

Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad

Reshape of the Relationship Between International Human Rights Law and Domestic Law on the Basis of the Principle of Subsidiarity

Pablo González Domínguez*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Teorías que explican la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional: monismo y dualismo.* III. *Una “insuperable paradoja”: reflexiones en torno a la insuficiencia de la teoría del dualismo.* IV. *La relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad.* V. *Conclusión.* VI. *Bibliografía.*

* Doctor en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos); maestro en Derecho Internacional por la Universidad de Georgetown (Estados Unidos); licenciado en Derecho por la Universidad Panamericana campus Bonaterra (México). Consultor del Área Legal en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor e Investigador en Derecho Internacional Público y Derechos Humanos.

Agradezco los comentarios de Hugo Ramírez, Luzma González, Pier Pigozzi, Georgina Vargas, Alfredo Ortega, Juan Pablo Sainz, Federica Dalla Pria, y Ana Laura Hernández, los cuales fueron de inmensa ayuda para refinar cuestiones de forma y fondo. También agradezco los agudos y precisos comentarios de los dos árbitros anónimos de este trabajo.

Las opiniones expuestas aquí son de mi propia autoría, y no necesariamente reflejan la posición oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la de mis colegas que comentaron este trabajo.

Artículo recibido el 1 de julio de 2016

Aprobado para publicación el 22 de septiembre de 2016

RESUMEN: Este artículo argumenta que el principio de subsidiariedad es una herramienta conceptual sólida para entender la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional. La subsidiariedad permite superar las insuficiencias de las teorías del monismo y el dualismo para explicar esta relación, pues se trata de un principio con la suficiente flexibilidad para mediar la tensión inherente que resulta de la existencia de normas universales en materia de derechos humanos, y la vigencia de principios como la soberanía del Estado y la autodeterminación constitucional. El artículo sostiene que la libertad que goza un Estado para determinar el alcance de los derechos humanos a nivel nacional depende fundamentalmente del nivel de protección a la dignidad humana reconocido por el derecho de los tratados.

Palabras clave: principio de subsidiariedad, teoría del monismo, teoría del dualismo, relación entre el derecho internacional y el derecho nacional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

ABSTRACT: This article argues that the principle of subsidiarity is a solid concept to understand the relationship between International Human Rights Law and domestic law. Subsidiarity allows overcoming the insufficiencies of the theories of monism and dualism in the understanding of this relationship, since it is a principle with enough flexibility to mediate the inherent tension that comes from the existence of universal human rights norms, and the validity of principles such as the sovereignty of States and the right to constitutional self-determination. This article holds that State's freedom to determine the extent of human rights protection at the national level depends on the degree of protection to human dignity recognized by the law of treaties.

Key words: principle of subsidiarity, theory of monism, theory of dualism, relationship between international law and domestic law, Inter-American Human Rights System.

RÉSUMÉ: Cet article démontre que le principe de subsidiarité est un outil conceptuel solide pour comprendre la relation entre le Droit international des droits de l'ère humaine et le droit national. La subsidiarité permet en effet de pallier les insuffisances des théories du monisme et du dualisme pour pouvoir expliquer cette relation entre les deux droits car elle est dotée d'une souplesse suffisante pour atténuer les tensions inhérentes à la coexistence de normes universelles en matière de droits humains avec des principes toujours valides comme la souveraineté d'un État et l'autodétermination constitutionnelle. Cet article affirme, en outre, que la liberté dont jouit un État pour déterminer le champ d'application des droits humains au niveau national dépend fondamentalement du niveau de protection de la dignité humaine telle qu'elle est reconnue dans le droit des traités.

Mots-clés: principe de subsidiarité, théorie du monisme, théorie du dualisme, relation entre le droit international et le droit national, Système interaméricain des droits de l'homme.

I. INTRODUCCIÓN

La relación entre el derecho internacional y el derecho nacional ha sido tradicionalmente explicada por las teorías del monismo y el dualismo.¹ El monismo sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional integran un mismo ordenamiento jurídico en la forma de una pirámide de Kelsen, de forma tal que el primero es supremo en relación con el segundo, al encontrarse en la punta de la pirámide. El dualismo, en cambio, sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional son dos ordenamientos jurídicos separados, cada uno supremo en sus respectivos ámbitos de competencia. El binomio monismo-dualismo —sin embargo, a pesar de su uso extendido— es una categoría insuficiente para mediar la tensión inherente que genera la existencia de un derecho internacional que regula cada vez más cuestiones de la vida de las naciones y los individuos, y la existencia de principios aún vigentes como la soberanía del Estado y la autodeterminación constitucional.² Esta tensión es particularmente visible en aquellas áreas del derecho internacional relacionadas con la protección a la dignidad de los seres humanos y la construcción de un orden público internacional, como lo es el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

Este artículo reflexiona en torno a la necesidad de reconfigurar el entendimiento teórico de la relación entre el DIDH y el derecho nacional, con un énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El artículo argumenta que el principio de subsidiariedad es una herramienta conceptual sólida que permite mediar la tensión inherente entre afirmar la existencia de una visión universal y objetiva de los derechos humanos, con la necesidad de respetar la diversidad y la libertad de los individuos y las naciones

¹ Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 31-33; Shaw, Malcolm M., *International Law*, 7a. ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2014, pp. 93-95; Dunoff, Jeffrey L. et al., *International Law. Norms, Actors, Process*, Nueva York, Aspen, 2010, pp. 243 y 244; Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, núms. 69-71, 1987-1989, pp. 25-32.

² Cfr. Von Bogdandy, Armin, “Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: on the Relationship Between International Law and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3-4, 2008, p. 397-398.

en un mundo diverso.³ El principio de subsidiariedad permite sostener que la protección de los derechos humanos debe estar en el centro de toda acción gubernamental a nivel nacional e internacional, y al mismo tiempo reconocer la existencia de legítimos espacios de libertad de los Estados para definir el alcance de los derechos humanos de fuente internacional en sus ordenamientos jurídicos nacionales. Se trata de un principio con la suficiente flexibilidad para lidiar con las contradicciones que produce la teoría del dualismo, pero que al mismo tiempo evita caer en visiones autoritarias como la que representa el monismo, la cual es una teoría que afirma la supremacía del derecho y las instituciones internacionales de protección a los derechos humanos.

La exposición de los temas aquí abordados está dividida en tres partes y una conclusión general. La primera desarrolla los postulados básicos del monismo y el dualismo, demostrando que, en el contexto de ambas teorías, el dualismo explica de manera más adecuada la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional. La segunda sostiene que, a pesar de lo anterior, la teoría del dualismo es insuficiente para regular esta relación en materia de DIDH, pues produce una “insuperable paradoja” contraria a la lógica de la protección universal de los derechos humanos. La tercera argumenta que dicha relación puede ser regulada satisfactoriamente a partir del principio de subsidiariedad, entendido como un principio estructural en materia de DIDH. La última parte esgrime algunas conclusiones generales, reflexionando brevemente sobre la necesidad de entender la relación entre el DIDH y el derecho nacional a la luz de principios que permitan alcanzar el objeto y fin de los tratados en materia de derechos humanos, al tiempo que respeten los legítimos espacios de libertad que los Estados deben gozar para definir el alcance y la operatividad de los derechos humanos a nivel nacional.

PABLO GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ

³ Cfr. Carozza, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Estados Unidos de América, vol. 97, 2003, p. 38.

II. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO NACIONAL: MONISMO Y DUALISMO

1. *Monismo*

El monismo es una teoría que ha sido desarrollada y defendida por prominentes filósofos y abogados internacionalistas.⁴ Esta teoría sostiene que el derecho internacional y el derecho nacional forman parte de un mismo ordenamiento jurídico universal, donde el primero es vinculante para todas las autoridades de los Estados, y, además, es jerárquicamente superior al segundo. La idea de que el derecho internacional (por ejemplo, tratados, costumbre y principios generales de derecho) es supremo al derecho nacional (por ejemplo, constituciones, leyes generales, y decisiones judiciales), implica que las autoridades estatales deben siempre preferir la aplicación de la norma de derecho internacional en caso de un conflicto normativo, por ejemplo, entre una norma contenida en un tratado y una Constitución. El efecto directo y la supremacía del derecho internacional requiere que el Poder Legislativo adopte leyes de conformidad con el derecho internacional, que el Poder Ejecutivo está obligado a siempre preferir la aplicación del derecho internacional sobre el derecho nacional, y que el Poder Judicial debe emitir sus fallos siempre de conformidad con el derecho internacional.⁵

Para el monismo el Estado no es concebido como una abstracción, es decir, como una persona jurídica en el ámbito internacional. Para esta teoría (i) el derecho internacional es obligatorio para cada una de las autoridades estatales, y no sólo para el Estado como un sujeto de derecho internacional; (ii) las normas y principios de derecho internacional no requieren ser incorporados por medio de un acto legislativo para ser obligatorios en el ámbito nacional, lo que implica su efecto directo una vez que éstas pueden ser identificadas (por ejemplo, con la firma, ratificación, y entrada en vigor de un tratado internacional), y (iii) la validez del derecho nacional —en un sentido formal y material— está supeditado a su compatibilidad con el

⁴ Cfr. Kelsen, Hans, *Principles of International Law*, Revised and Edited by Tucker, Robert W., 2a. ed., Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966, pp. 551-589; Lauterpacht, Hersch (ed.), *Oppenheim's International Law*, Longmans, 2a. ed., Green and Co. LTD., 1937, p. 38.

⁵ Cfr. Dunoff, Jeffrey L. et al, *International Law...*, cit., p. 244.

en atención a la tensión inherente entre afirmar lo universal y lo particular. La DUDH es un instrumento que comprende un conjunto de derechos y facultades que gozan todos los individuos y los pueblos sin distinción de países, razas, religiones, y sexos.⁶¹ La universalidad de los derechos comprendidos en la DUDH reconoce que el individuo “es miembro directo de la sociedad humana y que es sujeto directo del derecho de gentes”.⁶² Sin embargo, la DUDH también reconoce una amplia latitud sobre cómo sus cláusulas serán ejecutadas en diferentes Estados, pues el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos no pretendió “crear un modelo único de los derechos humanos para todo el mundo; los arquitectos de la Declaración esperaban que los fértiles principios de la Declaración adquirieran vida en una diversidad de formas legítimas”.⁶³ El reconocimiento de un catálogo mínimo universal de derechos humanos convirtió la discusión de la relación entre el DIDH y el derecho nacional en una cuestión del grado y la forma en que los derechos humanos deben ser respetados y garantizados a nivel nacional, y por esta razón el principio de subsidiariedad es una herramienta conceptual que supera la estéril dicotomía planteada por el dualismo y el autoritarismo detrás del monismo.

Es cierto que esta aproximación puede parecer especulativa y peligrosa para el “reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”.⁶⁴ Pero hay buenas razones para considerar que algunas normas de derechos humanos de fuente internacional —ya sean universales o regionales— sean entendidas en razón de las condiciones que rodean su aplicación a nivel estatal, y no concibiendo a los seres humanos como entes aislados de su realidad social y política.⁶⁵ La primera es el nivel de apertura de algunas cláusulas de derechos humanos, las cuales dejan espacio para diversas interpretaciones legítimas.

⁶¹ Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, Preámbulo.

⁶² Cassin, René, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, *Veinte años de la evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976, p. 377.

⁶³ Glendon, Mary Ann, *A World Made New...*, cit., p. 230 (traducción personal).

⁶⁴ Cfr. Declaración Universal de los Derechos Humanos, *op. cit.*, nota 60, Preámbulo.

⁶⁵ Cfr. Ramirez, Hugo, “Praxis de la interculturalidad: los retos del multiculturalismo y el ethos del mestizaje”, *Persona y Derecho*, vol. 70, 2014, p. 51.

mas sobre su contenido y alcance.⁶⁶ En este sentido, no es una coincidencia que los derechos que protegen a los individuos en contra de agresiones a su integridad personal (por ejemplo, el derecho a la vida, o la prohibición de la tortura) tengan un lenguaje categórico y establezcan regulaciones detalladas sobre la posibilidad de limitarlos (si es que permiten limitación alguna); mientras que los derechos que protegen a las personas en sus relaciones sociales o políticas (por ejemplo, el derecho de asociación o la libertad de expresión), o aquellos que protegen los derechos económicos, sociales y culturales (por ejemplo, derecho a la educación o al trabajo), tienen un lenguaje abierto que permite su especificación conforme a las condiciones sociales e institucionales de un Estado en particular.⁶⁷

Esta característica de las normas internacionales de derechos humanos permite argumentar que el derecho internacional establece límites estrictos a la conducta de los Estados en aquellas cuestiones que constituyen una violación a la dignidad humana en cualquier circunstancia, pero que existe un importante margen de libertad para los Estados en la interpretación de aquellos derechos que tienen una dimensión política o social. Por ejemplo, el *Corpus Juris Interamericano* establece una estricta regulación a los Estados en lo que respecta al derecho a la integridad personal (artículo 5o. del Pacto de San José), pues prohíbe el sometimiento de una persona a la tortura o a tratos crueles, inhumanos y degradantes,⁶⁸ no permite ninguna limitación ni suspensión de este derecho,⁶⁹ y ha desarrollado a detalle su contenido con la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,⁷⁰ y con la abundante jurisprudencia elaborada por la Corte IDH en la materia.⁷¹ Pero no se puede decir lo mismo del derecho a la libertad

⁶⁶ Cfr. Carozza, Paolo, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *op. cit.*, nota 4, p. 60.

⁶⁷ Cfr. Glendon, Mary Ann, *A World Made New...*, *cit.*, pp. 173-191; Jiménez de Aréchaga, Eduardo, "La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno", *cit.*, p. 32.

⁶⁸ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, artículo 5o.

⁶⁹ *Ibidem*, artículos 5o. y 27.2.

⁷⁰ Cfr. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 12 de septiembre de 1985.

⁷¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 27 de noviembre de 2013, serie C, núm. 275.

de pensamiento y de expresión (artículo 13), cuyos términos son mucho más abiertos a la interpretación, que admite limitaciones y puede ser suspendido en las condiciones establecidas por la propia Convención Americana, y que no ha sido especificado con mayor detalle por otro tratado ni por la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁷²

La segunda razón viene precisamente de la existencia de cláusulas de limitación y suspensión de derechos reconocidos en los tratados. La existencia de estas cláusulas refleja que no todos los derechos humanos son absolutos, en el sentido que la mayoría de los derechos están interconectados con los valores y las necesidades de la vida social y política de una sociedad concreta.⁷³ Nociones como el “orden público”, la “salud”, la “moral pública”, o el “peligro público” son categorías que permiten proteger valores comunes que se comparten en sociedad.⁷⁴ Por lo que la capacidad para preservar estos valores comunes, y por lo tanto imponer límites a los derechos individuales, está justificado porque el bien común requiere la existencia de un ambiente que sea física y psicológicamente sano, y donde las personas más débiles puedan vivir sin el temor de ser abusados por otro más fuerte en el ejercicio de sus derechos. El entendimiento de los derechos humanos —sobre la base de la subsidiariedad— justifica que los gobiernos tengan un papel importante en decidir los límites de esos derechos atendiendo a las necesidades del bien común en una sociedad específica, pues las autoridades locales están mejor ubicadas para realizar este tipo de determinaciones. Es en este sentido que la subsidiariedad permite entender que los Estados gocen de libertad para decidir la mejor manera de limitar o expandir los derechos humanos para garantizar el bien común, dentro de los límites establecidos por el propio tratado que los reconoce.

Por lo tanto, siguiendo el ejemplo antes mencionado, el nivel de libertad de los Estados para definir cuestiones relacionadas con la protección al derecho a la libertad de pensamiento y expresión debe ser concebido con mayor intensidad que el relativo al derecho a la integridad personal. El artículo 13 de la Convención Americana reconoce una amplia protección al derecho a la libertad de expresión y pensamiento, la cual incluye una prohi-

⁷² Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, artículos 13, 27.1 y 27.2.

⁷³ Cfr. Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2011, p. 214.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 216.

bición a la censura previa;⁷⁵ pero, a diferencia del artículo 5, el artículo 13 también reconoce límites al ejercicio de la libertad de expresión, y establece que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores cuando sean necesarias para garantizar el respeto a los derechos y la reputación de los demás, la protección a la seguridad nacional, el orden público, la salud, o la moral pública.⁷⁶ El artículo 13 también establece una excepción a la censura previa cuando ésta sea necesaria para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia, y el artículo 27 autoriza la suspensión del derecho a la libertad de expresión en casos de guerra, de peligro público, o de otra emergencia.⁷⁷ Conforme al principio de subsidiariedad, la posibilidad que tienen los Estados de limitar o suspender los derechos responde al derecho —y el deber— que tienen los gobiernos de proteger valores necesarios para el bien común, por supuesto dentro de los límites marcados por el propio Pacto de San José.

La visión sustantiva del principio de subsidiariedad tiene importantes consecuencias en el ejercicio de las competencias de las instituciones nacionales e internacionales de protección a los derechos humanos, las cuales deben tomar seriamente en consideración los diferentes niveles de protección a la dignidad humana que ofrece el derecho internacional al momento de decidir casos concretos. Esta aproximación permite distinguir —más allá de las vacías dicotomías del dualismo, o del autoritarismo e idealismo detrás del monismo— aquellos casos en que dichas instituciones deben aplicar los estándares internacionales sin consideración alguna a las cuestiones culturales o las preferencias políticas de un Estado determinado (por ejemplo, en casos de tortura), y en aquellos casos donde el propio estándar internacional concede libertad a los Estados para decidir cuestiones concretas del alcance de un derecho en atención a las condiciones legales, sociales, o culturales específicas (por ejemplo, en casos de limitaciones legítimas a la libertad de expresión). La misma aproximación —que considera el contexto de una sociedad en particular— debe seguirse cuando las instituciones internacionales ordenen reparaciones a los Estados. Pues no es lo mismo requerir al Estado la anulación de una norma que permite la impunidad de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos, que de

⁷⁵ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, artículo 13.1.

⁷⁶ *Ibidem*, artículo 13.2.

⁷⁷ *Ibidem*, artículo 27.

una norma que prohíbe ciertos contenidos televisivos que atenten contra la moral de la niñez.

4. *El principio de subsidiariedad como clave hermenéutica para interpretar los tratados de derechos humanos*

El principio de subsidiariedad permite interpretar el DIDH de manera tal que se garantice la efectividad de los derechos humanos en mundo cultural e institucionalmente diverso. Evita asumir posiciones que presuponen la supremacía del derecho nacional o del derecho internacional en materia de derechos humanos, pues permite interpretar el DIDH de forma que se reconozcan límites internacionales a la acción estatal, al mismo tiempo que admite la existencia de amplios espacios de libertad a las instituciones estatales en lo que respecta a la creación, interpretación y aplicación de los estándares desarrollados en el DIDH. Tomemos como ejemplo el artículo 2 del Pacto de San José. Este artículo establece el compromiso de los Estados de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades [reconocidos por la Convención]”.⁷⁸ Establece también que el Estado está obligado a desarrollar aquellos derechos que en su formulación internacional no tienen la precisión necesaria para su aplicación, y de eliminar aquellas normas y prácticas que sean contrarias a la Convención Americana.⁷⁹

El artículo 2o. podría ser interpretado sobre las bases del dualismo o del monismo. Una aproximación dualista llevaría a concluir que su naturaleza es la de una norma programática, pues los Estados gozan de una libertad absoluta (como entes soberanos) para determinar las medidas legislativas, o de otro carácter, para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos por la Convención Americana. Una interpretación monista llevaría a concluir que la Convención Americana es suprema al derecho nacional en virtud de dicho artículo, por lo que la incompatibilidad entre una norma

⁷⁸ Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit.*, artículo 2o.

⁷⁹ Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, p. 25.

nacional y una convencional derivaría en la invalidez inmediata de la norma nacional. Sin embargo, tal y como sucede con la regla del agotamiento de los recursos internos, el artículo 2o. tiene más sentido cuando se interpreta a la luz del principio de subsidiariedad. Desde esta óptica, la obligación de los Estados de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter” implica reconocer la primacía de las instituciones estatales para definir el tipo de medidas necesarias para garantizar la efectividad de los derechos humanos en el ámbito nacional, pero también permite concluir que el Estado compromete su responsabilidad internacional cuando su derecho o prácticas internas son manifiestamente contrarias al contenido sustantivo de un derecho humano.

El principio de subsidiariedad justifica que la Convención Americana —y en general el DIDH— establezca límites objetivos en relación con las normas y prácticas que los estados deben adoptar para cumplir con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, pues permite concluir que la libertad reconocida por el artículo 2o. no es un “cheque en blanco” para que los Estados adopten cualquier medida de derecho interno para garantizar la efectividad de la Convención Americana, o para que no adopten ninguna medida para producir ese resultado. Pero también evita la posición idealista —monista— que supone la invalidez inmediata de las normas o prácticas nacionales que sean contrarias a los estándares internacionales en la materia, y establece un límite a las instituciones internacionales para pronunciarse sobre la existencia de normas inconventionales. La subsidiariedad reconoce que el Estado debe conducir sus acciones conforme a los estándares definidos en el DIDH (por ejemplo, en la creación, interpretación, y aplicación del derecho nacional), pero que también goza de libertad para especificar cuál es la mejor manera de incorporar esos estándares de conformidad con su derecho procesal interno y sus principios y valores constitucionales, y de definir los aspectos periféricos del contenido sustantivo de los derechos humanos de fuente internacional.

Es cierto que este tipo de interpretación puede abrir la puerta para que los Estados se escuden en los espacios de libertad reconocidos por la Convención Americana para así incumplir con sus obligaciones internacionales, argumentando que todo estándar internacional debe ser contextualizado para determinar su alcance. Los Estados podrían asumir una lógica dualista, o un relativismo en materia de derechos humanos, para así evitar cumplir con sus obligaciones internacionales. Pero un entendimiento adecuado de la

subsidiariedad no conduce a este resultado, pues este principio no propone la relativización de los derechos humanos, ni autoriza el incumplimiento de las obligaciones internacionales meramente en virtud de la voluntad política de los Estados. Lo que propone es entender que el nivel de restricción a la libertad estatal en materia de derechos humanos debe ser entendido en razón del nivel de regulación que establezca el propio derecho internacional, en especial el reconocido en normas y principios que han sido adoptados expresamente en una norma de derecho internacional. Es razonable reconocer que, ahí donde exista una regulación estricta, los Estados no gozan de ningún espacio de libertad para desviarse de los estándares internacionales; pero que, ahí donde la regulación es abierta, gozan de cierta libertad para definir el alcance de los derechos humanos en razón de su derecho, su historia, su cultura, y las decisiones políticas de sus instancias democráticas.

V. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha argumentado que las teorías del monismo y el dualismo son insuficientes para explicar la relación entre el DIDH y el derecho nacional, por lo que hay que reconfigurar esta relación sobre otra base conceptual. En este sentido, se ha argumentado que el principio de subsidiariedad permite sostener una visión universal de los derechos humanos y de sus mecanismos internacionales de protección, al mismo tiempo que reconoce un legítimo y amplio margen de la libertad a los Estados para definir la regulación de los derechos humanos y sus mecanismos nacionales de protección. Este principio es una herramienta conceptual con la suficiente flexibilidad para evitar asumir posiciones que sostienen la supremacía del derecho internacional sobre el derecho nacional (como lo hace el monismo), o sostener que existe una estricta separación entre ambos ordenamientos jurídicos (como lo hace el dualismo). La subsidiariedad reconoce la primacía del derecho nacional en la protección a los derechos humanos, pero sin que esto implique una prohibición *a priori* de la intervención del derecho ni las instituciones internacionales en asuntos considerados como “competencias exclusivas” de los Estados.

Reconfigurar el entendimiento de la relación entre el DIDH y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad fortalece su lógica

pluralista. Permite reconocer que los Estados están obligados a adoptar todas las medidas de derecho interno necesarias para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos, pero justifica que cumplan esta obligación de conformidad con sus procedimientos constitucionales, y atendiendo a sus circunstancias jurídicas, políticas, sociales y culturales específicas. De igual forma, reconoce que las instituciones internacionales tienen la función primordial de servir como una instancia que guía la acción de los Estados, pero nunca reemplazarlos como principales —y primeros— garantes de los derechos humanos. Son las instituciones estatales las que tienen la obligación implementar los derechos humanos de fuente internacional a través de sus leyes, políticas públicas, y decisiones judiciales, siendo la función de las instituciones internacionales la de asistir a los Estados en el cumplimiento de esa obligación conforme al grado de regulación y los procedimientos reconocidos por el derecho internacional.

Es en este sentido que este trabajo ha sostenido que una visión robusta del principio de subsidiariedad permite una interpretación razonable del DIDH y sus mecanismos internacionales de protección, pues combina la intervención internacional con la deferencia nacional en aras de garantizar una sana interacción entre el DIDH y el derecho nacional en un mundo plural.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, 7a. Ed., Nueva York, Oxford University Press, 2008.

BURGORGUE LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights. Case Law and Commentary*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.

CANCADO TRINDADE, A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el Siglo XXI*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

CASSESE, Antonio, *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2005.

- CLARK ARENDT, Anthony, *Legal Rules and International Society*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.
- DUNOFF, Jeffrey L. et al, *International Law. Norms, Actors, Process*, Nueva York, Aspen, 2010.
- FINNIS, John, *Natural Law and Natural Rights*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- GLENDON, Mary Ann, *A World Made New. Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*, Nueva York, Random House, 2001.
- KELSEN, Hans, *Principles of International Law*, revised and edited by Tucker, Robert W., 2a. ed., Nueva York, Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1966.
- LAUTERPACHT, Hersch (ed.), *Oppenheim's International Law*, Longmans, 2a. ed., Green and Co. LTD., 1937.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003.
- SHAW, Malcolm M., *International Law*, 7a. ed., Nueva York, Cambridge University Press, 2014.
- SHELTON, Dinah L. y CAROZZA, Paolo, *Regional Protection of Human Rights*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- SHELTON, Dinah (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013

PABLO GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ

2. Artículos académicos y capítulos de libros

- BESSON, Samantha, “Subsidiarity in International Human Rights Law-What is Subsidiary about Human Rights”, *The American Journal of Jurisprudence*, Estados Unidos de América, vol. 61, núm. 1, 2016.
- CAROZZA, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, Estados Unidos de América, vol. 97, 2003.
- CARTABRIA, Martha, “The Age of «New Rights»”, *Strauss Institute Working Paper 03/10*, 2010.
- CASSIN, René, “El problema de la realización efectiva de los derechos humanos en la sociedad universal”, *Veinte años de la evolución de los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1976.

- FERRER Mac-Gregor, Eduardo, “Control de convencionalidad (sede interna)”, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, t. I.
- FINNIS, John, “Limited Government”, *Human Rights & Common Good. Collected Essays: Volume III*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año 1, núm. 1.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Margen de apreciación nacional”, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, t. II.
- HELFFNER, Laurence R., “Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, núm. I, 2008
- JACOBS, F. G., “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, *Texas International Law Journal*, Estados Unidos de América, vol. 38(3), 2003.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, “La Convención Americana de Derechos Humanos como derecho interno”, *Boletín da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasilia, núms. 69-71, 1987-1989.
- NEUMAN, Gerald L., “Subsidiarity”, *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2013.
- OPPENHEIMER, L., “Introduction to Picciotto”, *The Relation of International Law to the Law of England and to the Law of the United States of America*, Nueva York, McBride, Nast & Co., 1915.
- RAMÍREZ, Hugo, “Praxis de la interculturalidad: los retos del multiculturalismo y el ethos del mestizaje”, *Persona y Derecho*, España, vol. 70, 2014.
- SALOMON, Jean, “Article 26”, *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 2012.
- SCHAUS, Anite, “Article 27”, en DÖRR, Oliver y SCHMALENBACH, Kristen (Coords.) *Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, vol. I, Berlín, Springer, 2012.

- SIERRA PORTO, Humberto, “La Constitución colombiana frente al control de convencionalidad”, *Recurso de la Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2013.
- SLAUGHTER, Anne-Marie y BURKE-WHITE, William, “The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos de América, vol. 47, 2006
- UTZ, Arthur, “The Principle of Subsidiarity and Contemporary Natural Law”, *Natural Law Forum*, vol. 3, 1958.
- VON BOGDANDY, Armin, “Pluralism, Direct Effect and the Ultimate Say: on the Relationship Between International Law and Domestic Constitutional Law”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3-4, 2008.
- WARBRICK, Collin, “States and Recognition of International Law”, *International Law*, 2a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2006.

3. *Tratados internacionales*

- Acuerdo de Londres del 8 de agosto de 1945 para el establecimiento de un tribunal militar internacional.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en Austria el 23 de mayo de 1969.
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en Cartagena de Indias el 12 de septiembre de 1985.
- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de guerra.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16 de diciembre de 1966.

4. Decisiones de tribunales y otros organismos internacionales

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 157.

———, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*, sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4.

———, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, núm. 259.

———, *J.Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 27 de noviembre de 2013, serie C, núm. 275.

———, *Tarazona Arrieta y Otros Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 15 de octubre de 2014, serie C, núm. 286.

———, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Excepciones Preliminares*, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, núm. 1.

Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Advisory Opinion Concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 28 de mayo de 1951

———, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica vs. España); Segunda Fase*, 5 de febrero de 1970.

Observación General No. 31, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, la índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 2004.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Akdivar v. Turkey*, Application No. 21893/93, 1997.

———, *Vernillo v. France*, Application No. 11889/85, 1991.

5. Constituciones nacionales

Constitución Política de la República de Guatemala.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de El Salvador.

Constitución de Sudáfrica.

7. Decisiones de tribunales nacionales

Medellin v Texas 552 U.S. 491, 2008.

Caso Görgülü 111 BVerfGE 307, 2004.

8. Otros documentos

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas número 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.