

EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL. ELEMENTOS PARA UNA HERMENÉUTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

José Luis CABALLERO OCHOA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La integración normativa de la Constitución*. III. *La norma internacional sobre los derechos: algo más que una garantía subsidiaria*. IV. *Los criterios de interpretación sobre derechos fundamentales*. V. *A manera de conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

Durante más de doscientos años la concepción del derecho ha estado estrechamente vinculada a una clara conciencia de la aplicación jerárquica de las leyes, propia del Estado liberal y de los ejercicios de codificación a partir del paradigmático Código napoleónico, y que perfilaron no sólo una homologación de tipo jurídico en un bloque unitario de corte piramidal, que puso fin a la sistematización plural de tipo estamental perviviente desde la Edad Media,¹ sino incluso de carácter social, con un fuerte acento en una soberanía estatal endogámica —incommensurable, según la expresión de Gustavo Zagrebelsky—² y en la homogeneización de los individuos a través de la figura de la ciudadanía.³

* Académico del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, ciudad de México.

¹ En la que convivían poderes tan diferentes como la Iglesia y el Imperio, los del señor feudal y territorial, así como los de los gobiernos correspondientes a las ciudades, y cuya normatividad no tuvo pretensiones de absoluta omnicompreensión en el propio ámbito de su aplicación, según Maurizio Fioravanti. *Cfr. La Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2001, p. 35.

² En una reflexión sobre la transformación de la soberanía de cara al Estado constitucional contemporáneo, *cfr. Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2003, pp. 10 y ss.

³ Según el discurso *ferrajoliano* que sitúa en el replanteamiento de los conceptos de soberanía y ciudadanía, el tránsito del modelo clásico del Estado liberal a un nuevo cons-

En México, quizá el ejemplo más clásico de la conformación de un Estado liberal y eminentemente legislativo⁴ a partir del siglo XIX, fue la eliminación de los llamados fueros, que conllevaban implícitamente la aplicación de estatutos jurídicos diferenciados, que en alguna medida correspondían a una serie de privilegios propios de la sociedad preliberal,⁵ en donde especialmente relevante fue el caso de las reformas en materia eclesiástica.

No obstante, también se replanteó el estatus jurídico de la propiedad de las comunidades indígenas en una clara alusión a esta conformación normativa de corte unitario, pero también a una concepción jurídico-antropológica subyacente, en la proyección de una única identidad nacional y consecuentemente ciudadana,⁶ y que redundó en lo que Ferrajoli ha identificado como una homologación jurídica de las diferencias, propia de los ordenamientos liberales, y que se manifiesta en el desconocimiento de la diversidad entre los sujetos, en atención a un único modelo de identidad colectiva generado por el mismo orden jurídico.⁷

titucionalismo de corte cosmopolita y con fundamento en los derechos humanos. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

⁴ Quizá una de las diferencias más importantes que se apuntan entre el modelo clásico del Estado liberal y el Estado constitucional contemporáneo sea precisamente que el primero fortaleció una construcción de cuerpos legislativos cuya validez descansaba en el procedimiento de creación formal de las mismas leyes, mientras que el segundo supone la construcción argumentativa del derecho, a fin de obtener la coherencia constitucional de todo el orden jurídico; de ahí que se privilegien especialmente los procesos jurisdiccionales de defensa o control de la constitucionalidad. *Cfr.* Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, en Atienza, Manuel y Ferrajoli, Luigi, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 10 y ss.

⁵ Aunque en realidad la conformación jurídica estamental es propia del medievo, el *ancien régime* se propuso eliminarla sin éxito al subsistir los privilegios personales bajo esta estructura, lo que finalmente logró el Estado liberal, paradójicamente, en un punto de confluencia entre ambos modelos más que de ruptura.

⁶ En relación con este proceso de construcción de un concepto decimonónico de la *mexicanidad*, Jorge Alberto González Galván ha señalado: “Este proceso de nacionalización de las poblaciones existentes al interior del territorio estatal, se caracterizó por reproducir en México un tipo de sociedad que hablara sólo el español e interiorizara los valores de las sociedades llamadas occidentales. Las poblaciones fueron “representadas en el pasado o en el porvenir como si formaran una comunidad natural poseedora en sí misma de una identidad de origen, de cultura, de interés, que trasciende a los individuos y a las condiciones sociales”, González Galván, Jorge Alberto, “Los paradigmas constitucionales y los derechos indígenas”, en Ordóñez, José Emilio (coord.), *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica. VII Jornadas Lascañas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 95.

⁷ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 3, p. 75.

De alguna forma, la madurez de esta concepción se ha vinculado posteriormente a una propuesta de matriz kelseniana⁸ fundada en la validez formal del ordenamiento, de corte jerárquico, y cuyo vértice piramidal se decantó en la Constitución. La construcción jurídica subsecuente ha fortalecido la idea del ordenamiento como un bloque monolítico, sin que incida mayormente en un desarrollo argumentativo que permita la construcción del derecho *a posteriori*, a partir de una diversidad de normas y de criterios interpretativos.⁹

De frente a esta perspectiva, se ha desarrollado en la segunda mitad del siglo pasado una propuesta distinta, en el contexto del tránsito del Estado contemporáneo a un modelo plenamente constitucional, y auspiciada de alguna manera por dos grandes movimientos: la consolidación democrática, que se concreta especialmente en los ejercicios constitucionales en Occidente a partir de la Segunda Posguerra y hasta nuestros días;¹⁰ y por otro lado, en el desarrollo jurídico generado en el marco del derecho internacional con posterioridad a la aparición de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

⁸ En esta tradición identifica Paolo Grossi, la visión imperativa del derecho moderno como una norma, específicamente como una “regla autorizada y autoritaria”, que necesariamente se concreta en una sola fuente de expresión de la juridicidad que es la ley. *Cfr.* Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 16 y 17.

⁹ En este sentido, Manuel Atienza considera incompatible la visión kelseniana con una perspectiva argumentativa del derecho, por diversas razones, entre otras, que la primera considera a la conformación estructural del orden jurídico como un conjunto de normas ya establecido, y a la concepción epistemológica del mismo como un objeto para conocerse, más que una práctica en cuya construcción se participa, como ocurre en la argumentación. *Cfr.* Atienza, *op. cit.*, nota 4, p. 31.

¹⁰ En el contexto europeo, me refiero a lo que Timothy Garton ha señalado como las tres grandes “oleadas” que han cambiado el rostro de Europa para hacerla más democrática después de la Segunda Guerra Mundial. La primera, sobre el norte de Europa justo al término de la guerra, y que empezaría por la propia Constitución de Alemania Federal; la segunda, en los ejercicios de la década de los setenta en España y Portugal; la tercera, a partir del derrumbe del bloque soviético, en los países de Europa del Este. Garton Ash, Timothy, “Adelante hacia el Día de la Victoria”, suplemento “Domingo”, *El País*, Madrid, 15 de mayo de 2005, p. 11. Por su parte, en América Latina, este fenómeno se ha desarrollado en la apertura democrática que ha sobrevenido a la paulatina desaparición de las dictaduras militares y de los regímenes de corte autoritario, y en donde han resultado modélicos los nuevos ejercicios constitucionales, por citar ejemplos, de Brasil (1988), Colombia (1991), Argentina (1994) o Venezuela (1999), país en el que a pesar del magnífico texto constitucional, lamentablemente también se han presentado regresiones autoritarias en los últimos años.

De manera especial sobre las normas atinentes a los derechos fundamentales han venido a confluír estos dos movimientos, lo que ha propiciado que este desarrollo se constituya como una vertiente de constitucionalismo transnacional con base en una perspectiva garantista de los derechos, cuyo ejemplo más acabado, sin lugar a duda, ha sido la generación en Europa de verdadero *ius commune* a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y de la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), además del recorrido paralelo generado en el marco de la propia Unión Europea.

De esta suerte, la construcción de los derechos va implicando otras formas de entendimiento del constitucionalismo: concebir la Constitución como verdadero instrumento normativo y como norma sobre aplicación de distintos ordenamientos, especialmente el de fuente internacional, así como trascender el criterio jerárquico como la única forma de vinculación entre las fuentes del derecho; la comprensión de los instrumentos de garantía internacional no sólo como medios reparadores subsidiarios, sino como elementos integradores del contenido constitucional de los derechos; la interpretación no solamente como exégesis destinada a desentrañar y explicitar el contenido literal de la norma, sino como una hermenéutica integradora y garantista en atención a la propia coherencia constitucional.¹¹

Estos elementos que analizaré a continuación se perfilan como un modelo plausible de constitucionalismo que interpela a los operadores jurídicos, pero especialmente al intérprete, a los tribunales constitucionales ante el reto que significa la conformación de otros paradigmas, planteados especialmente desde los derechos fundamentales. No es de extrañar, por tanto, que en fechas recientes la Suprema Corte de la Nación (SCJN) haya emitido resoluciones poco afortunadas en algunos casos sobre esta materia, en virtud de no decidirse por asumir este cambio paradigmático que implica dejar a atrás el entendimiento decimonónico del derecho, y favorecer el tránsito del Estado legislativo a uno eminentemente constitucional, lo que resulta paradójico, por decir lo menos, al tratarse del Tribunal Constitucional.

¹¹ Para Ferrajoli, en el modelo constitucional garantista, la validez de la norma no es ya más una especie de dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma, ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución. *Cfr. op. cit.*, nota 3, p. 26.

II. LA INTEGRACIÓN NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

1. *Con respecto a la concepción e interpretación de los derechos fundamentales*

El tránsito del Estado liberal a uno constitucional se encuentra marcado en buena medida por la idea de que la Constitución ha dejado de considerarse sólo como la suma de consensos básicos sobre la unidad política del Estado, en una tendencia decisionista de corte schmittiano, para situarse como una verdadera norma, sujeta a mecanismos de defensa y control,¹² mediante procedimientos concretos, confiados primordialmente a las cortes de constitucionalidad, ya de forma autónoma, como es el caso de los tribunales constitucionales, o bien, en una función atribuida al órgano máximo del Poder Judicial. De esta manera, el Estado constitucional contemporáneo tiene a la Constitución por un documento efectivamente normativo, y consecuentemente susceptible de aplicación, defensa y reparación a través de una serie de garantías constitucionales.¹³ La perspectiva garantista de una Constitución normativa parte de algunos supuestos en relación con los derechos fundamentales, que inciden directamente en su propia interpretación:

- a) El carácter normativo de la Constitución también se encuentra expresado a través de principios susceptibles de ser efectivos y con plena aplicación en razón de su contenido, lo que supera la idea de

¹² Aunque el Estado liberal consolidó la supremacía de la Constitución y a partir de ella, la codificación piramidal del sistema normativo, excluyó al propio texto constitucional; no se convirtió en parte de ese sistema, sino que —como apunta Javier Pérez Royo— “permanecía al margen del mismo. La Constitución no se convertía ella misma en norma jurídica, en un elemento del propio ordenamiento, sino que permanecía como premisa política fuera del ámbito jurídico, que no comenzaba con la Constitución, sino con la Ley”, Pérez Royo, Javier, “Del derecho político al derecho constitucional: las garantías constitucionales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 12, mayo-agosto de 1992, p. 234.

¹³ No cabe duda que el elemento que caracteriza mayormente al Estado constitucional contemporáneo es la aparición de una serie de garantías constitucionales, que consecuentemente reivindican el carácter normativo de la Constitución. De esta forma, el mismo Pérez Royo señala que estas garantías constituyen el elemento central para la comprensión del constitucionalismo democrático. *Ibidem*, p. 235.

que las declaraciones constitucionales, y la expresión de ciertos derechos proclamados en las Constituciones resultan directivas no vinculantes,¹⁴ o una especie de normas programáticas que a lo sumo marcarían una especie de directriz de actuación para las autoridades. Los principios constitucionales, claramente identificados en la regulación sobre derechos fundamentales, constituyen una expresión normativa que junto con las reglas conforman el ordenamiento.¹⁵

- b) De forma consecuente con esta visión, los derechos fundamentales no pueden ya considerarse bajo la óptica reduccionista de los derechos-defensa¹⁶ de corte individual, cuya eficacia se derivó mayormente en el ejercicio de libertades frente a la autoridad,¹⁷ y en donde la abstención se privilegió como la conducta correlativa del sujeto obligado.

En el marco de esta perspectiva, la labor de los operadores jurídicos ha privilegiado atender al derecho subjetivo público deriva-

¹⁴ Cfr. Zagrebelsky, *op. cit.*, nota 2, p. 49. En este sentido, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia 126-98, del 10. de abril, ha señalado en relación con los principios:

“Los principios constitucionales a pesar de tener una forma de interpretación y aplicación diversa a las reglas, pues están sujetos a un ejercicio de ponderación, no por ello dejan de ser normas constitucionales, por lo cual deben de ser respetadas por la ley... Esta Corporación ha señalado que la fuerza normativa de los principios es tan clara que incluso habría que retirar del ordenamiento aquellas disposiciones que vulneran el preámbulo, ya que éste forma parte de la Carta y goza de fuerza vinculante”. En: <http://www.ramajudicial.gov.co>, consulta del 17 de diciembre de 2005.

¹⁵ Según el desarrollo que se ha conformado en la teoría del derecho contemporánea, como teoría de la argumentación, en su vertiente de interpretación y propiamente de estructura del discurso jurídico. Especialmente relevantes a este respecto son las aportaciones de los teóricos a quienes se considera como representantes contemporáneos de una teoría constitucional del derecho, como son Robert Alexy o Ronald Dworkin. Cfr. Atienza, *op. cit.*, nota 4, pp. 51 y 52.

¹⁶ Una apreciación propia del Estado liberal que ha insistido en ese carácter “reaccional” de los derechos frente al poder avasallante del Estado y que en México ha tenido una notable influencia tanto en la doctrina como en los criterios de los tribunales nacionales. Cfr. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CHDH-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 36.

¹⁷ En este sentido, Zagrebelsky apunta que en el Estado liberal los derechos han existido en la medida que han sido creados por el legislador, y que el derecho subjetivo del individuo con respecto a la autoridad ha consistido en invocar normas jurídicas en favor de su propio interés. *Op. cit.*, nota 2, p. 48.

do de un interés jurídico directo,¹⁸ como presupuesto detonador de la protección de los derechos por parte del Estado, y a la interpretación correspondiente como un mecanismo exegético para desentrañar el sentido literal de una norma ya establecida y directamente aplicable a quien ostenta dicho interés.¹⁹

Una perspectiva amplia de la Constitución en clave normativa permite un reconocimiento de los derechos en toda su amplitud, ante los que se vinculan los particulares y los poderes fácticos —no sólo las entidades de poder público— como sujetos obligados, cuya protección deriva del interés legítimo que deviene de la eficacia del ordenamiento en su conjunto²⁰ —incluido el de fuente internacional— y por tanto, deben ser tutelados eficazmente por los mecanismos de garantía previstos por el orden constitucional. A su vez, la labor hermenéutica considera una diversidad de criterios interpretativos en el tratamiento de los derechos, más allá de la aplicación literal y la subsunción formal, en virtud de que nos encontramos frente a principios normativos y no frente a reglas.²¹

- c) Quizá el ámbito más notable de derechos cuya eficacia se encuentra a medio camino ante una perspectiva restrictiva de los derechos fundamentales y sus garantías²² sea el de los derechos económicos,

¹⁸ Se trata del derecho subjetivo en su concepción tradicional, entendido como la “posición a cuyo favor la norma jurídica contiene alguna prescripción, configurándolo como posición de prevalencia o ventaja que el derecho objetivo asigna al sujeto frente a otros”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Ensayos sobre derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-CNDH, 2004, p. 123.

¹⁹ Una interpretación literal que se ha circunscrito a verificar la validez normativa a través de la subsunción y a la utilización del silogismo como instrumento de vertebración lógica, lo que permite aplicar la regla correspondiente a los hechos de un caso específico.

²⁰ Por su parte, este tipo de interés no conlleva la exigencia de una conducta correlativa ante la presencia de un derecho subjetivo, sino una facultad para exigir la observancia de las normas jurídicas derivadas de un todo un ordenamiento susceptible de aplicación.

²¹ *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 268.

²² Especialmente el juicio de amparo que se ha limitado en su implementación a la defensa de intereses de tipo individual, a través de la legitimación de quien ostenta el interés jurídico como derecho subjetivo, sin que por otra parte, éste haya sido consustancial a la legitimación del amparo en su diseño original. *Cfr.* Zaldivar, Arturo, *Hacia una nueva ley de amparo*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 41 y ss. Especialmente vinculados con este esquema se encuentran dos princi-

sociales y culturales, aunque es verdad que se ha ido generando un espacio propiamente garantista en años recientes. En este sentido, es posible afirmar que la gran diferencia entre la protección social acuñada en el *Welfare State* que siguió al modelo del Estado liberal, con respecto a la consideración particular de este tipo de prerrogativas como derechos fundamentales, es que el primero no generó propiamente mecanismos legales de tutela; es un rubro que como tal ha sido marcado por la anomia, salvo la regulación correspondiente a normas programáticas que pudieran derivar ulteriormente en políticas públicas. La óptica del desarrollo social desde los derechos ha ido conformando paulatinamente un bagaje de garantías efectivas, que va permitiendo derechos accionables incluso vía judicial.²³

El Poder Judicial en México ha sido un tanto renuente a construir una línea garantista en relación con la eficacia de los derechos sociales, en buena parte debido a su proclividad hacia el modelo jurídico al que me he venido refiriendo,²⁴ lo que contrasta con la labor que viene realizando la judicatura en otros países, y concretamente las cortes de constitucionalidad. Especialmente relevante en los últimos años ha sido el caso de Colombia, en donde se ha implantado toda una política garantista de derechos sociales por parte de la Corte Constitucional a partir de 1991, y que ha sido modélica para la región.²⁵

prios torales de la sustanciación del amparo en la actualidad: el de la legitimación ante un agravio personal y directo y el de la relatividad de las sentencias.

²³ Para una aproximación al tema, véase Ferrajoli, Luigi, “Estado social y Estado de derecho”, en Abramovich, Victor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003. Este artículo, publicado originalmente en 1982, cobra relevancia en nuestros días como una crítica a la capacidad del llamado Estado de bienestar para construir un verdadero garantismo de tipo social.

²⁴ Como una de las razones principales que lo han llevado a abdicar de su función garantista en relación con intereses de tipo social, pero desgraciadamente no la única. Durante muchos años la función de la judicatura sirvió para legitimar al régimen autoritario, vinculándose a causas que distaban mucho de un genuino compromiso social. Un buen análisis sobre la ausencia de una tradición tutelar de derechos sociales en México es el de Rodrigo Gutiérrez Rivas, “Jueces y derechos sociales en México: apenas un eco para los más pobres”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 6, julio-diciembre de 2005.

²⁵ Desde luego que no todo ha sido “miel sobre hojuelas”. En los últimos años ha habido severas críticas a lo que se ha conformado como una Corte excesivamente poderosa y

No obstante, habría que tomar en consideración algunos ejemplos —no muchos desgraciadamente— que en los últimos años han enfatizado una dimensión amplia de los derechos fundamentales, a través de la resolución de casos en los que la materia de la *litis* ha sido la exigibilidad de derechos sociales. Ahí están, por ejemplo, algunas resoluciones que han otorgado el amparo por violaciones al derecho a la salud y discriminación de algunos miembros del ejército mexicano que fueron separados de sus cargos en las fuerzas armadas, y consecuentemente de los correspondientes servicios de salud al ser portadores del virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

Una sentencia que resulta interesante no sólo por referirse a esta cuestión, sino porque entran en juego elementos como la consideración normativa de la Constitución, el interés legítimo que asistió a la familia del quejoso principal en la reclamación de sus derechos, así como la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la norma de fuente internacional, es la del amparo en revisión 799/2003, del 21 de abril de 2004, emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

En la primera parte del desarrollo, en una interpretación extensiva del texto fundamental, el tribunal determinó la aplicación directa del artículo 4o. constitucional, señalando que esta disposición consagra el derecho a la salud “como un derecho fundamental *erga omnes*, tanto en un aspecto o vertiente sustantiva como en su protección”.²⁶

Además, al sostener este punto el tribunal colegiado elaboró toda una línea argumentativa que permitió considerar el interés legítimo en beneficio de los recurrentes. De esta manera, procedió a concluir que los tres quejosos: el afectado directamente por el acto reclamado, así como su cónyuge y su menor hijo, se encontraban legitimados para gozar de la protección del artículo 4o. Éste sería, a mi juicio, uno de los puntos principales: la extensión de una efectiva legitimación a la familia del quejoso en virtud de un marco normativo de índole constitucional, y que comprende además de la Constitución, a los tratados internacionales y la legislación de desarrollo.²⁷

que de alguna manera ha causado ciertos desequilibrios financieros para el Estado en la atención de los derechos sociales. Sobre el tema: Molina Betancur, Carlos Mario (ed.), *Corte Constitucional, 10 años. Balance y perspectivas*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2003.

²⁶ Considerando cuarto, foja 35, séptimo párrafo.

²⁷ En este sentido, el colegiado señaló: “...cualquiera que se vea afectado por la inacción del Estado o por actos ilegales o irregulares de éste, bajo un concepto de igualdad de los derechos apoyados en especificar y concretar obligaciones y deberes consignados en las normas de acción que derivan tanto de la Constitución como de tratados interna-

Nos encontramos frente a una resolución que ha permitido el despliegue garantista de todo el ordenamiento aplicable.

2. *Con respecto a otros ámbitos de aplicación normativa*

La expresión normativa de la Constitución también requiere un nuevo entendimiento con respecto a su vinculación con los ordenamientos externos que no puede construirse a partir del paradigma de la derivación estrictamente piramidal de todos los cuerpos normativos, ni tampoco del empleo *a fortiori* del correspondiente criterio jerárquico para la interpretación y aplicación de las normas, que no solamente se queda corto con respecto a los tratados en general, sino especialmente con respecto de los correspondientes a derechos humanos debido a sus peculiares notas de identificación.

La constatación del carácter normativo de la Constitución ha devenido en una especial identificación de la misma en su relación jerárquica con las fuentes del derecho. De esta forma, la supremacía constitucional de manera especial se refleja en la previsión de los procesos de creación de la normatividad, a través de las normas sobre producción normativa previstas por el orden constitucional, y que regulan la creación jurídica del ordenamiento.²⁸

No obstante, la Constitución manifiesta su carácter supremo, no sólo ante el hecho mismo de constituirse como la norma de la que deriva la normativa secundaria —*norma normarum*— sino por ser el ordenamiento que establece las normas de recepción de otros cuerpos normativos con los que no se vincula en una dimensión de validez por cuanto no son normas producidas por él mismo, sino de aplicación, al ser un sistema soberano que fija las reglas sobre la recepción de tales órdenes normativos incomunicados de origen, como ocurre con respecto al derecho internacional, el cual se rige por sus propios procesos de creación, modificación y extinción de las normas.

Nos encontramos así con una pluralidad de ordenamientos que inciden en el ámbito constitucional de manera cotidiana y contundente, y que no se

cionales o de leyes que particularizan y concretan tales obligaciones deberes o prohibiciones, está habilitando y con interés para reclamar las violaciones que se den en su perjuicio...” (considerando cuarto, foja 58, primer párrafo).

²⁸ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 15 y ss.

derivan de la propia Constitución. Esto trasciende el marco de apreciación que la sitúa solamente como la norma suprema de producción de normas, para devenir norma de conexión de los diversos cuerpos normativos.²⁹

Seguramente el espacio jurídico en el que actualmente se refleja la convivencia de una pluralidad de ordenamientos es el de la Unión Europea, y que se separa de la forma de vinculación propia del derecho internacional,³⁰ precisamente por configurar todo un ordenamiento autónomo que constituye un verdadero sistema de integración supranacional.³¹ Un ordenamiento que requiere la cesión de parcelas de soberanía, y al que se le atribuyen competencias derivadas de la Constitución, como precisa el artículo 93 de la Constitución española (CE), disposición que regula la especial vinculación y acogida del derecho comunitario en España.³²

De alguna manera, esta diversidad también se va perfilando desde las reivindicaciones de las entidades federativas, regiones o autonomías. Desde luego que *prima facie* estas formas de organización jurídica no caben propiamente en el esquema de pluralidad de ordenamientos al tener su

²⁹ Como ha señalado Requejo Pagés: “La Constitución en suma, no es necesariamente norma jurídica suprema sobre la producción de normas; pudiendo ser tal cosa, lo que verdaderamente la define es su función como punto de conexión de una pluralidad de sistemas normativos que no se relacionan en términos de validez, sino en clave de aplicación”, Requejo Pagés, Juan Luis, *Sistemas normativos, Constitución y ordenamiento. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 9.

³⁰ En este sentido, Araceli Mangas afirma: “Desde luego, el derecho comunitario debe su nacimiento a normas de derecho internacional y en el mismo se regulan relaciones entre Estados, pero es bien evidente que los tratados y los actos de las instituciones desbordan el marco internacional clásico de las relaciones entre Estados para incorporar como destinatarios de esas normas a los nacionales de sus Estados miembros y a los propios poderes públicos de los Estados”, Mangas Araceli y Liñán, Diego, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 390.

³¹ Un ordenamiento jurídico autónomo “capaz de integrarse sin auxilio de otros, a través de sus propios mecanismos, que cuenta con sus propias instituciones legislativas, ejecutivas y judiciales y que, finalmente, se interpreta desde sus propias normas”, como apunta Enrique Linde, “Sistema de fuentes del derecho de la Unión Europea”, en Linde *et al.*, *Principios de derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2000, p. 307.

³² Esta disposición permite el reconocimiento y aplicación de un ordenamiento que no requiere la recepción de sus normas en el derecho interno porque sus actos jurídicos surten efectos inmediatos en la esfera nacional. A *contrario sensu*, los convenios internacionales sí requieren de la incorporación en virtud de que, de entrada sólo surten efectos en la esfera internacional. *Cfr.* Jover, José María, *Constitución y derecho comunitario*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2004, p. 173.

fuelle de producción directa en la Constitución.³³ Sin embargo, no deja de resultar sugerente la práctica concreta de lo que podríamos señalar como una vinculación constitucional en paralelo,³⁴ como ha ocurrido recientemente con algunos de los estatutos de autonomía en España,³⁵ o en menor grado ante la implantación de una especie juicio de amparo en materia local en el caso de México.³⁶

Ante esta realidad, la Constitución se define como una norma sobre aplicación de normas, un sistema amplio de articulación normativa, mientras que su carácter supremo se manifiesta en la posibilidad de fijar la habilitación de esa recepción y aplicación de distintos ordenamientos.³⁷ Aún más, podríamos afirmar que los tratados internacionales incorporados en el orden interno de alguna manera complementan la experiencia normativa del texto fundamental, lo que se soporta, desde luego, en el consentimiento soberano del Estado para vincularse en los términos expresados en los propios instrumentos.³⁸

³³ En este sentido, Edgar Corzo opina que efectivamente la Constitución siempre es el criterio de validez para el ordenamiento interno del Estado, lo que no ocurre con respecto al internacional, del que únicamente articula su aplicación. Corzo, Edgar, “Comentario al amparo en revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 3, 2000, pp. 196 y 197.

³⁴ Como ordenamientos de origen diverso, apunta Zagrebelsky, quien además señala que esta diversidad proviene frecuentemente de “sujetos públicos locales, en conformidad con la descentralización política y jurídica que marca de forma característica la estructura de los Estados actuales”, *op. cit.*, nota 2, p. 39.

³⁵ Me refiero concretamente al Estatuto de Cataluña y, entre otras cuestiones, la pretensión de definir la naturaleza jurídico-política de la autonomía en términos de “nación”, lo que para algunos es una reivindicación inaceptable al situarse este orden jurídico fuera del marco constitucional, que señala como nación a España misma. En un lúcido artículo Gregorio Peces-Barba señala que en realidad habría que hablar de España como nación de naciones y región de regiones (“España como poder constituyente”, *El País*, Madrid, 5 de enero de 2006, sección Opinión, p. 13).

³⁶ En este sentido, Eduardo Ferrer ha señalado la necesaria articulación que debe implementarse en el ejercicio plural del juicio de amparo en su triple vertiente: nacional, internacional y local. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 18, pp. 159 y ss.

³⁷ En este sentido, Juan Luis Requejo señala que la pluralidad de fuentes jurídicas se unifican en la norma constitucional que decide, tanto de la validez de una parte del conjunto normativo, como de la aplicación de todas las normas “con independencia del origen y causa de su existencia”, *op. cit.*, nota 29, p. 2.

³⁸ Al respecto, Leonel Péreznieto señala que la conformidad de los tratados con la Constitución se establece como “criterio de identidad” para ser admitidos en el orden jurídico mexicano, como “Norma Suprema de la Unión”, lo que no implica una prelación jerárquica. *Cfr.* Péreznieto Castro, Leonel, “Los tratados internacionales, el sistema jurí-

En esta tesitura, me parece que la apreciación de los operadores jurídicos sobre estos conjuntos de normas y la labor propiamente interpretativa no puede seguir descansando en el criterio jerárquico por cuanto no se trata de normas producidas directamente por la Constitución, aunque necesariamente ameriten su conformidad con la misma como criterio de identidad. La vinculación con el orden jurídico interno se presenta en un modelo de ordenamientos diferenciados de origen cuya vinculación se produce mediante la incorporación del tratado y su aplicación como ley especial.³⁹ De esta forma, como se ha señalado en la doctrina y en la jurisprudencia españolas, los tratados internacionales al incorporarse al orden interno, adquieren una fuerza pasiva peculiar,⁴⁰ una especie de resistencia frente a la legislación doméstica,⁴¹ no derivada del principio de jerarquía, sino del principio de distribución de competencias. Es así como el tratamiento hermenéutico con respecto a los tratados internacionales se determina por la especialidad de la norma en un ejercicio de competencias específicas, más que desde la validez que se otorga a partir de la Constitución en un nivel del escalafón normativo.

De esta manera, los tratados condicionan una aplicación preferente sobre la norma interna, pero no de acuerdo con un criterio jerárquico, sino porque es una característica propia de los ordenamientos externos, y querida por la Constitución desde el momento de su vinculación.⁴² En el caso de México, me parece que esta es la reflexión fundamental que le faltó a la SCJN al resolver el famoso amparo en revisión 1475/98, que propició el cambio de criterio jurisprudencial en relación con la jerarquía de normas en México y que de forma concluyente determinó que los tratados internacionales se ubican por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución.

dico nacional y sus repercusiones en el concepto de soberanía”, *Revista del Senado de la República*, México, vol. 4, núm. 12, julio-septiembre de 1998, p. 174.

³⁹ Cfr. Ortiz, Loretta *et al.*, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y sus acuerdos paralelos*, 2a. ed., México, Themis, 1998, p. 27.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional español 36/1991, de 14 de febrero, fundamento jurídico cinco, párrafo octavo. Véase además Jover, *op. cit.*, nota 32, p. 225.

⁴¹ Resistencia con respecto a la legislación interna que le confiere prevalencia de aplicación por referirse precisamente a una ley especial, lo que no implica una especial cualidad en ella, sino —como apunta Jover— “por su contenido, más específico que otra que se califica como general.”, *Ibidem*, p. 218.

⁴² Cfr. Requejo, *op. cit.*, nota 29, p. 110.

III. LA NORMA INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS: ALGO MÁS QUE UNA GARANTÍA SUBSIDIARIA

Me parece además que los tratados internacionales sobre derechos humanos observan una serie de notas específicas, que matizan su vinculación al orden interno, y por tanto, la forma de comprender e interpretar los derechos fundamentales, a la que escasamente se ha atendido.

1. En estas normas se va perfilando un auténtico patrimonio jurídico común de la humanidad como no se presenta en otras materias, lo que habría que advertir en algunas notas significativas. Por ejemplo, que la propuesta en favor de un constitucionalismo global se vincula directamente con el derecho internacional de los derechos humanos y su eficacia como un modelo de organización jurídica transnacional;⁴³ que este conjunto normativo ha sido el medio por excelencia de reivindicación y aplicación de las normas de *ius cogens* —imperativas de derecho internacional—, y que de forma especial contribuyen a la conformación de un orden jurídico común;⁴⁴ que los sistemas regionales de protección a los derechos derivados de los tratados posibilitan una integración continental de tipo constitucional en la materia, como ha ocurrido en Europa bajo el auspicio del CEDH.

2. A diferencia del común de los tratados internacionales, su objeto y fin los sitúa como instrumentos de tipo normativo, es decir, acuerdos cuyo cumplimiento se verifica en obligaciones que se cumplen hacia las personas sometidas a la jurisdicción de cada Estado, aun y cuando éstas se hayan contraído directamente con los demás Estados partes.⁴⁵ De esta forma, los tratados sobre derechos humanos, además de que implican una serie de compromisos entre los sujetos de derecho internacional público que otor-

⁴³ Cfr. Ferrajoli, *op. cit.*, nota 3, pp. 125 y ss.

⁴⁴ Un buen acercamiento a esta postura se puede lograr en el seguimiento de la reflexión del juez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antonio Cancado Trindade, especialmente a través de sus votos particulares. Por ejemplo, su voto razonado en el *Caso Blake vs. Guatemala*. Sentencia de excepciones preliminares de 2 de julio de 1996, serie C, núm. 27.

⁴⁵ Juan Antonio Carrillo Salcedo afirma que estos tratados siguen más la lógica de la ley que la del contrato, como es propio de la norma convencional. Cfr. *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, 2a. ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 95.

gan su consentimiento al suscribirlos, generan obligaciones que se constituyen como una garantía colectiva en favor de las personas.⁴⁶

3. En relación con lo anterior y precisamente en virtud del objeto y fin del instrumento, que no es otro que la protección los derechos de las personas, *ratione materiae*, los tratados sobre derechos humanos al incorporarse al orden jurídico interno ostentan una vinculación de tipo constitucional con el mismo, y con independencia de su ubicación jerárquica en el sistema de fuentes del derecho. Se trata de normas que impactan directamente en el tratamiento de los derechos fundamentales previstos en el ordenamiento constitucional. Si de alguna manera la ampliación de la experiencia normativa de la Constitución puede presentarse en diversas materias por virtud de la incorporación de los tratados, de forma categórica se realiza en los derechos fundamentales. En este contexto podemos afirmar, como señala enfático Miguel Carbonell, que este tipo de tratados “son Constitución”,⁴⁷ esto es, contribuyen necesariamente a “la interpretación-integración”⁴⁸ constitucional en materia de derechos fundamentales.

En consecuencia, la tendencia de los modelos constitucionales contemporáneos de otorgarles una relevancia constitucional explícita, una presencia normativa del máximo nivel, contribuye en realidad a reconocer y ordenar la prevalencia que de suyo ya ostentan con su incorporación al sistema jurídico interno.

4. Por otra parte, estos tratados no contribuyen solamente a la ampliación de los derechos fundamentales en su parte sustantiva, sino que se incorporan medios de protección, a través de los diversos órganos de supervisión y control que traen aparejados buena parte de los instrumentos, especialmente los que conforman sistemas regionales, como el sistema interamericano o el europeo, en los que se encuentran tribunales internacionales que se constituyen

⁴⁶ Así lo ha precisado el TEDH con respecto al CEDH en el célebre caso *Irlanda vs. Reino Unido*, en sentencia de 18 de enero de 1978. En el párrafo 239 señala: “*Unlike international treaties of the classic kind, the Convention comprises more than mere reciprocal engagements between contracting states it creates, over and above a network of mutual, bilateral undertakings, objective obligations which, in the words of Preamble, benefit from a collective enforcement*”, <http://hudoc.echr.coe.int>, 28 de noviembre de 2005.

⁴⁷ Carbonell, Miguel, *El derecho a no ser discriminado en la Constitución mexicana: análisis y propuesta de reforma*, documento de trabajo 77, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, diciembre de 2005, p. 27.

⁴⁸ Según la expresión de Alejandro Saiz, *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, p. 269.

como verdaderas garantías constitucionales, con su doble efecto: preventivo y reparador.

De esta manera, nos encontramos además con una dimensión internacional de la justicia constitucional, un recurso en el marco del derecho procesal constitucional, que como mecanismo de garantía no sólo abre la vía a un proceso de amparo transnacional⁴⁹ de tipo reparador, en la jurisdicción internacional, sino también preventivo, por cuanto no sólo implica la posibilidad de una acción judicial *a posteriori*, sino la misma construcción de los derechos y su interpretación a la luz de lo que establecen los organismos correspondientes, y que va edificando un orden jurídico común en materia de derechos fundamentales para las partes vinculadas en los tratados.

Me parece que este aspecto reviste una enorme importancia, y que no ha sido suficientemente valorado. Se trata de conformar la integración constitucional completa en materia de derechos, también con lo que prevén los tratados y los organismos a cargo de su interpretación, de forma tal que el alcance hermenéutico completo de un derecho fundamental se verifique en una conformación integral, que también comprenda los convenios internacionales en la materia y la jurisprudencia que se ha edificado en torno a ellos.

En consecuencia, la dimensión internacional que reviste a los derechos no se reduce únicamente a la interposición de un recurso subsidiario ante la jurisdicción internacional —por ejemplo, las cortes interamericana o europea de derechos humanos— cuando se han agotado los recursos internos, sino como un principio de interpretación de las normas sobre derechos fundamentales. Además, es precisamente en atención al carácter subsidiario de este tipo de mecanismos por el que se impele a los Estados a que primeramente provean en el orden interno los medios necesarios tendentes a implementar recursos efectivos de todo tipo para la cobertura interna de los derechos tutelados en los instrumentos, lo que ulteriormente evita que aquéllos incurran en responsabilidad internacional.

5. De esta forma, por ejemplo, en Europa encontramos una aplicación cotidiana del CEDH, lo que ha redundado en que el *case-law* del TEDH se haya incorporado a la práctica del tratamiento de los derechos fundamentales principalmente por los jueces, pero también por el resto de operadores jurídicos. De esta manera, la función interpretativa del Tribunal tiene una influencia expansiva hacia los Estados parte, en lo que se conoce como un

⁴⁹ Según la expresión de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que contextualiza así el recurso en toda una dimensión transnacional del derecho procesal constitucional, *op. cit.*, pp. 175 y ss.

“efecto de rebote”, en el sentido de que sus resoluciones y la jurisprudencia derivada de las mismas no sólo se aplican a los casos concretos, sino que marcan una pauta hacia los demás sujetos vinculados.

El sistema europeo se va constituyendo en este sentido como un tribunal constitucional en la materia, sectorialmente limitado, según la expresión de Peter Häberle, así como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo es en el marco del derecho europeo.⁵⁰ La vinculación horizontal con las Constituciones nacionales parte de este supuesto; se trata de la *vis expansiva* del sistema tutelar de derechos, como ordenamiento jurídico vinculante para todos los operadores jurídicos del Estado, y directamente aplicable con preferencia de cualquier otra norma en la materia.

6. Estamos frente a una connotación propia de la suscripción del instrumento, porque el Estado no se obliga únicamente a la aplicación del catálogo sustantivo de los derechos, sino frente al tratado como un todo, también —en su caso— con respecto a la recepción de la competencia contenciosa de los organismos jurisdiccionales, o ante la forma en que se prevé la interpretación de los derechos, el compromiso de adecuación de todo el ordenamiento interno con la norma convencional,⁵¹ o la necesidad de aplicación efectiva de todas las disposiciones del tratado.⁵²

Sin lugar a duda, la tendencia contemporánea es reconocer que la interpretación de los derechos fundamentales, su construcción constitucional, tanto en la parte sustantiva como en la procesal, se conforma cabalmente a la luz de todo el ordenamiento aplicable, incluyendo el de fuente internacional, precisamente en su calidad de norma interna y en virtud de la vinculación constitucional que ostentan en razón de la materia que abordan.⁵³

⁵⁰ “Deben destacarse dos «tribunales constitucionales europeos» en Luxemburgo y Estrasburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde mi perspectiva, se pusieron en marcha desde el principio para ser tribunales constitucionalmente autónomos sectorialmente limitados, esto es, en el marco del derecho constitucional de la Unión Europea (antes, Comunidad Económica Europea) o en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950”, Häberle, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 14, 2o. semestre de 2004, pp. 158 y 159.

⁵¹ Como se establece por ejemplo en el artículo 2.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵² Como estipula el artículo 52 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵³ En este sentido, Juan Luis Requejo apunta que en pocos ámbitos como el de los derechos fundamentales se hace evidente la integración de sistemas normativos externos al constitucional, lo que implica una redefinición de las previsiones constitucionales sustantivas, así como de los mecanismos de protección, *op. cit.*, nota 29, p. 91.

De esta manera, es necesario advertir:

- Que el planteamiento del papel que juega la norma internacional de derechos humanos con respecto a la Constitución es el de complementar el contenido de los derechos fundamentales; se trata de una armonización que no sólo amerita una conformación mediante el trabajo legislativo, sino evidentemente en la labor interpretativa, especialmente por parte del Tribunal Constitucional. De esta forma, habría que tener en consideración que el contenido normativo de los derechos fundamentales interpretados de conformidad con los tratados sobre derechos humanos, como ha señalado el Tribunal Constitucional español, viene a ser el “contenido constitucionalmente declarado”⁵⁴ de tales derechos.
- Que las antinomias que pueden surgir entre los distintos ordenamientos en materia de derechos fundamentales, en atención a que nos referimos más a principios normativos que a reglas, también en atención a las características de la norma internacional, especialmente la relativa a derechos humanos, deben resolverse a través de una construcción hermenéutica que tenga en consideración diversos criterios argumentativos.
- Que especialmente relevante es seguir la tónica interpretativa que los tribunales internacionales emplean con respecto a los propios convenios que aplican, en el sentido de privilegiar las categorías expansivas de los derechos, como es propio también del derecho procesal constitucional contemporáneo,⁵⁵ lo que requiere dejar atrás el referente formalista de las relaciones jurídicas para atender a una visión integradora entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional.

⁵⁴ Sentencia del tribunal Constitucional español, 36/1991, del 14 de febrero. Fundamento jurídico 5, párrafo 10.

⁵⁵ Francisco Rubio Llorente afirma que una interpretación extensiva de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional puede incluso llegar a configurar nuevos derechos a partir de los previstos en la Constitución, aunque evidentemente vinculados a la norma fundamental, y ante la necesidad de colmar una laguna jurídica. Señala que esta labor sólo es legítima “cuando es consecuencia de un ordenamiento jurídico riguroso” y tiene sustento en las disposiciones constitucionales. *Cfr.* Rubio Llorente, Francisco, “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves*, Madrid, núm. 75, 1997, p. 4.

Como colofón de estas ideas, me refiero nuevamente a la sentencia 799/2003, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, ahora con respecto a estas consideraciones. Llama la atención que una vez resuelta la cuestión de aplicación directa del artículo 40. constitucional, así como la legitimación que asistió a los quejosos, para la solución del caso se acude al conjunto de la norma mexicana. Con respecto a los tratados, el Tribunal consideró que resultan aplicables de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 de la Constitución y además por constituir “una reglamentación o desarrollo de los derechos fundamentales de entidad constitucional, atento a lo cual, por razones de su naturaleza les corresponde análogo valor y jerarquía en el orden jurídico nacional”.⁵⁶

Ante esta afirmación, que resulta sumamente ilustrativa, sólo añadiría que el colegiado ponderó la interpretación sistemática de lo que podemos señalar como el “bloque de constitucionalidad” en materia de derechos fundamentales, ordenamientos de “entidad constitucional” precisa, aunque de fuente distinta, y construyó la estructura argumentativa en atención a un principio de integridad del ordenamiento,⁵⁷ de coherencia constitucional.

IV. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

He señalado que en la conformación del orden jurídico del Estado moderno, a partir del modelo liberal, y aparejado al concepto de soberanía, ha primado la idea del orden normativo unitario, y por tanto jerárquico, sistémico en torno a la verticalidad de las normas, que dejó atrás la yuxtaposición de diferentes cuerpos normativos, hacia una confluencia que para ser epistemológicamente coherente en el incipiente Estado liberal había requerido de la codificación, de un modelo específico de supremacía constitucional, así como del criterio jerárquico como forma de vinculación de las fuentes normativas, en donde un monismo de tipo constitucional se decantó como la lectura propia del derecho internacional a partir de esta concep-

⁵⁶ Considerando cuarto, foja 40, tercer párrafo, *in fine*.

⁵⁷ A este principio se refiere Ronald Dworkin como modelo de interpretación jurídica, y se fundamenta en un ideal político de integridad, el que, a decir de Víctor Manuel Rojas, “representa en esta concepción un principio de moral política, al que junto con los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una función propia.”, “El concepto de derecho en Ronald Dworkin”, *Dereito*, Santiago de Compostela, vol. 14, núm. 1, 2005, pp. 140 y 141.

ción. En la regulación de las fuentes del derecho y en la resolución de antinomias, este discurso jerárquico en el tratamiento de las fuentes ha ido dejando fuera de lugar otros principios que pueden convivir de forma más adecuada con la presencia de ordenamientos jurídicos diferenciados como es el internacional.

Los fenómenos contemporáneos a los que me he referido, tanto en relación con la presencia de ordenamientos supranacionales como con respecto a la tirantez que proviene de los componentes locales, como entidades federativas o autonomías, así como las reivindicaciones normativas de otros grupos con presencia pública, han reclamado nuevos modos de vinculación jurídica y de resolución de los conflictos entre leyes, especialmente al tratarse de las normas de protección de la persona.

1. *La previsión de una cláusula hermenéutica en las Constituciones*

Ante estas circunstancias, las Constituciones han ido implementando principios específicos de vinculación de los tratados sobre derechos humanos, y que de forma especial se han ido decantando en el conjunto de países iberoamericanos. En general, es posible distinguir tres modelos: uno que privilegia la situación jerárquica de la norma internacional en el orden de las fuentes del derecho; otro que atiende a la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los tratados, y una especie de híbrido entre las dos formas, que resalta la prevalencia del ordenamiento internacional, pero que también establece un principio de interpretación conforme.⁵⁸

En el primer caso estarían Constituciones como la Argentina (1994),⁵⁹ o la de Guatemala (1985).⁶⁰ Entre las que establecen un canon hermenéutico

⁵⁸ Ariel Dulitzky elabora una clasificación de las cláusulas constitucionales iberoamericanas que mencionan expresamente a la norma internacional sobre derechos humanos y distingue: I Cláusulas interpretativas; II. Cláusulas que reconocen derechos implícitos o no enumerados; III. Cláusulas que regulan procedimientos especiales como la aprobación o denuncia de tratados; IV. Cláusulas declarativas, en preámbulos o pautas de actuación para las autoridades; V. Cláusulas jerárquicas. Dulitzky, Ariel, "Los tratados de derechos humanos en el constitucionalismo contemporáneo" en Buergenthal, Thomas y Çancado, Antônio (comps.), *Estudios especializados de derechos humanos*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, t. I, p. 140. Para el objeto de situar el ordenamiento de fuente internacional con el derecho interno, me parece que cobran relevancia la primera y la última.

⁵⁹ Artículo 75.22.

⁶⁰ Artículo 46.

o de interpretación conforme destacan la de Portugal (1976)⁶¹ o la de España (1978).⁶² Las que suman ambos aspectos pueden ejemplificarse en la Constitución de Colombia (1991)⁶³ o la más reciente de Venezuela (1999), aunque me parece que el modelo de esta última se distingue por dos cuestiones adicionales: establece además un criterio *pro homine* como pauta de discernimiento del criterio de interpretación, y además incluye la aplicación directa de los tratados por parte de los tribunales y los demás operadores jurídicos, lo que puede soportar la ejecución de las sentencias emitidas por los tribunales internacionales.⁶⁴

Me inclino por este último modelo, porque establece un criterio interpretativo con base en el principio de aplicación de la norma más protectora de las personas, por las razones que he venido exponiendo, y en virtud de que va más de acuerdo con la propia *vis expansiva* que manifiestan las normas sobre derechos en las Constituciones y en los tratados, así como con los criterios de aplicación de una u otra norma, especialmente en caso de conflicto, y que el criterio de la sola preeminencia jerárquica no termina por resolver.

De esta manera, las propuestas que buscan dotar a la Constitución de un marco completo para la recepción de la norma internacional de derechos humanos, generalmente señalan cuatro elementos: la relevancia explícita de tipo constitucional de los instrumentos; el criterio de interpretación del ordenamiento interno de conformidad con los tratados; la cláusula *pro homine* como parámetro de aplicación de uno u otro ordenamiento, y la obligación de ejecutar las resoluciones de los organismos previstos en los tratados, especialmente las sentencias de los tribunales.⁶⁵

⁶¹ Artículo 16.

⁶² Artículo 10.2.

⁶³ Artículo 93.

⁶⁴ Artículo 23, que a la letra señala: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

⁶⁵ *Cfr.* Ortiz, Loretta *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-UIA, 2004. En el mismo sentido, Carbonell, Miguel, *El derecho a no ser discriminado... cit.*, nota 47, pp. 28 y 29.

En España, el canon hermenéutico establecido en el artículo 10.2 CE, y que ha servido de modelo a ejercicios más recientes en democracias jóvenes como Rumania (1991) o Moldavia (1994),⁶⁶ se constituye como un modelo de vinculación constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, y de forma paralela a las disposiciones atinentes a la recepción de los tratados en general, comprendidas en los artículos 93 a 96. La disposición señala a la letra: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En la aplicación de este precepto a lo largo de más de 25 años, el modelo español presenta algunos rasgos que es importante resaltar, algunos enormemente bondadosos para la integración de los derechos; otros se presentan como limitaciones que han llevado a cuestionar la idoneidad de este tratamiento; por ejemplo, para hacer frente a las sentencias condenatorias por parte de los tribunales internacionales. De cualquier manera, la vinculación que España ha logrado específicamente con el TEDH ha resultado modélica en el contexto europeo y ha sido calificada de ejemplo de diálogo entre las jurisdicciones nacionales y el propio Tribunal.⁶⁷

A) Este criterio de interpretación conforme ha servido para construir la dimensión integral del “contenido esencial” de los derechos fundamentales previsto en el artículo 53.1 CE, que conforma además un bloque rígido previsto en el capítulo segundo del título primero, y que no puede ser reducido o limitado sino mediante ley orgánica, en lo que se conoce como una tutela reforzada. En este contexto, y aunque es claro que por medio de los tratados no se crean derechos *ex novo*, que los derechos fundamentales son únicamente los previstos en la Constitución,⁶⁸ la realidad es que por la vía de interpretación se ha ido ampliando y expandiendo el contenido de estos derechos, se dibuja su dimensión ontológica,⁶⁹ de cara no sólo a lo que establecen los tra-

⁶⁶ *Cfr.* Polakiewicz, Jörg, “The Status of Convention in National Law”, en Blackburn, Robert & Polakiewicz, Jörg (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States. 1950-2000*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 46 y 47.

⁶⁸ Saiz, Alejandro, *op. cit.*, nota 48, p. 66.

⁶⁹ “Sin embargo, no puede dejar de reconocerse, y ese es el aspecto que aquí interesa, que el llamamiento a la utilización de los tratados internacionales para la interpretación de los derechos fundamentales puede contribuir en gran medida a la definición de

tados, sino con respecto a la propia jurisprudencia de los tribunales sobre los que recae la facultad de realizar la interpretación de los mismos.

Ciertamente, se parte de una concepción que no permite una incorporación de los derechos fundamentales por vía de remisión a la norma internacional, y que no admite, por ejemplo, la interposición del amparo en casos distintos a la protección de este núcleo duro de derechos, como serían los contenidos en tratados internacionales. Así, cuando se conoce en amparo de violaciones a los derechos se refiere únicamente a los previstos en la Constitución, eso sí, a la luz de su debida interpretación de conformidad con la norma convencional.⁷⁰

B) La cláusula de remisión surte efectos con respecto al órgano jurisdiccional internacional, en el sentido de que provoca que la jurisprudencia correspondiente tenga un efecto constitucional directo,⁷¹ de lo que pueden darse abundantes ejemplos, especialmente durante los primeros años de interacción con el CEDH por la vía de aplicación del artículo 10.2.

Por ejemplo, con relación a la prohibición de discriminar regulada en el artículo 14 CE, el Tribunal Constitucional ha señalado que su alcance debe construirse en relación con lo que ha señalado el TEDH con respecto al correspondiente artículo 14 del Convenio, en el sentido de que no toda desigualdad produce una discriminación, ya que no es posible calificar *per se* la diferencia de trato como violatoria del derecho a la igualdad, sino que es necesario que no exista una “justificación objetiva y razonable”, y que además no se encuentre proporcionalidad entre los medios empleados para la distinción y la finalidad obtenida.⁷²

C) Con respecto al criterio de aplicación que sea más favorable a la persona, se parte de que la interpretación que se realiza en virtud de la aplicación del artículo 10.2 CE, efectivamente debe producir una ampliación en el derecho y no una restricción, es decir, el canon hermenéutico no es neu-

los contornos del mencionado concepto (jurídico indeterminado) de contenido esencial, sirviendo de criterio decisivo para su averiguación y sometiendo así la labor del Tribunal Constitucional a parámetros cognoscibles y controlables”, *ibidem*, p. 232.

⁷⁰ Esta tendencia de declarar la improcedencia del amparo por violaciones a los derechos humanos prescritos en los tratados va de la mano de la intención de negar valor constitucional expreso a los instrumentos internacionales objeto de la remisión del artículo 10.2 CE. *Ibidem*, p. 80.

⁷¹ *Ibidem*, p. 156.

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional español 22/1981, de 2 de julio, fundamento jurídico tres, segundo párrafo *in fine*.

tro ni se aplica en cualquier caso, sino *pro homine*, o *in bonum*,⁷³ en una lectura consecuente con el derecho internacional, con el propio CEDH, especialmente el artículo 53, que prevé su propia interpretación en sentido expansivo, y con la Constitución misma, que establece en diversas disposiciones la protección más amplia de los derechos. Así es posible advertirlo, por ejemplo, en el artículo 9.2, que establece una cláusula de igualdad material, al estipular que corresponde a los poderes públicos que las condiciones de libertad e igualdad *sean reales y efectivas*; en el mismo artículo 9o.3 al prever como garantía constitucional “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”, lo que *a contrario sensu* deviene en una garantía de mayor protección; de igual forma, en el artículo 53.1, que establece la tutela reforzada de los derechos y el respeto a su contenido esencial, como un mínimo que no admite restricciones.

D) El otro aspecto de apreciación de este canon hermenéutico se encuentra referido a la suficiencia para asegurar la eficacia de los tratados, en el sentido de que se cumplan cabalmente las sentencias, especialmente las provenientes del TEDH. Me parece que este ha sido el punto más delicado de la vinculación, sobre todo en los casos en que el cumplimiento de las resoluciones internacionales implica la revocación de las sentencias del Tribunal Constitucional. La doctrina se ha polarizado en torno a esta discusión⁷⁴ y especialmente ante un par de sentencias paradigmáticas emitidas por el TEDH, y cuya ejecución se promovió a través del amparo con resultados diferentes. La primera, *Caso Barberá, Messegé y Jabardo vs. España*, de 6 de diciembre de 1998, se resolvió favorablemente ya que el Tribunal Constitucional, a la vez, mediante sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, falló el cumplimiento de la resolución. Con respecto a la segunda, *Caso Ruiz Mateos vs. España*, de 23 de junio de 1991, se declaró inadmisibile el amparo interpuesto para su ejecución, con base en el razona-

⁷³ Según la expresión de Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 347.

⁷⁴ Por ejemplo, en contra de la suficiencia del canon hermenéutico para atender a esta problemática: El propio Alejandro Saiz, *op. cit.*, nota 48, Queralt, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, entre otros. Quizá son los menos quienes sostienen que el canon hermenéutico es suficiente para atender al compromiso integral hacia los tribunales internacionales. Así, por ejemplo, Juan Luis Requejo, *op. cit.*, nota 29; Ángel Rodríguez, *ibidem*.

miento de que se trataba de una situación procesal distinta a la anterior, pero que en definitiva no permitió llevar el fallo del TEDH hasta sus últimas consecuencias.

En fin, a mí me parece que la interpretación que deviene de un artículo como el 10.2, CE, también implica el reenvío de los derechos, no sólo a las disposiciones sustantivas, sino a las de carácter procesal,⁷⁵ especialmente aquellas que prevén el cumplimiento de las sentencias, como es el caso concreto del artículo 46.1 del CEDH.⁷⁶

2. Las vías de interpretación de los derechos fundamentales en atención a la aplicación de los tratados internacionales

En vista de todo lo anterior, la función interpretativa resulta fundamental para la aplicación de la norma internacional sobre derechos humanos, al partir de supuestos que no quedan suficientemente atendidos con la sola previsión de la relevancia constitucional de los instrumentos.

De esta forma, es necesario advertir las siguientes consideraciones:

A) Que tanto las Constituciones como los tratados sobre derechos humanos se conforman como una estructura mínima de tutela a los derechos. En este sentido, habría que atender a que ambos tipos de ordenamientos establecen, de forma coherente con su propósito, una dimensión expansiva sobre sus propias previsiones normativas, lo que amerita establecer criterios para la aplicación de una u otra norma en función de la que resulte mayormente protectora, al considerar que pueden ser ampliadas por otro ordenamiento.

B) En consecuencia, se establecen condiciones específicas para la limitación de los derechos, reconociendo o propiciando la expansión co-

⁷⁵ En este sentido, Juan Luis Requejo señala: “De poco sirve la articulación que en la definición del contenido de los derechos fundamentales se logra por la vía del artículo 10.2 de la Constitución, si rompiendo la lógica de una verdadera integración e sistemas normativos, no se articulan también las diversas instancias de garantía que concurren en la defensa de esos derechos una vez alcanzada su integración conceptual”, “Convenio Europeo y Tribunal Constitucional. La inviable diversidad de contenidos en los enunciados de derechos fundamentales” en Muñoz, Juan Andrés (coord.), *Anuario Jurídico de la Rioja*, Logroño, Universidad de la Rioja Parlamento de la Rioja, núms. 6 y 7, 2000-2001, p. 384.

⁷⁶ A la letra: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

rrespondiente por otras vías. Así, regularmente las Constituciones precisan reglas sobre formas específicas de limitación, de forma contraria a la ampliación sobre la que evidentemente son más abiertas.⁷⁷ Por su parte, los tratados estipulan que no pueden ser motivo para la disminución de los derechos que tengan una protección más amplia en el orden interno o en otros instrumentos internacionales, lo que denota evidentemente su carácter expansivo.⁷⁸

De este modo, y volviendo al caso español, sustentar *a priori* que el reenvío necesario de la norma interna a la internacional para su interpretación por vía del artículo 10.2 CE, puede devenir en limitación de los derechos fundamentales, resulta una falta de pulcritud en el correcto entendimiento de una cláusula hermenéutica, por decir lo menos, porque finalmente esta disposición a la luz del artículo 53 CEDH impedirá la disminución los derechos fundamentales. Para botón de muestra el derecho de libertad de expresión, entre cuyas vertientes de tutela se encuentra la prohibición de censura previa prevista en el artículo 20.2 de la CE, y con respecto al cual, para su interpretación, se ha omitido por parte del Tribunal Constitucional

⁷⁷ Por ejemplo, en la Constitución española, que favorece su expansión mediante el propio artículo 10.2 y, que por otro lado, establece en el artículo 53.1 que sólo mediante ley pueden regularse los derechos, siempre respetando su contenido esencial. En la Constitución mexicana en el artículo 1o., primer párrafo, se advierte la dimensión expansiva en una lectura *a contrario sensu*, ya que únicamente se establecen de forma expresa restricción o la suspensión “en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

⁷⁸ Así, el Convenio Europeo, en el artículo 53 establece: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos es mucho más clara sobre estas reglas de interpretación, que establece en el artículo 29, “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que se aparte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

recurrir a los criterios del CEDH, que resulta más restrictivo en la protección de este derecho.⁷⁹

De lo anterior se desprende una dinámica en que entran en juego los mínimos establecidos en ambos espacios normativos, y la consideración de que se promueven vías de expansión de los derechos. De poco sirve que los tratados ostenten un nivel jerárquico constitucional, si en realidad no siempre prevalece su aplicación, en atención incluso a lo que puede establecer el propio tratado.

C) Desde el ámbito internacional, encontramos claridad en el sentido de que el tratado debe aplicarse *prima facie* con preferencia al derecho interno. Sin embargo, también se toman en consideración algunos criterios interpretativos mediante los que se establece un equilibrio entre las tensiones que se producen a favor de la aplicación del instrumento internacional o hacia el orden constitucional de los propios Estados.

Criterio consensual. Implica que los tribunales internacionales acuden al marco jurídico interno para la interpretación de los tratados, de tal suerte que se atiende al contexto de las legislaciones domésticas para verificar la amplitud o restricción de determinado derecho. Lo anterior deviene en la consideración de los preceptos de derecho interno, y en algunos casos, a seguir la propia construcción argumentativa de los operadores jurídicos nacionales a efecto de ir fincando desde ahí su propia interpretación.⁸⁰

Margen de apreciación. Esta figura parece jugar un poco en contra de la prevalencia de los tratados, ante el hecho de que se privilegian los criterios establecidos al interior de los Estados. Sin embargo, una visión más ponderada atenderá a la construcción de un bagaje interpretativo tras telón, es decir, la configuración de una jurisprudencia internacional que se abre paso respetando las facultades de los Estados y al mismo tiempo construyendo un tejido jurídico común. De esta forma, este principio permite que el Estado establezca sus propios criterios respecto a temas de incipiente desarrollo en el ámbito internacional, o secundarios y de mayor atención en el ám-

⁷⁹ Es significativo a este respecto que la jurisprudencia constitucional haya recurrido sólo a métodos internos de interpretación para dotar la prohibición del artículo 20.2 CE de un sentido estricto, aparentemente sin conceder relevancia al hecho de que el TEDH sí haya visto como compatibles con el artículo 10 CEDH determinadas restricciones previas, y ello aunque el recurso a la Convención sea usual en nuestra jurisprudencia en todos los demás casos en los que se dilucidan cuestiones relacionadas con la libertad de expresión”, Rodríguez, Ángel, *op. cit.*, nota 73, p. 344.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 307 y ss.

bito interno, siempre y cuando se salvaguarde la integridad del derecho fundamental.⁸¹

D) Desde la óptica constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales, es necesario considerar especialmente el criterio *pro homine* que ya se acompaña en muchos ejercicios normativos, y que es una cláusula de salida del canon interpretativo, haciendo descansar en el operador jurídico su aplicación.

Germán Bidart Campos ha precisado que un sistema integral de protección a los derechos se logra por la perfecta integración entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional, en donde la línea que defina la conjugación entre ambos ordenamientos estará señalada por el referente *pro homine*.⁸² Por su parte, Carlos Ayala señala que nos encontramos frente a un referente interpretativo conformado por una “cláusula del individuo más favorecido”, que al establecer la prevalencia de la norma mayormente protectora minimiza los conflictos de legislación aplicable.⁸³

E) La hermenéutica de los derechos fundamentales requiere además de otro entendimiento sobre los propios criterios en que se fundamenta la construcción argumentativa para hacerlos valer, y que ya no puede reducirse a una labor exegética que desentrañe el contenido de la norma en su ex-

⁸¹ Por ejemplo, con respecto artículo 6.1 del Convenio Europeo relativo al derecho a un proceso equitativo y las formalidades que pueden limitarlo, tales como plazos de interposición, insuficiencia en los planteamientos, invocación de preceptos no aplicables, etcétera, en el *Caso Saez Maeso vs. España*, sentencia del 9 de noviembre de 2004, el Tribunal Europeo estimó que este derecho no es absoluto e implica limitaciones, “principalmente en cuanto a las condiciones de admisión de un recurso, ya que requiere por su propia naturaleza ser regulado por el Estado, quien goza para ello de cierto margen de apreciación” (párrafo 23, *in fine*).

⁸² “Y como añadidura aparece la realimentación entre la fuente interna y la internacional, conjugadas de conformidad con el principio *pro homine*: para cada caso a resolver hay que buscar la fuente y la norma que proveen la solución más beneficiosa y mejor para la persona y sus derechos, tal cual lo ha propuesto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Bidart, Germán, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003, t. II, p. 1535.

⁸³ Ayala Corao, Carlos, “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias” en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 55.

presión literal, ni siquiera a la aplicación de los criterios clásicos de interpretación jurídica (sistemático, histórico, teleológico).⁸⁴

Nos encontramos frente a prerrogativas que reclaman una posición preferente en el ordenamiento constitucional⁸⁵ y en donde las antinomias se producen ante colisiones de derechos que entran en juego, es decir, se trata de aplicar un derecho u otro, que se sitúan en un mismo nivel normativo. El límite o la restricción de un derecho fundamental debe corresponder a la expansión de otro en sentido inverso, evidentemente más protector de la persona.

En este sentido, cobra relevancia el principio de ponderación, así como las dimensiones de proporcionalidad en la interpretación de distintos derechos en juego, de tal suerte que no se restrinjan más allá de lo que puede ser su “contenido esencial” previsto en la Constitución,⁸⁶ pero que también se optimicen al máximo las potencialidades expansivas de aquellos que confieren una mayor eficacia protectora, o que tutelan intereses que pueden ser más relevantes en una sociedad democrática.

Por ejemplo, me parece que este criterio debió guiar la resolución del Recurso de apelación 1/2004 que conoció la Primera Sala de la SCJN en relación con la prescripción del delito de genocidio. En este caso, no se consideró la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, con fundamento en una declaración interpretativa que el Estado interpuso precisamente para tutelar el derecho consagrado en el artículo 14 constitucional, de manera que sólo se considerara aplicable el tratado en México sobre hechos cometidos con posterioridad a la ratificación del instrumento. En su proyecto de resolución, el ministro Juan Silva Meza estimó que aunque los hechos materia del recurso hubiesen ocurrido con anterioridad a la incorporación del tratado, no debía tenerse en consideración dicha declaración y, en consecuencia, la aplicación del principio de irretroactividad, en atención a los bienes jurídicos tutelados por el tratado internacional y a su vinculación con normas de *ius cogens*.⁸⁷

⁸⁴ Cfr. Pérez Tremps, Pablo, *Escritos sobre justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, p. 103.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁸⁷ Cito de la reflexión del ministro: “Partiendo de la base de una interpretación progresiva (consistente en adaptar los textos constitucionales a la dinámica de la comunidad internacional del presente) y sistemática, debe señalarse que si bien el Principio de

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Paulatinamente, en los últimos años, la sociedad mexicana ha ido ampliando los medios para proteger y reparar los derechos fundamentales, aunque en el contexto de un marco jurídico insuficiente para acometer cabalmente a esta tarea.

2. Algunos criterios interpretativos emitidos por la SCJN en los últimos tiempos han tratado de recomponer las deficiencias, sobre todo en relación con la norma internacional. Especialmente relevante ha sido la Tesis P. LXXVII/99, que resolvió en favor de los tratados internacionales el nivel jerárquico que ostentan con respecto a la legislación federal en el orden de las fuentes del derecho; de igual manera, en la Tesis CLXXI/2002, la jurisprudencia ha alcanzado a los criterios hermenéuticos al establecer que para la interpretación de los tratados internacionales deberán seguirse los lineamientos previstos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

3. No obstante, me parece que la problemática de fondo se mantiene incólume. Mientras no se advierta que el planteamiento sobre derechos fundamentales debe atender más a cuestiones de interpretación que de ubicación jerárquica de las normas, que los tratados sobre derechos humanos reivindican una vinculación de índole constitucional con el orden interno, y que la construcción argumentativa empleando una diversidad de criterios hermenéuticos en relación con la posición preferente que guardan los derechos resulta clave en la resolución de antinomias, los operadores jurídicos seguirán ofreciendo soluciones a medias, y la Suprema Corte emitiendo resoluciones francamente absurdas —la criminalización de la poesía, en un duro revés a la libertad de expresión, por ejemplo—,⁸⁸ o que dejen sin re-

Irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 14 constitucional, fue establecido para la protección del gobernado en contra del legislador y de autoridades, que en ejercicio de sus facultades generan actos retroactivos en su perjuicio, la incorporación a través de normas de naturaleza internacional a nuestro derecho interno, concernientes a conductas que lesionan de forma trascendente valores fundamentales de la sociedad mundial y la preocupación que existe para que las personas que llevaron a cabo esas conductas sean castigados por ser penalmente reprochable su conducta, genera que el citado principio no pueda ser entendido en términos ordinarios”, Silva Meza, Juan, “Reflexiones en torno al delito de genocidio”, *Iter Criminis*, México, tercera época, núm. 2, octubre-diciembre de 2005, pp. 168 y 169.

⁸⁸ Amparo en revisión 2676/2003.

resolver cuestiones torales en el desarrollo democrático de México, como los crímenes de lesa humanidad perpetrados por el régimen autoritario durante el periodo de la llamada “Guerra Sucia” en la segunda mitad del siglo pasado.

4. Paradójicamente, también desde el mismo Poder Judicial se han construido algunas soluciones plausibles. Por ejemplo, en la sentencia del amparo en revisión 1475/1998, “Sindicato Nacional de Controladores del Tránsito Aéreo” que motivó la citada Tesis LXXVII/99, al comentar el requisito de “fondo” para la incorporación de los tratados al orden jurídico interno, esto es, su conformidad con la Constitución, la Corte señaló que en el caso de los atinentes a derechos humanos

...es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales. Situación diversa de la que, por el contrario, merme la esfera de protección que la Constitución da *per se* a los gobernados.⁸⁹

De igual forma, la referida sentencia 799/2003, del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, resolvió otorgar el amparo aplicando diversos ordenamientos y en atención al principio *pro homine*, señalando que la ley federal que motivó el acto reclamado no constituía el único aspecto que debió considerarse para la resolución del caso.⁹⁰

5. De esta manera, me parece que, como se ha señalado reiteradamente en diversos foros y publicaciones, es necesaria una reforma constitucional que sitúe con claridad los principios sobre derechos fundamentales a los que he aludido en el presente trabajo, pero también considero que la atención a la problemática de fondo se puede hacer eficazmente con el modelo que tenemos mediante una labor hermenéutica integral. Desde luego que lo anterior implica, en síntesis, trascender la perspectiva de la Constitución como ese “fiat creativo soberano”, como apunta Zagrebelsky,⁹¹ para situarla más como el centro de convergencia de todo el ordenamiento jurídico.

⁸⁹ Considerando octavo, foja 74, segundo párrafo *in fine*.

⁹⁰ Considerando octavo, foja 62, segundo párrafo.

⁹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2005, p. 82.