

Argumentando conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos en las constituciones latinoamericanas

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas
Universidad del País Vasco (UPV-EHU)

I. Planteamiento.

La principal dificultad que plantea la regulación constitucional o legal de la motivación de las resoluciones jurisdiccionales es que establece el deber de motivar pero no explica en qué consiste esa obligación, por lo que con ella no se está cerrando, sino, en afortunada expresión de Perfecto Andrés Ibáñez, abriendo el problema de la motivación¹. Por ejemplo, el artículo 16 de la Constitución mexicana se refiere genéricamente al deber de “fundar y motivar”, el artículo 139.5 de la Constitución peruana considera un principio y derecho de la función jurisdiccional la “motivación escrita de las resoluciones judiciales”², y el artículo 120.3 de la Constitución española establece que las sentencias “serán siempre motivadas”.

Una situación muy parecida a la de la regulación de la motivación se da en relación a las cláusulas constitucionales de interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos: en lugar de resolver el importante problema de la interpretación de las disposiciones normativas relativas a derechos humanos, abre otros tal vez más complejos acerca de su alcance y la forma de su empleo. De lo que no cabe duda es que este tipo de pautas aplicativas de los derechos humanos se ha consolidado en el constitucionalismo moderno, y se han

¹ Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, en *Doxa*, nº 12, 1992, pág. 288.

² Para consultar muchas de las cuestiones tratadas en este trabajo en el Derecho peruano me remito a F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales en el Derecho Peruano*, Lima: Grijley, 2012; y *La argumentación en la justicia constitucional*, Lima: Grijley, 2013). De manera similar, también la Constitución Federal del Brasil, en su art. 93, IX considera un principio de la judicatura que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

convertido en un potente argumento para justificar la atribución (o el rechazo) de eventuales significados por la persuasividad que acompaña a su invocación. Sin embargo, su uso no consiste únicamente en constatar la conformidad con los tratados de un sentido del enunciado o la inconformidad de otro, sino que requiere un complejo trabajo argumentativo que deberá hacerse constar en la motivación de la decisión.

Este trabajo pretende abordar algunos de esos problemas en el constitucionalismo latinoamericano, primero identificándolos, haciendo luego algunas propuestas que tal vez sirvan para reducirlos, y finalmente ofreciendo algunas pautas y requisitos para su adecuado empleo desde la teoría de la argumentación jurídica y el deber constitucional de motivación de las decisiones judiciales³.

Uno de los ámbitos más importantes en los que una Constitución se juega su carácter democrático es el de la eficaz protección y garantía de los derechos humanos y de las libertades públicas. De nada sirven prolijas y completísimas declaraciones de derechos, si no van acompañadas de medidas efectivas para responder ante las vulneraciones de las que puedan ser objeto y restituyan al ciudadano en su disfrute. En ese sentido, no suele destacarse suficientemente, en mi opinión, el peligro de que el contenido esencial de los derechos quede desvirtuado por vía interpretativa⁴. De nada sirve el reconocimiento amplio de

³ Me he ocupado anteriormente de esta cuestión en el Derecho mexicano en F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, "La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales. El nuevo artículo 1º de la Constitución mexicana", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n° 32, 2011, págs. 187-206; y en "Qué hacer con el artículo primero constitucional. La interpretación de los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales", en Joel Reyes e Iván Castillo (coords.), *5 años de jornadas académicas en Michoacán. Una visión jurídica de actualidad*, Morelia: Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, 2013, págs. 18-47. Sobre cláusulas similares en el Derecho colombiano y en el Derecho español están dedicados los siguientes análisis: F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, "La interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos", en AA.VV., *Reflexiones sobre Derecho Global. Homenaje a Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J.*, Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas-Pontificia Universidad Javeriana, 2007, págs. 79-105; y en F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, págs. 345 y ss.

⁴ Para conocer la concepción de la interpretación que está en la base de este análisis puede verse F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006; y más recientemente F.

derechos si luego las restricciones al disfrute de los mismos son avaladas por los órganos jurisdiccionales encargados de su garantía, como consecuencia de una interpretación restrictiva de su campo de actuación.

Ese riesgo, no exclusivo desde luego para la interpretación de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, ha llevado a muchas Constituciones contemporáneas a incorporar reglas destinadas a dirigir la actividad interpretativa judicial, con la finalidad de restringir, en la medida de lo posible, el margen de discrecionalidad inherente a la función jurisdiccional. De entre ellas, seguramente las más explícitas y las que han alcanzado el mayor rango jerárquico son las normas constitucionales destinadas a regular la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos, indicándole al juez con qué criterios debe actuar al otorgar significado a los enunciados normativos sobre esa materia. Como he advertido en otras ocasiones⁵, el gran problema que plantea este tipo de directivas es que son poco eficaces, ya que debido a su generalidad, a su imprecisión y, sobre todo, a que carecen de instrucciones sobre su manejo, no determinan prácticamente en absoluto el trabajo interpretativo del juez. El reto, por ese motivo, es realizar un entendimiento de esas disposiciones referentes a la interpretación que las transforme en reglas concretas de la motivación de la decisión interpretativa, que permitan controlar su adecuación a los requisitos para una fundamentación racional de las decisiones judiciales.

II. Las cláusulas de interpretación conforme en las Constituciones latinoamericanas.

Desde que la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1975 incorporaron al máximo nivel normativo y como una garantía adicional de los derechos fundamentales *cláusulas de interpretación de los mismos conforme a los convenios y tratados internacionales* sobre la materia, muchas Constituciones de Latinoamérica las han incorporado con un contenido similar:

Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, México D.F.: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

⁵ De esta cuestión me he ocupado en *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, cit., págs. 28-33 y 71 y ss.

- *Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia de 1991*: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.
- *Disposición Final Cuarta de la Constitución del Perú de 1993*: “Interpretación de los derechos fundamentales. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.
- *Artículo 13.IV de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.
- *Artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Como puede observarse, aunque es sólo la Constitución mexicana la que establece, en materia de derechos humanos, como parámetro para la interpretación “de conformidad” tanto la Constitución como los tratados internacionales, también la supeditación, en cuanto a la interpretación de los derechos, de las normas constitucionales frente a las de los tratados internacionales prevista en las Constituciones de Colombia, el Perú y Bolivia plantea la relación entre éstas y los instrumentos internacionales en caso de conflicto, y obliga a repensar o presentar de otro modo la supremacía constitucional.

Otras Constituciones latinoamericanas, aunque no hayan incorporado este tipo de cláusulas interpretativas de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales, plantean problemas muy similares (o aún mayores) por la posición

jerárquica que atribuyen a estos últimos⁶.

Muchas Constituciones otorgan a los *tratados internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional*: la Argentina (artículo 75), aunque sólo los principales; la de Brasil (artículo 5º), aunque sometidos a un quórum especial de aprobación por el *Congreso Nacional*; la de Chile (artículo 5º); la de Costa Rica (artículo 48), aunque sólo los de "carácter fundamental"; la de México (artículo 1º); la de Nicaragua (artículo 46); indirectamente la de Paraguay (artículo 142); y la de República Dominicana (artículo 74).

Otro grupo de Constituciones concede a los *tratados sobre derechos humanos incluso jerarquía supraconstitucional*: la de Bolivia (artículo 13); la de Colombia (artículo 93); la de Ecuador (artículo 424), cuando reconozcan derechos más favorables a los constitucionales; la de Guatemala (artículo 46), aunque tan matizada jurisprudencialmente que los ubica bajo la Constitución, a pesar de que se les reconoce "preeminencia sobre el derecho interno"; y la de Venezuela (artículo 23), también en la medida que los tratados contengan normas más favorables que las constitucionales.

Tanto en el caso de las Constituciones que colocan en el mismo nivel jerárquico a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como en el de las que les otorgan un rango supraconstitucional, la puesta, de algún modo, en cuestión de la supremacía constitucional ha provocado en muchos países que los tribunales constitucionales y/o supremos opten por una interpretación "débil" de esa posición jerárquica, recordando en todo caso la superioridad de la Constitución en caso de conflicto.

Por último, la gran mayoría de Constituciones latinoamericanas incorporan *cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos*, añadiendo

⁶ Las fórmulas de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos a las Constituciones nacionales son variadas, pero pueden reconducirse a tres (José Luis CABALLERO OCHOA, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México: Porrúa/IMDPC, 2014, 2ª ed., págs. 20-23): A) Un modelo jerárquico, ubicando los tratados internacionales en un nivel supraconstitucional o constitucional (Guatemala, Argentina o Kosovo); B) Un modelo hermenéutico a través de una cláusula de interpretación conforme con respecto a los tratados internacionales sobre derechos humanos (Portugal, España o Perú); y C) Un modelo mixto, que contemplan tanto un rango jerárquico de los tratados como una cláusula de interpretación conforme (Colombia, Bolivia, República Dominicana o México).

a través de las mismas otros derechos no mencionados en el texto constitucional: sin especificar cuáles, como en el artículo 13.II de la Constitución de Bolivia; remitiéndose a los que figuren en los tratados internacionales, como en Brasil y México; o genéricamente a los de "igual naturaleza" que los reconocidos en la Constitución, como en República Dominicana. Pero el grupo más importante de Constituciones es el que considera incluidos también en ellas todos los derechos inherentes a la persona, a la dignidad o a la naturaleza humana, como en Chile, Colombia, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Venezuela; o añaden incluso los derivados de la soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno, como las Constituciones hondureña y peruana; o de la dignidad de las "comunidades, pueblos y nacionalidades", como en Ecuador.

No es difícil imaginar los conflictos que pueden surgir entre la regulación constitucional con la de los tratados y ese variado catálogo de fuentes de derechos extrasistémicas a la hora de determinar qué derechos poseen igual naturaleza, son inherentes a la persona, a la dignidad, a la naturaleza humana, derivan de la soberanía del pueblo, etc., y su compatibilidad con los mencionados en los textos constitucionales respectivos.

Como puede apreciarse en la exposición anterior, las fórmulas empleadas son diversas, y diferente, igualmente, tanto la intensidad con la que las cláusulas de interpretación de los derechos han sido constitucionalizadas, como su posición en el entramado nacional de fuentes normativas: simples directivas de interpretación conforme con los tratados, *pro homine* o *pro libertatis*, ubicación de aquéllos en el bloque de constitucionalidad como parámetro para la misma, rango supralegal de los tratados pero infraconstitucional, jerarquía constitucional o, incluso, supranacional⁷. Sin embargo, los problemas en todos los países,

⁷ Para tener un marco general del contexto latinoamericano, pero también de los similares problemas que se plantean en muchos países deben consultarse los trabajos de Eduardo FERRER MAC-GREGOR, fundamentalmente "Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad. El nuevo paradigma del juez mexicano", en *Estudios Constitucionales*, nº 2, 2011, págs., 531 y ss. Es de consulta inexcusable igualmente el texto coordinado por Alejandro SAIZ ARNAIZ y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México D.F.: Porrúa/UNAM, 2012; y la obra ya citada de José Luis CABALLERO OCHOA, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, ob. cit., págs. 29 y ss., muy

independientemente del tenor literal elegido por cada Constitución, son similares: el rango jerárquico de los tratados, su relación con las Constituciones, si incluyen o no las decisiones de los tribunales internacionales garantes de los derechos, el alcance de las cláusulas *pro homine* o *pro libertatis*, si la interpretación conforme con los tratados afecta también a las disposiciones constitucionales, o si implican la incorporación a la Constitución de otros derechos no mencionados expresamente.

Las razones de la proliferación de este tipo de cláusulas en un buen número de Constituciones contemporáneas son variadas y complejas de analizar, pero me limitaré a las dos que considero más relevantes.

En primer lugar, puede presumirse que lo pretendido por los constituyentes de todos esos países con la introducción de esta pauta interpretativa de los derechos fundamentales fue un intento de uniformización con los ordenamientos jurídicos extranjeros en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, para alcanzar así una homologación internacional en esta materia tan relevante desde el punto de vista del estado de derecho y de la democracia en general⁸. No es seguramente casual que las Constituciones portuguesa (1976) y española (1978), pioneras en la incorporaron de este tipo de cláusulas interpretativas, lo hicieran justo después de salir de largas dictaduras militares, lo mismo que muchos de los países latinoamericanos tras sufrir regímenes totalitarios o coincidiendo con una situación de violación masiva de derechos derivada de la violencia⁹.

especialmente los anexos (págs. 267-276) para comparar la evolución y contenido de las cláusulas constitucionales relativas a los tratados internacionales sobre derechos humanos en los países europeos, en los latinoamericanos y en los diferentes Estados mexicanos. También desde una perspectiva latinoamericana y sobre todo guatemalteca es de interés el trabajo de Karin WAGNER MOTA, *Interpretación normativa de la Corte de Constitucionalidad a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos y mecanismos del sistema de las Naciones Unidas sobre protección y promoción de los derechos humanos: mecanismos en el tema de migrantes*, Guatemala: Universidad Rafael Landívar, 2012.

⁸ Vid, por ejemplo, S. BASILE: "Los 'valores superiores', los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en *La Constitución española de 1978. Estudio introductorio*, dirigido por los profs. A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid: Civitas, 1980 pág. 267; y J RUIZ-GIMENEZ CORTES "Artículo 10 Derechos fundamentales de la persona", en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, dirigidos por O. ALZAGA VILLAAMIL, Tomo II, Madrid, 1984, págs. 47-155, sobre todo págs. 130 y ss.

⁹ Acerca de estos procesos son muy interesantes las reflexiones de Santiago NIETO CASTILLO, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, sobre todo págs. 11-19.

En segundo lugar, y como consecuencia de esta primera razón, la fuerza persuasiva de la justificación de la interpretación de los derechos humanos por medio de la invocación de los tratados internacionales sería grande¹⁰. Por eso, la referencia al ordenamiento internacional ha adquirido una extraordinaria fuerza retórica debida fundamentalmente al grado de autoridad del que están investidas las organizaciones internacionales.

III. Dos maneras de entender las cláusulas de interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Aparentemente, la incorporación en la Constitución de esta conexión internacional en materia de derechos humanos muestra una preocupación por considerar insuficiente que la limitación de los poderes del Estado esté encomendada únicamente a las normas y tribunales de Derecho interno, de tal manera que el número, contenido, reconocimiento y garantía de los derechos no se deje en fuentes y mecanismos puramente nacionales¹¹.

Al aproximarse, sin embargo, a la práctica de la aplicación de este tipo de directivas de aplicación de los derechos humanos se aprecian dos actitudes que, a falta de una mejor denominación, llamaré interpretación *conservadora* (o débil) e interpretación *abierta* (o fuerte)¹².

La interpretación *conservadora* parte de la idea de que este tipo de cláusulas no añada demasiado a los caminos tradicionales de incorporación del Derecho

¹⁰ Aunque Alejandro Saiz Arnaiz lo relaciona con el uso por parte de los Tribunales Constitucionales de estas cláusulas interpretativas, su mención al incremento de la persuasividad de la decisión creo que puede tomarse también como una de las razones de su inclusión en muchas Constituciones (A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pág. 206; e ID., "La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos", en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, coordinadores, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, cit., pág. 487).

¹¹ La idea la tomo de Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, cit., pág. 43.

¹² Sobre ambas concepciones véase Pierluigi CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, trad. esp., Madrid: Marcial Pons, 2011, pág. 185. Dos obras que desarrollan con mucha profundidad la cuestión son Marilisa D'Amico y Barbara Randazzo (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano svoltosi il 6-7 giugno 2008*, Turín: Giappichelli, 2009; y Giusi SORRENTI, *L'Interpretazione conforme a Costituzione*, Milán: Giuffrè, 2006.

internacional al Derecho interno, convirtiendo aquellas disposiciones constitucionales en una simple declaración retórica legitimadora del régimen constitucional en el concierto internacional; o, en el mejor de los casos, en una simple reiteración: los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados forman parte del Derecho interno y deben ser empleados para la interpretación de ellos mismos.

Sin embargo, para dar sentido, la máxima eficacia a estas disposiciones constitucionales, y para interpretarlas conforme a la pauta que ellas mismas establecen, el modo de entenderlas debe ser otro. Efectivamente, de consagrarse esta interpretación *conservadora*, las cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos carecerían de todo sentido, y quedarían vacías de contenido, lo que resulta una conclusión inadmisibles. Cualquier disposición o reforma constitucional tiene la finalidad de incorporar al ordenamiento jurídico nuevas normas y/o a eliminar normas existentes, de tal modo que cualquier interpretación de las nuevas disposiciones incorporadas debe dotarlas de un contenido propio y original, sin considerarlas una mera reiteración de algo que ya estaba dicho por otras disposiciones o antes de la reforma.

Además, muchas Constituciones latinoamericanas regulan por un lado los tratados internacionales en general y por otro los relativos a los derechos humanos, otorgando a estos últimos un régimen y una jerarquía normativa diferente a los primeros. Por ejemplo, el art. 75.22 de la Constitución de Argentina da a los tratados "jerarquía superior a las leyes", pero a las principales Declaraciones, Convenciones o Pactos de derechos humanos les otorga "jerarquía constitucional"; la Constitución de Ecuador en su art. 425 ubica los tratados internacionales entre la Constitución y las leyes orgánicas, pero conforme al segundo párrafo del art. 424 los incluidos en tratados internacionales "que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público"; o la Constitución mexicana, tras la reforma de 2011, reserva para los tratados internacionales generales la regulación del art. 133 (son Ley Suprema de la Unión, siempre que "estén de acuerdo" con la Constitución), pero se refiere a los tratados internacionales sobre derechos humanos en el art. 1º (equiparándolos con la

propia Constitución). Por ello, me parece más adecuado apostar por la interpretación que he denominado *abierta*.

Ésta implicaría adecuar la interpretación de las disposiciones relativas a los derechos humanos al contenido de los tratados internacionales, que devendrían así, por imperativo constitucional y como enseguida explicaré, en el canon hermenéutico de la regulación de los derechos en la Norma Fundamental, otorgando a esos instrumentos internacionales una eficacia nueva y distinta¹³.

Como ya he avanzado, mi postura estaría más cerca de esta segunda interpretación, tendente por tanto a aprovechar esas cláusulas constitucionales para introducir cambios en la aplicación de los derechos humanos que profundicen en su reconocimiento y en su garantía. Dicho de otro modo, considero que la regulación de los derechos humanos en cada uno de los países que han incorporado en sus Constituciones este tipo de cláusulas ha cambiado de manera notable. La pregunta que corresponde contestar es qué es lo que ha cambiado. Que las disposiciones relativas a los derechos humanos deban interpretarse *de conformidad con la Constitución* no supone en realidad ninguna novedad, ya que antes de que estas pautas se incorporaran ya existía esa obligación por una cuestión de simple jerarquía normativa y de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico. Que las disposiciones relativas a los derechos humanos deban interpretarse *de conformidad con los tratados internacionales* tampoco es ningún cambio, puesto que, muchas Constituciones ya les otorgaban, como se ha visto, una jerarquía superior a las leyes, a veces un rango constitucional y, en algunos casos, incluso supraconstitucional. ¿Qué es entonces lo que ha cambiado? ¿Qué han añadido las cláusulas de interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos?

En mi opinión, las novedades podrían situarse en dos puntos: en primer lugar, que también las *disposiciones constitucionales sobre derechos humanos* deberían interpretarse conforme a los tratados internacionales, y no sólo los enunciados infraconstitucionales, con lo que se plantearía un importante problema de jerarquía normativa entre la Constitución y los tratados

¹³ Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, cit., págs. 52 y 53.

internacionales; y, en segundo lugar, que esa directiva interpretativa fuera tomada como el *único* criterio o método que *siempre* debería ser aplicado para la determinación del significado de las disposiciones sobre derechos humanos del Derecho nacional, con lo que se plantearía un importante problema de soberanía de los órganos legislativos.

De manera un poco más ordenada, señalaré que, desde mi punto de vista, las dudas acerca de la aplicación, alcance y efectos de las cláusulas constitucionales que están siendo analizadas se centran, por tanto, en las siguientes cuestiones: por un lado, si se refieren *sólo* a la interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos *infraconstitucionales*, o también a las contenidas en *la propia Constitución*; y por otro, si la interpretación de conformidad con los tratados internacionales es el *único método* autorizado para la atribución de significado de los enunciados relativos a los derechos, que debe ser tenido en cuenta *siempre*, o solamente cuando surjan *dudas* acerca del significado o alcance de esos enunciados.

IV. Las cláusulas constitucionales de interpretación de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales no son un método de interpretación.

A pesar de que este tipo de cláusula puede ser tomada como un método o regla para la interpretación de las disposiciones reguladoras de los derechos humanos, en realidad no lo es puesto que no indica cómo deben interpretarse esos enunciados. Se trataría más bien de una *directiva de elección de significados* que actuaría en una fase posterior, tras obtener varios sentidos de la disposición como consecuencia del uso de los métodos de interpretación. Intentaré explicarlo un poco mejor.

Ante un texto de significado dudoso (o controvertido) el aplicador judicial se encuentra ante varias posibilidades interpretativas obtenidas (o justificadas) por medio de uno o varios métodos (o argumentos) interpretativos¹⁴. Pues bien, estas

¹⁴ Esta frase tan complicada y matizada tal vez requiera de una aclaración ya que es consecuencia de una cierta manera de entender la interpretación jurídica. En primer lugar, ante un texto normativo caben dos situaciones: su significado plantea dudas al intérprete, o diferentes

cláusulas obligarían a seleccionar y atribuir aquél significado de la disposición que sea conforme con la Constitución y los tratados internacionales, frente al que entre en colisión con ellos¹⁵. Por ello, y como más adelante intentaré explicar, en mi opinión el Derecho nacional de los derechos humanos debería obtenerse de la interpretación sistemática, conjunta o armónica de las disposiciones constitucionales e internacionales.

En definitiva, nos encontramos ante directivas de prevalencia, no ante un problema de jerarquía normativa o de derogación de normas, de tal manera que incluso aquélla cedería ante el carácter más favorable de otra norma jerárquicamente inferior. Y ello sin que se plantee un problema de legalidad, en la medida que en virtud de la cláusula de interpretación conforme se impondría la aplicación de la norma más protectora, aunque sea la jerárquicamente inferior¹⁶. Con terminología de WRÒBLEWSKI se trataría de “directivas de preferencia”, es decir, las que determinan la manera de elegir entre los diferentes resultados de la aplicación de las directivas de primer grado, que serían las dirigidas a atribuir el significado¹⁷. Tiene razón, por ello, CHIASSONI cuando advierte de que este tipo de interpretación *correctora* consiste en una “*reinterpretación sustantiva vinculada*: se trata de volver a interpretar la misma disposición, para atribuirle un significado diferente del identificado en sede de primera interpretación, sustituyéndolo de

operadores jurídicos (tribunales, magistrados, autores o partes procesales) le atribuyen diferente significado por lo que éste es controvertido. En segundo lugar, los llamados “métodos”, “reglas”, “instrumentos”, “directivas” o “argumentos” interpretativos pueden considerarse modos o instrumentos para obtener (habría quien utilizaría el verbo “descubrir”) el significado de un enunciado, pero también formas de justificar los significados atribuidos al mismo, lo que me parece más acertado. En tercer lugar, las diferentes propuestas o posibilidades interpretativas pueden ser el resultado de la aplicación de diferentes métodos interpretativos (uno, por ejemplo, el gramatical y otro el sistemático), pero también de un uso diverso del mismo instrumento interpretativo (por ejemplo, una interpretación gramatical que toma en cuenta el sentido vulgar y otra el sentido técnico-jurídico).

¹⁵ Esta es la razón por la que Riccardo GUASTINI (*L'interpretazione dei documenti normativi*, Milán: Giuffrè, 2004, pág. 248) incluye esta interpretación *adeguatrice* entre las técnicas para prevenir antinomias.

¹⁶ Gabriela RODRIGUEZ, “Artículo 29. Normas de interpretación”, en Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Fundación Konrad Adenauer, 2014, págs. 711 y 712.

¹⁷ Jerzy WRÒBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Cívitas, 1985, pág. 36.

esta manera total o parcialmente”¹⁸.

Esta manera de entender las cláusulas constitucionales que están siendo objeto de análisis tiene importantes consecuencias de cara a la conexión entre la interpretación de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos y el principio *pro homine* o *pro persona*, estrechamente unido a aquéllas. En efecto, cuando se procede a la interpretación conforme, y se opta por el sentido más protector, el más favorable para el goce y ejercicio de los derechos, es en virtud del principio *pro persona*¹⁹. Por tanto, aunque la Constitución no contemple el principio *pro persona*, si prevé una cláusula de interpretación conforme con los tratados internacionales, aquél debe entenderse implícitamente incorporado como una consecuencia lógica de la primera. Una de las pocas Constituciones que incluye tanto una cláusula de interpretación conforme, como el principio de la interpretación más favorable es la mexicana tras la reforma de 2011 que en su artículo primero emplea la siguiente fórmula: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. No obstante, en Constituciones como la boliviana, la colombiana o la peruana, que establecen la interpretación conforme, debe considerarse contemplado el principio *pro homine*, es decir, que aquélla no impone la simple conformidad, sino el sentido conforme que en mayor medida proteja,

¹⁸ Pierluigi CHIASSONI, ob. cit., pág. 150. Completando un poco esta afirmación, podrían distinguirse en la interpretación conforme dos tipos de casos: cuando desde el comienzo de la actividad interpretativa se identifican varios significados del enunciado, unos conformes y otros inconformes, supuesto en el que no cabría hablar de “reinterpretación”; y cuando inicialmente todos los significados atribuidos al enunciado son inconformes, pero se busca algún modo de entenderlo que permita la conformidad, que sería el supuesto de “reinterpretación”. Una idea similar a la de Chiassoni es defendida por Gabriela RODRIGUEZ, Alberto PUPPO, Raymundo GAMA y Jorge CERDIO (*Interpretación conforme*, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos/Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013, pág. 28) al señalar los pasos para realizar una interpretación conforme y más favorable. Como cuarta operación mencionan “idear alternativas de interpretación que eliminen la incompatibilidad” en la que distinguen tres posibilidades: no hay alternativas, luego inconformidad, es decir, no se hacen compatibles las normas (aunque tal vez estaría mejor formulado diciendo que todas las alternativas de significado son incompatibles); una alternativa, luego conformidad, es decir, se procede a la interpretación conforme (aunque tal vez estaría mejor formulado diciendo que se identifican varias alternativas, unas incompatibles y al menos una compatible); y más de una alternativa, que sería cuando actúa el principio *pro persona* a favor de la interpretación conforme y más favorable.

¹⁹ Gabriela RODRIGUEZ, Alberto PUPPO, Raymundo GAMA y Jorge CERDIO, ob. cit., pág. 26.

garantice y extienda los derechos.

Incluso, en sentido inverso, en aquellas Constituciones que han optado por incluir el principio *pro persona*, sin una cláusula de interpretación conforme, ésta debe considerarse también implícitamente incorporada. Por ejemplo, la Constitución ecuatoriana no contempla expresamente la interpretación conforme pero de manera aún más rotunda en materia de derechos y garantías constitucionales indica que “las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (art. 11.5), y que “En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano” (art. 417). De igual manera, la Constitución de la República Dominicana señala en su artículo 74.4: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

Por ello, la “conformidad” hay que entenderla referida a las normas resultado de la interpretación de ambos conjuntos de enunciados, por lo que se difuminaría la distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad.

A partir de la anterior afirmación seguramente puede entenderse mejor que esta directiva de selección entre posibles significados actuaría tanto en la relación ley/Constitución+tratados, como en la relación Constitución/tratados, aunque de diferente manera. En el primer caso, justificando la opción por el significado de la disposición legal conforme frente a la inconforme. En el segundo, justificando la opción por el significado de la disposición constitucional conforme con los tratados, frente a la inconforme.

En conclusión, esta directiva puede ser tomada también como un *metacriterio* que orienta la aplicación de todos los métodos interpretativos, pero no es uno de ellos²⁰. Por esa razón, su uso no es optativo y supeditado a la

²⁰ Para Giovanni TARELLO (*L'interpretazione della legge*, Milán: Giuffrè, 1980, pág. 361; la cita es según la traducción española de Diego Dei Vecchi, *La interpretación de la Ley*, Lima: Palestra, 2013, pág. 325) el argumento de la coherencia, en el que se encuadraría la interpretación conforme,

apreciación por parte del intérprete de una duda o controversia de significado, sino que debería acudir a ella y ser aplicada *siempre* que entren en juego los derechos humanos.

V. Las cláusulas constitucionales de interpretación de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales son directivas de resultado obligado.

Las cláusulas de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos pueden ser tomadas igualmente como directivas que imponen un resultado obligado: no simplemente la atribución del significado conforme frente al inconforme, sino el “más conforme” frente al “menos conforme”. Veámoslo.

En primer lugar, establecen una nueva directiva para justificar la elección de significado cuando varios de los potenciales sentidos de la disposición interpretada son conformes con la Constitución y los tratados internacionales: debe ser atribuido el *más conforme* antes que el *menos conforme*. De ese modo puede afirmarse que una interpretación de estas cláusulas tendente a optimizar sus posibilidades debe llevar a considerar que son elementos para la implementación de un sistema coherente de derechos humanos que integre los planos nacional e internacional. Incluso dentro de este último los diferentes tratados y convenios sobre la materia, la jurisprudencia emanada de los órganos jurisdiccionales o administrativos garantes de los mismos, y los del Derecho interno de los demás países firmantes de los diferentes sistemas inter y transnacionales. Ese enfoque lleva a tres importantes consecuencias. La primera, que no puede entenderse esta cláusula como estableciendo la mera compatibilidad normativa, sino como un mandato de optimización del contenido y garantía de los derechos²¹. La segunda,

tendría por ello un carácter subsidiario: “a fin de no hacer emerger un conflicto de normas de la interpretación de dos enunciados normativos, es necesario proceder a una ulterior interpretación de uno de tales enunciados o bien de ambos: ello deberá hacerse recurriendo a otros argumentos interpretativos, de modo tal que el argumento de la coherencia funciona como criterio de elección de ulteriores argumentos (en base a los resultados de estos últimos: serán excluidos aquellos que conducen a un conflicto de disposiciones)”.

²¹ En contra de esta opinión se manifiesta Alejandro SAIZ ARNAIZ (*La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos, cit.*, págs. 220 y ss.), para quien la cláusula de interpretación conforme a los tratados internacionales de la Constitución española recogida en

que debe partirse del complejo entramado normativo antes indicado para hacer prevalecer siempre el mayor disfrute y garantía del derecho humano de que se trate: esté recogido en un ámbito infraestatal, nacional, internacional o en otro sistema jurídico extranjero. La tercera, que ni tan siquiera es necesaria la invocación expresa de la cláusula constitucional, bastando que del resultado interpretativo se aprecie su uso al optarse por el significado más garantista y menos limitador de los derechos²².

En segundo lugar, y como una consecuencia del anterior planteamiento, esta parte final del segundo párrafo del artículo primero supone una directiva de resultado obligado, de control final de la atribución de significado a las disposiciones sobre derechos humanos. Del mismo modo que sucede con las reglas de interpretación restrictiva o extensiva²³, lo que esta directiva impone es que el sentido que se otorgue al enunciado interpretado, es decir, la norma jurídica reguladora del contenido, consecuencias, límites o garantías del derecho sea la que propicia su disfrute en mayor medida y la paralela menor limitación de las condiciones de su ejercicio, "habida cuenta de todo (*all things considered*)"²⁴. Estaría referida, por tanto, a la *interpretación-producto* y no a la *interpretación-actividad*²⁵.

el art. 10.2 debe entenderse como mera compatibilidad, como ausencia de contradicción, y no como "deducibilidad lógica", como plena identidad o conformidad en sentido fuerte.

²² Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, cit., pág. 205.

²³ De las normas sobre la interpretación me he ocupado en *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, cit., págs. 28 y ss.; y en *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, cit., págs. 86 y ss. Para conocer un enfoque original y atractivo de la interpretación extensiva y restrictiva véase Riccardo GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., págs. 145 y ss.

²⁴ Pierluigi CHIASSONI, ob. cit., pág. 151.

²⁵ Giovanni TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., pág. 39: la interpretación-actividad sería equivalente a "interpretar", es decir sería un fenómeno mental, como lo es atribuir un significado a un documento, mientras que la interpretación-producto se refiere al resultado de la actividad interpretativa, de haber interpretado.

VI. Las cláusulas constitucionales de interpretación de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales incluyen la vinculatoriedad de las decisiones de los órganos jurisdiccionales garantes de aquéllos.

Otra duda que frecuentemente acompaña a la aplicación de estas cláusulas constitucionales está referida al valor que debe darse a las decisiones de los órganos jurisdiccionales garantes de los tratados internacionales, cuando existen, y en el contexto latinoamericano sobre todo a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que no es habitual que se incluya una mención a esta cuestión en los textos constitucionales. Sólo se refieren a ella, y muy tangencialmente, las Constituciones de Colombia (tras una reforma de 2001) para permitir el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional (art. 93); la del Perú (art. 205) pero únicamente para posibilitar el recurso a los tribunales u organismos internacionales; y la de Venezuela (art. 31) recogiendo el derecho a dirigir peticiones o quejas a los órganos internacionales y remitiendo al Estado la adopción de las medidas para dar cumplimiento a las decisiones de esos órganos.

En mi opinión, y por las mismas razones apuntadas en el apartado anterior, no cabe duda de que los derechos incorporados por estas cláusulas constitucionales no son únicamente los establecidos expresamente en el texto de los tratados, sino también aquéllos enunciados por interpretación de los mismos por los órganos jurisdiccionales garantes de aquéllos y muy en concreto por la Corte Interamericana. Esta postura la avalan además las cláusulas integradoras presentes, como hemos visto, en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas, que amplían el catálogo de derechos a los incluidos en los tratados o los derivados de la dignidad humana. Esa voluntad de apertura, para ser coherente, debe extenderse a las decisiones interpretativas de las Cortes y Tribunales encargados en última instancia de su aplicación.

Además, no debe olvidarse que la interpretación conforme de una disposición (legal o constitucional) siempre requiere la previa (o simultánea) interpretación de la disposición (constitucional o del tratado) a la que se

“conforma” la primera²⁶. Si la interpretación del Tratado se dejara únicamente en manos del juez nacional, existiría el peligro de que se invirtiera el sentido de la interpretación conforme dando un significado al texto internacional buscando su conformidad con la Constitución y no a la inversa.

VII. Las cláusulas constitucionales de interpretación de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales deben ser tenidas en cuenta siempre y no sólo en caso de duda sobre el alcance de un derecho.

El concepto de interpretación más difundido en nuestra cultura jurídica la identifica con la resolución de dudas de significado, el concepto de interpretación que WRÓBLEWSKI denominó “estricto”²⁷. Según esta concepción habría actos de aplicación del Derecho que no requerirían la previa interpretación del enunciado normativo, y actos de aplicación del Derecho que, como consecuencia de la indeterminación del texto, exigirían su previa interpretación para eliminar la duda de significado. Pues bien, el interrogante que puede plantearse es si en la primera situación, es decir cuando a juicio del intérprete no hay dudas de significado, es preciso acudir también a los tratados internacionales, o su empleo está limitado a los casos de interpretación, es decir cuando el significado del texto plantea dudas. Dicho de manera más simple, si desde la perspectiva del intérprete el enunciado relativo a los derechos humanos no plantea dudas de significado ¿deben tomarse en consideración los tratados internacionales, o únicamente cuando se aprecie una indeterminación de la disposición a aplicar?

Como es sobradamente conocido, y no puedo detenerme ahora en ello, las teorías de la interpretación contemporáneas han mostrado, desde mi punto de vista de manera bastante incuestionable, que no puede hablarse de textos claros u oscuros en sí mismos, puesto que la decisión acerca de si su significado plantea o no dudas la adopta el intérprete con una no despreciable carga de subjetividad relacionada con lo satisfactorio que se considere el significado *prima facie* del

²⁶ Riccardo GUASTINI, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, trad. esp., Barcelona: Gedisa, 1999, pág. 231.

²⁷ Un desarrollo en español de los diferentes conceptos de interpretación puede encontrarse en Jerzy WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., págs. 21 y 22; e ID., *Sentido y hecho en el Derecho*, Lima: Grijley, 2013, págs. 153 y ss.

enunciado. Por ello, en la aplicación de las cláusulas de interpretación conforme cabrían teóricamente dos soluciones: primar el concepto “tradicional” de interpretación y limitar el uso de los tratados internacionales a los casos de duda, o primar la garantía de los derechos pretendida por esas cláusulas estableciendo el deber de emplear los tratados internacionales en cualquier acto de aplicación de los derechos humanos. Esta última posición es seguramente la más conforme con los tratados internacionales y la consagración de un concepto de interpretación no habitual en nuestra cultura jurídica. La primera postura plantea el problema de dejar en manos del intérprete la decisión acerca de la claridad u oscuridad del texto y, en consecuencia, la decisión acerca de recurrir o no a los tratados internacionales a la hora de aplicar disposiciones relativas a los derechos humanos. Ello puede ocasionar un protagonismo excesivo de la subjetividad del intérprete y graves problemas de seguridad jurídica para determinar cuáles son las normas sobre derechos humanos.

Para evitar ese riesgo, me parece útil poner de nuevo en relación este problema con el deber de fundar y motivar, también las resoluciones judiciales, establecido, como hemos visto, expresa o tácitamente, en la gran mayoría de Constituciones latinoamericanas. En efecto, a mi juicio la incorporación de la directiva interpretativa que estoy comentando, obligaría a dotar de un nuevo contenido al deber de motivación de las resoluciones judiciales, incluyendo dentro del mismo dos nuevas obligaciones: la justificación no sólo del modo de disipar la duda acerca del significado de un enunciado, sino también de la propia duda, es decir, de su indeterminación gramatical, sistémica o funcional²⁸; y la justificación de la pluralidad de significados posibles del texto, y la razón o razones por las que se opta por uno de ellos y por las que se rechazan otros alternativos.

²⁸ Jerzy WRÓBLEWSKI, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., págs. 49-58; e ID., *Sentido y hecho en el Derecho*, cit., págs. 124 y ss.

VIII. La aplicación de las cláusulas constitucionales de interpretación de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales puede entenderse mejor a partir de la distinción entre disposiciones normativas y normas jurídicas.

En ocasiones se olvida la obviedad de que las normas jurídicas no son producidas como tales o, dicho de otro modo, que los órganos que tienen atribuida la competencia para producir normas jurídicas sólo pueden darlas a conocer a sus destinatarios por medio del lenguaje. Por ello, me parece oportuno aplicar al problema que se está analizando la distinción entre el resultado lingüístico de la actividad de los órganos con competencias normativas, y la norma jurídica como el resultado de la interpretación de ese material lingüístico: la *disposición normativa*, es decir, un texto aprobado por una autoridad normativa; y el *contenido de esa disposición normativa*, es decir, el significado otorgado tras su interpretación, para el que parece clarificador reservar la denominación de *norma jurídica*²⁹.

Esta concepción de la norma jurídica presupone de nuevo un concepto amplio de interpretación que la equipara con la simple comprensión de un enunciado. Ello no implica, sin embargo, renunciar a la distinción entre situaciones de duda y situaciones de claridad en relación con el significado que es atribuido a una disposición. Parece compatible mantener simultáneamente que la identificación de la norma jurídica expresada por una disposición exige siempre la interpretación (en sentido amplio) de ésta, y que hay ocasiones en las que el significado *prima facie* de la disposición es satisfactorio para un operador jurídico concreto en un determinado momento, pero en otras ese significado literal le plantea dudas y procede a la interpretación (en sentido estricto) de la disposición.

Si este planteamiento es compartido, se entenderá que la norma jurídica, al configurarse como el resultado de la interpretación, es una "construcción" del

²⁹ Sobre la distinción entre disposiciones normativas y normas jurídicas pueden consultarse las siguientes obras y la bibliografía allí citada: F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, "El sistema jurídico" y "Las fuentes del Derecho", en M.A. BARRERÉ UNZUETA, A. CAMPOS RUBIO, F.J. EZQUIAGA GANUZAS y J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Lecciones de teoría del Derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, págs. 119-220; F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *La producción jurídica y su control por el Tribunal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, especialmente los Cap. 4 y 5; y F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *"Iura novit curia" y aplicación judicial del Derecho*, Valladolid: Lex Nova, 2000, especialmente los Cap. VI y VII.

intérprete efectuada a partir del texto redactado por los órganos normativos, pero también de otros elementos textuales y/o extratextuales. Desde esa perspectiva, las cláusulas de interpretación conforme estarían obligando a que la determinación de las normas jurídicas que regulan los derechos humanos se realice a partir de la interpretación combinada (o, si se quiere, "sistemática") de los enunciados constitucionales sobre la materia, con los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Y, como ya he indicado más arriba, no sólo en los casos de duda gramatical, es decir, cuando la redacción que la Constitución da a un determinado derecho plantea dudas sobre su alcance o, en general, sobre su significado, sino en cualquier acto de aplicación de cualquier derecho.

En definitiva, un entendimiento como el que se propone implica un cambio de perspectiva sobre el modo de entender los derechos reconocidos constitucionalmente. Las cláusulas de interpretación conforme se propone que no sean tomadas como una simple pauta interpretativa que permita resolver las dudas o controversias de significado, sino, como se indicó en el punto anterior, como una verdadera ventana abierta a un sistema universal (o, en su caso, regional) de los derechos humanos tendente a propiciar su aplicación uniforme.

Creo, por tanto, que la interpretación "conforme" no es más que un deber para el juez de "construir" las *normas* sobre derechos humanos a partir de la interpretación conjunta de las *disposiciones* constitucionales e internacionales. Como inmediatamente se desarrollará, esta interpretación "adecuadora" no se justifica únicamente en la relación jerárquica formal entre la disposición interpretada y la norma a la que se adecúa su interpretación, sino que pueden ser normas formalmente equiordenadas (interpretación adecuadora horizontal) o incluso inferiores (interpretación adecuadora vertical ascendente), pero que son consideradas por el intérprete axiológicamente superiores³⁰. Por ello, puede ser muy útil para entender, como se explicará en el próximo punto, que es posible la interpretación de las disposiciones constitucionales conforme con los tratados

³⁰ Acerca de la interpretación adecuadora y sus tipos, a partir de la diferencia entre jerarquía formal y axiológica, véase Pierluigi CHIASSONI, *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*, cit., pág. 151.

internacionales sin que ello implique una superioridad jerárquica formal de éstos.

De cualquier forma, creo que en la gran mayoría de las ocasiones las eventuales antinomias que puedan apreciarse entre las disposiciones constitucionales y las de los tratados podrán evitarse por medio de una interpretación sistemática, de una argumentación *a contrario* o por medio de esa interpretación adecuadora, eligiendo de entre los potenciales significados de ambos tipos de disposiciones las normas compatibles³¹.

En el supuesto extremo de que no puedan obtenerse normas compatibles de las disposición constitucional y la internacional, el efecto no sería de invalidez, nulidad o derogación de la norma constitucional, sino que debería procederse a su *inaplicación* al caso, de manera idéntica a lo que sucede cuando se procede a ponderar los principios: deben aplicarse todos en el mayor grado posible, pero cuando uno prevalece y otro queda inaplicado o aplicado en menor medida es sólo para el caso concreto, sin que se resienta en absoluto su validez. Este planteamiento posee adicionalmente la ventaja de que incluso cuando la aplicación preferente del tratado se debe a que contempla una excepción a la regulación constitucional, o una matización, ampliación o integración, la norma jurídica sobre derechos humanos se estará construyendo a partir de disposiciones tanto constitucionales como internacionales, y será en todo caso Derecho nacional.

IX. La aplicación de las cláusulas constitucionales de interpretación de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales no requiere abordar (y poner en cuestión) la relación jerárquica formal entre Constitución y Tratados internacionales.

Continuando con la distinción efectuada en el apartado anterior entre disposiciones normativas y normas jurídicas, se podrá comprender mejor, espero, que para determinar la conformidad o no de la Constitución con los tratados internacionales es necesario identificar las normas jurídicas que formulan

³¹ Acerca de las antinomias véase F. Javier EZQUIAGA GANUZAS, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, Morelia: Tribunal Electoral del estado de Michoacán, 2010.

interpretando previamente sus disposiciones. Tras la interpretación sí pueden compararse las normas respectivas para apreciar su conformidad, siendo cuatro los resultados posibles de la misma: que sean *prima facie* coherentes, que la regulación constitucional sea más garantista que la del tratado, que la regulación del tratado sea más garantista que la constitucional, o que se aprecie *prima facie* una contradicción. En los dos primeros casos de coincidencia en la regulación y de regulación constitucional más garantista no hay problema. Donde surgen los problemas y los cuestionamientos es cuando la comparación conduce a la aplicación de la norma del tratado frente a la de la Constitución porque se estaría cuestionando la supremacía jerárquica de ésta. Veamos cómo puede resolverse.

En primer lugar, estas cláusulas de interpretación conforme deben entenderse como un mandato de interpretación conforme *entre* la Constitución y los Tratados. Ello implica, de un lado, la prohibición de desconocer los tratados para la interpretación de la Constitución, pero del otro, la prohibición de ignorar la Constitución³².

En segundo lugar, creo que no es exagerado afirmar que el gran problema es la relación entre Constitución y tratados internacionales. En concreto, la posibilidad de que éstos últimos puedan prevalecer en caso de conflicto frente a la primera, cuestionándose así el sólido y estructural principio de la supremacía constitucional. Veamos cómo puede hacerse frente a esta objeción.

Las jerarquías normativas no son de un único tipo. Siguiendo a GUASTINI pueden identificarse, al menos, tres tipos de superioridad normativa³³:

1. *Jerarquía (o superioridad) material o sustancial*: las dos normas tienen una relación de este tipo si hay una tercera norma jurídica que establece la invalidez de una de ellas si entra en conflicto con la otra (por ejemplo, es

³² Sentencia del Tribunal Constitucional español 64/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico 4. Para esta cuestión es interesante la consulta de Alejandro SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, cit., pág. 80; y Carolina LEÓN BASTOS, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Madrid: Reus, 2010, pág. 134.

³³ En el texto se ha hecho una reconstrucción de los tipos de superioridad normativa a partir de varias obras de Riccardo GUASTINI en las que no ofrece un listado siempre coincidente: "Gerarchie normative", en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 1997; *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., págs. 173 y 174; e *Interpretare e argomentare*, Milán: Giuffrè, 2011, págs. 165-167.

la relación que se establece entre ley y Constitución).

2. *Jerarquía (o superioridad) estructural o formal*: es la que se da, independientemente del contenido, entre las normas que regulan la producción de otras normas y las normas producidas (por ejemplo, entre ley de delegación y el decreto legislativo delegado).
3. *Jerarquía (o superioridad) lógica o lingüística*: una norma se refiere a otra (por ejemplo, una disposición derogatoria y la derogada).
4. *Jerarquía (o superioridad) axiológica*³⁴: cuando una de las normas es considerada más importante, prevalente, preferible que la otra (por ejemplo, entre los principios y las demás normas):

“la relación de preferencia depende de una valoración comparativa sustancial de la importancia de las normas mismas: con base en una jerarquía axiológica, una norma prevalece sobre otra si es considerada mayoritariamente adecuada a los valores, a los principios, a las doctrinas ético-políticas que inspiran el sistema jurídico, o uno de sus subsistemas”³⁵.

Pues bien, a partir de esa clasificación puede afirmarse que desde un punto de vista tanto estructural como lógico, la Constitución es sin duda superior jerárquicamente a los tratados ya que es aquélla la que se remite a los tratados en el tipo de cláusulas que estamos analizando³⁶. Pero desde un punto de vista axiológico los tratados son superiores jerárquicamente a la Constitución por su autovinculación a los mismos como consecuencia de una opción ético-política, muy similar al que se produce en el control de constitucionalidad atribuido a un órgano jurisdiccional.

En última instancia, todos los tipos de jerarquía normativa reposan sobre valoraciones, pero la peculiaridad de la axiológica es que el efecto sobre la norma “inferior” no es necesariamente de invalidez o de nulidad, sino que se manifiesta como un problema de aplicabilidad: se aplica la considerada más importante, inaplicándose la otra. La importancia de la inclusión en las Constituciones

³⁴ En este caso el concepto lo tomo de Giorgio PINO, “Norme e gerarchie normative”, en *Analisi e Diritto*, 2008, pág.288.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ En el mismo sentido véase Samuel GONZÁLEZ RUIZ, “Derechos humanos y supremacía constitucional”, en *Foro Jurídico*, nº 105, 2012, págs. 52 y ss.

contemporáneas de cláusulas interpretativas de los derechos humanos es que la preferencia por una de las normas en conflicto no queda al juicio valorativo del intérprete, sino que está establecida normativamente y al máximo nivel.

X. Conclusiones.

Con la incorporación en la gran mayoría de Constituciones latinoamericanas de cláusulas de apertura hacia el Derecho internacional de los derechos humanos, se debe entender que han optado por un sistema de protección y garantía eficaz de los mismos, que lo sustraiga (o al menos complete el) de los Estados. Por ello un entendimiento "débil" de las mismas, contentándose con la mera compatibilidad entre la regulación constitucional y la de los tratados sería en buena medida frustrar su potencialidad.

Las cláusulas de interpretación conforme no son simples métodos de interpretación de los derechos humanos, sino que implican una serie de directivas y criterios transversales para la aplicación del Derecho de los derechos humanos y seleccionar la norma jurídica aplicable:

a) El significado (de la ley o de la Constitución) conforme con los tratados internacionales frente al inconforme.

b) El significado (de la ley o de la Constitución) más conforme con los tratados internacionales frente al menos conforme.

c) En todo caso, el significado más favorable para el ejercicio de los derechos, es decir el menos limitativo para su ejercicio.

En la mayoría de ocasiones, los conflictos entre la Constitución y los Tratados podrá evitarse (o resolverse) por medio de una interpretación armonizadora. Y cuando no sea posible, el efecto será el de la inaplicación de la norma menos garantista (sea la constitucional o la internacional), nunca su invalidez.

La regla que imponen las cláusulas de interpretación conforme es que las normas sobre derechos humanos deben obtenerse a partir de las disposiciones constitucionales y las de los tratados internacionales. Por ello, aplicar los tratados internacionales sobre derechos humanos es aplicar el Derecho nacional, y puede afirmarse que los principales órganos jurisdiccionales garantes de los derechos humanos, incluso de los incluidos en los tratados internacionales, son los jueces

nacionales.

En última instancia, he pretendido mostrar que una adecuada comprensión de las cláusulas constitucionales de interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos (y equivalentes) requiere cambios muy profundos en la teoría del Derecho y en la formación y práctica de los jueces (no sólo) latinoamericanos:

- a) Un nuevo concepto de motivación de la decisión judicial, no como simple problema procesal, sino directamente constitucional.
- b) Un nuevo concepto de interpretación, no como descubrimiento del significado dudoso, sino como atribución de significado en cualquier acto de aplicación.
- c) Un nuevo modo de argumentar cuando los derechos humanos están involucrados.