Librairie de Dieterich, Göttingen, 1801.

Von Martens, Georg Friedrich. *Recueil des principaux traités d'alliance, de paix, de trêve, de neutralité, de commerce, de limites, d'échange etc. conclus par les puissances de l'Europe tant entre elles qu'avec les puissances et États dans d'autres parties du monde depuis 1761 jusqu'à présent*. Jean Chrétien Dieterich, Göttingen, 1791.

Von Nell-Breuning, Oswald S. J. "The drafting of *Quadragesimo anno*". En: Curran, Charles E. y McCormick, Richard A. S. J. (eds.). *Readings in Moral Theology No. 5: Official Catholic Social Teaching*. Paulist Press, New York, 1986.

Von Ompteda, Dietrich H. L. F. *Litteratur des gesammten sowohl natürlichen als positiven Völkerrechts*. Johann Leopold Montags sel. Erben, Regensburg, 1785.

Von Wright, Georg H. Trad. Pedro García Ferrero. *Norma y acción: una investigación lógica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1970.

Von Wright, Georg H. *The varieties of goodness*. Routledge & Kegan Paul; The Humanities Press, London–New York, 1963.

Tribunal Supremo de Bolivia. Voto particular disidente de la magistrada Ligia Mónica Velásquez Castaños. Sentencia No. 587/2015, 10 de diciembre de 2015.

Waldron, Jeremy. "The core of the case against judicial review". *Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006.

Waldron, Jeremy. "Control de constitucionalidad y legitimidad política". *Díkaion*, vol. 27, núm. 1, 2018.

Walther, Reto. "An approximation to subsidiarity". En: *Subsidiarity, Legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2026.

Walther, Reto. *Subsidiarity, legitimacy and the European Court of Human Rights*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2026.

Waluchow, W. J. *Inclusive legal positivism*. Oxford University Press, Oxford, 1994.

Webb, Philippa y Bergsmo, Morten. "International criminal courts and tribunals, complementarity and jurisdiction". En: Peters, Anne y Wolfrum, Rüdiger (eds.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, Heidelberg, 2010.

Webb, Philippa. "Factors influencing fragmentation and convergence in international courts". En: Andenas, Mads y Bjorge, Eirik (eds.). *A farewell to fragmentation: reassertion and convergence in international law*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 2015.

Webb, Philippa. *International judicial integration and fragmentation*. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2013.

Weckel, Philippe. "Ouverture de la réflexion sur le droit international à la science des systèmes". En: Alland, Denis et al. *Unité et diversité du droit international (Unity and Diversity of International Law)*. Martinus Nijhoff, Leiden, 2014.

Weinstock, Daniel. "Cities and federalism". En: Fleming, James E. y Levy, Jacob T. (eds.). *Federalism and Subsidiarity*, NOMOS LV. New York University Press, New York, 2014.

Wengler, W. *Völkerrecht*. Vol. 1. Springer, Berlín, 1964.

Wheaton, Henry. Con intro. Beach Lawrence, William. *Elements of international law*. 6.ª ed. Little, Brown and Company, Boston, 1855.

The S.S. Wimbledon (United Kingdom v. Japan), PCIJ, Series A, No. 1, 17 August 1923.

Wolff, Christian. Ed. Ahnert, Thomas; trad. Drake, Joseph H. *The law of nations treated according to the scientific method (Jus gentium methodo scientifica pertractatum)*. Liberty Fund, Indianapolis, 2017.

Wolfrum, R. "Internationally wrongful acts". En: Bernhardt, Rudolf (ed.). *Encyclopedia of public international law*, vol. II. North-Holland, Amsterdam, 1995.

Wood, Alan T. *Limits to autocracy: from Sung Neo-Confucianism to a doctrine of political rights*. University of Hawai'i Press, Honolulu, 1995.

Wright, Martin. Eds. Wright, Gabriele y Porter, Brian. *International theory: the three traditions*. Leicester University Press for the Royal Institute of International Affairs, Leicester, 1991.

Young, Margaret A. “Systemic integration of obligations in an era of climate change: stability and optimal control”. *British Yearbook of International Law*, 2025.

Ziegler, Katja S. “Jay Treaty (1794)”. En: Wolfrum, Rüdiger (ed.). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press, Heidelberg, noviembre de 2024.

Zouche, Richard. Trad. Erskine Holland, Thomas. Iuris et iudicii fecialis, sive iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio. Vol. I. Carnegie Institution of Washington, Washington D. C., 1911.

Zouche, Richard. Trad. Erskine Holland, Thomas. Iuris et iudicii fecialis, sive iuris inter gentes, et quaestionum de eodem explicatio. Vol. II. Carnegie Institution of Washington, Washington D. C., 1911.

Zürn, Michael; Binder, Martin; Ecker-Ehrhardt, Matthias. “International authority and its politicization”. International Theory, vol. 4, núm. 1, 2012.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein. Trad. Weir, Tony. An introduction to comparative law. 3.ª ed. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 1998.