

**UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento Coordinador: Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del  
Derecho**

**TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR**

**ADSCRITA AL PROGRAMA DE DERECHOS HUMANOS Y LIBERTADES  
FUNDAMENTALES**

**DIRECTORES:**

**PROFESORA DRA. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO**

**CATEDRÁTICA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO**

**Universidad de Zaragoza**

**PROFESOR DR. FERNANDO REY MARTÍNEZ**

**CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL**

**Universidad de Valladolid**

**UN NUEVO CRITERIO INTERPRETATIVO DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES CONFORME A LOS TRATADOS INTERNACIONALES  
EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

**ALEJANDRA FLORES MARTÍNEZ**

**(Becada por Fundación Carolina, Universidad de Zaragoza y Banco Santander  
para realizar estudios de Doctorado)**

**Zaragoza, 2012**

*Agradecimientos:*

*A mis padres y hermanos:*

*Por ser el cimiento de mis valores,  
la fuente de mi fortaleza  
y el ímpetu para ser mejor cada día.*

*A mis directores de tesis, Dra. María Elósegui Itxaso y Dr. Fernando Rey  
Martínez:*

*Por sembrar en mí sus conocimientos teniendo la esperanza de cosechar  
buenos frutos.*

*A mi amigo, José:*

*Por emprender conmigo esta lucha a pesar de no ser su guerra.*

## Índice

**Introducción**.....

### I. PARTE

#### **MATERIALES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

#### **Capítulo I.**

#### **LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

<b>1. Aspectos generales</b> .....	<b>17</b>
<b>2. La interacción normativa y la apertura internacional para la protección de los Derechos Humanos</b> .....	<b>18</b>
<b>3. La recepción constitucional de los tratados internacionales</b> .....	<b>28</b>
<b>4. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su jerarquía constitucional</b> .....	<b>34</b>
4.1. <i>Criterio infraconstitucional</i> .....	35
4.2. <i>Criterio Supralegal</i> .....	38
<b>5. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales</b> .....	<b>41</b>
<b>6. Los Derechos Fundamentales de la Constitución Española</b> .....	<b>50</b>

7. Los Derechos Fundamentales susceptibles de ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.....	63
--	----

## Capítulo II.

### LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Aspectos generales.....	69
2. La interpretación Jurídica.....	70
3. Interpretación constitucional.....	76
3.1. <i>Las notas características de las normas constitucionales</i> .....	81
3.2. <i>La función de la Constitución en el ordenamiento jurídico</i> .....	88
4. Límites y alcances de la interpretación constitucional.....	90
5. La función de la interpretación constitucional.....	102
6. La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales	104
7. La estructura normativa de los Derechos Fundamentales.....	112
8. La argumentación como justificación de la determinación de la norma.....	120

## Capítulo III.

### LOS MÉTODOS *AD HOC* PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Aspectos generales.....	132
2. Los métodos de interpretación.....	134
3. Los métodos tradicionales para la interpretación constitucional.....	136
4. Los métodos tradicionales y la interpretación de los Derechos Fundamentales.....	148
4.1. Interpretación gramatical.....	149
4.2. Interpretación sistemática.....	155
4.3. Interpretación histórica.....	162
5. El espíritu y finalidad de las normas como objeto de la Interpretación.....	168
6. Métodos <i>ad hoc</i> para la interpretación de los Derechos Fundamentales.....	172
6.1. Juicio de ponderación.....	178
6.2. Método comparativo.....	184
6.3. Principios subconstitucionales para la interpretación de los Derechos Fundamentales.....	195
6.3.1. Principio de unidad y coherencia de la Constitución.....	201
6.3.2. El principio de Interpretación conforme a la Constitución.....	204
6.3.3. Principio de la fuerza normativa de la Constitución.....	206
6.3.4. Principio de eficacia o efectividad.....	208
6.3.5. Principio <i>in dubio pro libertate</i> .....	209

## II. PARTE

### LA METACONSTITUCIONALIDAD RECÍPROCA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### Capítulo IV.

#### LA INTERACCIÓN NORMATIVA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Aspectos generales.....	212
----------------------------	-----

2. <b>La interacción para la interpretación de los Derechos Fundamentales</b> .....	214
3. <b>El canon interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos</b> .....	221
3.1. <i>Los tratados como canon interpretativo</i> .....	221
3.2. <i>Fundamento jurídicos que justifican a los tratados como canon hermenéutico</i> 225	
3.3. <i>El canon en relación con otros métodos interpretativos</i> .....	230
3.4. <i>El canon interpretativo vs. la jerarquía del tratado internacional</i> .....	233
4. <b>La operación de concreción de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales</b> .....	236
4.1. <i>Elementos de la operación hermenéutica de concreción</i> .....	242
5. <b>La interpretación de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales</b> .....	249
6. <b>El estándar mínimo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos</b> .....	259
7. <b>Elementos configuradores para el uso del canon de interpretación</b> .....	269
7.1. <i>Hipótesis generales para configurar a los Derechos Fundamentales usando el canon interpretativo</i> .....	273

## Capítulo V.

### EL EMPLEO EN SEDE JURISPRUDENCIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO CANON INTERPRETATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. <b>Aspectos generales</b> .....	277
2. <b>Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como canon interpretativo en las sentencias del Tribunal Constitucional</b> .....	279
3. <b>Los fundamentos jurídicos en el Derecho Constitucional Español para la existencia del canon interpretativo</b> .....	284
4. <b>El carácter obligatorio de los tratados internacionales como referentes interpretativos</b> .....	286
5. <b>El Tribunal Constitucional Español como máximo intérprete de las normas de los Derechos Fundamentales</b> .....	291
6. <b>Los tratados internacionales que emplea el Tribunal Constitucional Español</b> .....	297

6.1. <i>Especificación del constituyente español en relación a los tratados internacionales</i> .....	298
6.1.1. <i>Tratados relacionados de manera directa o indirecta con los Derechos Fundamentales</i> .....	299
6.1.2. <i>Si el estándar internacional incluye tratados que no han sido ratificados por el Estado Español</i> .....	300
6.1.3. <i>Los documentos jurídicos internacionales que engrosan el denominado soft law</i> .....	307
<b>7. La forma de emplear a los tratados en la tarea interpretativa</b> .....	<b>316</b>
7.1. <i>Las categorías doctrinales para el empleo del canon interpretativo por parte del Tribunal Constitucional Español</i> .....	318
7.2. <i>Hipótesis generales para configurar a los Derechos Fundamentales usando el canon interpretativo</i> .....	323
7.2.1. <i>El canon interpretativo para dotar de contenido al Derecho Fundamental</i> 323	
7.2.2. <i>Para dotar de un contenido novedoso al Derecho Fundamental</i> .....	327
7.2.3. <i>Un nuevo sentido del derecho</i> .....	331
7.2.4. <i>Se introducen novedosos tests internacionales para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales</i> .....	333
7.3. <i>Casos controvertidos en relación a la aplicación del canon interpretativo por parte del Tribunal Constitucional</i> .....	336
<b>Conclusiones</b> .....	<b>345</b>
<b>Bibliografía</b> .....	<b>352</b>

## **Introducción**

La interconexión normativa entre el ámbito interno e internacional para la protección de los Derechos Humanos, se visualiza en la incidencia de los tratados internacionales, en esta materia, en el momento en que se configura el contenido constitucional de los Derechos Fundamentales. En este sentido, la doctrina constitucional e internacional, postula que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son elementos hermenéuticos de los Derechos Fundamentales.

Por tanto, argumentar la existencia de un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales, conforme a los Tratados Internacional de Derechos Humanos, puede parecer ocioso o carente de relevancia científica. No obstante, creemos que la literatura ha afrontado el tema a través de planteamientos generalizadores, que conllevan una serie de críticas y ambivalencias, pues se aceptan los tratados internacionales, como criterio hermenéutico, pero no se ha puesto empeño por esclarecer sus límites y alcances. En este sentido, nuestro estudio, es un intento de profundizar en los fundamentos jurídicos que hacen plausible justificar a estos instrumentos como “*canon*



*interpretativo*”, así como en los efectos jurídicos para concretar a las normas de Derechos Fundamentales.

No nos damos por satisfechos con la aceptación generalizada de estos instrumentos como guías interpretativas, sino que nos inclinamos por afrontar un estudio más profundo y serio en relación a una temática de gran relieve para la doctrina constitucional. Pues, como bien indica Peter Häberle: <<la interpretación es un reto del Estado Constitucional<sup>1</sup>>>, sobre todo, de las normas que buscan proteger los aspectos consustanciales a la dignidad humana. Así mismo, creemos, que se debe ser coherente con las obligaciones adquiridas por los Estados al momento de comprometerse, a través de un tratado o acuerdo internacional, zanjando las actitudes contradictorias, o incluso voluntariosas en la interpretación de los Derechos Fundamentales.

En un primer momento, debemos hacer una serie de advertencias que permitan un correcto entendimiento de la hipótesis que se desarrolla en esta obra. Como primer punto, señalar que el estudio se centra en el ordenamiento constitucional español debido a que éste cuenta con dos elementos jurídicos importantes:

1. Tiene una cláusula constitucional que reconoce los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como elementos hermenéuticos de los Derechos Fundamentales<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, p. 21.

<sup>2</sup> La Constitución española contiene una cláusula interpretativa de los Derechos Fundamentales, dentro del artículo 10.2 que ha sido calificada positivamente por la doctrina. Así Martín Retortillo indica que el 10.2 es un precepto positivo que los sitúa ante una normalización necesaria; me parece que, aunque prolijo, es un aspecto que debe ser recibido con orgullo, porque los sitúa en la órbita de las mejores declaraciones internacionales. MARTÍN RETORTILLO, L.; *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, p. 79. Para Saiz: En fin, frente a quienes estimaban en un primer momento, al poco de la aprobación de la Constitución, que la <<trascendencia política>> del artículo 10.2 CE <<supera, en mucho, los márgenes de <<utilidad técnica>> que puede poseer en derecho interno español>>, hoy es posible afirmar que el canon hermenéutico contenido en aquella disposición ha contribuido (técnicamente, si se quiere) de manera decisiva al entendimiento de los derechos fundamentales presentes en la Constitución. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 34. Bastida Freijedo, Villaverde

2. El Tribunal Constitucional utiliza de manera asidua los tratados internacionales para configurar a estas normas.

Es preciso mencionar que los estudios realizados en relación al artículo 10.2 de la Constitución Española<sup>3</sup>, nos han servido de apoyo para sustentar el “*criterio interpretativo autónomo de los Derechos Fundamentales*” y así probar el consenso doctrinal. No obstante, nosotros desarrollamos el hilo argumental de la tesis, en tres ideas principales:

1. Sostenemos que los tratados cuentan con fundamentos jurídicos para ser catalogados como canon interpretativo, porque forman parte del ordenamiento jurídico, provienen del consenso plural de la comunidad internacional, y los Estados manifiestan su consentimiento para obligarse, además de constituir la expresión jurídica de los valores que se consideran protectores de la dignidad humana, a la luz de las circunstancias históricas actuales.

---

Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, apuntan que el artículo 10.2 atribuye a los tratados una posición superior y muy diferente de la que se desprende de la fuerza pasiva que posee cualquier tratado internacional. BASTIDA FREIJEDO, F.; *et al. Teoría General...* p. 81. De Esteban y Gonzalez Trevijano, señalan que: se trata de un mandato constitucional de evidente eficacia, según demuestra la jurisprudencia. DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 274.

<sup>3</sup> LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, 326 pp. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 502 pp. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, 276 pp. CASTELLÀ ANDREU, J; “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, pp. 141 – 164. SAIZ ARNAIZ, A; *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, 302 pp. REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, pp. 3611 – 3632. APARICIO PÉREZ, M; “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989, pp. 9 – 18.

2. Percibimos la necesidad de contar con un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales, debido a sus peculiaridades normativas y la insuficiencia de los métodos tradicionales para su interpretación.

3. Por lo tanto, aseguramos que se debe definir la dialéctica de los órganos intérpretes de los Derechos Fundamentales, a efecto de esclarecer los argumentos para efectuar el contraste normativo entre la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a efecto de no ampliar el margen de discrecionalidad de los jueces de forma arbitraria.

El panorama que ofrecemos, sobre los rasgos para la interpretación de los Derechos Fundamentales, no constituye novedad, pues nos ceñimos a los postulados de la teoría interpretativa legal, no obstante, buscamos comprobar, que las normas de los Derechos Fundamentales, exigen otros criterios para poder calificar de razonable su interpretación, pues no basta el uso de los métodos tradicionales, ni incluso los principios con función interpretativa, para sostener una decisión que se aleje de visiones limitadas. De acuerdo con esta concepción, y ante la dificultad de respuestas en el propio ordenamiento, la propuesta aportada por la doctrina ha sido el estímulo de estudiar la experiencia de otros criterios, sea teniendo en cuenta textos constitucionales, o jurisprudenciales, sea a través del método comparativo y el derecho extranjero<sup>4</sup>.

Por consiguiente, la novedad consiste, en sustentar la existencia de un nuevo canon interpretativo para los Derechos Fundamentales que no se encuentra dentro del método comparativo, a razón de que éste último tiene como elemento principal, un contraste normativo entre la norma interna y fuentes externas, sin que llegue a engrosar el derecho al que se encuentra sujeto el operador jurídico. Sin embargo, los tratados

---

<sup>4</sup> Acerca de la fácil confusión entre el Derecho extranjero y Derecho comparado, DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del dialogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 189.

además de ser parte del ordenamiento jurídico, pasan a formar parte del contenido constitucional, a través de la operación interpretativa del Derecho Fundamental.

Así las cosas, el *iter* de esta investigación está dividido en dos partes: en la primera, abordaremos los materiales constitucionales para la interpretación de los Derechos Fundamentales, para después estudiar la interconexión jurídica para fijar el contenido de estas normas, conforme a los estándares internacionales. Examinaremos los tratados de Derechos Humanos desde tres perspectivas:

1.- Como elementos que permiten la interconexión normativa para la protección de los Derechos Fundamentales;

2.- Como fuentes del Derecho Interno; y

3.- Como elementos hermenéuticos de las normas de los Derechos Fundamentales, a través de artículo 10.2 de la Constitución Española.

Una vez, desarrollado el marco normativo de los tratados de Derechos Humanos por el ordenamiento constitucional español, en el capítulo segundo, haremos referencia a la interpretación de las normas constitucionales, la interpretación y estructura normativa de los Derechos Fundamentales, para finalizar con el proceso argumental de la determinación de estas normas por los operadores jurídicos. Pondremos de relieve la imperiosa necesidad para concretar su contenido ante la estructura fragmentaria de sus normas, así como, el juicio de ponderación cuando hay conflicto entre los derechos, lo que hace imprescindible ceñirse a las circunstancias particulares del caso para definir el grado de protección de un derecho frente al otro.

En el tercer capítulo, explicaremos los métodos tradicionales para la interpretación de los Derechos Fundamentales, así como, los métodos que creemos *ad hoc* para su interpretación. El propósito es constatar la necesidad de otros criterios, que respondan a las características propias de la estructura normativa de los Derechos Fundamentales para efectuar interpretaciones razonables dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Delineada una necesidad interpretativa, la siguiente etapa de esta investigación es, abordar la “*interacción normativa para la interpretación de los Derechos Fundamentales*”, en base a una operación de concreción de la norma constitucional conforme a los estándares internacionales, y en este tenor creemos conveniente plantearnos la siguiente interrogante:

¿En qué sentido y con qué efectos jurídicos se sustenta un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales, conforme a los estándares internacionales?

La tendencia que se manifiesta actualmente es la de una comprensión del significado de los Derechos Fundamentales bajo un entendimiento común entre los operadores jurídicos nacionales e internacionales, y en este tenor, la comprensión de los derechos ha dejado de ser un fenómeno puramente estatal para internacionalizarse<sup>5</sup>. De ahí, que se hable de una interpretación conforme a estándares internacionales, (de manera general). La interpretación conforme, desde nuestro punto de vista, consiste en tener como “*referente obligado*” lo estatuido en los Tratados Internacional de Derechos Humanos y las interpretaciones oficiales. Se trata de un proceso de concreción mutua que favorece una interconexión a favor de la protección más favorable a los Derechos Fundamentales. Esto no significa convertir a los intérpretes nacionales en cumplidores entusiastas de los requerimientos internacionales, pues recuérdese que a veces la protección del derecho es mayor a nivel interno, sino equivale a fijar la operación

---

<sup>5</sup> CANOSA USERA, R.; “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 112 y 113.

hermenéutica bajo lineamientos que otorguen pretensión de validez y predictibilidad a las interpretaciones usando este método.

De aquí la importancia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el momento de concretar las normas de los Derechos Fundamentales, pues su capacidad no se reduce a ofrecer un “*contenido posible de los derechos*”, sino que opera sobre su “*contenido necesario y mínimo*”, esta es la causa que lleva a Rubio Llorente, a asegurar que la capacidad de los tratados para configurar los Derechos Fundamentales, es incomparablemente más potente que la de la ley; así mismo, apuntando que los elementos que el tratado introduce en el contenido de los derechos no son facultades adicionales de las que pueda prescindir el legislador<sup>6</sup>.

A este propósito es inevitable constatar, en el último capítulo que en el panorama de las decisiones del Tribunal Constitucional Español, no se hace referencia a motivaciones explícitas de la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y este modo de proceder, ha llevado a calificar sus interpretaciones, por algunos constitucionalistas, como “ornamentación internacional”<sup>7</sup>. Por otro lado, el Tribunal Constitucional Español, ha introducido los criterios internacionales en el contenido constitucional de los Derechos Fundamentales, e incluso ha adoptado como propios dichos criterios, pero en algunas sentencias utiliza un criterio con mayor rigor para la interpretación del derecho, en contra del principio de la interpretación más favorable, y en otras sentencias, ha eludido la aplicación de los criterios internacionales. La interpretación se convierte en una decisión netamente discrecional que raya en lo arbitrario.

---

<sup>6</sup> RUBIO LLORENTE, F; “Los Derechos Fundamentales, evolución, fuente y titulares en España”, *Claves*, 75, 1997, p. 6.

<sup>7</sup> Carlos Ponce Martínez, indica que la carencia argumentativa en la sentencias del Tribunal Constitucional, también se observa en su homólogo alemán. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 171.

Por tanto, nuestra atención recaerá en anunciar directamente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como guías interpretativas de los Derechos Fundamentales, lo que se traduce en la obligación de argumentar que el contenido que se toma prestado de estos instrumentos, pueda tacharse de imprescindible<sup>8</sup>, es decir, que sin dicho contenido, no podría hacerse efectivo el derecho, o no podría convertirse en una regla precisa para resolver en el caso concreto<sup>9</sup>, además se debe exponer claramente el contenido del documento internacional y las interpretaciones de los órganos con la que se robustece la *ratio decidendi*. En resumidas cuentas, el contraste normativo efectuado a través de este criterio de interpretación debe ser claro, pues la claridad de los argumentos expuestos, son la base de una decisión razonable. La tesis que sustentamos no significa establecer un auténtico deber de interpretar los Derechos Fundamentales a partir del parámetro internacional, sino es fijar lineamientos para usar racionalmente a los Tratados Internacional de Derechos Humanos como canon hermenéutico de los Derechos Fundamentales.

Por último, es necesario subrayar, que el uso del canon interpretativo, aquí defendido, no implica la unidad metodológica, ni la jerarquía de los métodos, *contrario sensu*, es un canon que se puede emplear a la par de los métodos tradicionales. El intérprete decidirá la pauta que guiará su decisión, para sustentar razonablemente su postura, además si contemplamos, que los tratados introducen al contenido constitucional los criterios de los operadores internacionales, veremos reflejada la teoría de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, defendida por Peter Häberle.

Con todo lo dicho, este estudio, busca dialogar clara y abiertamente sobre la existencia de un canon de interpretación para los Derechos Fundamentales, así como poner de relieve los tópicos positivos de acudir a los estándares mínimos internacionales en el

---

<sup>8</sup> Téngase en cuenta la tesis de Friedrich sobre los componentes imprescindibles de la normatividad. FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 123.

<sup>9</sup> Con tal premisa, se reafirma la tesis de Guastini, que sostiene, que la concretización se reduce a transformar una norma indeterminada a una regla precisa. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 79.

momento de configurar estas normas, sometiéndolas a una doble conformidad, primero con la Constitución y después con los tratados internacionales.



**I. PARTE**

**MATERIALES CONSTITUCIONALES PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS  
DERECHOS FUNDAMENTALES**

## Capítulo I.

### LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978 Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

#### 1. Aspectos generales

En este capítulo introductorio de la tesis tenemos por objeto realizar un estudio doctrinario en relación a la apertura de la Constitución Española a la protección internacional de los Derechos Humanos. Pues, para demostrar la existencia de fundamentos jurídico válidos que sustenten a los tratados internacionales de Derechos Humanos como canon hermenéutico de los Derechos Fundamentales, debemos evaluar el material constitucional que el constituyente español dejó sentado en relación a la incorporación de estos instrumentos al ordenamiento jurídico español y su jerarquía normativa. Finalmente analizar el *iter parlamentario* que llevó a establecer la cláusula constitucional que reconoce carácter hermenéutico a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales en esta materia.

Debe tenerse presente que la Constitución es la norma que sienta las bases sobre la apertura internacional de los Derechos Humanos, por lo tanto, esta norma estipula las

facultades de los poderes públicos para suscribir a los tratados y tomarlos como referente interpretativo. En este sentido, nuestro estudio no puede comenzar de otra manera, sino es oteando a la norma fundamental, además la investigación se centra en el Derecho Constitucional Español.

## **2. La interacción normativa y la apertura internacional para la protección de los Derechos Humanos**

Antes de pasar a examinar la Constitución Española, debemos hacer referencia a la situación actual de los Estados en sus relaciones internacionales para la protección de los Derechos Humanos. Tan es así que la interconexión normativa que existe entre el ordenamiento jurídico interno e internacional no puede ponerse en tela de juicio, baste con avizorar las distintas Constituciones para encontrar cláusulas abiertas al orden internacional (cláusulas europeas implícitas o explícitas<sup>1</sup>, la aplicación del bloque de constitucionalidad a tratados internacionales de Derechos Humanos<sup>2</sup>), incluso referencias para la participación en la integración regional teniendo como visión una interacción a través de una *metaconstitucionalidad recíproca*<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Conforme el proceso de integración europea ha avanzado, las Constituciones de los Estados miembros han ido incorporando las que se denominan <<cláusulas europeas>>, es decir, disposiciones específicas destinadas a hacer viable, desde la perspectiva constitucional nacional, la pertinencia a la Unión en los diferentes estadios en los que el referido proceso de integración se ha encontrado. CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, p. 140. Verbigracia: Constitución Española artículo 10.2. y 93, Constitución de Alemania, artículos 23, 24 y 25.

<sup>2</sup> Sobre el bloque de constitucionalidad, entre otras Constituciones, la Constitución de Argentina artículo 75, Constitución de Colombia artículo 93, Constitución de Guatemala artículo 46, la Constitución Austriaca por reforma del año 1964 otorga al CEDH parte del ordenamiento interno con el mismo rango que la Ley Fundamental de 1867 y el resto de normas constitucionales internas relativas a Derechos Fundamentales.

<sup>3</sup> Término empleado por el profesor Cruz Villalón, que según su criterio de <<metaconstitucionalidad recíproca>>. Tanto la Constitución de la Unión (art. 6.1 TUE; art. 2.2 del Proyecto convencional) como la Constitución nacional (paradigmáticamente, art. 23 de la Grundgesetz) contienen mandatos que se proyectan recíprocamente sobre el orden constitucional del otro, configurando en este sentido lo que podríamos calificar como una *metaconstitucionalidad* que opera en sentido recíproco, generando tendencialmente estabilidad constitucional (*System wechselseitiger Stabilisierung*). *Ibidem.* p. 73. Desde un enfoque Constitucional, DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 41 y 42.

La impresión es que los Estados Constitucionales están en un periodo de aprendizaje mutuo, y continuo dando lugar a <<Estados cooperativos constitucionales>><sup>4</sup>, es decir, Estados que a través del método comparativo buscan soluciones en otros ordenamientos constitucionales, y en documentos jurídicos internacionales.

La reciprocidad normativa entre el orden constitucional e internacional en Europa, se visualiza en el Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)<sup>5</sup>. Su base está constituida por principios constitucionales comunes a los Estados<sup>6</sup>. Es una especie de reconocimiento mutuo reflejado en las Constituciones internas, y en los documentos jurídicos internacionales<sup>7</sup>. La interconexión normativa desemboca en el reconocimiento

---

Resulta importante aclarar, que la reciprocidad a la que hacemos referencia, difiere del concepto tradicional de la “*reciprocidad entre los Estados*”, desde el punto de vista del Derecho Internacional Público. Pues, recuérdese que en materia de Derechos Humanos no aplica el principio de reciprocidad. Aquí hablamos de una reciprocidad o interacción normativa entre dos documentos jurídicos principales tratados internacionales y Constituciones idea que se acerca a las tesis de Cruz Villalon y Vergottini.

<sup>4</sup> Término empleado por Peter Häberle en: HÄBERLE, P.; “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 12.

<sup>5</sup> Expresión acuñada por Peter Häberle. El DCCE se halla integrado por un <<conjunto de principios constitucionales “particulares” que resultan “comunes” a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no>>. Dichos principios comunes>> proceden de las constituciones de los Estados de Derecho europeos, del Derecho constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del <<Derecho europeo>> surgido de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa. PÉREZ LUÑO, E.; “El Derecho Constitucional Común Europeo. Apostillas en cuanto a la concepción de Peter Häberle”, *Revista de Estudios Políticos*, 88, 1995, p. 165.

<sup>6</sup> Pérez Luño, indica los siguientes principios vigentes en las Constituciones Europeas: el respeto a la dignidad humana, la democracia pluralista, los derechos fundamentales, el Estado de Derecho que asegura el imperio de la ley, la justicia social, la autogestión administrativa a nivel municipal, la subsidiariedad, la tolerancia y el respeto de las minorías así como el regionalismo y federalismo. PÉREZ LUÑO, E.; “El Derecho Constitucional Común Europeo”, Apostillas en cuanto a la concepción de Peter Häberle, *Revista de Estudios Políticos*, 88, 1995, p. 169.

<sup>7</sup> El principio compartido en el contexto internacional por excelencia es: El respeto a los Derechos Humanos.

jurídico de los rasgos comunes y los valores culturales europeos. Fenómeno catalogado por Hesse como *europaización*<sup>8</sup>.

Bajo este panorama, los tratados internacionales han resultado ser los instrumentos jurídicos por antonomasia para regular las relaciones entre los Estados, a través de estos documentos, se fijan los derechos y obligaciones en una determinada materia<sup>9</sup>, para después desplegar sus efectos en las legislaciones internas. Es así como los Derechos Humanos se han visto favorecidos por voluntad de los Estados con el fin de conformar un orden internacional para su protección, hasta el punto de encontrar sentencias donde se califica a los tratados en esta materia, como instrumentos constitucionales del orden público europeo<sup>10</sup>.

No obstante, la naturaleza jurídica de los Tratados Internacionales en Derechos Humanos, se estima distinta a los tratados en otras materias, porque su existencia se basa en el querer general de proteger los Derechos Humanos. Intención que se refleja en textos jurídicos, desde la Carta de Naciones Unidas<sup>11</sup>, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración y Programa de acción de Viena de 25 de junio de

---

<sup>8</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 13.

<sup>9</sup> Todo tratado tiene una doble dimensión jurídica: desde el punto de vista internacional, trae consigo un compromiso de cumplir lo pactado frente a los demás sujetos de Derecho Internacional; desde el punto de vista estatal, implica la aceptación de los efectos internos derivados del compromiso tanto para los poderes públicos como, eventualmente para los ciudadanos. LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 114. En este sentido se expresan: GÓMEZ PÉREZ, M.; *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, Porrúa, México, 2003. p. 16. CARRILLO SALCEDO, J.; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 95.

<sup>10</sup> STEDH de 23 de marzo de 1995. Loizidou contra Turquía.

<sup>11</sup> La Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, en el preámbulo y en el artículo primero menciona como propósito de Naciones Unidas el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión. Así mismo, el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, reafirma que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre.

1993, devenida de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos A/CONF.157/23<sup>12</sup>, la Resolución 48/141 de la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la cual se crea el Alto Comisionado de Derechos Humanos<sup>13</sup>, e innumerables documentos universales y regionales que muestran el consenso general de los Estados para considerar como principio fundamental el respeto a estos derechos.

Así mismo, la doctrina de los Órganos Internacionales encargados de la aplicación e interpretación de estos documentos confirma la intención de constituir un interés internacional de promover y respetar los Derechos Humanos, incluso algunos con carácter *erga omnes*<sup>14</sup>. González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santa María, afirman: <<incumbe a los Estados respecto a la comunidad internacional en su conjunto el tener un interés jurídico en la protección de los derechos humanos>>.

La explicación de este interés internacional para tutelar los Derechos Humanos, deriva de la Segunda Guerra Mundial y, así la doctrina ha explicado dos fenómenos: convertir

---

<sup>12</sup> La Declaración se expresa, *Ad pedem litterae*, en los siguientes términos: 1. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional.

<sup>13</sup> La resolución subraya las obligaciones de todos los Estados, de conformidad con la Carta, de promover y alentar el respeto de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

<sup>14</sup> La evolución progresiva de la protección de los Derechos Humanos consolidada jurídicamente a través de los convenios internacionales y las interpretaciones efectuadas por los órganos internacionales poco a poco introducen el argumento de que los Derechos Humanos pertenecen al *ius cogens internacional*, así lo afirmó el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso Barcelona *Traction light and power company* dictada el 5 de febrero de 1970, que expresa: <<las obligaciones de los Estados hacia la comunidad internacional en su conjunto... estas obligaciones resultan por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y las reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana...>> SCIJ de 5 de febrero de 1970. Barcelona *Traction light and power company*. Página de internet: <http://www.icj-cij.org>. Consultada en fecha 06 de marzo del año 2012.

a las fuentes internacionales como limitadoras de la *potestas* de los Estados<sup>15</sup>, y la construcción de un bloque internacional para la protección de los Derechos Humanos.

Así las cosas, el *consensus general* para la protección de estos derechos, deviene del interés común de los Estados democráticos<sup>16</sup> para respetar los aspectos consustanciales a la dignidad humana y lo hacen a través de dos documentos jurídicos principales: tratados internacionales,<sup>17</sup> y Constitución.

---

<sup>15</sup> La reacción a la barbarie que supuso la Segunda Guerra Mundial explica en gran medida este fenómeno que, por cierto, da lugar a una nueva paradoja: es la fuente internacional la que actúa como condicionante de la suprema *potestas* de los Estados. Ese es el papel que cumplen documentos como la Carta de Naciones Unidas, que aluden en su Preámbulo a <<la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana>>; la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, que repite idénticos términos, y, en nuestro ámbito continental, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que también en su preámbulo se refiere a las libertades fundamentales como exigencia de <<un régimen político verdaderamente democrático>>. Podrá dudarse más o menos de la eficacia jurídica (tanto en el plano interno como en el internacional) de cada uno de estos textos- algo se dirá acerca de ello más adelante-, pero es incuestionable que contribuyen a la formación de un <<*consensus omnium gentium*>> antes inexistente. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 36.

<sup>16</sup> La protección de los Derechos Humanos constituye un valor y principio fundamental de la sociedad internacional contemporánea, que se remonta al término de la segunda guerra mundial época en la que la protección a la dignidad humana se desliga del carácter netamente interno para ser considerada prioridad y fin común de los sujetos internacionales, consolidándose el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Casadevante define al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: <<...como aquel sector del ordenamiento internacional, compuesto por normas de naturaleza convencional, consuetudinaria e institucional que tienen por objeto la protección de los derechos y libertades fundamentales del ser humano inherentes a su dignidad>>. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, p. 65. Para García de Enterría el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está constituido <<... por el conjunto de reglas de Derecho Internacional que reconocen e intentan proteger los derechos de la persona en cuanto que sujeto titular de situaciones jurídicas dentro del ámbito material de los que se consideran como derechos o libertades fundamentales>>. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *El sistema europeo de los derechos humanos, estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

<sup>17</sup> Los tratados internacionales son catalogados fuente principal del Derecho Internacional y elementos idóneos para regular las relaciones entre sujetos soberanos internacionales. En esta tesitura, los tratados internacionales se han convertido en la vía principal para generar la norma internacional aplicable a las relaciones entre los Estados. DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 159. PUENTE EGIDO, J.; *Lecciones de Derecho Internacional Público*, EDISOFER, Madrid, 1998, p. 143. CARRILLO SALCEDO, J.; *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 105.

Por un lado, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>18</sup> son acuerdos que generan derechos y obligaciones, teniendo como objeto y fin, la protección de los Derechos Humanos. El espíritu del tratado es la protección de estos derechos, como un valor común de la sociedad internacional<sup>19</sup> que busca generar una garantía jurídica<sup>20</sup> a través de la expresión del consentimiento de los Estados signatarios. De ahí, que se afirme que: los tratados reflejan un querer vinculatorio a la efectiva protección de los Derechos Humanos<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969, define a los tratados internacionales, como: <<un acuerdo internacional por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualesquiera que sea su denominación particular>>. BOE número 142 de 13/6/1980, mediante el cual se publicó el instrumento de adhesión a la Convención por parte del Gobierno Español.

<sup>19</sup> En la opinión consultiva del 28 de mayo de 1951 la Corte Internacional de Justicia al referirse a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio ratifica que: <<Los principios en que se basa son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; se ha querido que sea una convención de alcance universal; su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios, sino un interés común>>. OCCIJ de 28 de mayo de 1951. Caso sobre las reservas a la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio. Página de internet: <http://www.icj-cij.org>. Consultada en fecha 06 de marzo del año 2012.

<sup>20</sup> Los tratados internacionales de Derechos Humanos representan un interés colectivo que genera el derecho subjetivo para que cualquier Estado signatario reclame su cumplimiento. Miguel Ángel Martín en relación al cumplimiento de los tratados internacionales sostiene que es preciso hablar de un derecho colectivo en vez de interés colectivo, en razón a que una violación o incumplimiento afecta a todos lesionando no un interés, sino un derecho subjetivo, el derecho que cada parte tiene al cumplimiento del tratado por los demás. VID. MARTÍN LÓPEZ, M.; *El incumplimiento de los Tratados Internacionales*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003, p. 44. Conclusión a la que arribó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Irlanda contra Reino Unido: <<Los Estados contratantes exijan el respeto de estas obligaciones sin tener que justificar un interés que se derive, por ejemplo, del hecho de que la medida que denuncian haya perjudicado a uno de sus propios ciudadanos>>. STEDH de 29 de abril de 1976. Irlanda contra Reino Unido.

<sup>21</sup> La naturaleza jurídica de los tratados internacionales de Derechos Humanos, se distingue de cualquier acuerdo de voluntades que oponga derechos y obligaciones *inter partes*, porque rebasa la naturaleza contractual propia de la exteriorización de voluntad de los sujetos signatarios para convertirse en parte del ordenamiento constitucional internacional basado en el respeto a los Derechos Humanos. CARRILLO SALCEDO, J.; *Curso de Derecho...* p. 15. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Loizidou contra Turquía hizo alusión a la naturaleza de la Convención Europea de Derechos Humanos en los siguientes términos: <<...la eficacia del Convenio como instrumento constitucional del orden público europeo...>>. STEDH de 23 de marzo de 1995. Loizidou contra Turquía.



Desde la perspectiva interna, la Constitución, es la norma jurídica configuradora de los elementos mínimos de un Estado y desde los pilares del Estado liberal los Derechos Fundamentales y la Constitución son considerados binomios indisociables. No obstante, como afirma De Esteban y González Trevijano, actualmente los Derechos Fundamentales han pasado de ser una cuestión exclusivamente de derecho interno a convertirse también en una materia de orden internacional<sup>22</sup>.

En nuestra opinión, debemos tener cuidado con descontextualizar a los Derechos Fundamentales, hasta el grado de otorga ésta categoría a cualquier realidad jurídica, convirtiéndolos en meras aspiraciones políticas. Por otro lado, no podemos negar, que los ordenamientos interno e internacional en materia de Derechos Humanos, están íntimamente ligados, de suerte que no hay lugar, para hablar de manera aislada de dos órdenes de protección, sino, más bien de una reciprocidad normativa abierta con reconocimiento bilateral<sup>23</sup>.

Para Smend, el contenido interior del Estado y sus relaciones exteriores no son dos partes separadas, sino únicamente dos momentos de su realidad e individuación. Para este autor, desconocer este hecho conduce irremediabilmente -tanto en la teoría como en práctica- al error<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, pp. 264 y 265.

<sup>23</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 5 hace alusión a: <<No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. Esta es una cláusula de reconocimiento del Derecho de los Estados signatarios por parte de una fuente del Derecho Internacional. Así mismo, el artículo 23 de la Constitución Alemana y el 93 de la Constitución Española, forman parte del Derecho Internacional al configurar la manera de cómo podrán transferir o atribuir el ejercicio competencias a organismos internacionales. En lo referente a los Derechos Humanos, el artículo 10.2 de la Constitución Española, reconoce a los tratados internacionales de Derechos Humanos, como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales>>.

<sup>24</sup> SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 118.

En el ámbito internacional los Tratados de Derechos Humanos, son catalogados como instrumentos del Derecho Constitucional Común a todos los Estados Democráticos, en este sentido, las Constituciones se han inclinado por reconocer la importancia de las relaciones internacionales<sup>25</sup>, para que sea realidad el principio de <<concertación constitucional>><sup>26</sup>. Principio que conlleva la labor de un espacio común con estándares mínimos compartidos por los Estados.

En consecuencia, en palabras de Cruz Villalón, las condiciones exigen una *metaconstitucionalidad recíproca*, que se visualice: en cláusulas de apertura internacional, en la participación de los Estados en organismos internacionales, en transferir competencias a organismos internacionales y en la ejecución de sentencias emitidas por órganos internacionales<sup>27</sup>.

La interconexión o reciprocidad que se está generando entre las Constituciones nacionales y los tratados internacionales de Derechos Humanos se trasluce en un aspecto coyuntural: en la labor interpretativa de los órganos encargados de proteger e

---

<sup>25</sup> En la Constitución Española, en varios pasajes, se hace eco de la importancia adquirida por las relaciones internacionales, señalando ya en su Preámbulo que uno de los fines que persigue la Nación Española es el de <<colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre los pueblos de la Tierra>>. LÓPEZ GUERRA, L.; *Op. Cit.* p. 113.

<sup>26</sup> Cruz Villalón, apunta el principio haciendo referencia a las Constituciones de los Estados de la Unión Europea y una Constitución propia de la Unión. En este sentido, cabría propugnar un principio de <<concertación constitucional>>. Su sentido es claro: se trata de generar coherencia, a partir del pluralismo, entre <<las dos Constituciones>>, y éste es un trabajo y una responsabilidad que corresponden sobre todo a los órganos constitucionales nacionales, quienes mejor conocen las posibilidades actuales o potenciales de conflicto entre la Constitución nacional y la Constitución europea. CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita...* p. 149.

<sup>27</sup> En consecuencia, estima necesario exigir que en todas las Constituciones se inserten <<cláusulas de apertura>> de las que elaboran un triple catálogo posible que aquí me limito a resumir: a) reconocimiento de los <<valores fundamentales inherentes a la constitución de la sociedad internacional>>, como la protección internacional de los derechos del hombre y la promoción de la democracia, entre otros; b) compromiso de participación del Estado en organizaciones internacionales y en las diferentes formas de jurisdicción internacional, incluida la transferencia de competencias a instituciones internacionales; y, por último, c) reconocimiento de las reglas generales del derecho internacional, ejecución de toda decisión, incluso judicial o arbitral, adoptada por las organizaciones internacionales. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional...* p. 49.

interpretar jurídicamente estos documentos. La labor de los Tribunales Constitucionales y los órganos internacionales, resulta crucial a fin de definir los elementos mínimos al momento de proteger y tutelar los Derechos Fundamentales, contribuyendo a formar un estándar uniforme. De tal manera, que hay un proceso de integración por vía hermenéutica de principios constitucionales <<foráneos>>.

La reciprocidad de los ordenamientos jurídicos interno e internacional confluye prácticamente en el sistema total de fuentes; no obstante, las dos fuentes que regulan este reconocimiento mutuo: son los tratados internacionales, en el orden internacional, y la Constitución, en el orden nacional. De tal manera, que la protección de los Derechos Fundamentales se encuentra reforzada, primero: por la existencia de catálogos de Derechos Fundamentales en las Constituciones, con garantías jurídicas para su protección, y Tribunales Constitucionales como intérpretes supremos de la norma constitucional<sup>28</sup>. Segundo, en el ámbito internacional están los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con órganos que vigilan su cumplimiento e interpretan sus disposiciones.

Incluso las cláusulas de reconocimiento recíproco han contribuido a fijar el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales, no sólo por lo expresado en la normativa constitucional, sino por los tratados internacionales de Derechos Humanos, de tal manera, que se fija un contenido mínimo invariable en el ámbito nacional e internacional que favorece la efectiva tutela del derecho protegido.

---

<sup>28</sup> Algunos Constitucionalistas se resisten a terminar con el monopolio interno para la protección de los Derechos Humanos, intentando desdibujar la realidad que impera en cuanto a la existencia de normativa internacional que contribuye a fijar el contenido constitucional de los Derechos Fundamentales, en esta línea argumental podemos encontrar a Asensi Sabater, que expresa: es cierto, sin duda, que la tutela de los derechos fundamentales no puede organizarse de un modo efectivo más que en la vida interna de los concretos ordenamientos estatales, fortaleciendo una política favorable a los derechos fundamentales o dificultando una política abiertamente contraria a ellos. ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 125.

La cuestión es particularmente actual, en materia de los Derechos Fundamentales, donde se presenta una correspondencia entre las regulaciones internas e internacionales. En este sentido, nos corresponde indagar la forma de como la Constitución Española interactúa con el ordenamiento internacional, a través de los tratados internacionales de Derechos Humanos. Pues, las relaciones entre tribunales internos e internacionales, está auspiciada por el texto constitucional.

Precisamente teniendo en cuenta esta tendencia, no queremos magnificar el fenómeno, pues puede que los instrumentos internacionales revistan mayor protección a los Derechos Fundamentales, pero por otro, lado también pueden importar limitaciones<sup>29</sup>. Nosotros nos inclinamos por no desvirtuar a la norma constitucional como portadora de las decisiones fundamentales del Estado, y en este tenor, el intérprete constitucional debe ser sumamente cuidadoso en no caer en dos extremos: Por un lado, introducir a las normas de los Derechos Fundamentales, cualquier contenido internacional, y por el otro, negarse a un contenido más protector y efectivo para los Derechos Fundamentales.

La propuesta es dialogar sobre los fundamentos jurídicos para sustentar a los tratados internacionales como parámetro interpretativo de los Derechos Fundamentales, para distinguir si efectivamente se utilizan como un método más, o si, por lo contrario, sólo representa una ornamentación constitucional.

### **3. La recepción constitucional de los tratados internacionales**

La Constitución como norma jurídica fundamental del Estado define el sistema de fuentes formales del Derecho<sup>30</sup>. Dentro de sus disposiciones se contempla la

---

<sup>29</sup> En los dos últimos capítulos de este trabajo, queda explicitado este aspecto.

<sup>30</sup> <<Nuestra Constitución no se limita a regular la génesis del Derecho, el sistema de fuentes, sino que regula directamente algunas materias y fija los principios que habrán de presidir la regulación de las demás, las líneas maestras de todas las ramas del ordenamiento>>. BILBAO J.; REY MARTÍNEZ, F.; VIDAL, J.; *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p 275. <<La Constitución es fuente primaria o primera del ordenamiento y

incorporación, la jerarquía jurídica y en general la regulación de las fuentes del Derecho. Para García de Enterría <<lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene un valor normativo inmediato y directo que conlleva una primacía manifiesta que vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos>>. <sup>31</sup>

De ahí que esta norma fije los lineamientos que deben seguir los poderes públicos para asumir las obligaciones internacionales y los efectos jurídicos dentro de su ordenamiento.

Siguiendo la línea argumental de Sánchez Ferriz, se afirma que la Constitución ocupa la primera posición del sistema de fuentes, pero supone una especie de punto de partida para todas las demás fuentes<sup>32</sup>. En este sentido, se debe explicar la regulación constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como parte del sistema jurídico español.

---

determinadora del orden de las fuentes y de los modos de producción jurídica. La finalidad que la Constitución persigue puede ser definida en pocas palabras: se trata de posibilitar la construcción jurídica de un orden político>>. PÉREZ ROYO, J.; *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 87. <<La Constitución no sólo es norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento interno entero, la norma fundamental, *lex superior, la norma normarum*, la fuente de las fuentes>>. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, 2006, p.55. CAZORLA PRIETO, L.; ARNALDO ALCUBILLA E.; ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 89. <<La Constitución consiste en indicar cuáles son los sujetos de creación del Derecho. Ella nos dice quién y cómo se crean las normas jurídicas de un Estado, o dicho de otro modo, determina cuáles son las fuentes de producción del Derecho>>. DE ESTEBAN, J.; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 198.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, 2006, p. 70.

<sup>32</sup> VID. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 357.

Pues bien, los tratados internacionales cuentan con dos peculiaridades: la primera, es que son fuente del derecho internacional y fuente del derecho interno<sup>33</sup>. La segunda, consiste en que rompen con el monopolio estatal como productor de las fuentes del derecho<sup>34</sup>. Entiéndase que el monopolio se rompe, porque los tratados son redactados, discutidos y suscritos con la participación de otros Estados, y en este tenor, no hay unicidad del Estado para la producción de esta fuente.

Estas peculiaridades despliegan dos efectos jurídicos: cumplimiento de las obligaciones internacionales por el Estado y la introducción de los tratados al derecho interno, con aceptación de los efectos derivados para los poderes públicos y las personas. Esta doble dimensión, da lugar a un doble régimen: por un lado, los aspectos internacionales de los tratados se encuentran regulados con carácter general en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, de 23 de mayo de 1969 y, por otro lado, la Constitución regula la manera de introducirlos en el derecho interno.

Luego entonces, conforme a lo estipulado en el artículo 96.1 de la Constitución Española y el artículo 1.5 del Código Civil<sup>35</sup> los tratados internacionales forman parte del derecho interno una vez que han sido válidamente celebrados y publicados en el Boletín Oficial del Estado; es decir, una incorporación directa de los tratados

---

<sup>33</sup> VID. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 382.

<sup>34</sup> Este quebrantamiento del monopolio estatal como productor de las fuentes del derecho, lo explica López Guerra, en los siguientes términos: Como ya se ha apuntado, la particularidad de los tratados internacionales en cuanto fuente del Derecho reside en que no son producto de la voluntad exclusiva del Estado, sino consecuencia del acuerdo entre el Estado y otro u otros sujetos de Derecho Internacional, generalmente otros Estados, pero también, cada vez más, organizaciones internacionales. Esta particularidad se refleja en la posición y efectos que los tratados internacionales ocupan en el sistema de fuentes. LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 116.

<sup>35</sup> Desde el punto de vista de Brotóns, los efectos jurídicos que se desprenden del artículo 1.5 del Código Civil y el artículo 9.1 de la Constitución española son netamente distintos, ya que mientras el primero busca la aplicación directa del tratado por los órganos estatales, el segundo busca introducir en el orden interno las normas jurídicas contenidas en el tratado. REMIRO BROTÓNS, A.; “de los Tratados Internacionales”, *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, VII, 1985, p. 591.

internacionales, cualquiera que sea su denominación: tratados, convenios o acuerdos internacionales<sup>36</sup>.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos se rigen por el artículo 94.1 del texto constitucional al exigir la previa autorización de las Cortes Generales para la prestación del consentimiento del Estado y obligarse por medio de tratados o convenios que afecten a los derechos y deberes fundamentales. Fuera de éste supuesto el único requisito constitucional para la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos al derecho interno, es su publicación<sup>37</sup>.

Queda por tanto claro, que la Constitución Española refleja la teoría monista de la relación entre el derecho internacional y el derecho interno<sup>38</sup>, al incorporar de manera

---

<sup>36</sup> Al respecto Sánchez Rodríguez sugiere: las contradicciones y distorsiones terminológicas que se detectan en el texto de la Constitución de 1978 y en la legislación orgánica derivada, no generan en ningún caso diferentes efectos jurídicos para cada una de las expresiones empleadas, sino que, al contrario, deben quedar superadas mediante la recta comprensión como términos sinónimos y materialmente equivalentes de las expresiones “tratados”, “convenios” y acuerdos” internacionales. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L; *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*, International Law Association, Madrid, 1984, p. 22.

<sup>37</sup> Fernando Rey Martínez sostiene que: <<los tratados suscritos por España no requieren para su incorporación al ordenamiento ninguna medida u operación especial (no es necesaria su previa conversión en Derecho interno, en ley, por ejemplo), son parte (fuente) del ordenamiento jurídico español sin más requisito o trámite que el de su íntegra publicación>>. REY MARTÍNEZ, F.; et. al. *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 337. La publicación desde el punto de vista de Álvarez Conde no tiene carácter constitutivo, afectando únicamente a la eficacia del mismo, pero no a su validez. ÁLVAREZ CONDE, E.; *Curso de Derecho Constitucional, volumen I, El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los Derechos y Libertades*. Tecnos, Madrid, 2008, p. 182. Alzaga Villaamil, aduce que el artículo 96 la Constitución se encuentra sumergido en la corriente más actual y progresiva de las que se registran en el Derecho Internacional Público, siendo de subrayar que el único requisito que exige para que los tratados internacionales formen parte automáticamente del ordenamiento jurídico interno español, es el de su publicación. ALZAGA VILLAAMIL, O.; *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones de foro, Madrid, 1978, p. 597.

<sup>38</sup> Los especialistas en Derecho Internacional se refieren a una visión de coordinación y cooperación entre el Derecho interno e internacional que se aleja de la dialéctica monista y dualista. Ver, CARRILLO SALCEDO, J.; *Curso de Derecho Internacional...* p. 149. PASTOR RIDRUEJO, J.; *Curso de Derecho Internacional...* p. 169. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.; *Op. Cit.* p. 244.



directa los tratados internacionales al ordenamiento jurídico<sup>39</sup>, y regular un sistema de recepción automática<sup>40</sup>. En definitiva, el artículo 96.1 de la Constitución es la base jurídica para la incorporación automática de los tratados internacionales al derecho español<sup>41</sup>.

Sin embargo, hay quien afirma que el ordenamiento español sigue un sistema de recepción especial para la incorporación de las normas convencionales<sup>42</sup>. Tesis que no se comparte en esta investigación, a cuenta de que el sistema especial exige la conversión del tratado en una norma interna<sup>43</sup>.

Por otra parte, Arroyo Lara sostiene que el alcance y contenido del artículo 96.1 *in fine* radica en la recepción constitucional de normas del derecho internacional general, en

---

<sup>39</sup> Al respecto Ignacio de Otto afirma que los tratados internacionales son en sí mismos fuentes del derecho español sin necesidad de que se dicten normas jurídicas estatales que obliguen a su cumplimiento por los órganos del poder público. DE OTTO I.; *Derecho Constitucional...* p. 123. Para Casadevante se trata de la configuración de la publicación como una condición simple para la aplicación directa de las normas contenidas en los tratados internacionales. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; <<Las normas internacionales de Derechos Humanos en el orden interno Español>>, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007, p. 516.

<sup>40</sup> En este sentido se expresan: REY MARTÍNEZ, F.; et. al. *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 337. LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 116 – 117. ALZAGA VILLAAMIL, O.; *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Tomo I Constitución y Fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 597. PÉREZ ROYO, J.; *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 172. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 391. REMIRO BROTONS, A.; “de los Tratados Internacionales”, *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, VII, 1985, p. 590.

<sup>41</sup> Tal criterio es seguido por el Tribunal Constitucional, así en la sentencia 30/1986 afirmó lo siguiente: <<... el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España, que como tal es parte integrante del ordenamiento jurídico español a tenor del artículo 96 de la Constitución>>. Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 30/1986 de 20 de febrero.

<sup>42</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.; *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 247.

<sup>43</sup> En esta línea se encuentra, GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 1500.



relación a la derogación, modificación y suspensión de los tratados internacionales<sup>44</sup>. En este sentido, el precepto 96.1 es una cláusula, no sólo de reconocimiento del derecho internacional, sino de su recepción constitucional para los efectos aludidos. Esto no significa la constitucionalidad de la Convención de Viena de los tratados internacionales, sino sólo la recepción constitucional de la normativa internacional en relación a la derogación, modificación y suspensión de los tratados<sup>45</sup>.

Vale la pena tener claro que la incorporación automática no significa que los poderes públicos se abstengan de desarrollar o ejecutar sus preceptos. Como bien indica Rey Martínez: <<Es un sistema de recepción automática sin que medie un acto o norma interna; pero otra cosa es, que el propio tratado prevea la obligación de los poderes públicos internos de proceder al desarrollo o ejecución de sus preceptos.<sup>46</sup>

De ahí que la aplicación directa dependa de la naturaleza propia de los tratados, *self executing* o de aquellos otros que requieren medias legislativas para su aplicación. Pero, la eficacia directa del tratado, en el derecho interno impera, a pesar de la falta de *interpositio legislatoris*. La sentencia número 254/1993 del Tribunal Constitucional reconoció con claridad ésta afirmación, cuando por la omisión legislativa para desarrollar el artículo 18.4 de la norma fundamental procedió a conceder protección jurídica a la libertad informática, a través del artículo 8 del Convenio del Consejo de

<sup>44</sup> Con independencia de que sea admisible la aplicación del Derecho internacional general en el Derecho interno, como hace un sector doctrinal, la afirmación constitucional de que, al menos para ciertos supuestos de modificación, derogación o suspensión de las normas convencionales, el Derecho internacional general cumple una función determinada en el ordenamiento interno español, implica que, literalmente, se produce una recepción de ciertas normas de aquel Derecho en el Derecho interno. ARROYO LARA E.; “Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1. <<In fine>> de la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 1987, p. 409. El mismo argumento es esgrimido por Fernández Segado, véase: FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 645 y 646.

<sup>45</sup> Para Fernández Segado, el artículo 96.2 impone lo que se conoce como principio del paralelismo de las formas, que exige, para la denuncia de los tratados y convenios internacionales, la utilización del mismo procedimiento que para su aprobación prevé el artículo 94. FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 645 y 646.

<sup>46</sup> REY MARTÍNEZ, F.; et. al. *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 337.

Europa para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Con esta sentencia se constató la introducción automática y directa de los tratados internacionales, así como, la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales.

Podemos concluir: que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos son fuente del ordenamiento jurídico español, sin necesidad de mediación legal. Se incorporan de forma automática, siempre y cuando hayan sido válidamente celebrados y publicados en el Boletín Oficial del Estado. Desde su publicación, abren la obligación o la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales encuentren en sus postulados una solución al litigio que les ocupa. Al incorporarse al derecho interno introducen al ordenamiento jurídico normas que no tienen origen en la voluntad exclusiva de los poderes públicos, sino que, provienen de las negociaciones con otros sujetos del derecho internacional.

El panorama ofrecido es importante para defender la existencia de un canon interpretativo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pues estos instrumentos, son parte del ordenamiento jurídico español derivado de la expresión del consentimiento del Estado; por tanto, son obligaciones internacionales para España.

Es decir, uno de los fundamentos sobre los que descansa la existencia de este criterio interpretativo, es que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico, provienen del consenso plural de la comunidad internacional. Lo que se refleja en que los Estados manifiestan su consentimiento para obligarse, y en que constituyen además la expresión jurídica de los valores que se consideran protectores de la dignidad humana, a la luz de las circunstancias históricas actuales.

#### **4. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y su jerarquía constitucional**

Distinguir de forma preliminar la jerarquía de los tratados internacionales en el Derecho Constitucional Español, nos permite desvelar si tal posición jurídica reviste interés para fundamentar a los tratados como canon interpretativo.

Adelantamos, que conforme a la tesis que en este trabajo se sustenta, la jerarquía normativa y la eficacia directa de los tratados internacionales son inocuas para su perfil como canon interpretativo. En suma, estos aspectos, son sólo una forma más de cumplir con las obligaciones internacionales, pero no representan el fundamento jurídico de tomar a los tratados como herramientas hermenéuticas.

No obstante, aunque la jerarquía de los tratados sea irrelevante para efectos de su carácter hermenéutico, no podemos eludir su estudio, pues veremos que detrás del reconocimiento de estos instrumentos como criterio de interpretación, se hallan un conjunto de factores importantes que contribuyen a delinear pautas para tenerlos como verdadero canon interpretativo.

Así las cosas, debemos subrayar dos aspectos:

1. Si bien, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico, esto no significa que puedan contradecir a la norma constitucional. En este tenor el canon interpretativo de los Derechos Fundamentales tiene como fundamento y limite el propio texto constitucional.
2. La jerarquía de los tratados, es irrelevante a efectos de tenerlos como criterio interpretativo. Esto es posible a condición de no hurtar por este cauce la aplicación directa que requiere el artículo 96 de la Constitución, que es compatible con el 10.2,

(precepto que reconoce a los tratados su carácter hermenéutico) lo cual genera un complemento y doble protección para los Derechos Fundamentales<sup>47</sup>.

#### 4.1. Criterio infraconstitucional

De una interpretación coordinada y armónica de los arts. 95 y 161 de la Constitución, podemos inferir la jerarquía *infraconstitucional* del tratado, al exigir la previa revisión constitucional cuando un tratado contenga estipulaciones contrarias a la Constitución.

La posición *infraconstitucional* de los tratados internacionales, es indudable incluso respecto de los tratados mediante los cuales se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Pues este mismo rango, es predicable para los actos internos de las organizaciones internacionales de contenido obligatorio, pues la fuente de la obligación se halla en el tratado constitutivo de la organización que se trate<sup>48</sup>.

La *infraconstitucionalidad* del tratado, se debe a que la Constitución marca las pautas para poder concertar válidamente estos documentos jurídicos y establece un mecanismo de control para defender los postulados constitucionales<sup>49</sup>. Como lo indica Fernando

---

<sup>47</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L; *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, Internacional Law Association, Madrid, 1984, p. 88.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L; *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, Internacional Law Association, Madrid, 1984, p. 103.

<sup>49</sup> Adoptan esta posición: REY MARTÍNEZ, F.; et. al. *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 339. LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 117. ALZAGA VILLAAMIL, O.; *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Tomo I Constitución y Fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 597. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 389. PÉREZ ROYO, J.; *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 172. REMIRO BROTONS, A.; “de los Tratados Internacionales”, *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, VII, 1985, p. 590.

Rey Martínez, Juan María Bilbao Ubillos y José Miguel Vidal Zapatero, <<mientras no se reforme la Constitución no podrá celebrarse un tratado contrario a la misma>><sup>50</sup>. Esto fue confirmado por la Declaración del Tribunal Constitucional en el año 1992, y derivó en una reforma constitucional, como consecuencia de la expresión del consentimiento del Estado Español al tratado de Maastricht de la Unión Europea<sup>51</sup>.

Los tratados internacionales de Derechos Humanos, como cualquier otro tratado, participan de la jerarquía *infraconstitucional*, pero estos tratados, cuentan con menciones constitucionales fuera del capítulo III. El artículo 10.2 los contempla como elementos hermenéuticos de las normas de los Derechos Fundamentales. El artículo 11.3 alude a los tratados internacionales de doble nacionalidad, el artículo 13 a los derechos de los extranjeros y el artículo 39.4 menciona a los tratados para la protección de los niños.

La Constitución española permite engrosar las fuentes del derecho, pues ahora los tratados son fuente del ordenamiento jurídico interno; sin embargo el constituyente español, tuvo a bien fijar, a estos documentos como parámetro interpretativo de los

---

<sup>50</sup> REY MARTÍNEZ, F.; et. al. *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 339.

<sup>51</sup> La primera reforma constitucional, ha consistido en añadir, en el artículo 13.2, la expresión "y pasivo" referida al ejercicio del derecho de sufragio de los extranjeros en elecciones municipales. El 7 de febrero de 1992 se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea por el que, entre otros, se modificaba el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. El artículo 8.B de éste, prescribiría, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, que "todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida...". El Gobierno de la Nación, en la reunión del Consejo de Ministros celebrada el 24 de abril de 1992, acuerda iniciar el procedimiento previsto en el artículo 95.2 de la Constitución al objeto de que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la eventual contradicción entre la Constitución española y el que sería artículo 8.B citado.

En el Boletín Oficial del Estado número 233 de 27 de septiembre de 2011, se publicó la reforma al artículo 135 Constitucional, en relación a la estabilidad presupuestaria fijada dentro de los márgenes que marca la Unión Europea, dentro de la exposición de motivos se sostiene que: <<La presente reforma del artículo 135 de la Constitución Española persigue, por tanto, garantizar el principio de estabilidad presupuestaria, vinculando a todas las Administraciones Públicas en su consecución, reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país>>. Sin querer aunar en el tema, la reforma ha sido criticada, ante un consenso *express* e impuesto por sujetos externos al Estado.

Derechos Fundamentales<sup>52</sup>. El Constituyente, no sólo visualizó a los tratados como elementos hermenéuticos, sino también a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, documento que carece de toda vinculación jurídica, pero la regulación constitucional a través del artículo 10.2, ha permitido tomarla como referente interpretativo, junto con otros documentos catalogados de *soft law*<sup>53</sup>.

En este sentido, los tratados internacionales conforme al artículo 96 forman parte de manera directa del derecho interno, pero su alcance ha sido diseñado por el Constituyente como criterio interpretativo de las normas de los Derechos Fundamentales y la labor del Tribunal Constitucional, cómo máximo intérprete de la Constitución lo confirma<sup>54</sup>.

Sin embargo, como más adelante explicaremos, el uso de los tratados como canon interpretativo comenzó con una incertidumbre, pues se desconocía si el Tribunal Constitucional lo iba a acoger como elemento hermenéutico o no. Además se desconocía el parámetro a través del cual la norma del Derecho Fundamental resultaría afectada, es decir cuál sería la guía para el intérprete en el momento de interpretar a los Derechos Fundamentales conforme a estos instrumentos.

El panorama ofrecido, nos permite entonces plantear la siguiente cuestión:

---

<sup>52</sup> Sánchez Ferriz, señala la relación que existe entre los tratados internacionales y la protección de los Derechos Humanos desde su propia función y origen a través de las relaciones pacíficas en todo el mundo. remitimos el lector a SÁNCHEZ FERRIZ, R.; *Op. Cit.* p. 389.

<sup>53</sup> El Tribunal Constitucional ha usado recomendaciones y convenios emanados de la OIT que a pesar de carecer de valor normativo se usan como proyección interpretativa y aclaratoria. (Sentencias del Tribunal Constitucional Español: 38/1991 de 23 de noviembre y 191/1998 de 29 de septiembre).

<sup>54</sup> De la Quadra Salcedo, refiere una conexión de los Derechos Humanos con los Derechos Fundamentales, no obstante, es preferible referirnos a un canon interpretativo para fijar el contenido del Derecho Fundamental. En palabras textuales del autor: <<A nuestro juicio, en la medida en que dichos derechos puedan aparecer conectado son otros explicitados en la Constitución, puede entenderse que se trata de otros explicitados en la Constitución>>. DE LA QUADRA – SALCEDO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, p. 133 y 134.

¿Existen argumentos suficientes para sustentar un nuevo criterio de interpretación de las normas de los Derechos Fundamentales fuera de la previsión constitucional del artículo 10.2?

Interrogante que en este trabajo de investigación buscamos responder o por lo menos nos conformamos con plantear el problema.

#### 4.2. Criterio Supralegal

El criterio *supralegal* indica la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes<sup>55</sup>. Los Tratados en Derechos Humanos adquieren un trato constitucional privilegiado al conferirles valor interpretativo de los Derechos Fundamentales y de una interpretación sistemática de los artículos 94 y 96.1 de la Constitución Española se llega a la conclusión de que tienen jerarquía *supralegal*<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Se inclinan por considerar la supremacía del Tratado respecto a la Ley los siguientes autores: . GONZALEZ DE CAMPOS, J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.; *Curso de Derecho Internacional Público*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008, p. 340. PASTOR RIDRUEJO, J.; *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 177. DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 244. GONZÁLEZ RIVAS, J.; *La Constitución Española de 1978: Estudio Sistemático y Jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 62. GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 1500. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 392. DE ESTEBAN, J. GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 220. FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 645 y 646. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.; *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, Internacional Law Association, Madrid, 1984, p. 103. GARCÍA DE ENTERRIA, E; *El sistema europeo de los derechos humanos, estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1983, p. 176.

<sup>56</sup> El anteproyecto de la Constitución en el numeral 6 expresaba: << Los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán una vez publicados jerarquía superior a la de las leyes...>>. El informe de ponencia se alejó de tal redacción y traslado el contenido al artículo 89. No obstante, en el proceso de revisión y enmiendas por parte del Senado al Proyecto de la Constitución aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados, el artículo 90 fue objeto de enmiendas, entre las que se encuentra la número 609 hecha por Agrupación Independiente y que proponía:

Si atendemos al criterio *supralegal* del tratado internacional, y en específico en materia de Derechos Humanos, constatamos que ante un conflicto entre una ley y un Tratado Internacional de Derechos Humanos imperará éste último. Un Tratado Internacional de Derechos Humanos no introduce nuevos Derechos Fundamentales, pero cuenta con un rango jurídico superior a las leyes, al tenor de lo dispuesto por los artículos 94 y 96 de la Constitución. El rango *supralegal*, da lugar a que los poderes públicos apliquen preferentemente los derechos y las obligaciones estipulados por estos instrumentos.

Un dato importante para traer a colación, es el relativo al anteproyecto de la Constitución Española de 1978 (Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes el 5 de enero de 1978), que en el artículo 6 establecía: <<los tratados internacionales válidamente celebrados tendrán, una vez publicados, jerarquía superior a las leyes>>.

Se presentó la enmienda número 244 al artículo sexto por parte de don Anton Canellas Balcells del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana, que propuso lo siguiente:

1. Los convenios internacionales que desarrollan los principios contenidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas tendrán jerarquía superior a las leyes. España no podrá suscribir ningún tratado que este en contradicción con tales principios.

2. Tendrán asimismo rango superior a las leyes los tratados internacionales, válidamente celebrados y publicados, que no contradigan dichos fundamentos.

---

<< Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente por España formarán parte del ordenamiento jurídico interno, prevalecerán sobre cualquier disposición con rango inferior a la Constitución y servirán en caso de duda de pauta interpretativa>>. *Constitución Española, trabajos parlamentarios III*; Madrid, Cortes Generales, servicio de estudios y publicaciones, 1980, p. 2922.



Esta propuesta fue rechazada como se constata en la publicación del informe de ponencia, y el anteproyecto el día 17 de abril de 1978 cuando se hace alusión a:

<<El artículo 6 ha pasado a formar parte del título III, capítulo tercero, donde se contienen todas las normas relativas a los Tratados internacionales. El apartado 1 de este artículo ha pasado a ser el artículo 89, y en la nueva redacción no se aceptan gran parte de las enmiendas que pretenden otorgar jerarquía superior a las de las leyes a las normas de Derecho internacional general por entender que el contenido de estas normas es impreciso, como se pretende en las enmiendas número 244 del señor Canellas Balcells>><sup>57</sup>.

En definitiva a pesar de las propuesta por algunos constituyentes por expresar la jerarquía superior de los tratado lo cierto, es que el tratado posee jerarquía *supralegal*, sin necesidad de clausula expresa, y como bien indica Requejo: <<ante una ley cuya validez no se discute y un tratado asimismo válido en su celebración, la posible contradicción entre ambas normas tiene que ser solventada por la jurisdicción ordinaria, y tiene que serlo, además, con la aplicación preferente del tratado>><sup>58</sup>.

Ahora bien, lo interesante es que conforme al artículo 10.2 de la Constitución los tratados internacionales son parámetro interpretativo de los Derechos Fundamentales, y en esta tesitura, la determinación, que haga el Tribunal Constitucional, de los Derechos Fundamentales conforme a tales prescripciones internacionales, debe ser tomada en cuenta por el legislador al momento de dictar la ley para el ejercicio o desarrollo del Derecho Fundamental. De no ser así, las leyes son susceptibles ser sometidas a juicio de amparo, recurso de inconstitucionalidad o cuestión de inconstitucionalidad en base al Derecho Fundamental interpretado. Así las cosas, las leyes que regulen el ejercicio o desarrollo de un Derecho Fundamental están sujetas a las interpretaciones de los

---

<sup>57</sup> BOC número 82 de 11/04/1978.

<sup>58</sup> REQUEJO PAGÉS, J.; “Consideraciones en torno a la posición de las Normas Internacionales en el Ordenamiento Español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 65.

Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

## **5. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales**

La Constitución Española en su artículo 10.2 fija a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a los tratados internacionales en esta materia, como canon hermenéutico de los Derechos Fundamentales reconocidos en su texto.

La primera referencia a los tratados internacionales como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales deviene de la enmienda número 246 hecha por Anton Canellas Balcells del Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana<sup>59</sup>. Esta propuesta fue en relación al precepto 152 apartado b) del anteproyecto de la Constitución y sugería lo siguiente: <<Para interpretar las normas a que se refieran dichos derechos se tomarán en consideración los Pactos Internacionales sobre los Derechos Humanos>>.

La justificación que se aludió fue la siguiente:

<<Las cuestiones que pueden surgir en relación al título II de la Constitución, que encarnan los Derechos Humanos, precisan de una adecuada interpretación, cuyas fuentes, además de la propia Constitución, deben ser los Pactos Internacionales sobre tales Derechos que España se ha adherido o debe adherirse, conforme al artículo 6 de la Constitución, y que en definitiva constituyen los principios rectores e inspiradores de las libertades humanas recogidas en el texto constitucional, garantizando con ello su perfecta aplicación ante cualquier duda>><sup>60</sup>.

---

<sup>59</sup> Esta afirmación es sostenida por: SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional...* p. 18.

<sup>60</sup> BOC número 82 de 17/04/1978.

Durante los debates del anteproyecto de la Constitución la propuesta fue desechada, por cuatro causas fundamentales:

1. Porque se pensaba incidía en la polémica de la jerarquía constitucional de los tratados internacionales<sup>61</sup>;
2. La tergiversación o confusión de algunos Diputados entre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en relación con la libertad de enseñanza;
3. El argumento poco sustancioso, de sustraer la regulación y protección de los Derechos Fundamentales del ordenamiento interno, y;
4. Por entender que no era necesario un criterio para la interpretación de los derechos.

No obstante, la enmienda introdujo al discurso político la intención de tomar como referente interpretativo a los tratados internacionales y estipular una cláusula constitucional de apertura a la protección internacional de los Derechos Humanos, de tal manera que a pesar de no ser aceptada en ese momento, posteriormente volvería a ser cuestión de debate.

Precisamente a través de la enmienda número 707<sup>62</sup>, presentada en el senado por el grupo parlamentario Unión de Centro Democrático, se puso nuevamente en el discurso político la referencia a los tratados internacionales para tutelar y garantizar a los

---

<sup>61</sup> Consúltese, PECES – BARBA MARTÍNEZ, G.; *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 162.

<sup>62</sup> Enmienda número 707. Primer firmante. Unión de Centro Democrático. El grupo parlamentario de Unión de Centro Democrático del Senado, conforme al artículo 119 del Reglamento Provisional de esta Cámara, presenta la siguiente enmienda al texto del proyecto de Constitución aprobado por el C. de los Diputados: Sustituir el artículo 10 del Proyecto por el siguiente: <<Artículo 10. 1. Igual al artículo 10 del texto aprobado por el Congreso de los Diputados. 2. Las libertades y derechos serán tutelados y garantizados de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España. *Constitución Española, trabajos parlamentarios III...* p. 2950.

Derechos Fundamentales. La justificación alegada fue la incorporación de España al orden internacional para la defensa y protección de los Derechos Humanos.

Escudero López tuvo como tarea defender la enmienda y ésta fue objeto de nuevas propuestas. La primera enmienda *in voce* la presentó el PSI y produjo el efecto, beneficioso, de desencadenar una lluvia de enmiendas. La enmienda decía:

<<Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se integrarán e interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos, así como los demás acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España>><sup>63</sup>.

Esta vez le correspondió defender a Martín Retortillo, quien hizo alusión a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como el documento que expresa la importancia de tutelar estas prerrogativas universalmente. Defendió este instrumento a pesar de ser una mera declaración, y en ese momento no encontrarse ratificado por España.

---

<sup>63</sup> MARTÍN RETORTILLO, L.; *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, p. 76.

Pues bien, después de un conjunto de enmiendas *in voce*<sup>64</sup>, la propuesta fue sostenida y presentada ante el Dictamen de la Comisión en el Senado<sup>65</sup>. Por su parte, la Comisión mixta Congreso – Senado se limitó a sustituir la palabra “además” por “los” del texto que presentó el Senado.

De todo lo alegado por los constituyentes se colige que existía el temor a introducir en la Constitución un cuerpo extraño fuera de los criterios orientadores de la voluntad de los constituyentes que construyera una Constitución paralela<sup>66</sup>, pero a la vez había el espíritu de manifestar de cara al futuro, que las libertades y derechos no pudieran regirse exclusivamente por las normas internas del Derecho español, sino, que respetaran y tuvieran presente en el campo de la tutela y la garantía: a los acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> El conjunto de enmiendas *in voce* fueron:

La enmienda *in voce* de UCD (presentada por el senador Jiménez Blanco):

<<Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que la Constitución reconoce se integrarán e interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España>>.

Enmienda *in voce* del senador Ollero:

<<Los acuerdos internacionales que garantizan el respeto a los derechos y libertades humanos inspirarán la interpretación de lo establecido en el presente título>>.

Nueva enmienda *in voce* del senador Ollero:

<<La Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España y que amparen el respeto a las libertades humanas inspirarán la interpretación de lo establecido en el presente título>>.

Nueva enmienda *in voce* de UCD (presentada por el senador Escudero López):

<<Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España>>.

Para mayor información consúltese la magnífica obra de: MARTÍN RETORTILLO, L.; *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, p. 78.

<sup>65</sup> El texto fue el siguiente: 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 demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. *Constitución Española, trabajos parlamentarios IV*; Cortes Generales, Servicio de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1980, p. 4197.

<sup>66</sup> En estos términos se expresó Sainz de Varanda Jiménez, remitimos a *Constitución Española, trabajos parlamentarios III...* p. 3147.

<sup>67</sup> Adoptó tal postura Gutiérrez Rubio. *Ibidem.* p. 3151.

Los debates que dejan claro el interés que para los constituyentes revestía la protección de los Derechos Fundamentales, y su interconexión con los derechos reconocidos en los tratados internacionales. No obstante, no fueron premeditadas por el Constituyente, las pautas bajo las cuales operarían los tratados internacionales como elementos interpretativos de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, este precepto representa el fundamento constitucional para estudiar a los tratados internacionales como criterio hermenéutico<sup>68</sup>.

El Tribunal Constitucional Español ha contribuido, a través de su labor, a establecer algunas pautas para la interpretación de los Derechos Fundamentales. Desde sus primeras sentencias ocupó la doctrina internacional para configurar estas normas. No obstante, sus interpretaciones a través de este canon, muchas veces, son incongruentes y faltas de previsibilidad.

El Tribunal Constitucional ha reconocido la función hermenéutica de los tratados internacionales para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales<sup>69</sup>, incluso echa mano de resoluciones carentes de fuerza obligatoria emitidas por organismos internacionales<sup>70</sup>. Tan es así, que la interpretación es concebida por algunos tratadistas

---

<sup>68</sup> Martín Retortillo indica que el 10.2 es un precepto positivo que nos sitúa ante una normalización necesaria; me parece que, aunque prolijo, es un aspecto que debe ser recibido con orgullo, porque nos sitúa en la órbita de las mejores declaraciones internacionales. MARTÍN RETORTILLO, L.; *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, p. 79. Para Saiz: En fin, frente a quienes estimaban en un primer momento, al poco de la aprobación de la Constitución, que la <<trascendencia política>> del artículo 10.2 CE <<supera, en mucho, los márgenes de <<utilidad técnica>> que puede poseer en derecho interno español>>, hoy es posible afirmar que el canon hermenéutico contenido en aquella disposición ha contribuido (técnicamente, si se quiere) de manera decisiva al entendimiento de los derechos fundamentales presentes en la Constitución. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional...* p. 34. Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, apuntan que el artículo 10.2 atribuye a los tratados una posición superior y muy diferente de la que se desprende de la fuerza pasiva que posee cualquier tratado internacional. BASTIDA FREIJEDO, F.; et al. *Teoría General...* p. 81.

<sup>69</sup> El Tribunal Constitucional reconoce a través de la aplicación del artículo 10.2 que los acuerdos internacionales son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos (STC 38/1981, 254/1993). En otras sentencias acude a los tratados para la mejor identificación del contenido de los derechos (SSTC 64/1991, 77/1995, 233/1993, 177/1994) y por último hace referencia a la dimensión integradora de los derechos por las normas internacionales (STC 181/1994).

<sup>70</sup> El tema es tratado en el último capítulo de este trabajo.

como una <<*función integrativa* del texto constitucional tomando como referente los tratados internacionales de Derechos Humanos>><sup>71</sup>, para otros, se trata de una <<fórmula de *reintegración* de los derechos fundamentales>><sup>72</sup>, o una <<técnica positiva de concreción y reintegración de los derechos>><sup>73</sup>. En su generalidad existe consenso por parte de la doctrina para considerar a los tratados internacionales, elementos indispensables para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales.

En principio, es pertinente hacer mención de dos matices en relación a los tratados como elementos interpretativos:

El primero, consiste en que el intérprete constitucional delimita el Derecho Fundamental, tomando en cuenta los tratados internacionales de Derechos Humanos, y las interpretaciones derivadas de los órganos encargados de la interpretación oficial. Esto no se traduce en el permiso para el Tribunal Constitucional de interpretar los tratados internacionales, porque pasaría de ser intérprete de la Constitución a intérprete de normas internacionales.

El segundo matiz, es que el artículo 10.2 deja fuera el supuesto de introducir nuevos Derechos Fundamentales, que por otro lado, al estar contemplados en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, forman parte del ordenamiento interno

---

<sup>71</sup> SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional...* p. 270.

<sup>72</sup> REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3621.

<sup>73</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO. T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, pp. 131 y 132.

español<sup>74</sup>. Además, en muchos casos, no existen elementos para hablar de nuevos derechos, sino simplemente nuevos elementos para el ejercicio de un derecho<sup>75</sup>.

El artículo 10.2 obliga a interpretar las normas de los Derechos Fundamentales, de tal forma que introduce en su contenido los estándares mínimos fijados en los tratados, sustrayendo la interpretación de la norma de visiones unilaterales de los órganos del Estado<sup>76</sup>. Además, este precepto se traduce en la obligación para delimitar constitucionalmente el Derecho Fundamental, de conformidad con el contenido internacionalmente declarado, sin perder de vista que se busca la interpretación más favorable del derecho.

---

<sup>74</sup> Autores como Casadevante Romani, Cazorla Prieto, Arnaldo Alcubilla y Román García, sostienen que a través del artículo 10.2 se incorporan nuevos derechos de manera expansiva, reintegradora y promocional de tal manera que el catálogo de derechos reconocidos en la Constitución Española es completo, pero no cerrado. CAZORLA PRIETO, L. ARNALDO ALCUBILLA E. ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 356. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; *La aplicación del convenio europeo de derechos humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 54. Ruiz Giménez Cortes refiere que es indudable que el artículo 10 del texto constitucional desempeña esa función expansiva promocional de nuevos derechos fundamentales. Argumento que en base a lo expuesto en esta investigación se pone en tela de juicio. RUIZ GIMÉNEZ CORTES, J.; “Artículo 10 Derechos Fundamentales de la persona”, en *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Tomo II, 1984, pp. 45 – 155. En el mismo sentido opina Aparicio Pérez al afirmar que los pactos internacionales y, en concreto, el de derechos civiles y políticos se integran en el ordenamiento como derechos fundamentales por mandato concreto del artículo 10.2. APARICIO PÉREZ, M.; “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989, p. 14.

<sup>75</sup> Para el Tribunal Constitucional Español, la interpretación a que alude el art. 10.2 CE <<no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas>> Sentencia del Tribunal Constitucional número 64/1991 de 22 de marzo.

<sup>76</sup> Para Sánchez Ferriz <<los tratados constituyen un <<standard mínimo>> susceptible de ser mejorado por el Derecho interno>>. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 393. Para Asensi Sabater << los tratados suponen un estándar mínimo, susceptible de verse incrementado por la legislación y aplicación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional español>>. ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 128.



Resulta significativo el valor del artículo 10.2 de la Constitución Española, pues es el fundamento constitucional de una operación hermenéutica para las normas de los Derechos Fundamentales conforme a un << *sistema de mínimos* >>, devenidos de los tratados internacionales de Derechos Humanos. La configuración de la norma en base a tal criterio, derivaría en el derecho de poder accionar los procesos internos cuando resulte vulnerado por los poderes públicos<sup>77</sup>.

La cuestión ahora estriba en demostrar que la reciprocidad normativa para la protección de los Derechos Fundamentales entre el ordenamiento interno e internacional, tiene como consecuencia la existencia razonable de un nuevo criterio interpretativo.

Las teorías actuales defienden la interconexión recíproca entre los Derechos Fundamentales y los Derechos Humanos de los tratados internacionales. Estas teorías plantean un reconocimiento mutuo de los órganos encargados de interpretar estas normas, de tal manera que operan como un sistema de legitimación mutua bajo un principio de concertación<sup>78</sup>, más que de jerarquía o primacía. De tal suerte, que los contenidos internacionales pasan a formar parte del contenido del Derecho Fundamental<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Molina del Pozo asegura que el artículo 10.2 de la Constitución abre la posibilidad de fundamentar la inconstitucionalidad de una ley en la presunta vulneración que ésta pueda hacer de la interpretación llevada a cabo por los tribunales internacionales. MOLINA DEL POZO, C; <<Reflexiones en torno al artículo 10 de la Constitución>>, en *Introducción a los derechos fundamentales, Volumen III*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de publicaciones, 1988, p. 1704. p. 1711.

<sup>78</sup> Para un estudio más detallado del <<principio de concertación constitucional>>, léase la obra de CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, 157 pp.

<sup>79</sup> Aparicio Pérez asegura que el artículo 10.2 eleva a rango constitucional los efectos interpretativos derivados de los tratados y convenios que sobre derechos haya ratificado el Estado español válidamente. Es decir, que los demás tratados operan en el ordenamiento infraconstitucional mientras que los tratados sobre derechos operan en el nivel constitucional. APARICIO PÉREZ, M.; “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989, pp. 9 – 18.

Los Derechos Humanos resultan doblemente protegidos a través de un proceso de adaptación constitucional que contribuye a que los preceptos y las interpretaciones de los órdenes constitucionales sean sustancialmente los mismos, regidos por principios comunes de los Estados democráticos, que participen como actores en la firma y ratificación de instrumentos internacionales en esta materia.

Hesse en relación a la Constitución de Alemania apunta que el Tribunal Constitucional pone de relieve el contenido y la evolución de la Convención Europea de Derechos Humanos para interpretar la *Grundgesetz*; en tal sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contribuye a la determinación del contenido y alcance de los Derechos Fundamentales de la Constitución<sup>80</sup>.

## **6. Los Derechos Fundamentales de la Constitución Española**

Existen dos maneras de identificar a las normas de Derechos Fundamentales: en abstracto o en concreto. Se plantea en abstracto, cuando se busca identificar los criterios bajo los cuales se califica a una norma cómo expresiva de un Derecho Fundamental, independiente de estar enunciada en la Constitución, o dentro del ordenamiento jurídico. Se plantea en concreto, cuando se intenta dar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Cuáles son los Derechos Fundamentales de un determinado orden jurídico o de una determinada Constitución<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p.89.

<sup>81</sup> VID. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 45.

Nosotros nos inclinamos por seguir el criterio concreto, por tanto, en este apartado nos disponemos a estudiar las normas válidas que expresan a los Derechos Fundamentales<sup>82</sup> a la luz de la Constitución de España<sup>83</sup>.

Así las cosas, identificar a las normas de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española, resulta necesario por dos aspectos:

1. Tener presente la posición de estas normas dentro del texto constitucional, y;
2. Conocer cuáles son las disposiciones susceptibles de ser interpretadas por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Comenzando con el primer punto, creemos que hay un binomio indisociable, entre la Constitución y los Derechos Fundamentales<sup>84</sup>, pues estos derechos son elementos

---

<sup>82</sup> Robert Alexy, traza la relación entre el concepto de norma de derecho fundamental y el del derecho fundamental, pues siempre que alguien tiene un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le atribuye este derecho. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos...* p. 31.

<sup>83</sup> Las dificultades de delimitación y de fundamentación que presentan los derechos humanos desde el punto de vista de la filosofía moral y política no puede decirse, que desaparezcan, pero sí adquieren un perfil muy distinto cuando la reflexión se enmarca dentro de las coordenadas de un determinado sistema jurídico; y el no haberlo tenido siempre en cuenta ha sido, a mi juicio, una de las causas que explican las penumbras, cuando no tinieblas que suelen rodear el concepto constitucional de derecho fundamental, origen por lo demás del uso emotivo o retórico de la expresión. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 75. López Guerra afirma que desde el punto de vista jurídico, el análisis de los Derechos Fundamentales, debe realizarse a partir de su regulación en el ordenamiento, primero en la Constitución y luego, en su caso, en otras normas. LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 143 y 145.

<sup>84</sup> Baamonde entiende la relación entre los Derechos Fundamentales y la Constitución de la siguiente forma: <<Sin Derechos Fundamentales no hay verdadera Constitución y sin Constitución no hay derechos fundamentales>>. CASAS BAAMONDE, M.; “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, en *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 168. Construcción que tiene sentido a la luz del fundamento histórico de la existencia de la positivización de los Derechos Fundamentales. Cruz Villalon refiere que los Derechos Fundamentales son los derechos subjetivos identificables, en cuanto encuentran

básicos para configurar el sistema jurídico y político. En palabras de Schneider los Derechos Fundamentales: son la *conditio sine que non* del Estado constitucional democrático, puesto que no pueden dejar de ser pensados sin que peligre la forma de Estado o se transforme radicalmente<sup>85</sup>. Para Smend, los Derechos Fundamentales, son valores primarios y elevados dentro del orden estatal, son un elemento que configura la esencia y la realidad del Estado<sup>86</sup>.

En palabras de Hesse, los Derechos Fundamentales actúan legitimando, creando y manteniendo consenso, garantizan la libertad individual y limitan el poder estatal. Además, los derechos influyen sobre el ordenamiento jurídico en su conjunto y satisfacen una parte decisiva de la función de integración, organización y dirección jurídica de la Constitución<sup>87</sup>.

Estos derechos participan de la supremacía constitucional<sup>88</sup> y la eficacia directa frente a los poderes públicos y la teoría identifica a dos elementos de los Derechos

---

reconocimiento en las Constituciones y en la medida en que de este reconocimiento se deriva alguna consecuencia jurídica. CRUZ VILLALÓN, P.; “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, p. 41. Vale la pena traer a colación la interesante reflexión de Galindo Ayuda sobre el para qué y el por qué de los derechos fundamentales. Ver, GALINDO AYUDA F; <<La fundamentación filosófica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978>>, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 90 – 113,

<sup>85</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 136.

<sup>86</sup> SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 168.

<sup>87</sup> HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p.90.

<sup>88</sup> La fundamentalidad formal de las normas de derecho fundamental resulta de su posición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico, en cuanto derecho directamente vinculante para el legislador, el poder ejecutivo y el poder judicial. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos...* p. 461.

Fundamentales: subjetivo y objetivo<sup>89</sup>, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional describe como: <<la doble dimensión de los derechos fundamentales>><sup>90</sup>.

El inclinarnos por el estudio de las normas de los Derechos Fundamentales en la Constitución española<sup>91</sup>, no significa que los Derechos Humanos se agoten en el texto constitucional, sólo sostenemos que optar por ésta opción permite el conocimiento jurídico de los valores que se han considerado Derechos Fundamentales en un determinado contexto histórico<sup>92</sup>. El reconocimiento constitucional, de estas normas, se traduce en la obligación de tutelarnos frente a cualquier injerencia injustificada e irrazonable por parte de los poderes públicos<sup>93</sup>.

---

<sup>89</sup> En su dimensión de derechos subjetivos, los derechos fundamentales otorgan facultades o pretensiones (*agere licere*) que las personas pueden hacer valer en situaciones concretas. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales se traduce, al margen de cualquier situación jurídica concreta, en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos. DIEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p. 57.

<sup>90</sup> Los derechos fundamentales reconocidos por el Título Primero poseen una doble naturaleza. Por una parte, tienen una finalidad que se ha denominado <<axiológica>> ya que, siguiendo palabras del Tribunal Constitucional, <<son elementos esenciales de un ordenamiento de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución>> (STC 25/81 de 4 de julio, caso Legislación antiterrorista) Los derechos fundamentales, desde esta perspectiva, poseen una naturaleza objetiva como elemento que define la estructura política y jurídica del Estado.

<sup>91</sup> Seguimos el criterio aportado por Prieto Sanchís cuando menciona: Pero, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, sí creo que la mejor noción jurídica de derechos fundamentales es precisamente aquella que los identifica con los derechos constitucionales. Así que se evita, de un lado, recurrir a una argumentación moral y extra sistemática, que sin duda puede y debe hacerse en otra sede, pero que dificulta el conocimiento jurídico. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 99.

<sup>92</sup> Desde la perspectiva de Pérez Luño los Derechos Humanos aparecen en un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 50.

<sup>93</sup> Para Prieto Sanchís el reconocimiento constitucional de los derechos no es una condición de su existencia jurídica, pero sí un requisito de su existencia como obligaciones estatales. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre...* p. 105.

La Constitución española, en el artículo 10.1, tiene como fundamento del orden político y la paz social: a la dignidad humana proyectándola como núcleo esencial de los Derechos Fundamentales. La normativa constitucional apoya en éste precepto un cúmulo de principios orientadores para los poderes públicos a fin de constituir una verdadera garantía para la protección de las prerrogativas esenciales del ser humano<sup>94</sup>.

Pues bien, al otear la norma constitucional española, nos damos cuenta de que ofrece una diversidad semántica en relación a los Derechos Fundamentales, entre ellas podemos mencionar las siguientes: derechos humanos, derechos individuales, derechos de los ciudadanos, derechos políticos, derechos constitucionales, entre otras<sup>95</sup>. Existe disparidad en la doctrina constitucional para identificar las normas de los Derechos Fundamentales. Así constatamos cuatro tesis distintas:

1. Las que consideraran que los Derechos Fundamentales son los enunciados en la sección primera del capítulo segundo del título I<sup>96</sup>.

2. Las que señalan que son los plasmados en los capítulos I y II del título I<sup>97</sup>.

---

<sup>94</sup> Para Díez – Picazo en el sistema de valores de la Constitución, son precisamente la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad –junto con el respeto a los derechos de los demás y a la ley- la base última de la convivencia democrática. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos...* p. 64.

<sup>95</sup> Martín – Retortillo ofrece un interesante estudio sobre la diversidad semántica de los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico español. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. DE OTTO Y PARDO, I.; *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 31 y ss.

<sup>96</sup> Asumen esta postura: PÉREZ ROYO, J.; *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 227. LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 143 y 145. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.; (Coord.) *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 48. GONZÁLEZ RIVAS, J.; *La Constitución Española de 1978: Estudio Sistemático y Jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 2003, p. 55. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. DE OTTO Y PARDO, I.; *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 75.

<sup>97</sup> Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera comparten tal tesis. BASTIDA FREIJEDO, F; et. al. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 39.

3. Las que sostienes que son todos los derechos del capítulo II<sup>98</sup>.

4. Por último, las que aluden que son los derechos del título I<sup>99</sup>.

Existen, otras formas clasificar a los Derechos Fundamentales, así tenemos a las siguientes:

a) *Derechos Fundamentales Básicos* (<<Derechos fundamentales y libertades públicas>>), arts. 14 – 29). *Derechos fundamentales complementarios* (<<Derechos y deberes de los ciudadanos>>), arts. 30 – 38). *Derechos fundamentales informadores* (<<Principios rectores de la política social y económica>> arts. 39 – 52)<sup>100</sup>.

b) *Derechos fuertes*, estos derechos son los que se incluyen en la Sección Primera del Capítulo II. 2. *Derechos especialmente débiles*, que son aquellos que el constituyente ha considerado que ni la sociedad ni el Estado dependen perentoriamente para su

---

<sup>98</sup> Sustentan éste criterio: BALAGUER CALLEJÓN, F.; *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 57. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos...* p. 61.

<sup>99</sup> Esta tesis es avalada por: SAIZ ARNAIZ, A.; “La interpretación de los Derechos Fundamentales y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 195. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p. 154. GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 202. DE ESTEBAN, J. GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 269. FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 161 y 162. SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J.; “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1991, p. 87. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 90. GARCÍA DE ENTERRIA, E.; *El sistema europeo de los derechos humanos, estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1983, p. 181.

<sup>100</sup> DE ESTEBAN, J. GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 272.



subsistencia y respeto, de los cuales el Estado no está en condiciones de asegurar su ejercicio y disfrute<sup>101</sup>.

c) *Derechos fundamentales en sentido estricto* (artículos 15 y 29). *Derechos y los deberes de los ciudadanos. Principios de la política social y económica*<sup>102</sup>.

La conclusión obligada, es que los Constituyentes no tomaron en cuenta un criterio jurídico para ordenar a las normas de los Derechos Fundamentales, los intentos por crear una sistemática han sido producto de la doctrina. La regulación constitucional muestra, no obstante, una categoría de derechos con garantías reforzadas que refleja un orden en función de su protección<sup>103</sup>.

Creemos que el eje transversal, para discernir las normas de los Derechos Fundamentales, es el artículo 53 de la Constitución Española, que especifica las garantías de estos derechos de la siguiente manera:

A. Los derechos del capítulo II que proyectan la garantía del contenido esencial al momento de regular su ejercicio por reserva de ley.

B. Los derechos de la sección primera del capítulo segundo, que junto con el artículo 14, gozan de la tutela ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del juicio de amparo, este último recurso también es aplicable a la objeción de conciencia del artículo 30.

---

<sup>101</sup> CAZORLA PRIETO, L. ARNALDO ALCUBILLA E. ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 351.

<sup>102</sup> ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 120 y ss.

<sup>103</sup> Fernández Segado explica este criterio de protección o garantía de los Derechos Fundamentales en: FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 161 y 162.



C. Los principios rectores de la política social y económica, recogidos en el capítulo III del título I, sólo pueden ser invocados ante la jurisdicción ordinaria con arreglo en lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Conforme a este precepto se argumenta la existencia de un sistema de garantía reforzada que indica un, <<núcleo o bloque duro de los Derechos Fundamentales>><sup>104</sup>, <<núcleo central del *status jurídico* del individuo>><sup>105</sup>, <<Derechos Fundamentales Básicos>><sup>106</sup>, <<Derechos Fundamentales en sentido estricto>><sup>107</sup>, y <<Derechos Fuertes>><sup>108</sup>. En este sentido, los Derechos Fundamentales son los consagrados en la sección primera.

Para robustecer esta tesis se expresan los siguientes argumentos:

1. A la luz del artículo 168 la sección primera de la Constitución, sólo podrá reformarse mediante procedimiento agravado.

2. La reserva de ley orgánica se aplica sólo para los derechos contenidos en la sección primera (artículo 81, STC 127/1994).

---

<sup>104</sup> Martín – Retortillo habla de que el núcleo base del sistema lo proporcionan los derechos fundamentales incluidos en la famosa sección primera. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. DE OTTO Y PARDO, I.; *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 75.

<sup>105</sup> LÓPEZ GUERRA, L.; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos Y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 143 y 145.

<sup>106</sup> DE ESTEBAN, J. GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 272.

<sup>107</sup> ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 120 y ss.

<sup>108</sup> CAZORLA PRIETO, L. ARNALDO ALCUBILLA E. ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 351.

3. Los derechos de la sección primera cuentan con procesos especiales para recabar su tutela por parte de los titulares (artículo 53)<sup>109</sup>.

Sin embargo, Pérez Luño advierte que de una interpretación lógico-sistemática del precepto 53 en relación con el artículo 86.1 se deduce que las normas de los Derechos Fundamentales están dentro del título primero.

De Castro, apunta, que la Constitución contempla grupos de derechos fuertes, frente a débiles y que los Derechos Fundamentales son todos los del título primero, en razón de la conveniencia de apoyar desde todos los puntos de vista el mayor alcance y vigor de los Derechos Fundamentales<sup>110</sup>. Prieto Sanchís, expone, que la Constitución Española admite distintos grados de *fundamentalidad* o protección que hace que las normas sean más resistentes en presencia de otras decisiones políticas<sup>111</sup>. Con estas premisas se comprueba que las normas de los Derechos Fundamentales cuentan con protección jurídica débil o fuerte<sup>112</sup>.

---

<sup>109</sup> Pérez Royo hace mención de tres elementos definitorios de los derechos fundamentales: 1. Eficacia directa y vinculación a todos los poderes público. 2. Reserva de ley y contenido esencial. 3. Control de Constitucionalidad. PÉREZ ROYO, J.; *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 227. Cruz Villalón expresa que si existen hoy en día algunos elementos o datos que hagan reconocibles a los Derechos Fundamentales como categoría, estos son la tutela judicial y el respeto de su contenido esencial por el legislador. CRUZ VILLALÓN, P.; “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 25, 1989, p. 39.

<sup>110</sup> VID. DE CASTRO CID, B.; “Derechos Humanos y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, p. 148.

<sup>111</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 99.

<sup>112</sup> Díez – Picazo apunta: No todos los derechos públicos subjetivos son derechos fundamentales, ni los derechos fundamentales operan siempre como derechos públicos subjetivos. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p. 35.

El Tribunal Constitucional Español entiende que los Derechos Fundamentales a los que hace referencia el artículo 81.1 de la norma suprema, son los comprendidos en la sección primera del capítulo segundo, título primero, es decir, corrobora la existencia del núcleo duro de las normas de los Derechos Fundamentales<sup>113</sup>. La razón principal gira en torno a las garantías reforzadas, es decir, prima el *carácter subjetivo* del Derecho Fundamental.

Sin embargo, el máximo intérprete de la Constitución ha reconocido el carácter objetivo de los Derechos Fundamentales, porque son elementos indispensables para configurar una convivencia justa dentro del Estado social y democrático de Derecho<sup>114</sup>. Por lo tanto, existen normas fuera de la sección primera del capítulo segundo, título primero que pueden ser considerados elementos indispensables para configurar ese Estado democrático.

Para el intérprete de la Constitución española, las normas de los Derechos Fundamentales están constituidas por los artículos 14 al 29 junto con la objeción de conciencia. Mientras que el Tribunal de Estrasburgo opera bajo un estándar del

---

<sup>113</sup> En la sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1983 de 5 de Agosto, el tribunal explicó la exclusión expresa del artículo 14 en el artículo 81.1 de la Constitución, textualmente hizo mención: <<Tal exclusión, por otra parte, está justificada porque la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas>>.

En la sentencia del Tribunal Constitucional número 160/1987 de 27 de octubre, el tribunal dejó claro el carácter de derecho fundamental a la objeción de conciencia, pero fuera de la garantía de la ley orgánica: <<Lo expuesto nos lleva a una primera conclusión: el derecho a la objeción de conciencia, aun en la hipótesis de estimarlo fundamental, no está sujeto a la reserva de Ley Orgánica por no estar incluido en los arts. 15 al 29 de la Constitución (Sección 1.ª del Capítulo II, Título I) relativos a la enumeración de los derechos y libertades fundamentales>>

<sup>114</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 25/1981 de 14 de julio: <<En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan *un status jurídico* o la libertad en el ámbito de existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente con el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución>>.

contenido del Capítulo Segundo del Título primero, por lo que resulta, según Arnaiz: el <<único concepto “exportable” de los derechos fundamentales>><sup>115</sup>.

De las distintas posturas expuestas nos inclinamos por reconocer la existencia del bloque de los Derechos Fundamentales con garantías reforzadas, que se especifica en la Constitución Española, sin olvidar, claro está, que para lograr una correcta comprensión de estas normas muchas veces es necesaria su conexión con los derechos de prestación.

Además, la relación que existe entre las normas de los Derechos Fundamentales, (independiente a su garantía) conlleva en palabras de Häberle una función social de los derechos, es decir, que para determinar el contenido y límites de un Derecho Fundamental es necesaria la reflexión social. Según Hesse, ya no basta el principio de exclusión. Lo que los Derechos Fundamentales deben garantizar depende de la acción estatal mediante programación, intervención y previsión estatales que doten a los ciudadanos de las condiciones materiales para una vida libre y digna. El postulado del Estado social exige políticas de previsión y compensación social<sup>116</sup>.

Desde la concepción de Hesse la interpretación actual de los Derechos Fundamentales como principios objetivos no sólo del ordenamiento constitucional, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto, supera ampliamente dichos planteamientos originarios. Con todo, la significación objetiva de los Derechos Fundamentales no se da como meramente yuxtapuesta a la primacía jurídico – subjetiva en términos de derechos humanos y civiles. Se trata sobre todo, de una relación de remisión y complemento recíprocos. La libertad sólo se garantiza efectivamente como un todo unitario, debe protegerse frente a influencias sociales. Si tal cuestión se considera *jurídico* –

---

<sup>115</sup> Ver, SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 67.

<sup>116</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 11 y ss.

*fundamental*, la interpretación de los Derechos Fundamentales como simples derechos de defensa frente al Estado no brinda solución<sup>117</sup>.

Por su parte, Schneider apunta que los objetivos democráticos, los propios del Estado de Derecho y los inherentes al Estado social, así como las funciones de la Constitución, no están de ninguna forma desconectados, ni tampoco, contrapuestos, sino que se condicionan y se complementan entre sí<sup>118</sup>.

En primer lugar, es necesario reflexionar sobre tales referencias. Y al respecto hay que decir que los Derechos Fundamentales, son verdaderas normas que contienen derechos jurídicos. Esto es que revisten pretensiones jurídicas alegables conforme al reconocimiento que les otorga el texto constitucional, y son oponibles a los poderes públicos. Este sentido, no podemos olvidar que los Derechos Fundamentales son derechos positivos, lo que quiere decir, que se disfrutan en los términos del ordenamiento en lo referente a su limitación, protección y alcance<sup>119</sup>. De ahí la importancia de no relativizar estas normas.

En segundo lugar, que las normas de los Derechos Fundamentales, como más adelante demostraremos, tienen una especial interconexión con los tratados internacionales de Derechos Humanos, pues ambas derivan del interés a nivel nacional, regional y mundial para proteger los aspectos consustanciales a la dignidad humanos, bajo un contexto jurídico determinado<sup>120</sup>. Luego entonces, podemos observar la similitud de los derechos

---

<sup>117</sup> HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, pp. 91 y ss.

<sup>118</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 47.

<sup>119</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, J; “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1991, p. 97.

<sup>120</sup> Que los derechos humanos son derechos constitucionales significa entonces: primero, que en cuanto que forman parte de una norma jurídica, se imponen a cualesquiera otras normas precedentes, las cuales habrán de ser interpretadas en armonía con las exigencias que deriven de los derechos y, si ello no es posible, expulsadas del ordenamiento. Segundo, que al tratarse de la norma suprema del sistema jurídico, los derechos obligan a todos los poderes del Estado, en

en diversos ordenamientos constitucionales y en instrumentos internacionales, además no podemos negar, que hay pocos Derechos Humanos que no cuenten con reconocimiento Constitucional<sup>121</sup>. Aunado a esto, para interpretar los Derechos Fundamentales se usa la doctrina internacional, debido a dos causas principales:

1. Por constituir, criterios que participan del consenso internacional para la protección de los Derechos Humanos.
2. Representan criterios objetivos para concretar a los Derechos Fundamentales, debido a sus peculiaridades normativas.

Así las cosas, hay tratados internacionales que contribuyen a interpretar a los Derechos Fundamentales. En este sentido se introducen en el contenido constitucionalmente declarado del Derecho. Por lo tanto, los Derechos Fundamentales son concretados por el intérprete quien está obligado a argumentar razonablemente la elección del estándar internacional.

En nuestra opinión, la apertura constitucional a la protección de los Derechos Humanos no puede verse minada por criterios netamente restrictivos cuando de Derechos Fundamentales se trata, así como tampoco resulta válido reconocer la existencia de un

---

particular al legislativo. Tercero, que la ausencia de un desarrollo legislativo puede dificultar el ejercicio de los derechos, pero en ningún caso impedirlo pues éstos se imponen directamente y deben ser aplicados por los órganos primarios del sistema. Y, finalmente, en cuanto que <<son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional>>, los derechos no sólo defienden el estatus subjetivo de sus titulares, sino que constituyen criterios hermenéuticos preferentes, que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del Derecho. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 120.

<sup>121</sup> Como bien indica Rubio Llorente. <<El catálogo de los derechos fundamentales en la Constitución española, extenso y detallado, refleja fielmente el estado de la doctrina europea en el momento constituyente>>. RUBIO LLORENTE, F; “Los Derechos Fundamentales, evolución, fuente y titulares en España”, *Claves*, 75, 1997, p. 3.

criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales sin aportar lineamientos generales para su empleo.

Resulta ineludible sentar las bases sobre las que opere un criterio interpretativo de estas normas, cuestión que es prioritaria a razón de la posición de los Derechos Fundamentales dentro de la Constitución y desde luego, del cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos en sus dos elementos configuradores: primero, como obligaciones internacionales para el Estado, y segundo, como fuentes del Derecho interno Español.

## **7. Los Derechos Fundamentales susceptibles de ser interpretados conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

El objeto de este epígrafe es identificar a las normas susceptibles de ser interpretadas por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. La doctrina discrepa nuevamente para identificar a estos derechos y aporta tres posibles vías:

1. La doctrina que siguiendo la línea del núcleo de los Derechos Fundamentales, sostiene la aplicación del artículo 10.2 a los artículos 14 al 29 de la Constitución, junto con el derecho de igualdad y la objeción de conciencia<sup>122</sup>.
2. La línea que realizando una interpretación extensiva del precepto en estudio, afirma que debe aplicarse a los derechos del capítulo segundo, título primero.

---

<sup>122</sup> Entre los autores que se suman a esta postura se encuentran: MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. DE OTTO Y PARDO, I.; *Los Derechos Fundamentales y la Constitución. Y otros estudios sobre derechos humanos*, El justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, p. 75. GONZÁLEZ RIVAS, J.; *La Constitución Española de 1978: Estudio Sistemático y Jurisprudencial*, Civitas, Madrid, 2003, p. 153. REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3623.

3. Para otros tratadistas, no existe impedimento para sostener que los derechos deben ser todos los contemplados en el título I<sup>123</sup>.

4. Por último, están quienes consideran que el ámbito de aplicación del artículo 10.2 es a todos los Derechos Fundamentales que conforman el ordenamiento jurídico<sup>124</sup>.

El Tribunal Constitucional se aleja de su concepción en relación a los Derechos Fundamentales, y utiliza los documentos internacionales para interpretar los derechos contemplados en el capítulo II del título primero, estableciendo un ámbito preferencial para los derechos susceptibles de protección mediante el juicio de amparo, es decir, del <<núcleo de los Derechos Fundamentales>> (SSTC 36/1991 y 145/1991)<sup>125</sup>.

No obstante, acordes al principio de la protección más favorable a los Derechos Fundamentales, resulta razonable interpretar conforme a los estándares internacionales,

---

<sup>123</sup> Esta tesis es sostenida por: SAIZ ARNAIZ, A.; “La interpretación de los Derechos Fundamentales y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 195. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p. 154. GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 202. RODRÍGUEZ, A.; *Integración y Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, 387, p. 84. GARCÍA DE ENTERRIA, E.; *El sistema europeo de los derechos humanos, estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1983, p. 181.

<sup>124</sup> Esta postura tiene como base la sentencia del Tribunal Constitucional número 78/1982 de 20 de Diciembre que en relación al artículo 10.2 mencionó: <<hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales que menciona el precepto. Y, añadimos ahora, no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las del Ordenamiento relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas que reconoce la norma fundamental>>.

<sup>125</sup> En la Sentencia del Tribunal Constitucional número 36/1991 de 14 de febrero el Tribunal Constitucional señaló: que el artículo 10.2 se proyecta sobre los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de la Constitución.



las normas del título primero de la Constitución Española<sup>126</sup>, contribuyendo a forjar contenidos mínimos en los ordenamientos constitucionales internos.

Desde nuestra concepción, el nivel de protección o garantía para identificar el núcleo de los Derechos Fundamentales, no es un argumento suficiente para limitar la referencia de los tratados internacionales como criterio interpretativo, ya que nada impide que los tratados internacionales en esta materia contribuyan a fijar el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales en *sentido estricto*, y también de aquellos derechos que carecen de una garantía reforzada. Pues, debe tenerse presente, que aunque el derecho no cuente con la protección del juicio de amparo, si puede ser susceptible de una cuestión o recurso de inconstitucionalidad.

Además, la interpretación de las normas de los Derechos Fundamentales sugiere realizarse de manera *integrativa* buscando su significado dentro de un Estado de Derecho, su significado dentro de una sociedad democrática, y finalmente su significado en el Estado Social de Derecho. Las normas se interconectan de tal manera que para lograr su protección necesitan una interpretación coherente con su concepción individual y social.

Este análisis metódico - funcional de los Derechos Fundamentales, y de las estructuras constitucionales aporta según Schneider, <<una ayuda interpretativa>><sup>127</sup> y para Hesser

---

<sup>126</sup> Esta tesis es sostenida por: SAIZ ARNAIZ, A.; “La interpretación de los Derechos Fundamentales y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 195. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p. 154. GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001, p. 202. SAIZ ARNAIZ, A.; PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 90. DE ESTEBAN, J.; GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 269. FERNÁNDEZ SEGADO, F.; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 161 y 162. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; *La aplicación del convenio europeo de derechos humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 51. GARCÍA DE ENTERRIA, E.; *El sistema europeo de los derechos humanos, estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1983, p. 181.

<sup>127</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 148.

una nueva interpretación de los derechos de libertad como *derechos originarios de participación*<sup>128</sup>. Es decir, que la cláusula del Estado social de Derecho no fundamenta *a priori* pretensiones individuales directas de ningún tipo, aunque, entre otras cosas, puede ser de extraordinaria importancia para interpretar los Derechos Fundamentales que, como derechos derivados de participación, puedan justificar tales demandas. En resumidas cuentas el argumento se dirige a una interpretación de los derechos de libertad en conexión con su reflexión social.

Sería conveniente señalar que no se puede engrosar indiscriminadamente contenidos con el logo de Derecho Fundamental, pues el efecto jurídico es la vacuidad. En este sentido, se debe ajustar la expresión constitucional, a los derechos que cuenten con una demanda reconocible y con elementos que hagan exigible su expresión constitucional, con el fin de no convertirlos en sólo un programa de <<buena política>><sup>129</sup>.

Por lo sentando anteriormente, criticamos la tendencia de los ordenamientos constitucionales latinoamericanos que en su afán de estar acordes con la manifestación internacional de los Derechos Humanos, han ampliando los Derechos Fundamentales a través del bloque de constitucionalidad a tratados internacionales en esta materia, haciendo irreconocible la configuración de los Derechos Fundamentales.

Al hilo de la tesis defendida en este trabajo, creemos que los tratados internacionales de Derechos Humanos sirven para interpretar a los Derechos Fundamentales y a los principios de contenido social y económico que son indispensables para hacer *efectivos y no ilusorios* los derechos individuales. Por lo tanto, la interpretación de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales debe realizarse en relación con las normas contenidas en todo el título primero de la Constitución, es más fijarlo en ese sentido, contribuye a realizar una interpretación favorable a estos derechos.

---

<sup>128</sup> HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p.97.

<sup>129</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 83.

La tendencia para ser esta, pues el Tribunal Constitucional Español en sus sentencias 215/1994 y 199/1996 incluyó derechos del capítulo tercero, título primero de la Constitución en relación a los derechos de los disminuidos psíquicos y sobre el derecho a disfrutar a un medio ambiente adecuado, mismos que interpretó conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El defender a los tratados como canon hermenéutico, podemos argumentarlo si atendemos a los tratados internacionales en sus tres vertientes: 1. Como obligaciones internacionales adquiridas por el Estado Español. 2. Como fuentes del Derecho interno. 3. Como herramienta hermenéutica de los Derechos Fundamentales. Así mismo, los criterios internacionales contribuyen a: 1. Fijar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, y lo hacen oponible frente a los poderes públicos. 2. Introducen al contenido constitucional los estándares mínimos fijados a nivel internacional<sup>130</sup>.

Por lo tanto, el parámetro interpretativo, de las normas de los Derechos Fundamentales, conforme a los tratados internacionales, debe ser claro y debidamente contrastado, pues con ello se integra al contenido de estas normas estándares internacionales. Este sistema de concreción e integración forja un mecanismo de reciprocidad normativa entre el orden internacional y la Constitución Española que favorece a las normas de los Derechos Fundamentales. Un reconocimiento mutuo que legitima los criterios bajo los cuales se interpretan las normas de los Derechos Fundamentales al devenir de valores generalmente admitidos por la comunidad internacional y por los Tribunales Constitucionales de los Estados<sup>131</sup>.

---

<sup>130</sup> De decisiva relevancia es la sentencia del Tribunal Constitucional 22/1981 de 2 de julio, cuando menciona: <<para configurar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente al legislador, pero también frente a los ataques que puedan sufrir por parte del Ejecutivo y los Tribunales, el artículo 10.2 CE proporciona criterios objetivos para la integración del contenido del derecho en cuestión, contribuyendo a conformarlo>>.

<sup>131</sup> Los convenios internacionales tienen en esa tarea un papel importante que cumplir, conectando dichos conceptos generales, no con cualquier filosofía al uso de Derecho natural o de valores extrajurídicos, sino con <<los valores generalmente admitidos por la comunidad internacional>> que es ya de por sí un criterio suficiente seguro para no caer en subjetivismos, puesto que en esa comunidad internacional existen las suficientes contradicciones en la posición

No debe perderse de vista, que la actuación de los operadores jurídicos internos debe ser coherente con las obligaciones adquiridas por los tratados internacionales de Derechos Humanos, y con la normativa constitucional. El Tribunal Constitucional al interpretar las normas de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales, contribuye a formar contenidos mínimos para su protección, lo que no implica la uniformidad constitucional. Como lo sustentó Hesse, el Derecho Constitucional no llegará completamente a disolverse hasta el extremo de ser reducible a mero episodio de la historia constitucional<sup>132</sup>. La internacionalización del Estado, presupondrá siempre al Estado junto con su Constitución, por lo tanto, ésta es quien fija las directrices de las relaciones internacionales, Smend afirma que en la estructura constitucional de un Estado, la garantía para la articulación de sistemas de diferentes factores de integración, ha de ser coordinada por la Constitución<sup>133</sup>.

En suma, la interpretación de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales tiene su fundamento en el ordenamiento constitucional, pues a partir de él se da cobertura a la interconexión normativa para la protección de estas normas. No obstante, la interconexión es recíproca, ya que no debemos perder de vista que muchas veces existe una mayor protección del derecho a nivel interno.

---

de cada país y en sus intereses respectivos como para suponer que lo que es generalmente admitido por la comunidad internacional no es cualquier idealismo o cualquier subjetivismos, sino el precipitado más puro de la civilización y de la humanidad en nuestro siglo. DE LA QUADRA – SALCEDO. T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, p. 141.

<sup>132</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 14.

<sup>133</sup> SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 142 y 143.

## Capítulo II.

### LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### **1. Aspectos generales**

Al defender la existencia de un nuevo criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales, debemos emprender un estudio sobre las peculiaridades normativas y la interpretación de estos derechos. Para cumplir este objetivo es necesario fijar el significado y alcances de la interpretación constitucional, por ser la Constitución, el documento que contiene las normas relativas a estos derechos.

Hasta ahora hemos constatado, desde la regulación constitucional, que los tratados internacionales de Derechos Humanos cuentan con suficientes elementos para ser tomados como referente interpretativo. Luego entonces, debemos pasar al estudio de la interpretación de las normas de los Derechos Fundamentales, y comprobar la insuficiencia de los métodos tradicionales para fijar su contenido. Por lo tanto,

demostrar que existe una necesidad de contar con criterios objetivos que contribuyan a lograr interpretaciones razonables a la luz del ordenamiento jurídico.

En nuestra opinión resulta ineludible analizar la función de la interpretación de los Derechos Fundamentales, sus límites y sus alcances, a efecto de descubrir el proceso argumentativo para fijar su contenido y con esto hacer visible la necesidad de un criterio que responda a las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales. Este capítulo, nos abre el camino para después defender a los tratados internacionales de Derechos Humanos como canon interpretativo, pues contribuyen a fijar un contenido mínimo invariable entre diversos Estados que otorga certeza jurídica y cierta previsibilidad a las interpretaciones de los órganos internos.

## **2. La interpretación Jurídica**

Para comenzar debemos recordar, que la norma es en sí misma un lenguaje y que las palabras de los textos legales o constitucionales son fórmulas lingüísticas utilizadas en el seno de un proceso de comunicación, en consecuencia, como lo puntualiza Díez – Picazo, toda obra jurídica representa o refleja una imagen del contexto histórico – social, además de reflejar el espíritu de sus autores<sup>134</sup>.

Para poder situar el papel de la interpretación en el ámbito jurídico debemos tener presente la distinción entre norma jurídica, y texto legal o constitucional. Así las cosas, el texto o disposición<sup>135</sup>, es una forma de comunicación a través de signos empleados por su autor para expresar un mandato, prohibición o derecho, es decir, es un instrumento de manifestación: un signo o una señal caracterizada por las limitaciones

---

<sup>134</sup> DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 118.

<sup>135</sup> Una explicación de la correspondencia bi – unívoca, entre los enunciados normativos y la norma. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 32.

del emisor, así como del uso de una técnica o estilo y los acondicionamientos culturales, económicos o sociales<sup>136</sup>. El contar con un texto legal o constitucional bajo cierta tradición jurídica implica certidumbre para entablar el proceso de comunicación a través de un texto que refleje un querer del autor en vista de ser cumplido por el destinatario.

En cuanto a la norma jurídica, esta es un producto inacabado porque está unida a supuestos de hecho para desligar una consecuencia jurídica, por regla general, la norma jurídica no se presenta en una sola disposición o texto, sino que tiene que ser construida o reconstruida a través de varios fragmentos puestos en conexión. Esto ocurre debido a las técnicas lingüísticas y técnicas legislativas.

No obstante, la interpretación jurídica no debe reducirse a la interpretación de textos<sup>137</sup>, Peter Häberle afirma que las teorías interpretativas sobreestiman la importancia del texto<sup>138</sup>, pero tampoco es válido confundir el proceso interpretativo con la aplicación del Derecho, ya que la interpretación es sólo una fase de ésta, porque para reconstruir una norma partiendo de un texto jurídico, es preciso atribuir sentido a los términos en relación a determinada situación o caso concreto.

No obstante, el texto legal o constitucional representa el punto de partida para el proceso interpretativo, por ello para Savigny el concepto de interpretación es reconstrucción del pensamiento (claro y obscuro, es igual) expresado en la ley en cuanto sea conocible en la ley<sup>139</sup>. En palabras de Díez – Picazo la función de interpretación, es descubrir a través del texto y más allá del texto, la norma que en él se encuentra

---

<sup>136</sup> VID. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 106.

<sup>137</sup> Nos parece un grave error confundir la interpretación de las normas y la interpretación del derecho con lo que es una pura interpretación de textos. La interpretación de textos es una <<hermenéutica>>, pero la hermenéutica no agota el campo de la interpretación jurídica, sino que es sólo un instrumento para ella. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 235.

<sup>138</sup> HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, p. 37.

<sup>139</sup> SAVIGNY, F; *Metodología Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 14.

encerrada<sup>140</sup>. En este caso, suscribimos las palabras de Hesse: <<Pues bien, puede ser poco pero hay que mantener que si hay algo firme vinculante más allá de toda pluralidad es el texto constitucional>><sup>141</sup>.

Pues bien, la palabra interpretar en su raíz latina *interpretare* significa explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente de los textos faltos de claridad<sup>142</sup>. Se ha señalado que la locución latina <<*inter – pres*>> procede del griego <<meta fraxtes>> e indica al que se coloca entre dos que hablan para hacer conocer a cada uno de ellos, lo que el otro ha dicho o está diciendo<sup>143</sup>.

Así, la interpretación puede ser entendida desde un punto de vista amplio o en estricto sentido, la interpretación *sensu largo*<sup>144</sup>, significa comprensión de cualquier signo lingüístico conforme a las reglas del lenguaje y una comprensión en tanto fenómeno cultural, y en *sentido stricto*<sup>145</sup> quiere decir la determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a éste significado en un caso concreto de comunicación<sup>146</sup>. Ello indica que la interpretación es sobre todo una

---

<sup>140</sup> DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 106.

<sup>141</sup> HESSE, C; <<El texto constitucional como límite de la interpretación>>, en LÓPEZ PINA A; *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 185.

<sup>142</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1992, p. 834.

<sup>143</sup> DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 225.

<sup>144</sup> Para Guastini, se trata de una interpretación <<en abstracto>>, que consiste en identificar el contenido del significado – es decir, el contenido normativo (la norma o normas)- expresado por, y/o lógicamente implícito en, un texto normativo (una fuente del derecho) sin referencia a algún supuesto de hecho concreto. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 30.

<sup>145</sup> La interpretación <<en concreto>>, que consiste en subsumir un supuesto de hecho concreto en el campo de aplicación de una norma previamente identificada <<en abstracto>>, GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 30.

<sup>146</sup> WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 22.



<<atribución de sentido>> o de <<significado>><sup>147</sup>. Con el vocablo interpretación se suele hacer referencia a: <<la atribución de significado a un texto normativo, o bien a la calificación jurídica de un supuesto de hecho concreto (calificación que da fundamento para la solución de una controversia específica)>><sup>148</sup>.

Parafraseando el concepto que cita el Diccionario de Derecho Civil, sobre la interpretación de la norma jurídica, apunta que: es la actividad mediante la cual se esclarece su sentido, y precisamente aquel que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también, para la resolución judicial<sup>149</sup>. Es decir, la interpretación del derecho obliga a realizar una actividad de comprensión del lenguaje usado en las normas jurídicas. Karl Larenz expone que interpretar es un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático<sup>150</sup>.

Las ideas vertidas sirven para constatar que se acude a interpretar una norma jurídica para aclarar su sentido, pues existen discrepancias sobre su alcance para un caso concreto dando lugar a interpretaciones que orientan el ordenamiento jurídico. En resumen nos dice Wróblewski: los textos formulados en lenguaje legal se interpretan cuando pragmáticamente no son lo bastante claros para los fines de comunicación en determinados contextos<sup>151</sup>.

Es decir, existe diferencia entre entender una norma jurídica e interpretarla, éste autor marca la distinción entre la comprensión del lenguaje <<situaciones de isomorfia>> y la

---

<sup>147</sup> DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 226.

<sup>148</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 29.

<sup>149</sup> DEL ARCO TORRES, M.; *Diccionario de Derecho Civil*, Comares, Granada, 1999, p. 747.

<sup>150</sup> Remítase a la magnífica obra, LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 308.

<sup>151</sup> WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas, Madrid, 1985, p. 27.

interpretación <<situación de interpretación>><sup>152</sup>. Por ello, la primera cuestión que el intérprete debe plantearse es si está ante un lenguaje claro que sólo requiere comprensión y/o ante estructuras lingüísticas que necesitan ser interpretadas<sup>153</sup>.

Para Guastini, con el vocablo interpretación, se hace referencia en algunas ocasiones a un acto de conocimiento, en otras a un acto de decisión y en otras más a un acto de creación normativa. Por tanto distingue:

a) *La interpretación cognitiva*, que consiste en la identificación de los diversos significados posibles de un texto normativo (sobre la base de las reglas del lenguaje, de las diversas técnicas interpretativas, de las tesis dogmáticas difundidas en la doctrina, etcétera) sin escoger alguno de ellos;

b) *La interpretación decisoria*, que consiste en elegir un significado determinado en el ámbito de los significados identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva, descartando los demás;

c) *La interpretación creativa*, que consiste en atribuir a un texto un significado <<nuevo>>, (no comprendido entre los identificables a través de la interpretación cognitiva) y/o en recabar del texto de las normas, llamadas <<implícitas>> a través de

---

<sup>152</sup> Wróblewski apunta que en algunos casos no hay dudas de interpretación y no se discute ningún problema referente al significado de las reglas utilizadas, pero también se dan situaciones en las que surgen controversias sobre el significado de esas reglas. A lo primero se le puede llamar <<situación de isomorfia>>, y a lo segundo <<situación de interpretación>>. Teniendo esto en cuenta, no se puede considerar la <<comprensión de un lenguaje como sinónimo de su <<interpretación>>. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 23.

<sup>153</sup> El lenguaje jurídico representa una modalidad del lenguaje y en el análisis de los textos legales, lo primero que debemos hacer es indagar si estamos ante un lenguaje claro, que nos permita remitir la interpretación a una actividad de mera comprensión del enunciado. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 94.

medios pseudo – lógicos (o sea mediante razonamientos no deductivos, y por tanto no concluyentes: por ejemplo, mediante el argumento analógico)<sup>154</sup>.

Por su parte, Zagrebelsky, postula que la interpretación es el proceso intelectual a través del cual, partiendo de las fórmulas lingüísticas contenidas en el enunciado, se llega a su contenido normativo: de los significantes (los enunciados) a los significados (las normas)<sup>155</sup>.

Para Pérez Luño, interpretar, significa atribuir un significado a manifestaciones de un determinado lenguaje. El conjunto de procesos lógicos y prácticos a través de los que se realiza esa atribución de significado se denomina <<interpretación>>, término que designa, al mismo tiempo, la actividad encaminada a describir el sentido de los enunciados o manifestaciones de un lenguaje (dimensión subjetiva y dinámica de la interpretación), y el resultado obtenido a través de dicha actividad (dimensión objetiva o estática)<sup>156</sup>. De tal manera, que la interpretación es una forma de razonamiento práctico. Es decir, en cada hipótesis el intérprete debe argumentar para justificar la decisión.

En este estado de cosas, la tipología interpretativa, puede explicarse, según el momento en que surge la falta de *claritas*, es decir, cuando la duda surge de la estructura lingüística del enunciado legal o constitucional, y cuando la duda surge en el proceso de aplicación. Dando lugar, a dos tipos de decisiones interpretativas: una que atribuye un significado concreto, y otra, que determina como deberían utilizarse las reglas de procedimiento y la manera de elegir entre los diferentes resultados de una aplicación<sup>157</sup>.

---

<sup>154</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 35.

<sup>155</sup> ZAGREBELSKY, G; <<La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución>>, en LÓPEZ PINA A; *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 161.

<sup>156</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 90.

<sup>157</sup> La interpretación en sentido estricto es necesaria, *ex definitione*, cuando se dan dudas concernientes al significado de una regla, y, en la interpretación operativa, estas dudas surgen en

No obstante, no bebemos perder de vista, lo que bien indica Karl Larenz: el objeto de la interpretación legal es el texto legal, como portador del sentido en él depositado, de cuya comprensión trata la interpretación<sup>158</sup>. En este tenor, el objeto de la interpretación constitucional, es el texto constitucional y como tal, presenta notas normativas peculiares, que demandan nuevas operaciones hermenéuticas alejadas de la doctrina interpretativa legal.

### 3. Interpretación constitucional

La interpretación de la Constitución es calificada por la doctrina de muy diversas maneras: *constituye un reto para el Estado Constitucional*<sup>159</sup>, *<<es el núcleo mismo de la Teoría de la Constitución y del Derecho Constitucional>>*<sup>160</sup>, *<<un problema capital del judicial review en Norteamérica>>*<sup>161</sup>, *<<es el problema esencial, no sólo de la teoría de los derechos, sino de la entera teoría constitucional>>*<sup>162</sup>, y *<<es una de las cuestiones fundamentales del Derecho Constitucional>>*<sup>163</sup>.

---

el proceso de una aplicación del derecho. Hay, así, situaciones de *isomorfia* o situaciones de interpretación. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 37.

<sup>158</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309.

<sup>159</sup> Así lo refiere HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, p. 21.

<sup>160</sup> RUBIO LLORENTE, F; “Problemas de la interpretación Constitucional”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1988, p. 40.

<sup>161</sup> ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 9.

<sup>162</sup> CANOSA USERA, R.; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 80.

<sup>163</sup> ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 51.

Peter Häberle, manifiesta que: es una cuestión de interés general ante sus preceptos indeterminados, el ensanchamiento de las zonas de penumbra y la pluralidad de sujetos que intervienen en definir el alcance de sus enunciados normativos para fijar lo constitucionalmente permitido y prohibido, a partir de lo racionalmente deducible de la Constitución<sup>164</sup>. En el mismo talante está Schneider cuando hace alusión a la estructura de las normas constitucionales, sus dimensiones e indeterminación de contenido, así como su carácter fragmentario<sup>165</sup>.

Piénsese, además, que la importancia de interpretar a la Constitución deriva de la función que desarrolla dentro del ordenamiento jurídico y de sus peculiaridades:

Su carácter normativo<sup>166</sup>;

Su carácter de superioridad en el sistema de fuentes;

Su eficacia directa;

Su rigidez constitucional;

Además, cuenta con intérprete oficial<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Peter Häberle refiere que limitar la interpretación constitucional a los intérpretes estatales <<gremiales>>, acreditados funcional – jurídicamente, sería empobrecido o autoengaño. Especialmente una concepción más experimental de la ciencia del Derecho Constitucional como ciencia normativa y de la realidad no puede renunciar a la fantasía y fuerza creadora de los intérpretes <<no gremiales>> en el proceso de la interpretación constitucional. HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, p. 31.

<sup>165</sup> SCHNEIDER, H.; <<Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional>>, en LÓPEZ PINA A; *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 185.

<sup>166</sup> La interpretación constitucional adquiere su auténtica dimensión como interpretación jurídica, cuando la Constitución adquiere plena dimensión normativa. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 58.

<sup>167</sup> Prieto Sanchís expone que los elementos caracterizadores, del constitucionalismo serían: primero, carácter normativo o fuerza vinculante. Segundo, la supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. Tercero, eficacia o aplicación directa. Cuarto, garantía judicial. Quinta, presencia de contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder. Sexto, rigidez constitucional. PRIETO SANCHÍS,

Para abordar debidamente la interpretación Constitucional, se deben tener presentes las características antes señaladas. Tan es así, que la primera característica de la Constitución es su calidad de norma jurídica, y ésta no en vano ocupa el primer sitio pues, sólo se entiende la interpretación ante la necesidad de fijar el sentido jurídico atribuido a sus normas<sup>168</sup>. Así mismo en base a la característica de superioridad normativa, el intérprete debe buscar preservar su fuerza, garantizar su continuidad sin perjuicio de las transformaciones históricas<sup>169</sup>. Su eficacia directa, indica que ante la omisión del legislador, el juez debe optar por hacer efectivo el cumplimiento de las normas constitucionales. La existencia del intérprete oficial, conlleva el reconocimiento de un órgano estatal como intérprete último de las normas constitucionales. La rigidez constitucional, se traduce en la negativa de reformar la Constitución a través de decisiones jurídicas netamente particulares.

Desde esta perspectiva, diremos que la interpretación de la Constitución, difiere a la interpretación de la ley, pues como lo indica Smend: la Constitución no tiende a regular supuestos concretos, sino que abarca la totalidad del Estado lo que exige del intérprete constitucional una interpretación extensiva y flexible<sup>170</sup>. De tal manera, que la interpretación constitucional, se aleja del modelo positivista de la interpretación, para dar lugar a una interpretación poco condicionada por los enunciados normativos<sup>171</sup>.

---

L.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 116.

<sup>168</sup> Ver, RUBIO LLORENTE, F; <<Problemas de la interpretación Constitucional>>, Revista jurídica de Castilla-La Mancha, 1988, pp. 36 y 37.

<sup>169</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 9.

<sup>170</sup> Para un estudio profundo sobre el pensamiento de Smend, remitimos el lector a: SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 133.

<sup>171</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, p. 178.

De ahí, que la hermenéutica constitucional, no se agote en la mera subsunción lógica<sup>172</sup>, sino que exige que el intérprete haga efectivos los postulados constitucionales teniendo en consideración dos aspectos: el primero es, que debe aplicar la Constitución a casos concretos, y el segundo, que sus decisiones nutren a todo el sistema jurídico, al tratarse de la interpretación última de la Constitución. En consecuencia la interpretación de los jueces constitucionales son: <<obras creadoras, en mucha mayor medida que la del juez ordinario>><sup>173</sup>.

En este sentido, si se quiere construir una adecuada interpretación constitucional, es necesario partir de la Constitución misma, de sus principios fundamentales, de su distribución de funciones, y de la idea conductora del ordenamiento<sup>174</sup>. Si bien, la interpretación constitucional constituye una modalidad de la interpretación jurídica, no obstante, presenta peculiaridades que colocan al intérprete ante un marco de posibilidades. A partir de estas premisas, la interpretación es entendida como un proceso de comprensión de sentido, donde el propio intérprete, con sus conocimientos, desempeña un papel decisivo<sup>175</sup>.

Las particularidades de la Constitución han sido sistematizadas, por K. Stern en los siguientes puntos:

-Dan cuerpo al fundamento material y organizativo de la vida del Estado y de la sociedad;

---

<sup>172</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 89.

<sup>173</sup> RUBIO LLORENTE, F; <<Problemas de la interpretación Constitucional>>, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1988, p. 38.

<sup>174</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 38 y 39.

<sup>175</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 103.

- Están formulados, con frecuencia, de modo amplio, indeterminado e incompleto;
- Determinan los acontecimientos políticos;
- Conllevan consecuencias para la totalidad del orden jurídico, y;
- Son confiados para su interpretación última y obligatoria a una jurisdicción específica<sup>176</sup>.

En suma los dos aspectos que marcan la interpretación constitucional son:

1. Las notas características de sus normas (abiertas e indeterminadas) <<*lo que Vinogradoff denomina una guía de conducta, que no es necesariamente un mandato, sino lo correcto y lo incorrecto*>>. Por esta razón la interpretación esta poco condicionada a los enunciados, de ahí la necesidad de su desarrollo posterior, de esos reenvíos que concretan la guía de conducta<sup>177</sup>. Pero, debemos aclarar, que no todas las normas constitucionales obedecen a tal carácter, pues algunas presentan la forma de regla, por lo tanto, con la operación de subsunción son debidamente interpretadas.

2. La función de la Constitución en el ordenamiento jurídico, pues el principio de interpretación conforme a la Constitución, incluye la adecuación de todas las demás normas jurídicas a lo prescrito en la *lex legum*. Así mismo, los poderes públicos y los particulares se apegan a lo estipulado en ella, de tal manera que lo público y lo privado quedan sometidos a la norma constitucional. En este sentido, el intérprete debe actuar sometido a la Constitución con el fin de lograr su efectivo cumplimiento.

---

<sup>176</sup> Cit. por LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 104.

<sup>177</sup> NIETO, A.; “Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 100 – 102, 1983, p. 399.



La interpretación constitucional, requiere de nuevas operaciones hermenéuticas, a causa de la transformación del objeto a interpretar, es decir del paso del texto legal al texto constitucional, esta operación no debe ser caprichosa o subjetiva, ni debe basarse en criterios arbitrarios, que atenten contra el espíritu constitucional, todo lo contrario debe ser un proceso capaz de otorgar certeza jurídica y previsibilidad, ha de servir además, para hallar respuesta jurídicamente <<correcta>> o <<razonable>> al caso que se plantea<sup>178</sup>.

### *3.1. Las notas características de las normas constitucionales*

Según nuestro criterio, uno de primeros pasos para una correcta interpretación constitucional, es no perder de vista las características de sus normas, ya que la teoría de la interpretación constitucional no se aparta, desde el punto de vista semiótico de las peculiaridades del lenguaje empleado por el constituyente y éste lenguaje define los problemas de la interpretación<sup>179</sup>. La interpretación debe estar sujeta al objeto a interpretar, pues plantear en abstracto los criterios interpretativos es irreal.

Para analizar el lenguaje empleado en la Constitución debemos identificar la estructura de sus enunciados, así tenemos que la norma constitucional, es el significado de un enunciado de validez normativo calificado en base a diferentes criterios. La norma es un concepto primario en relación al concepto de enunciado normativo. La constitución tiene normas sobre los Derechos fundamentales, organización de los poderes públicos, etc; y en su conjunto forman enunciados normativos válidos conforme al sistema jurídico y aún contexto determinado<sup>180</sup>.

<sup>178</sup> ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 189.

<sup>179</sup> Para Guastini, la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la Constitución en cuestión no puede más que ser una Constitución escrita: <<una Constitución formal>>. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 38.

<sup>180</sup> Este análisis se sustrajo de lo expuesto por Robert Alexy quien sostiene que una norma es, pues, el significado de un enunciado normativo. Los enunciados que se formulan para expresar qué normas son válidas serán llamados <<enunciados de validez normativa>>. ALEXY, R.;

El lenguaje constitucional al ser producto de un consenso ideológico o de un consenso de intereses es generalmente ambiguo<sup>181</sup>, indeterminado<sup>182</sup>, abierto<sup>183</sup>, utiliza términos valorativos<sup>184</sup> que hacen que el papel de los intérpretes sea crucial para esclarecer y fijar el contenido de sus preceptos, por lo tanto, se debe optar por otorgar certeza jurídica a las interpretaciones.

El uso de estos términos por los constituyentes no debe tacharse de mala técnica, antes al contrario, refleja el pluralismo ideológico que se produjo para definir el contenido constitucional<sup>185</sup>. García de Enterría, sostiene que la indeterminación de muchos

---

*Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 34 y ss.

<sup>181</sup> Ambiguo. Del latín *ambitus*, que puede entenderse de varios modos o admitir varias interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, p. 88.

<sup>182</sup> Indeterminado. Del latín, *indeterminatus*, dicese de lo que no es concreto ni definido. Dicese del que no se resuelve a una cosa. *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 1992, p. 816.

<sup>183</sup> La Constitución fija algunos principios, pero el lenguaje constitucional, al menos en muchas disposiciones, es un lenguaje abierto (open – ended), utiliza cláusulas generales que se interpretan según la política ejecutada en el Estado. En este sentido, las reglas constitucionales carecen de significado fijo y la Constitución sólo expresa <<les lignes essentielles de la philosophie politique gouvernementale>>. Con respecto a esto, el Tribunal Constitucional se presenta como <<Vertrauensstelle der Regierung>> porque define el lugar del gobierno *inter alia* a través de la interpretación de reglas constitucionales. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 76.

<sup>184</sup> Existen términos constitucionales que son abiertamente valorativos y, por tanto, por razones semióticas, exigen la determinación de su significado cuando se utilizan. Por ejemplo, los valores supremos del ordenamiento que se expresan en términos como <<libertad>>, <<igualdad>> o <<justicia>>, debido a razones lingüísticas, requieren interpretación en cualquier contexto en el que no haya significado, estrictamente definido, de estos términos fundamentales y fuerzas políticas distintas tiendan a utilizarlos, a la hora de decidir asuntos concretos, de manera más o menos diferente. Nuevamente la interpretación no puede desligarse del lenguaje legal, así que éste cambia según los contextos en los que las valoraciones y normas extralegales siguen a la evolución social. VID. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 38 y 76.

<sup>185</sup> Gil Cremades en un estudio sobre las ideologías en la Constitución Española de 1978, alude que no hay que extrañarse de que la “ambigüedad” que se achaca tan insistentemente al texto no refleje sino la ambigüedad ambiente. Sería recomendable no pensar tanto en ella como en un “pecado original” del lenguaje, y admitir que es hoy una técnica de consecución y mantenimiento del poder político. GIL CREMADES, J.; “Las ideologías en la Constitución

preceptos constitucionales invitan, por sí mismos a mirar más allá de los límites del documento constituyendo un lenguaje capaz de crecimiento<sup>186</sup>. Es así, que desde la naturaleza de la Constitución como norma jurídica y democrática hay en ella <<un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de ella quepan opciones políticas de muy diverso signo>><sup>187</sup>.

Para Schneider, las normas constitucionales tienen una cualidad dinámica y programática, que se divisa en su estructura fragmentaria: el carácter abierto de la Constitución ha delimitado de manera general los aspectos formales del Estado, dando la impresión que la Constitución es incompleta, con neutralidad ideológica y no identificación, con determinadas convicciones políticas, económicas y sociales, es al mismo tiempo un presupuesto para la comunidad libre y abierta<sup>188</sup>. Manuel Aragón prefiere referirse a la condición normativa de la Constitución que no <<es exactamente una norma jurídica, ya que por un lado es más que una norma y, por el otro, en lo que tiene de norma es profundamente distinta de las demás normas del ordenamiento jurídico<sup>189</sup>>>.

Las ideas anteriores reflejan una visión general de la Constitución, lo que nos puede colocar en una postura engañosa respecto a la problemática de la interpretación constitucional. Creemos preferible, seguir un estudio específico sobre el lenguaje constitucional, ya que es un aspecto elemental para la interpretación. En este tenor, el lenguaje constitucional admite la siguiente estructura:

---

Española de 1978”, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Portico, Zaragoza, 1979, p. 82.

<sup>186</sup> VID. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, 2006, p. 223.

<sup>187</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 11/1981 de 8 de abril.

<sup>188</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 49.

<sup>189</sup> ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 31.

- a) Una disposición constitucional, es parte de un texto Constitucional y se concreta como artículo, párrafo, párrafo;
- b) La Constitución es construida a partir de disposiciones constitucionales de acuerdo con un modelo consensuado;
- c) Las normas constitucionales tienen un significado como expresión de un lenguaje utilizado en contextos determinados;
- d) Este significado, depende de los contextos de su uso, es o no claro según los casos concretos para los que se utiliza: en la primera situación se entienden directamente en su significado *prima facie*, en el segundo se interpreta (*interpretación en sentido estricto*)<sup>190</sup>.

Desde el punto de vista semiótico, el lenguaje constitucional es más abierto que el lenguaje legal, pero ninguna norma constitucional es tan precisa que excluya toda operación hermenéutica, ni tampoco tan abierta que permita decisiones arbitrarias<sup>191</sup>.

Wróblewski distingue los siguientes tipos de reglas constitucionales:

---

<sup>190</sup> La estructura de este argumento fue extraído tomando como referencia la terminología sobre la teoría de la interpretación legal de Wróblewski. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 24. Este proceso de interpretación es catalogado por Guastini como: interpretación en *abstracto* e interpretación en *concreto*. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 30.

<sup>191</sup> Prieto Sanchís alude que ninguna fórmula de reconocimiento constitucional será tan precisa y categórica que excluya toda duda hermenéutica, que excluya que los operadores jurídicos recreen su propia concepción, y ninguno tampoco tan abierta que admita sin más cualquier manipulación arbitraria. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 99.

- a) Las reglas de conducta *sensu stricto*, afirman directamente que un determinado tipo de conducta, es un derecho o un deber del destinatario;
  
- b) Las reglas de organización, determinan la organización y competencia de los órganos del Estado, del Tribunal Constitucional, o las competencias de los principales órganos estatales y sus relaciones mutuas;
  
- c) Las reglas teleológicas, determinan los fines que deberían llevar a cabo los destinatarios de las reglas constitucionales;
  
- d) Las reglas directivas, señalan las funciones que deberían realizarse mediante algún tipo de actividades o los valores que deberían conseguirse<sup>192</sup>.

Por su parte, Robert Alexy expone que toda norma es o bien, regla o un principio, el punto decisivo para su distinción es: Los principios, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas<sup>193</sup>. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no<sup>194</sup>. Si

---

<sup>192</sup> WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 104 y ss.

<sup>193</sup> Debe señalarse que el concepto de principio se utiliza con diferentes contenidos, para mayor referencia remitimos a: PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, 186 pp. ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 374 pp. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, 102 pp.

<sup>194</sup> Una regla es un enunciado condicional con una clase de supuestos concretos: <<Si F, entonces G>>. La consecuencia jurídica en cuestión puede ser una sanción, la adquisición de un estatus, el nacimiento de una obligación o de un derecho, la validez o la invalidez de un acto. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 74.

una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos<sup>195</sup>.

Otras formas de clasificar a las normas constitucionales son:

1. Como normas completas y normas incompletas, normas de aplicación inmediata y de aplicación diferida, normas de definición de valores, normas inevitables, de reenvío a otras normas del ordenamiento y, por supuesto, principios expresos, o no expresos pero que cabe inferir<sup>196</sup>.

2. La llamada <<teoría de las dos cláusulas constitucionales: normales y abiertas>>, las primeras, son específicas y el intérprete usa el método histórico para determinar su sentido, y las segundas, son indeterminadas, por lo tanto, el intérprete puede usar diversos métodos para definir su contenido<sup>197</sup>.

Nosotros nos inclinamos por la clasificación de Alexy, por tanto, sostenemos que las normas constitucionales con estructura de regla pueden ser interpretadas satisfactoriamente con los métodos interpretativos legales y mediante el proceso de subsunción. Diferente es la situación de las normas con estructura de principio<sup>198</sup>, que están sujetas a una operación hermenéutica de concretización para hacerlas operativas al caso concreto. El intérprete debe precisar su significado a través de argumentos y

---

<sup>195</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 67 y ss.

<sup>196</sup> ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 32.

<sup>197</sup> Para una explicación mayor sobre ésta teoría se remite a ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 134.

<sup>198</sup> Un principio es una norma que: a) por un lado, exige la formulación de otras normas –que la concreten, la actualicen o le den ejecución- sin las cuales no sería apta para resolver casos concretos, pero, b) por otro lado, puede actualizarse, ejecutarse o concretizarse en formas muy diferentes y alternativas. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 77.

criterios que sustenten de manera razonable su decisión, para lo cual, ya no son suficientes los métodos tradicionales, pues en muchas ocasiones será necesario realizar un juicio de ponderación.

Así las cosas, en virtud de la estructura de las normas constitucionales se debe elegir el método y los argumentos para interpretarla, de tal suerte que ésta elección es un primer criterio de corrección al que debe someterse el proceso interpretativo, si busca determinar de manera coherente y razonable el contenido de los preceptos constitucionales.

### *3.2. La función de la Constitución en el ordenamiento jurídico*

El segundo criterio para una correcta interpretación, lo centramos en las funciones de la Constitución dentro de un Estado, creemos que el tener una visión integral de la Constitución podrá acercarnos a su genuina razón de ser, y podrá orientar la interpretación para que sea congruente con esa razón.

Sostenemos que contar con una sólida concepción de la Constitución, y su función dentro del Estado, constituye la antesala obligada para abordar de manera correcta su interpretación, porque a partir de la idea fundamental de Constitución se funda el método de interpretación.<sup>199</sup> En este sentido, Böckenförde, expresa que la discusión metodológica sobre la interpretación constitucional, siempre es también, y al mismo tiempo, una discusión sobre concepto y teoría de la Constitución y no puede ser desligada de esto<sup>200</sup>.

---

<sup>199</sup> En esta línea de pensamiento Forsthoff, Smend, Ehmke, Häberle.

<sup>200</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 36 y 37.

Entendida la interpretación, como la operación que dota de contenido a un texto normativo, tal operación exige comprender la norma dentro del sistema jurídico al que pertenece, así como las teorías que le dan significado y coherencia<sup>201</sup>. No obstante, para un estudio plausible de la interpretación constitucional, debemos discernir los problemas teóricos constitucionales, que si bien pueden repercutir en su interpretación, no son propios de la operación hermenéutica, pues eso ha conllevado a ver un *megaproblema* interpretativo.

En este sentido, si bien, la interpretación de la norma constitucional, se debe efectuar teniendo como eje conductor una teoría constitucional adecuada, la interpretación no debe cargar con la falta de respuesta a viejos o nuevos planteamientos ligados con la dogmática constitucional<sup>202</sup>.

De acuerdo con la función de la norma Constitucional como definidora de los elementos esenciales del Estado, debe contar con métodos y técnicas interpretativas que logren determinar su significado de manera operativa y respondan al conjunto de valores que tutela. Por tanto, la interpretación constitucional se concibe como un proceso compuesto por cuatro etapas:

1. Identificación de los enunciados normativos constitucionales aplicables;
2. La adscripción de significado de los enunciados normativos conforme a su estructura;

---

<sup>201</sup> Una teoría constitucional, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática. La teoría de la Constitución es el conocimiento imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas y entre ellos el fundamental de la interpretación constitucional. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, pp. 51 y 52.

<sup>202</sup> En relación a los problemas de la teoría constitucional que han sido confundidos con los problemas de la interpretación constitucionales están: 1. El valor normativo de los preámbulos. 2. Declaración o creación de derechos. 3. Viejas leyes y nueva Constitución. 4. Límites lógicos a la reforma Constitucional. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 94 y ss.



3. La fijación de la norma constitucional;

4. La aplicación de la norma constitucional al caso concreto<sup>203</sup>.

En suma, la Constitución es la expresión normativa de los rasgos fundamentales de un Estado, por ello la interpretación constitucional debe ser un proceso racional que defina su contenido<sup>204</sup> en base a criterios y métodos jurídicos<sup>205</sup>. Para ello hemos sustentado que para llegar a interpretaciones correctas es indispensable no perder de vista dos aspectos:

1. La estructura normativa constitucional, y;

2. Las funciones de la Constitución dentro del Estado.

#### **4. Límites y alcances de la interpretación constitucional**

---

<sup>203</sup> Sobre la interpretación constitucional compuesta de tres aspectos esenciales que conllevan un proceso que empieza con el texto a interpretar y termina con la norma que ha de ser aplicada en el caso concreto véase LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 29.

<sup>204</sup> Alonso García refiere que la fijación del contenido de la norma desemboca en una norma *subconstitucional* que tiene valor equivalente a la Constitución. ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 5.

<sup>205</sup> La justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y por sus criterios de fondo. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, 2006, p. 192.

Un aspecto ineludible es fijar los alcances de la labor interpretativa, pues rechazamos la creación arbitraria del derecho a través de decisiones subjetivas, pero no pretendemos caer en el engaño, de negar la determinación de las normas constitucionales, por el intérprete, a efecto de poder hacerlas operativas<sup>206</sup>.

Como primer punto, sostenemos que la interpretación de la norma constitucional, no puede eludir la teoría de la interpretación legal, *contrario sensu*, debe tomarla como referente para después imprimir tintes *ad hoc* con sus características, esta es la premisa sustentada en este trabajo, que nos permitirá delinear los alcances de la interpretación constitucional.

Para esclarecer los alcances de la interpretación constitucional usamos la teoría interpretativa legal, expuesta por Wróblewski, que presenta tres teorías que nutren la labor interpretativa<sup>207</sup>:

**Teoría descriptiva de la interpretación legal**, como su nombre lo indica se limita a dotar de contenido de manera descriptiva los términos legales;

**Teoría normativa de la interpretación legal**, opera a través de la aplicación del supuesto de hecho y la consecuencia jurídica;

---

<sup>206</sup> El principal peligro es la hipocresía con que se enmascara. La creencia de que toda solución debe atrincherarse tras un texto, limita, necesariamente la libertad de movimiento del intérprete de una manera estéril y pernicioso. GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 50.

<sup>207</sup> Guastini hace mención de otras teorías de la interpretación constitucional: la teoría universal y particularismo, Judicial *restraint* y activismo judicial. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 62 y 63.

**Ideología de la interpretación legal**, que a la vez puede ser estática (valores de certeza, estabilidad y predictibilidad) o dinámica (adaptación del derecho a las necesidades de la vida social)<sup>208</sup>.

Las dos primeras propuestas, son válidas para la interpretación de las normas constitucionales con forma de reglas u organizativas, pero no cuando los enunciados son teleológicos, o directivos<sup>209</sup>, toda vez que aquí se necesita más que una operación de subsunción o descripción.

La tercera opción de Wróblewski, es poco predecible, toda vez que el intérprete opta por una, o por otra según el caso en concreto, lo que no otorga el grado de previsibilidad requerido.

En nuestra opinión, las teorías de la interpretación legal son insuficientes para interpretar la Constitución debido a los dos rasgos que anteriormente señalamos: 1. Estructura de sus enunciados. 2. Las características como norma jurídica configuradora de los lineamientos fundamentales del Estado.

Wolfe en su obra sobre la transformación de la interpretación constitucional, alude a dos factores que justificaron en su momento las reglas legales para la interpretación de la Constitución: En primer lugar, existían reglas generalmente aceptadas para interpretar leyes y documentos legales, que podrían aplicarse fácilmente a la interpretación constitucional. En segundo lugar, existía un acuerdo general sobre el propósito de esas

<sup>208</sup> Una teoría descriptiva de la interpretación legal versa o sobre el proceso de toma de decisión, o sobre las decisiones interpretativas formuladas y sus justificaciones, o sobre ambas cosas a la vez. Una teoría normativa se presenta como un conjunto ordenado y completo de las valoraciones y de sus respectivas directivas interpretativas que deberían encauzar la actividad interpretativa y/o expresarse en la justificación de las decisiones interpretativas. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 69 y 70.

<sup>209</sup> Para una mayor explicación en relación al tipo de enunciados normativos se remite al tema sobre las notas características de las normas constitucionales más arriba descrito.

reglas: determinar la voluntad del legislador<sup>210</sup>. No obstante, las teorías legales, si bien, son una buena herramienta para la interpretación constitucional, no colman los requerimientos de esta norma jurídica.

Pasemos ahora a analizar la forma en que las peculiaridades de las normas constitucionales moldean a la interpretación, lo que hace insuficientes los criterios legales para desentrañar su sentido, y fijar sus límites y alcances.

**Como primer rubro, están las normas constitucionales organizativas y de conducta**, que pueden acogerse a los criterios de la interpretación legal sin problema alguno, pues su estructura permite la operación de subsunción.

**Las normas constitucionales directivas y teleológicas**, a diferencia de las primeras, éstas presentan una estructura abierta que requiere una operación hermenéutica diferente, pues no se ciñen al criterio legal del descubrimiento de la norma, sino dan lugar a una función creadora para fijar un contenido racional y correcto.

Haba, en su interesante estudio sobre los *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, expone de manera clara que el problema de la interpretación del Derecho escrito consiste en descubrir: cuál es el contenido conceptual normativo (el precepto jurídico) correspondiente a cierta situación (general o particular)<sup>211</sup>. En este estado de cosas, para descubrir el contenido jurídico de las normas con estructura de principio, es indispensable una operación hermenéutica diferente de la mera subsunción lógica.

---

<sup>210</sup> WOLFE, C.; *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991, p. 33.

<sup>211</sup> HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 6.

Esta nueva forma de operación hermenéutica ha sido catalogada de diversas formas: <<rellenado>>, <sup>212</sup><<concretización>><sup>213</sup>, y busca hacer realizable la aplicación jurídica de los postulados constitucionales<sup>214</sup>. Requejo, menciona que mientras que con la interpretación de otras normas se trata de <<descubrir>> su sentido, con la de las normas constitucionales, habida cuenta de la notable generalidad de sus enunciados (capaces, de albergar en ocasiones innumerables contenidos), sólo puede tratarse de <<crear>> un sentido del que el precepto, por lo común, carece. El paso de lo abstracto a lo concreto, nunca es fruto de la deducción, sino sólo, y en mayor o menor medida, de la decisión<sup>215</sup>.

Esta creación del derecho, reclama criterios objetivos que hagan razonable las decisiones interpretativas del contenido Constitucional, para no desentrañar su sentido como norma jurídica, no dar lugar a mutaciones constitucionales, y otorgar certeza jurídica en la aplicación de sus normas<sup>216</sup>.

Pues bien, el hablar de una operación hermenéutica de relleno, da una idea de introducir contenidos inexistentes en el texto constitucional, que son impuestos por las apreciaciones limitadas del intérprete, por lo tanto, nos encontramos con la tarea de fijar criterios objetivos que orienten la labor interpretativa, y así mismo, establecer un conjunto de límites para que la interpretación constitucional no sea arbitraria e injusta.

<sup>212</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 17.

<sup>213</sup> Defensores de la concretización. Müller y Hesse.

<sup>214</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 36 y 37.

<sup>215</sup> REQUEJO, J.; et. al. *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I. Teoría de la Constitución, principios estructurales, Órganos y funciones constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992, p 159.

<sup>216</sup> Sobre la correcta teoría del objetivismo, es decir, la interpretar la norma de acuerdo con la *ratio legem* y no con la *ratio legislatoris*. Ésta es, por lo demás, la tesis sostenida por la doctrina más autorizada, sin ningún género de dudas, y la única que se compagina con la necesaria estabilidad (perpetuación) de la Constitución y con el contenido abierto de muchas de sus cláusulas. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, pp. 47 y 48.

Cuando la interpretación constitucional es injusta, ésta afecta al ámbito público y privado de manera que todo el sistema jurídico se ve afectado por las decisiones de unos cuantos intérpretes oficiales. Si bien, confirmamos las peculiaridades de la interpretación constitucional, también, destacamos la necesidad de contar con criterios objetivos que permitan arribar a interpretaciones razonables con el espíritu constitucional.

Schneider, sostiene que unos de los principios sobre los que debe descansar la interpretación constitucional, es la prudencia para asegurar el proceso funcional de la Constitución, que surge como tarea de operativizar el mandato de la autodisciplina, transformarlo en figuras argumentativas practicables y plausibles, y elaborar una concepción metodológica concluyente<sup>217</sup>.

La interpretación operativa de la Constitución, es defendida por diversos autores<sup>218</sup>, esta interpretación tiene como fin principal hacer operativos los postulados constitucionales, y toma como referentes ciertos requisitos que limitan de manera directa e indirecta la labor interpretativa:

1. Las limitaciones directas más importantes son: la relativa a que la base de la interpretación es un enunciado constitucional, y que la interpretación aporte argumentos razonables y con vocación de universalidad. Así mismo, dentro de esta categoría esta el acatar las reglas y métodos interpretativos.

---

<sup>217</sup> SCHNEIDER, H; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 59.

<sup>218</sup> Entre los autores extranjeros están: Schneider, Häberle, Vergottini, Böckenförde, Schneider. Los autores españoles son: Alonso García, Manuel Aragón, Canosa Usera, Requejo. remitimos el autor a las obras citadas en el presente trabajo.

2. Requisitos indirectos: que el intérprete actúa a instancia de parte que persigue la satisfacción de pretensiones determinadas y valorar argumentaciones contradictorias<sup>219</sup>.

La interpretación operativa de la Constitución persigue dos objetivos principales:

1. La aplicación de los mandatos constitucionales de manera efectiva y directa, buscando interpretaciones conforme a lo estipulado por la *normgrund*.

2. Perseguir la satisfacción de pretensiones determinadas por las partes.

La interpretación operativa encuentra su justificación en las peculiaridades de la norma constitucional por un lado, sus estructuras normativas abiertas requieren una tarea de concreción para determinar su contenido y hacerlas operativas, por el otro, al ser norma la suprema del ordenamiento jurídico define los lineamientos que deben guiar al resto de normas y las funciones de los poderes públicos. Esta situación, coloca al intérprete en la postura de efectuar interpretaciones capaces de ser sustentadas razonablemente y eficaces dentro del sistema jurídico.

Los dos requisitos que no pueden ser eludidos por el intérprete, y por ello los calificamos de directos son:

1. El texto o enunciado normativo constitucional;

---

<sup>219</sup> Manuel Aragón especifica cuatro condiciones para una correcta interpretación constitucional: 1. Interpretación constitucional de la ley. 2. Argumentación y fundamentación jurídica. 3. Resolución justa. 4. No sustitución del legislador. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 53.

## 2. La argumentación y fundamentación jurídica de la decisión interpretativa.

El primer límite, deriva de la naturaleza normativa constitucional, su supremacía y fundamentalidad. Este requisito es la espina dorsal de la interpretación constitucional, desde ese espíritu, la sujeción a un texto se convierte en el criterio esencial para definir el carácter democrático de la justicia constitucional<sup>220</sup>.

Si bien es cierto, que la Constitución puede ser objeto de diversas interpretaciones, también, resulta que para ser tachada de jurídica debe tener como base fundamental una norma de derecho, que en este caso será el enunciado constitucional, como bien señala Requejo cuando afirma que: la interpretación de la Constitución sólo puede ser interpretación, del deber ser jurídico, de otro modo, mal podría el órgano jurisdiccional competente razonar en términos jurídicos la inconstitucionalidad de cualquier norma<sup>221</sup>.

Quizá tendríamos que remarcar lo que muy atinadamente menciona Geny: <<ciertas prácticas del método en uso hoy, rebasan mucho sus límites al apelar a ideas, extrañas totalmente a los textos y superiores a las fórmulas legales>><sup>222</sup>, si bien, tal situación se refiere a la interpretación legal, esta no sólo es aplicable, sino que incluso es más notoria en la interpretación constitucional lo que hace exigible criterios objetivos que diluyan la sensación de interpretaciones subjetivas y faltas de fundamento<sup>223</sup>.

---

<sup>220</sup> En cuanto a la relación que existe entre interpretación y Constitución democrática: ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 51. CANOSA USERA, R.; <<Interpretación Constitucional y voluntad democrática>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 239. ACOSTA SÁNCHEZ, J.; *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 373.

<sup>221</sup> REQUEJO, J.; et. al. *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I. Teoría de la Constitución, principios estructurales, Órganos y funciones constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 157.

<sup>222</sup> GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 31.

<sup>223</sup> De este modo, el pacto social interesa en cuanto límite de la actividad interpretativa, porque al intérprete no le está permitido rebasar las posibilidades que le ofrece el texto, por encima del



Luego entonces, partiendo del primer requisito que es el texto, podemos pasar al segundo límite, que corresponde a la decisión interpretativa justificada a través de técnicas argumentativas que sean resultado de un razonamiento alejado de la arbitrariedad<sup>224</sup>.

La interpretación es así entendida, como un proceso<sup>225</sup> orientado a la determinación del sentido de la norma a través de argumentos calificados de razonables dentro del discurso jurídico práctico general<sup>226</sup>. Aquí hablamos, de aportar argumentos jurídicos que justifiquen adoptar una concreción del contenido constitucional de forma razonable a la luz del ordenamiento jurídico. Es decir, que la interpretación de las normas constitucionales sea concebida como una operación hermenéutica realizada desde y en respeto al ordenamiento jurídico, en palabras más contundentes: <<que no se presenten

---

texto mismo, si lo rebasa, deja de realizar interpretación constitucional para entrar en el terreno de la ilegitimidad constitucional. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 26. La literalidad del texto de la norma es el límite infranqueable a la facultad “innovatoria” del órgano judicial. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 57.

<sup>224</sup> Esto significa que una decisión legal podría justificarse identificando los argumentos que la sustentan (justificación interna), justificando estos argumentos como buenas razones y los razonamientos justificativos como razonamientos apropiados (justificación externa). WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 57.

<sup>225</sup> Balaguer Callejón describe el proceso interpretativo de la siguiente manera: 1. Buscar textos normativos de que disponga en ordenamiento jurídico vigente, para verificar si existen disposiciones de Derecho positivo que hayan previsto la situación del hecho que se enjuicia. 2. Realizar con estos textos las operaciones intelectuales necesarias para determinar la norma aplicable al supuesto de hecho. 3. Una vez realizada la actividad de interpretación y depuradas todas estas cuestiones, el operador aplica una norma. La norma aplicable resulta por tanto, de la interpretación combinada de un número indeterminado de disposiciones, que entran en relación con el caso. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 98 y 99.

<sup>226</sup> Los límites interpretativos para que el juez mantenga sus competencias sin excederse, son fundamentalmente: el texto que incorpora a la norma y la exigencia de motivación de las resoluciones es un límite a la actividad jurisdiccional importante en relación con el texto, pues, no permite cualquier lectura, sino que por la necesidad de motivación, ha de ser racional, y esa exigencia de racionalidad es, a la vez que una garantía del proceso y un límite a la arbitrariedad, una limitación a la actividad interpretativa. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 108 y 109.

como argumentaciones externas sobre un objeto cierto, sino como argumentaciones que desde dentro conformen ese objeto>><sup>227</sup>.

Estos dos límites, podrían calificarse de suficientes, pero en la praxis no suelen agotar el requisito de certeza jurídica porque dentro del texto constitucional parece ser que caben todo tipo de posibilidades, así los constitucionalistas se refieren a: <<mandatos que con frecuencia son imprecisos o susceptibles de varias interpretaciones<sup>228</sup>>>, <<normas con una conformación fragmentaria y fraccionada<sup>229</sup>>>, << un carácter abierto y ambiguo del Texto Constitucional>><sup>230</sup>. Además la argumentación que sustenta una interpretación puede cambiar sin complicaciones, prácticamente no existe mecanismo jurídico que lo impida ante la libertad del juzgador o del intérprete.

Creemos por tanto, que la operación hermenéutica constitucional debe evitar los siguientes aspectos para poder calificarla de razonable dentro del ordenamiento jurídico:

1. El subjetivismo y la arbitrariedad de la interpretación, lo que hace indispensable contar con reglas y métodos jurídicos para que la decisión no sea un acto discrecional.
2. La interpretación no debe ser una usurpación de la labor legislativa, ni reformadora la Constitución.

---

<sup>227</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, p. 179.

<sup>228</sup> DE ESTEBAN, J. GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 204.

<sup>229</sup> REQUEJO, J.; et. al. *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I. Teoría de la Constitución, principios estructurales, Órganos y funciones constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992, p 159.

<sup>230</sup> SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p 365.

De ahí, la importancia de contar con criterios objetivos, que permitan dotar de certeza jurídica, predictibilidad, a las decisiones interpretativas constitucionales. Ante la insuficiencia de los métodos tradicionales, la tendencia ha sido revisar el derecho extranjero para buscar soluciones a través del método comparativo, así mismo, se exigen requisitos constitucionales especiales al momento de que el juzgador quiera apartarse del último criterio interpretativo.

Nosotros deseosos de ser realistas, diremos que poco se ha logrado, pues en relación al método comparativo suele pasarse del argumento comparativo a una simple cita del Derecho de otros, legitimando una decisión carente de razonabilidad y de juicio comparativo en la *ratio decidendi*<sup>231</sup>.

La situación actual refleja el quehacer teórico para justificar acudir a los ordenamientos extranjeros e instrumentos internacionales en el momento de interpretar normas constitucionales. Se hace referencia incluso a la existencia de un dialogo entre tribunales. Schneider señala que la Constitución está abierta: <<hacia arriba>> al Derecho natural, los derechos humanos, los principios jurídicos generales, el Derecho internacional público, la integración supranacional, y <<hacia abajo>> es variable al interpretar los contenidos básicos generales como la libertad, la igualdad, el bienestar, etc. y también los derechos fundamentales<sup>232</sup>.

La apertura constitucional hacia arriba se fundamenta en la interconexión normativa que la doctrina ha denominado *metaconstitucionalidad recíproca a través del principio de*

---

<sup>231</sup> Un estudio interesante sobre el uso del método comparativo es realizado por Guisepe de Vergottini, que arriba a la conclusión de que existe diferencia entre invocación del Derecho extranjero y la comparación. DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 235.

<sup>232</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 50.

<<concertación constitucional>><sup>233</sup>. Principio que conlleva la labor de un espacio común con estándares mínimos compartidos por los Estados<sup>234</sup>. Tal apertura, desemboca en un nuevo rasgo para la interpretación constitucional y plantea el reconocimiento mutuo de los órganos internos e internacionales encargados de interpretar sus normas, especialmente de sus documentos jurídicos por antonomasia: la Constitución en el ordenamiento interno, y los tratados internacionales en el orden internacional.

Este novedoso aspecto de la interpretación constitucional constituye un tópico sobre el que hay que generar todo tipo de reflexiones y críticas, pues no podemos dejar de lado la realidad a la que debe responder el derecho. Pero tampoco, es válido convertir a los intérpretes de la Constitución en cumplidores entusiastas de los requerimientos internacionales.

Vale la pena adelantar (aunque el tema es tratado en líneas posteriores) que los Derechos Fundamentales por sus características son normas que invitan, por no decir exigen ser interpretadas a través de una operación de concreción. Esta operación necesita de criterios jurídicos objetivos que se alejen de un perfil doméstico. Tan es así que dentro de los textos constitucionales, encontramos cláusulas que fundamentan el fijar el contenido de los Derechos Fundamentales por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. De tal forma, que se fija un contenido mínimo invariable en el ámbito nacional e internacional que favorece la efectiva tutela del derecho protegido y otorga legitimidad a los criterios bajo los cuales se interpretan estas normas<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> Cruz Villalón, apunta el principio haciendo referencia a las Constituciones de los Estados de la Unión Europea y una Constitución propia de la Unión. En este sentido, cabría propugnar un principio de <<concertación constitucional>>. Su sentido es claro: se trata de generar coherencia, a partir del pluralismo, entre <<las dos Constituciones>>, y éste es un trabajo y una responsabilidad que corresponden sobre todo a los órganos constitucionales nacionales, quienes mejor conocen las posibilidades actuales o potenciales de conflicto entre la Constitución nacional y la Constitución europea. CRUZ VILLALÓN, P.; La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa, Trotta, Madrid, 2004, p. 149.

<sup>234</sup> Para mayor información sobre este aspecto remitimos el lector al primer capítulo de esta obra.

<sup>235</sup> Los convenios internacionales tienen en esa tarea un papel importante que cumplir, conectando dichos conceptos generales, no con cualquier filosofía al uso de Derecho natural o de valores extrajurídicos, sino con <<los valores generalmente admitidos por la comunidad

## 5. La función de la interpretación constitucional

Entre las funciones de la interpretación constitucional están: evitar la contracción de normas, conteste las cuestiones sobre concurrencia de regulaciones, mida de modo general el alcance de cada regulación y delimite unas de otras las esferas de regulación<sup>236</sup>. En este tenor, para el cumplimiento de estas tareas el intérprete debe contar con criterios que lo orienten a decisiones razonables y coherentes con el sistema jurídico vigente.

Junto con las misiones antes señaladas, la interpretación constitucional cumple otras funciones, que nacen de las características de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico, es decir del objeto a interpretar, Wróblewski expone tres importantes funciones:

Primero, <<la función de orientación>> consiste en ofrecer una información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las reglas constitucionales.

Segundo, <<la función de aplicación>> aparece en la interpretación operativa de la Constitución cuando sus reglas son bases normativas de decisión.

---

internacional>> que es ya de por sí un criterio suficiente seguro para no caer en subjetivismos, puesto que en esa comunidad internacional existen las suficientes contradicciones en la posición de cada país y en sus intereses respectivos como para suponer que lo que es generalmente admitido por la comunidad internacional no es cualquier idealismo o cualquier subjetivismo, sino el precipitado más puro de la civilización y de la humanidad en nuestro siglo. DE LA QUADRA – SALCEDO; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, p. 141.

<sup>236</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 309.

Tercero, la interpretación constitucional tiene una <<función de control>>, en caso de que haya determinadas instituciones cuya tarea consista en controlar la observancia de la Constitución<sup>237</sup>.

Las interpretaciones constitucionales juegan un rol importante dentro del Estado al permearse en las cuestiones públicas y privadas, pues la decisión interpretativa orienta el quehacer de los poderes públicos y los particulares. De ahí, que la interpretación de los enunciados constitucionales, no debe ser arbitraria, ya que la función de control e integración del ordenamiento jurídico no debe depender de decisiones faltas de argumentos jurídicos.

En pocas palabras, la función de la interpretación constitucional es determinar el contenido de sus preceptos de manera que respondan a la concepción ideológica del término Constitución, y que defiendan sus postulados en lugar de cambiarlos arbitrariamente. Alonso llama al producto final de una interpretación constitucional: la *norma subconstitucional*, y para otros especialistas es: *la norma constitucional, que no es el presupuesto, sino el resultado del proceso interpretativo*<sup>238</sup>.

Al hilo de nuestras reflexiones, consideramos que los criterios jurídicos usados por el intérprete están permeados de la teoría constitucional que se sigue en el sistema jurídico al que pertenecen<sup>239</sup>. En este orden de ideas, lo que intentamos establecer es la relación que hay entre la hermenéutica interpretativa, y la teoría que sustenta la razón de ser de

---

<sup>237</sup> WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 93 y 94.

<sup>238</sup> CAZORLA PRIETO, L. ARNALDO ALCUBILLA E. ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 93.

<sup>239</sup> Para Haba, la elección del método depende, en última instancia, de otra elección que (consciente o inconscientemente) le es previa: la aceptación del tal o cual Autoridad como fundamento interpretativo. HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 106. Gény, sugiere que la construcción será tanto más perfecta y satisfactoria cuanto más precisa y armónica, y se adapte mejor al espíritu de la ley y dé satisfacción a todos los casos. GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 34.

la norma Constitucional. No basta seguir un conjunto de reglas para discernir el contenido y la aplicación de la norma, sino que se requiere otorgar sentido a la norma fundamental del Estado a través de interpretaciones que estén al servicio de una operatividad y desarrollo de la Constitución.

Para finalizar queremos apuntar, de manera reiterativa, que el problema de la interpretación constitucional es contar con criterios interpretativos que respondan a las peculiaridades de sus normas.

## 6. La interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales

Los Derechos Fundamentales se expresan a través de normas válidas contenidas en el texto constitucional, de tal manera que participan de las peculiaridades apuntadas líneas arriba. Por un lado, su estructura lingüística es generalmente abierta e indeterminada, cargada de términos valorativos que requieren la determinación de su contenido para fijar sus límites y alcances, por el otro, exigen del intérprete criterios que hagan operativo el derecho debido a su posición dentro del ordenamiento jurídico.

En cuanto a sus peculiaridades normativas, estas han sido definidas de diversas maneras: <<como normas de elevado grado de abstracción de sus formulaciones y contenidos normativos<sup>240</sup>>>, <<normas abiertas tanto semántica como estructuralmente<sup>241</sup>>>, <<normas con vaguedad conceptual<sup>242</sup>>>, <<cargadas

---

<sup>240</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 73.

<sup>241</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 49.

<sup>242</sup> Un lenguaje legal no axiomatizado y no formalizado produce, se ha dicho, <<una vaguedad conceptual>>, y una <<ambigüedad sintáctica>>. Se dice de un término que, es conceptualmente vago cuando existen objetos diversos para los que es imposible decidir si el término es aplicable o inaplicable. La <<ambigüedad sintáctica>>, que es, una característica de la composición de proposiciones, procedente de una falta de determinación o de una expresa convención sobre las reglas de construcción. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y*

*ideológicamente*<sup>243</sup>>>, <<*en general esquemáticas, abstractas, indeterminadas y elásticas*<sup>244</sup>>>, <<*regulaciones que, por su formulación generalista y lingüísticamente esquemática, sólo mediante progresivas concreciones pueden ser llevadas a la práctica*>><sup>245</sup>.

La apertura semántica y estructural de estos derechos, sirve de fundamento para sostener que responden a la estructura de principio, al ser normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por tanto, resulta complicado definir con sólo el texto si el fin ha de alcanzarse mediante acciones del Estado, o por medio de omisiones, ni cuáles podrían ser los límites para su ejercicio frente a otros derechos. Prieto Sanchís, sostiene que al ser normas en forma de principios, no ofrecen una respuesta categórica, sino que controlan (ampliando o limitando) las soluciones que se deducen del conjunto de las normas<sup>246</sup>.

El lenguaje constitucional en relación a las normas de Derecho Fundamental con las características antes apuntadas no debe ser visto de forma negativa, pues el uso de expresiones vagas permitió efectuar el consenso entre los Constituyentes para dar origen

---

*Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 122.

<sup>243</sup> Gil Cremades sostiene en relación a la Constitución Española que esta denota la presencia de factores ideológicos, aunque éstos, según nuestra opinión se parapeten tras el compromiso de intereses. Así mismo añade que el buscar un consenso en los principios fundamentales compartidos por todos, en una sociedad pluralista, como la actual, raya en lo imposible. GIL CREMADES, J.; “Las ideologías en la Constitución Española de 1978”, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Portico, Zaragoza, 1979, p. 81 y 82. En el mismo sentido Verdú hace cita de las directrices ideológicas del título primero de la Constitución Española. VERDÚ, P.; “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 2, 1979, p. 31.

<sup>244</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, p. 176.

<sup>245</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 10.

<sup>246</sup> VID. PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 33.



al texto constitucional. Además, dicha estructura, permite que a través del proceso interpretativo se determine su contenido, sin necesidad de reformar constantemente la Constitución logrando su adaptabilidad a las condiciones sociales<sup>247</sup>. Así mismo, no todos los Derechos Fundamentales responden a la estructura de principios, sino cumplen con la forma de regla.

No obstante, debido a tan compleja estructura la aplicación de las normas de Derechos Fundamentales, pocas veces, es inmediata a través de la subsunción silogística dando lugar a una nueva operación hermenéutica que los autores denominan de muy distintas formas: <<función integrativa>><sup>248</sup>, para otros, se trata de una <<fórmula de reintegración de los derechos fundamentales>><sup>249</sup>, <<técnica positiva de concreción y reintegración de los derechos>><sup>250</sup>, <<concreción casuística>><sup>251</sup>, <<la determinación de la norma adscrita a través de una relación de precisión>><sup>252</sup>, <<desciframiento o concretización>><sup>253</sup>, o simple y llanamente una operación de rellenado.

---

<sup>247</sup> Así con frecuencia, solo mediante una formulación deliberadamente vaga es posible que los derechos fundamentales se adopten a la cambiante realidad social y al pluralismo ideológico, sin necesidad de reabrir constantemente el debate sobre los valores básicos en que se apoya la democracia constitucional. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p 42.

<sup>248</sup> SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 270.

<sup>249</sup> REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3621.

<sup>250</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, pp. 131 y 132.

<sup>251</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 73.

<sup>252</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 52.

<sup>253</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 44.

En esta pluralidad de ideas, la interpretación de los Derechos Fundamentales se concibe como un proceso indagador del contenido y sentido de la norma, dando lugar a un proceso de concretización, que en palabras de Böckenförde, consiste en un llenado (creativo) ya que la norma necesita ante todo de la pre-determinación conformadora para ser una norma ejecutable<sup>254</sup>.

Robert Alexy fija la interpretación de los Derechos Fundamentales, a través de una relación de precisión y de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas de los enunciados que la Constitución expresa directamente, sino también las normas que los precisan<sup>255</sup>. Las normas de los Derechos Fundamentales pueden, por ello, dividirse en dos grupos: las normas de Derecho Fundamental estatuidas por la Constitución y las normas adscritas al Derecho Fundamental.

De manera que surge una relación entre el texto, la propuesta de interpretación y los argumentos que la fundamentan. El criterio para determinar que la norma en cuestión es una norma adscrita al Derecho Fundamental, consiste en ser posible aducir una fundamentación *iusfundamental* correcta. Esta adscripción es el resultado de la interpretación.

Un esquema más para la interpretación del derecho escrito es expuesto por Haba que hace referencia a dos contenidos de la norma:

1. Un contenido intrínseco al texto que viene dado un autor – persona o por una idea objetiva lingüística ínsita en el texto.

---

<sup>254</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 127.

<sup>255</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 52.

2. El contenido extrínseco se fija a través de cualesquier otra autoridad, cuya decisión, sirva para agregarle o cambiarle algo al sentido que al texto correspondería, sino se atendiera nada más que lo exclusivamente propio a su contenido intrínseco<sup>256</sup>.

Suele decirse entonces que la operación hermenéutica denominada <<integración>><sup>257</sup>, es una operación para fijar el contenido de la norma, sobre la base de ciertos criterios (principios técnicos de la dogmática jurídica, valoraciones, etc.), que están más allá de lo que en concreto dispone, por sí mismo, tal o cual precepto positivo en particular, porque se entiende que en el conjunto de las disposiciones del Derecho positivo vigente, no hay una norma específicamente pertinente para aplicar al caso.

Disentimos con denominar a la interpretación <<llenado creativo>>, pues sugiere la idea de atiborrar de contenidos desconocidos a los Derechos Fundamentales, por lo tanto, creemos más correcto referirnos a una concreción jurídica. La operación hermenéutica de concreción (término que traduce la expresión germana *Konkretisierung*), conlleva la tarea para el intérprete de adecuar la norma constitucional al problema, a través del hallazgo y comprobación de los puntos de vista (*Gesichtspunkt*) para motivar la decisión de la forma más conveniente posible<sup>258</sup>. Para Guastini la concretización se reduce en la operación de transformar una norma indeterminada a una regla precisa<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 18.

<sup>257</sup> Para una mayor explicación de la interpretación de integración remitimos a: HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 19.

<sup>258</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 100.

<sup>259</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 79.

Estas teorías interpretativas trazan un binomio indisoluble entre la precisión de la norma de Derecho Fundamental con la argumentación que la pretende sustentar. Es decir, la interpretación es el proceso para justificación una decisión en el marco de un discurso racional y jurídico acerca de los Derechos Fundamentales. Luego entonces, la argumentación se concibe como una actividad lingüística para la precisión de los enunciados normativos como <<discurso práctico>>. El discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general que se apoya en la idea de que se requieren decisiones fundamentadas racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente<sup>260</sup>.

En base a tal criterio sugerimos referirnos a una operación hermenéutica de <<concreción o precisión>> que conlleva la tarea de sustentar racionalmente el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales bajo el marco del sistema jurídico, esta idea nos parece más congruente, que aquella de rellenado.

El resultado del proceso argumental de la decisión interpretativa es lo que Alonso García denomina *norma subconstitucional* y Robert Alexy *norma adscrita del Derecho Fundamental*<sup>261</sup>. Esta norma está fundada en una relación de precisión entre la norma constitucional del Derecho Fundamental y la norma que precisa su significado<sup>262</sup>.

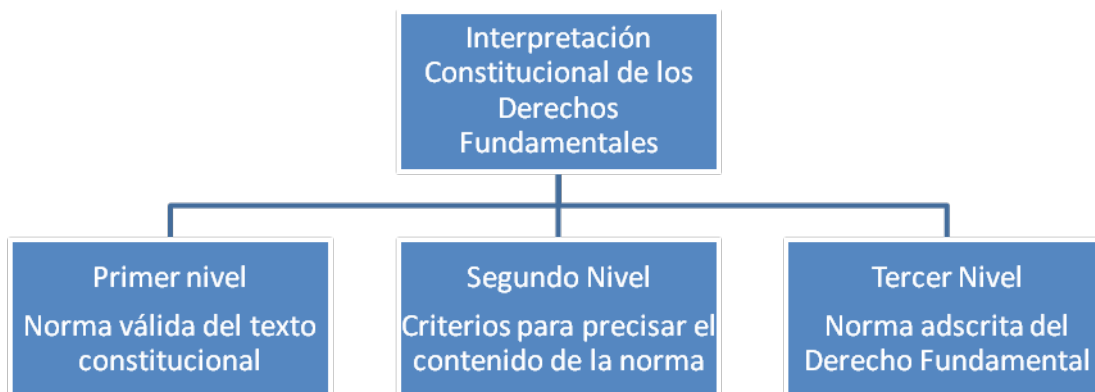
---

<sup>260</sup> ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 34.

<sup>261</sup> Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas adscritas de derecho fundamental. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 52.

<sup>262</sup> La relación que tienen las normas mencionadas con el texto constitucional, será llamada <<relación de precisión>>. Se trata de una relación de fundamentación entre la norma que hay que precisar y la norma que la precisa. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que los enunciados de la Constitución expresan directamente, sino también las normas del tipo aquí mencionado. Las normas de derecho fundamental pueden, por ello, dividirse en dos grupos: las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas adscritas de derecho fundamental. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 52.

Los argumentos expuestos por estos autores concurren en catalogar a la norma del Derecho Fundamental en tres niveles:



En el primero, está el enunciado de validez constitucional que contempla la norma del Derecho Fundamental estatuida por el constituyente.

En el segundo nivel, se encuentra la operación hermenéutica y la elección de los métodos, técnicas, y principios que justifiquen la opción bajo el ordenamiento jurídico vigente.

En el tercer nivel, se encuentran las *normas adscritas del Derecho Fundamental* que se deducen del proceso de fundamentación correcta para esclarecer el significado de la norma en base a una argumentación razonable.

Todo ello, da por resultado una interpretación de concreción del contenido intrínseco y extrínseco de la norma (expuestos por Haba), es decir se precisa la norma del Derecho Fundamental en una visión de conjunto<sup>263</sup>. Esta interpretación de conjunto se

---

<sup>263</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 56.

fundamenta en la unidad en que se fusionan los bienes jurídicos normados en la Constitución, y las relaciones complementarias existentes. Pues recuérdese que ninguna norma constitucional puede interpretarse solamente desde sí misma<sup>264</sup>.

En el primer nivel, se encuentra la norma válida redactada por el constituyente que conforme a la cultura jurídica y el momento histórico determinó los valores que debían estar resguardados y proyectó sus alcances y límites<sup>265</sup>. Para Peter Häberle, se trata de valores supremos y que posibilitan, al hombre a hallar y actualizar valores al tiempo que le garantizan el *status libertatis*<sup>266</sup>.

El segundo nivel, es el proceso de interpretación para llegar al producto que sería las normas *subconstitucionales*. El proceso aplicativo partirá del caso en concreto, para después buscar las premisas, que se consideren adecuadas, para determinar el contenido del derecho y hacer derivar su consecuencia jurídica. De esta manera el resultado no es, por tanto, de verdadero o falso; no podrá ser absolutamente incuestionable. Más bien razonable o no, a causa de la fuerza argumentativa para fundamentar la decisión<sup>267</sup>.

## 7. La estructura normativa de los Derechos Fundamentales

---

<sup>264</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 8.

<sup>265</sup> Prieto Sanchís al respecto indica: Los constituyentes, que no estaban precisamente revestidos de un velo de ignorancia, recogieron la idea enraizada en la cultura jurídica moderna, de que los derechos fundamentales encarnaban la articulación jurídica de tales valores y, sencillamente, valiéndose de esa idea y de toda una tradición histórica, proyectaron su propia concepción acerca de qué alcance y límites deberían tener hoy los derechos. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 89.

<sup>266</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 7.

<sup>267</sup> López – Jurado, explica de ésta manera el proceso interpretativo desde la doctrina germana. LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 118.

Una norma válida expresada en un documento jurídico positivo y vigente determina los alcances y los límites admisibles de la interpretación, por esta causa no podemos eludir el estudio de la estructura normativa de los Derechos Fundamentales.

Como señalamos en el apartado anterior las normas de los Derechos Fundamentales, son catalogadas de muy diversas formas, por autores extranjeros y españoles, para describir su estructura abierta, calificándolas como: principios, normas fragmentadas, normas constitucionales esquemáticas, indeterminadas y elásticas. En resumidas cuentas, nosotros decimos que las normas de los Derechos Fundamentales, son prescripciones que necesitan una *concreción operativa*.

No obstante, la concreción no significa relativizar su contenido, ni someterla a criterios arbitrarios o irrazonables que desvirtúen su naturaleza jurídica, y su importancia como normas protectoras de los valores intrínsecos a la dignidad humana. Por ello, los criterios y los argumentos bajo los cuales se sustente la concreción de estas normas deben ser suficientemente razonables y fundamentados bajo el sistema jurídico vigente, de tal manera, que el intérprete busque la eficacia directa del derecho y la interpretación más favorable<sup>268</sup>.

De los tantos criterios expuestos nos inclinamos por considerar que la estructura normativa de los Derechos Fundamentales responde a los siguientes caracteres principales:

---

<sup>268</sup> El Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 34/1983 de 6 de mayo, profirió que: <<en materia de derechos fundamentales, como reiteradamente ha señalado este Tribunal Constitucional, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos>>. Así mismo, en la sentencia 159/1986 de 12 de diciembre, sostuvo: <<la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable, a la eficacia y a la esencia de tales derechos>>.

1. Por su estructura gramatical, son normas de principio y de carácter abierto, es decir normas que ordenan que algo sea realizado en la medida de lo posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (teoría de Robert Alexy). Normas abiertas, porque reclaman una operación externa a su tenor literal para fijar en cada caso concreto su contenido. Aunque también hay Derechos Fundamentales que responden a la estructura de reglas.

2. Por la ideología que los sustenta, los Derechos Fundamentales pueden ser derechos individuales y derechos sociales, los primeros encajan perfectamente como derechos públicos subjetivos con eficacia directa, y los segundos requieren regulaciones legales para hacerlos operativos, porque son derechos de prestación.

3. Conforme a su dimensión jurídica la estructura de los Derechos Fundamentales es dual: subjetiva y objetiva. La primera, presume la visión genuina de los derechos como pretensiones frente a los poderes públicos, la segunda, responde a una obligación universal del respeto de sus postulados al constituir la expresión jurídica de un correlativo sistema de valores<sup>269</sup>.

Desde nuestra opinión, el primer criterio de razonabilidad para la interpretación de los Derechos Fundamentales es conocer la estructura de sus normas, pues son el marco de referencia para el proceso interpretativo, y a partir del cual se debe fijar el contenido de la norma. De esta manera, tener presente las peculiaridades de las normas permite definir los métodos y criterios adecuados para arribar a una pretensión de rectitud.

Ahora desarrollemos la influencia que ejercen los caracteres de los Derechos Fundamentales en su interpretación:

---

<sup>269</sup> Por otro lado, se han clasificado las particularidades de los derechos fundamentales en externas e internas, las primeras se refieren a las relevancia social e individual, pero también a la contemplación de los derechos como instrumentos de legitimación del sistema jurídico; las segundas afectan al resultado de la interpretación de los derechos fundamentales y nos recuerdan su significado para el sistema.



1. Al ser normas de principio, requieren que el intérprete precise los fines de la norma, y determine su contenido jurídico. Sin embargo, la interpretación de los Derechos Fundamentales a raíz de su naturaleza jurídica, exigen aplicación directa y efectiva<sup>270</sup>. Es así que, los criterios interpretativos necesitan cumplir este doble rol.

La afirmación anterior es generalmente válida, la interrogante ahora es:

¿Qué criterios deben orientar la labor interpretativa para lograr mitigar las exigencias de una norma abierta, que no define la medida para alcanzar sus fines, ni sus límites frente a otros derechos, pero a la vez exige un efectivo y directo cumplimiento?

En esta cuestión, radica la problemática de la interpretación<sup>271</sup>, ya que desde nuestro punto de vista, estos criterios deben alejarse de la arbitrariedad, no deben vaciar de contenido al derecho y deben ser lo suficientemente argumentados para no desvirtuar su ejercicio.

Así las cosas, la Constitución es una norma marco que congrega un sistema abierto<sup>272</sup>, en este sentido, los Derechos Fundamentales participan de la apertura constitucional

---

<sup>270</sup> Böckenförde, señala en relación a la Ley Fundamental Alemana que la interpretación de los Derechos Fundamentales, reviste especial y trascendental importancia que deben operar como derecho directamente aplicable, y ser efectivos, por lo tanto, requieren, de un modo diverso al de los preceptos legales normales, una interpretación no sólo explicativa, sino rellenadora, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 44.

<sup>271</sup> Sobre la necesidad de identificar los problemas propios de la interpretación y los problemas de teoría o dogmática constitucional para no caer en impresiones engañosas, véase GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 94.

<sup>272</sup> Hesse ofrece una explicación de la Constitución como norma contraria a un sistema cerrado y omnicompreensivo. HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 6.

<<hacia arriba y hacia abajo>><sup>273</sup>. Teoría que ayuda a sustentar los criterios interpretativos de los Derechos Fundamentales con una visión interna y otra internacional.

Dotar de contenido a las normas desde una apertura interna, significa que no podemos interpretar el derecho aisladamente, sino debemos atender a los derechos en su conjunto. Generalmente para una interpretación interna de la norma se echa mano de los métodos tradicionales y principios con función interpretativa<sup>274</sup>.

Desde la apertura externa, la norma participa de los criterios e instrumentos internacionales para fijar su contenido, contribuyendo a formar un estándar mínimo – uniforme de tal manera que, exista un proceso de integración por vía hermenéutica de principios constitucionales <<foráneos>>.

La interconexión que se está generando entre las Constituciones nacionales y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se visualiza en un reconocimiento mutuo de la labor interpretativa de los órganos encargados de proteger e interpretar estos documentos.

Con estos datos intentamos sustentar dos ideas:

---

<sup>273</sup> Teoría expuesta por Schneider y explicada líneas atrás.

<sup>274</sup> Según Hesse los principios más importantes de la interpretación constitucional son los siguientes:

El principio de unidad de la Constitución

El principio de concordancia práctica

Principio de corrección funcional

Principio de la fuerza normativa de la Constitución

Principio de presunción de constitucionalidad de los actos normativos

Principio de argumentación.

1. Los textos Constitucionales son la pauta para tomar como referente interpretativo a las normas internacionales en el momento de fijar el contenido de los Derechos Fundamentales<sup>275</sup>.

2. La estructura abierta de las normas de los Derechos Fundamentales, hace válido acudir a los tratados internacionales de Derechos Humanos para configurar su contenido, pues representan estándares mínimos consensuados por la comunidad internacional.

La operación hermenéutica para precisar la norma ha sido catalogada por la doctrina como: <<una *función integrativa* del texto constitucional tomando como referente los tratados internacionales de Derechos Humanos>><sup>276</sup>, para otros, se trata de una <<fórmula de *reintegración* de los derechos fundamentales>><sup>277</sup> o una <<técnica positiva de concreción y reintegración de los derechos>><sup>278</sup>.

Pasemos ahora, a exponer la influencia del segundo y tercer carácter de las normas de los Derechos Fundamentales en su interpretación. Como señalamos, el carácter individual o prestacional, del derecho exige diferentes medidas para hacerlo operativo, por lo tanto, como primer aspecto debemos señalar que el intérprete no debe suplir la labor del legislador al momento de intentar hacer exigible un derecho prestacional, pues corresponde al legislador disponer los medios para hacerlos exigibles. No obstante, la relación que existe entre los Derechos Fundamentales, (independiente a su garantía)

---

<sup>275</sup> Este aspecto creemos quedo debidamente sustentado en el primer capítulo de este trabajo.

<sup>276</sup> SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 270.

<sup>277</sup> REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3621.

<sup>278</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, pp. 131 y 132.

conlleva una función social de los derechos<sup>279</sup>, es decir, que para determinar el contenido y límites de un Derecho Fundamental es necesaria la reflexión social.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca la remisión y complemento como un todo unitario de los derechos individuales y prestacionales<sup>280</sup>. Tal *modus operandi* no se traduce en que el intérprete supla la labor legislativa para el desarrollo de las normas prestacionales, pues no resulta coherente con el principio democrático. Desde nuestra posición afirmamos que la <<interpretación integrativa>> de los Derechos Fundamentales exige la remisión recíproca de los derechos individuales y prestacionales tan defendida por Häberle, Hesse, Böckenförde y Schneider.

En este orden de ideas, consideramos que alejarse de la visión tradicional de los Derechos Fundamentales para pasar a enfocarlos en tres vertientes: como derechos subjetivos públicos, como normas objetivas de principio <<objektive Grundsatznormen>> y decisiones axiológicas <<Wertentscheidungen>>, repercute considerablemente en su interpretación porque el intérprete buscará una operación de concreción para hacer operativo el derecho no sólo como pretensión individual, sino como valor universal de respeto obligatorio por los poderes públicos y como elementos que definen la estructura política y jurídica del Estado<sup>281</sup>. Es decir, que la protección

---

<sup>279</sup> Teoría defendida por Häberle, remitimos el lector a las obras citadas en este trabajo.

<sup>280</sup> En las sentencias <<Powell y Rayner>>, de 21 de febrero de 1990, «López Ostra», de 9 de diciembre de 1994, «Guerra y otros», de 19 de febrero de 1998, «Hatton y otros», de 8 de julio de 2003. Se sostuvo que los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de las personas y privarlas del disfrute de su domicilio de suerte que perjudique su vida privada y familiar.

<sup>281</sup> Böckenförde, en relación al Tribunal Federal Alemán sostiene que éste ha aceptado el carácter de norma objetiva de principio/decisión axiológica para la mayor parte de los derechos fundamentales y no lo ha excluido hasta ahora para ningún derecho fundamental. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 96 y ss. Siguiendo palabras del Tribunal Constitucional Español los Derechos Fundamentales: <<son elementos esenciales de un ordenamiento de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución>> (STC 25/81 de 14 de julio, caso Legislación antiterrorista).

efectiva de estos derechos no implica sólo una abstención del Estado, sino también medidas activas para ejercerlo.

El carácter objetivo de los Derechos Fundamentales, sugiere que su interpretación se realice tomando en consideración la idea que subyace a su existencia como Derechos Fundamentales<sup>282</sup>, de tal manera que se defienda su razón de ser para no desvirtuar su contenido con criterios limitados o arbitrarios. En este sentido, Hesse propone <<reforzar la validez de los Derechos Fundamentales como Derechos Humanos>><sup>283</sup>. Al sustentar una conexión entre el carácter objetivo y subjetivo de los Derechos Fundamentales, como una especie de coordinación entre ambos contenidos con dirección a fortalecer su protección<sup>284</sup>.

En definitiva, la identificación de las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales representa el primer nivel para alcanzar una interpretación correcta, porque la norma válida del derecho, es el marco de referencia para el proceso interpretativo al establecer los límites y alcances de la interpretación constitucional<sup>285</sup>.

---

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Stubbings y otros*, de 22 de octubre de 1996, afirma la competencia de los poderes públicos para abstenerse de interferir en la vida privada (derecho individual), pero también la obligación de implicarse en la adopción de medidas encaminadas a asegurar su respeto.

<sup>282</sup> Desde un enfoque *ius naturalista*, se puede identificar a los derechos fundamentales como derechos humanos que se encuentran insertos dentro del ordenamiento jurídico, ya sea dentro de la Constitución Política del Estado, o bien a través de tratados internacionales sobre la materia. LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 42.

<sup>283</sup> HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p.115.

<sup>284</sup> Sobre la relación material entre el contenido objetivo y subjetivo de los derechos fundamentales con tres direcciones distintas, BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 121 y ss.

<sup>285</sup>

Para Schneider, el texto normativo positivo es una fuerza para la claridad y racionalidad de los contenidos de la norma y determina una interpretación admisible. SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 47.

Pérez Luño apunta que el lenguaje actúa siempre como marco necesario de referencia de la actividad interpretativa, cuyo objeto se concreta en manifestaciones de un determinado lenguaje simbólico oral o escrito. PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de*

## 8. La argumentación como justificación de la determinación de la norma

En líneas anteriores, explicamos la relación que existe entre la norma válida del Derecho Fundamental, y la argumentación para arribar a una interpretación razonable sustentada en el ordenamiento jurídico vigente. Estimamos que la fuerza de los argumentos es crucial para poder concretar la norma adscrita del Derecho Fundamental. En este sentido, señalamos que argumentar una decisión judicial otorga la posibilidad a los operadores jurídicos de justificar su resolución en detrimento de otras soluciones.

La argumentación dijimos, es una actividad lingüística para la precisión de los enunciados normativos como <<discurso práctico>><sup>286</sup>. El discurso jurídico es un caso especial de discurso práctico general que se apoya en la idea de que se requieren decisiones fundamentadas racionalmente en el marco del ordenamiento jurídico vigente<sup>287</sup>. En este contexto, Balaguer señala que los argumentos que llevan a una decisión racional se legitiman a diferencia de otros métodos interpretativos (histórico, tópico, literal) en una racionalidad compartida, que obedeciendo su legitimidad al consenso de los participantes, deja de ser una decisión válida cuando esa decisión, se sustituye por otra, por haber cambiado ese consenso basado en otros argumentos, que son aceptados en lugar de éstos<sup>288</sup>.

No obstante, si bien es cierto, que el consenso de la decisión resulta crucial, la argumentación debe contar con otros parámetros para poder calificarla de razonable, y válida dentro del marco jurídico.

---

*las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 91.

<sup>286</sup> Dicho procedimiento puede ser considerado ya sea como procedimiento intelectual, que tiene lugar en la mente del intérprete, ya sea como discurso: el discurso público, mediante el cual el intérprete ofrece unos argumentos para sostener la interpretación elegida. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 32.

<sup>287</sup> ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 34.

<sup>288</sup> BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 102.

Por tanto, la argumentación jurídica racional de la norma de Derecho Fundamental, debe cumplir una serie de condiciones, criterios o reglas que culminen en decisiones fundamentadas a la luz del ordenamiento jurídico, sin pretender otorgar la seguridad jurídica de un texto legal, pero sí una certeza jurídica y previsibilidad, teniendo presente que dentro del discurso jurídico la revisión siempre será posible.

Con las ideas expuestas hemos intentado dibujar un cuadro de peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales y la necesidad de contar con criterios que guíen el proceso interpretativo a decisiones razonables, ya que son normas que responden a la forma de principio, utilizan términos abiertos con elevado grado de abstracción, que impiden el uso de la estricta subsunción silogística, pero conforme a la función que tienen dentro del Estado Constitucional son exigibles de manera directa.

Como vemos, por un lado se encuentra lo que la doctrina denomina una nueva operación hermenéutica para la interpretación de los Derechos Fundamentales, y por el otro, está el proceso que nos conduce a concretar la norma y aplicarla al caso en concreto.

A la operación hermenéutica se le denomina de muy diversas formas: <<una concreción casuística>><sup>289</sup>, <<progresivas concreciones que pueden llevarlas a la práctica>><sup>290</sup>, <<concretización de la norma constitucional>><sup>291</sup>, <<por una *técnica positiva de concreción y reintegración* de los derechos>><sup>292</sup>, <<la determinación de la norma

---

<sup>289</sup> SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 73.

<sup>290</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 10.

<sup>291</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 100.

<sup>292</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980,

adscrita a través de una relación de *precisión*>><sup>293</sup>, <<por desciframiento o concretización>><sup>294</sup>. Para Canosa Usera se establece una relación entre la interpretación y la concreción<sup>295</sup>, es decir, más que una operación novedosa interpretativa para este autor se trata de algo externo al proceso interpretativo, no obstante, no apoyamos tal conjetura, toda vez que como apuntamos, la concreción es una operación hermenéutica que responde a las características y necesidades de las normas de los Derechos Fundamentales para la fijación de su contenido.

Por tanto, proponemos referirnos a una operación hermenéutica de <<concreción o precisión>>, que conlleva la tarea de sustentar racionalmente en base al ordenamiento jurídico vigente el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales. Ahora bien, esta operación de concreción del Derechos Fundamental, debe contar con una argumentación que se sustente bajo criterios que permitan comprobar que la concreción tiene <<componentes imprescindibles para la norma>><sup>296</sup> y razonables en el marco del jurídico. Pues, una decisión jurídica debe contar con pretensión de validez ya que se busca que en el contexto de un ordenamiento jurídico vigente pueda ser racionalmente fundada<sup>297</sup>.

---

pp. 131 y 132.

<sup>293</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 52.

<sup>294</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 44.

<sup>295</sup> CANOSA USERA, R.; “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 90.

<sup>296</sup> Friedrich defiende la operación de concreción de la norma para un caso concreto, siempre y cuando se demuestre que se trata de componentes imprescindibles de la normatividad concreta. FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 123.

<sup>297</sup> ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 120.



Por consiguiente, el punto a definir son los criterios que sustentan la interpretación de la norma del Derecho Fundamental, de allí que en opinión de Robert Alexy la base de esta argumentación consista en:

La ley;

El precedente y;

La dogmática.

Por vinculación de la argumentación del Derecho Fundamental << a la ley>>, se entiende aquí la vinculación al texto de las disposiciones de Derecho Fundamental, y a la voluntad del Constituyente. La expresión de esta vinculación, es sobre todo, la constituida por las reglas y las formas de la interpretación genética, hay que incluir también la interpretación teleológica – subjetiva que se refiere a los fines que el Constituyente vinculó con las disposiciones de Derecho Fundamental. Las reglas y las formas de las interpretaciones sistemática, histórica y comparativa pueden jugar un papel complementario para establecer cuál es el texto y cuál es la voluntad<sup>298</sup>.

En relación al uso del precedente Alexy señala dos reglas principales:

1. Si se puede aducir un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo.

2. Quién quiera apartarse de un precedente tiene la carga de la argumentación. La importancia del precedente obedece a seguir una coherencia dentro de un ordenamiento jurídico para lograr certeza jurídica en la *ratio decidendi*<sup>299</sup>.

<sup>298</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 489.

<sup>299</sup> Para Ballaguer la obligación de seguir el precedente no lo es el fallo sino, la razón de la decisión, de donde adquiere especial relieve el proceso de razonamiento y argumentación seguido por el Tribunal. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 69.

Finalmente éste autor hace mención de las teorías materiales de los Derechos Fundamentales cuya única exigencia, es que estructuren la argumentación del Derecho Fundamental de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible.

Siguiendo las ideas expuestas por este autor, debemos aclarar que no encajan en todos los sistemas jurídicos, ya que dan lugar a discusiones, no obstante, de un modo u otro si llegan a establecerse como parámetro común, a pesar de contar con diferentes matices, así por ejemplo, en España, si bien es cierto no existe, el respeto al precedente, si existen principios constitucionales (principio de unidad y coherencia constitucional) que obligan al intérprete a someterse a su criterio anterior, y a sustentar racionalmente cuando se aparta de él.

Así las cosas, desde el punto de vista de la doctrina española, la interpretación de la norma del Derecho Fundamental debe contar con tres requisitos para cumplir con cierto grado de corrección:

1. La argumentación como fuente de legitimidad en la interpretación;
2. La justificación de las decisiones y;
3. El respeto al precedente<sup>300</sup>.

Para Pérez Luño, es indispensable, tener en cuenta que toda interpretación está sujeta a un control jurídico, para valorar la sujeción a los criterios interpretativos utilizados en

---

<sup>300</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, pp. 186 y ss.

las decisiones previas de casos similares, así como en atender a la función orientadora, y crítica que desempeña la ciencia jurídica, y en particular la dogmática del derecho constitucional, referido a la peculiar vigilancia o supervisión de legitimidad que ejercen los órganos creadores de derecho sobre quienes lo interpretan o aplican; y social, manifestado en la necesidad de que el intérprete pondere los intereses de aquellos a quienes la decisión afecta<sup>301</sup>.

A lo expuesto, cabe agregar que las decisiones interpretativas sobre las normas de los Derechos Fundamentales, están sujetas a un proceso de control interno y externo, el control interno toma a la Constitución como norma de referencia, y el control externo a los tratados internacionales de Derechos Humanos. Como quedó explicado en el primer capítulo de este trabajo, la interconexión normativa ha generado que los operadores jurídicos interpreten la norma del Derecho Fundamental, no sólo a la luz del ordenamiento interno, sino también, en conformidad con los tratados internacionales en la materia. Así mismo, los órganos internacionales recogen los criterios internos, dando lugar a una especie de diálogo entre tribunales, que puede ser ubicado en el contexto de una estrategia argumentativa<sup>302</sup>.

Al hilo de estas concepciones, podemos colegir elementos comunes para determinar los parámetros sobre los cuales descansa la argumentación de los Derechos Fundamentales:

1. La justificación, para sustentar la argumentación a través de los métodos tradicionales y los principios con función interpretativa.

---

<sup>301</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 95.

<sup>302</sup> Un interesante estudio sobre el método comparativo, como mecanismo detonante del diálogo entre tribunales y relación entre jurisdicciones lo aporta Vergottini: DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 189.

2. Respeto de los criterios de la decisión interpretativa anterior y la justificación cuando procedan a cambiarlos.

Como bien, plantea Prieto Sanchís, la justificación de la decisión es un requisito insoslayable dentro del Estado de Derecho, pues se traduce en la exigencia de motivación y fundamentación<sup>303</sup>. Así las cosas, la justificación forma parte del parámetro de racionalidad de la interpretación de los Derechos Fundamentales porque el intérprete debe otorgar argumentos válidos que sustenten su decisión.

En una visión global el proceso argumentativo da lugar a una tesis interpretativa: <<El enunciado E significa (o implica) S>>, o bien <<La disposición D expresa (o implica) la norma N>><sup>304</sup>. La tesis interpretativa, debe ser defendida con argumentos razonables dentro del ordenamiento jurídico.

En cuanto a los métodos interpretativos tradicionales, si bien no dejan de ser un referente para guiar la interpretación, resultan insuficientes para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales, a razón de que las peculiaridades normativas de estos derechos, requieren la operación hermenéutica de concreción lo que hace difícil que los métodos gramatical, histórico y sistemático colmen las exigencias del proceso interpretativo para arribar a la norma adscrita del Derecho Fundamental.

Debe señalarse que las clásicas reglas de interpretación son punto de inflexión al convertirse en referencias interpretativas más o menos fecundas de los preceptos constitucionales, incluso para algunos autores pierden la calidad de métodos de validez universal por ser sólo puntos de vista auxiliares en la interpretación constitucional<sup>305</sup>. Desde nuestra perspectiva, consideramos exagerado y poco recomendable negar como

---

<sup>303</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; <<Notas sobre la Interpretación Constitucional>>, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991, p. 185.

<sup>304</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 50.

parámetros de validez universal a los métodos de interpretación tradicional, toda vez que son una buena herramienta para otorgar certeza jurídica a las interpretaciones.

Por otra parte, no debemos perder de vista las transformaciones hermenéuticas que están teniendo lugar en las teorías interpretativas constitucionales, a razón del papel que desempeña la Constitución, y sus peculiaridades normativas. Lo que genera que los intérpretes cojan prestado materiales no nacionales que sirvan de guía o referencia a sus decisiones. En este sentido, la interpretación de la Constitución es considerada un reto para el Estado Constitucional<sup>306</sup>, ante la insuficiencia de la teoría interpretativa legal, lo que sugiere la búsqueda de nuevos planteamientos para el diseño de objetivos y métodos de interpretación con diferentes participantes. Es decir, en alternancia con el punto de vista de los operadores jurídicos de otros ordenamientos constitucionales<sup>307</sup>.

Por consiguiente, el panorama que hemos ofrecido sobre los rasgos para la interpretación de los Derechos Fundamentales, no constituye novedad, pues nos ceñimos a los postulados de la teoría interpretativa legal, pero al hilo de nuestras reflexiones, el aspecto novedoso y que buscamos comprobar es que las normas de los Derechos Fundamentales, exigen otros criterios para poder calificar de razonable su interpretación, pues no basta el uso de los métodos tradicionales, ni incluso los principios con función interpretativa para sostener una decisión que se aleje de visiones limitadas.

De acuerdo con esta concepción, y ante la dificultad de respuestas en el propio ordenamiento, la propuesta aportada por la doctrina ha sido el estímulo de estudiar la

---

<sup>305</sup> Así en FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 118.

<sup>306</sup> Nos referimos al estudio de HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, 162 pp.

<sup>307</sup> VID. HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, p. 42.

experiencia de otros criterios, ya sea, teniendo en cuenta textos constitucionales, o jurisprudenciales<sup>308</sup>, a través del método comparativo y el derecho extranjero<sup>309</sup>.

Nosotros creemos que existen argumentos suficientes para sustentar un criterio interpretativo para la determinación de la norma del Derecho Fundamental, acudiendo a los tratados internacionales de Derechos Humanos, y las interpretaciones de los órganos internacionales. Este criterio no es derecho extranjero, ni parte del método comparativo<sup>310</sup>, sino *per se* forma parte del ordenamiento jurídico interno, incluso halla en él su fundamento<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> Véase al respecto DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 189.

<sup>309</sup> Acerca de la fácil confusión entre el Derecho extranjero y Derecho comparado, DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 189.

<sup>310</sup> En la línea opuesta se encuentra Carolina León Bastos, al asegurar que la interpretación comparativa que toma en consideración preceptos paralelos de ordenamientos jurídicos extranjeros o de convenciones internacionales. Por ejemplo tenemos una obligada interpretación comparativa en el artículo 10.2 de la Constitución española. LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 33.

<sup>311</sup> La Constitución española contiene una cláusula interpretativa de los Derechos Fundamentales, dentro del artículo 10.2 que ha sido calificada positivamente por la doctrina. Así Martín Retortillo indica que el 10.2 es un precepto positivo que los sitúa ante una normalización necesaria; me parece que, aunque prolijo, es un aspecto que debe ser recibido con orgullo, porque los sitúa en la órbita de las mejores declaraciones internacionales. MARTÍN RETORTILLO, L.; *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984, p. 79. Para Saiz: En fin, frente a quienes estimaban en un primer momento, al poco de la aprobación de la Constitución, que la <<trascendencia política>> del artículo 10.2 CE <<supera, en mucho, los márgenes de <<utilidad técnica>> que puede poseer en derecho interno español>>, hoy es posible afirmar que el canon hermenéutico contenido en aquella disposición ha contribuido (técnicamente, si se quiere) de manera decisiva al entendimiento de los derechos fundamentales presentes en la Constitución. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 34. Bastida Freijedo, Villaverde Menéndez, Requejo Rodríguez, Presno Linera, apuntan que el artículo 10.2 atribuye a los tratados una posición superior y muy diferente de la que se desprende de la fuerza pasiva que posee cualquier tratado internacional. BASTIDA FREIJEDO, F.; et al. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 81. De Esteban y Gonzalez Trevijano, señalan que: se trata de un mandato constitucional de evidente eficacia, según demuestra la jurisprudencia. DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones facultad derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992, p. 274.

Llegados a este punto conviene señalar que no resulta original en los ordenamientos internos usar a los tratados internacionales para fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, lo que sí goza de originalidad es sustentar la existencia de un nuevo criterio interpretativo que colabore a establecer contenidos mínimos de los Derechos Fundamentales compartidos por un conjunto de Estados. Lo interesante es analizar si los tratados internacionales de Derechos Humanos cuentan con cualidades suficientes para otorgarles el calificativo de canon interpretativo, y una vez definido esto, establecer la necesidad de contar con lineamientos generales para su empleo por parte de los operadores jurídicos.

Desde nuestras apreciaciones, el criterio que defendemos, responde de manera directa a las peculiaridades de las normas constitucionales y su función, (específicamente la naturaleza de los Derechos Fundamentales), de tal forma que obtenemos directamente de su objeto un criterio para concretar o precisar las normas de los Derechos Fundamentales. El hecho de tomar a los tratados internacionales como referente interpretativo supone la ventaja de dotar a los Derechos Fundamentales de contenidos mínimos consensuados por diversos Estados al devenir de los valores generalmente admitidos por la comunidad internacional.

Por tanto, la fuerza argumentativa para amparar la interpretación de los Derechos Fundamentales se ve reforzada bajo este sistema de concreción normativa entre la Constitución y los tratados internacionales de Derechos Humanos. Se genera un reconocimiento mutuo que legitima el criterio interpretativo al participar de los valores generalmente admitidos por la comunidad internacional, y por los Tribunales Constitucionales de los Estados<sup>312</sup>.

---

<sup>312</sup> Para Schneider, cuando un método o criterio tiene en cuenta la estructura y funciones del Derecho Constitucional, además de otras funciones estatales, sus reglas de legitimación, organización y procedimiento, puede ser denominado <<democrático>> en un sentido específico. SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 69.

De tal forma que la argumentación que usa como criterio orientador a los tratados internacionales de Derechos Humanos trae consigo dos consecuencias jurídicas directas:

1. Contribuye a la concreción hermenéutica de los Derechos Fundamentales, haciendo oponible su contenido frente a los poderes públicos;
2. Introduce al contenido constitucional los estándares mínimos fijados a nivel internacional.

Sin embargo, defender a los tratados internacionales como canon interpretativo de los Derechos Fundamentales, sugiere que se argumente sustanciosamente su empleo en el momento de concretar estas normas, así mismo deben ser fijados una serie de requisitos para seleccionar el material internacional que tome en cuenta el intérprete y finalmente, se debe asegurar que su uso sea congruente y claro. Lo que no se puede permitir es que se conviertan en una vía para caer en el decisionismo judicial.

Así se pone de manifiesto que la argumentación que pretenda sustentar una interpretación razonable del Derecho Fundamental dentro del sistema jurídico vigente, debe tomar en consideración sus peculiaridades normativas, su función dentro del Estado sin olvidar que estos derechos son la expresión jurídica de los valores que se consideran protectores de la dignidad humana<sup>313</sup>.

---

<sup>313</sup> Para Smend los Derechos Fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 232.



### Capítulo III.

## LOS MÉTODOS *AD HOC* PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

### 1. Aspectos generales

Como se ha referido *ut supra*, las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales exigen una operación hermenéutica de concreción o precisión que a través de argumentos jurídicos sostengan la decisión interpretativa de manera razonable

dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, creemos que el siguiente paso para esta investigación es dejar visible que a pesar del uso de los métodos tradicionales<sup>314</sup>, de manera reiterada, la doctrina, y sobre todo, la jurisprudencia busca nuevos criterios para sustentar la interpretación de estas normas.

De tal manera, que no queremos comprobar la insuficiencia de los métodos tradicionales<sup>315</sup>, simplemente tenemos en mente hacer notar la existencia de otros criterios interpretativos que intentan responder a la naturaleza jurídica de las normas constitucionales, y específicamente a las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales.

A este propósito, es inevitable constatar que la práctica de los operadores jurídicos muestra el uso de los tratados internacionales de Derechos Humanos para fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, y en este sentido, lo único que nos queda es reconocer la existencia jurídica de este criterio. Siguiendo la aproximación analítica para comprobar que existen argumentos jurídicos válidos para defender este nuevo criterio, creemos indispensable situar a través del lenguaje cotidiano de los juristas en la

<sup>314</sup> Advertimos al lector que nuestra intención no es realizar un estudio exhaustivo sobre la teoría interpretativa de los Derechos Fundamentales, para tal estudio remitimos a ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 601 pp.

<sup>315</sup> La doctrina mayoritaria sostiene la insuficiencia de los métodos tradicionales para la interpretación constitucional. Así Robert Alexy apunta que: <<Esta debilidad de los cánones de interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas>>. ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 25. Por su parte Díez – Picazo, refiere: <<Los métodos hermenéuticos establecidos (literal, histórico, sistemático, teleológico) se muestran a veces insuficientes>>. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p 43. Pérez Luño: <<Los medios hermenéuticos de la tradición *iusprivatista* se revelan insuficientes>>. PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 87. Manuel Aragón, se refiere <<a la incapacidad de los métodos tradicionales>>. <<Los criterios jurídicos clásicos europeos continentales de interpretación son totalmente ineficaces>>, ALONSO GARCÍA, E.; “La Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p. 186. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 45. <<la insuficiencia de los métodos tradicionales a la hora de interpretar la Constitución, en especial sus disposiciones de principio>>, CANOSA USERA, R.; “Interpretación Constitucional y voluntad democrática”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 245. Entre otros autores que se inclinan por esta concepción están: Häberle, Hesse, Schneider, Smend.

jurisprudencia, en la doctrina, y en el propio texto constitucional que se ha llegado a ser consciente de un criterio que coadyuva a la concretización de los Derechos Fundamentales.

Pues bien, bajo esta perspectiva, expondremos *in general* los métodos tradicionales y los principios constitucionales con función interpretativa, con el único propósito de descubrir si estos dan cabida a este nuevo criterio, que creemos responde a las características de los Derechos Fundamentales y contribuye a concretar su contenido en base a valores generalmente admitidos por la comunidad internacional, y por los Tribunales Constitucionales de los Estados.

## 2. Los métodos de interpretación

Como primer aspecto, debemos decir que el estudio de los métodos implica conocer el camino o los medios utilizados por los operadores jurídicos para arribar a la interpretación de las normas. Partimos de la premisa de la interpretación de una norma jurídica, ya que para indagar sentidos jurídicos debemos tomar como punto de referencia, la expresión jurídica del enunciado normativo<sup>316</sup>.

Cada criterio interpretativo sirve para seleccionar los contenidos normativos que van a servir para la solución del caso, por lo tanto guían y posibilitan el contraste entre los contenidos normativos a la luz del caso en concreto, es decir, <<los criterios de interpretación son conexiones que, desde la singularidad del caso planteado,

---

<sup>316</sup> Para Haba, no se debe perder de vista que se trata de una interpretación del Derecho escrito, que exige tomar como punto de partida lo que dice la letra de las disposiciones positivas. HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 21. Guastini, refiere que la interpretación consiste en una serie de operaciones relativas al significado de un texto, cuando se habla de interpretación constitucional, la Constitución en cuestión no puede más que ser una Constitución escrita: <<una Constitución formal>>. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 38.

discriminan entre contenidos normativos posibles<sup>317</sup>>>. De tal suerte, que los criterios son pautas orientativas de la interpretación, pero no existe jerarquía entre ellos, Karl Larenz hace notar que los métodos interpretativos, son puntos de vista metódicos que han de ser tenidos en cuenta si el resultado de la interpretación quiere abrigar la pretensión de rectitud<sup>318</sup>.

Los métodos de la interpretación hacen referencia a los medios o instrumentos a través de los que se realiza la actividad hermenéutica, el papel de estos criterios interpretativos es el de seleccionar los contenidos normativos que van a servir para la solución del caso y cooperar entre sí para lograr la pretensión de rectitud de la operación interpretativa. En conjunto los criterios interpretativos contribuyen a lograr las funciones de la interpretación, es decir a dotar de significado a los enunciados normativos discriminando otros contenidos normativos. Parece cierto entonces, lo que señala López - Jurado, en relación a dos factores determinados por la vinculación de los criterios argumentativos a la situación de hecho:

- a) El que un concreto criterio no siempre pueda o deba ser aplicado, y
- b) Que su fuerza de argumentación –en relación a otros criterios- no puede tampoco ser determinada *a priori*<sup>319</sup>.

En consecuencia, creemos que los métodos son las pautas que guían la labor interpretativa para definir los preceptos constitucionales a través de decisiones

---

<sup>317</sup> LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 119.

<sup>318</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 316.

<sup>319</sup> LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 119.

razonables que resuelvan de manera concreta y práctica las cuestiones que originan los conflictos humanos. Se trata, por consiguiente de distinguir los procedimientos de investigación más aptos para la aplicación efectiva de la norma Constitucional. El estudio de los métodos implica indagar la manera que tiene el intérprete de usar determinadas reglas y criterios para la aplicación de la norma jurídica de manera que pueda sustentar razonablemente la decisión.

Los métodos son todos los medios que permiten indagar ese sentido jurídico. No obstante, como bien indica Karl Larenz<sup>320</sup>, se debe indicar el camino que lleve a buen puerto, o más bien dicho, a soluciones razonables. Así las cosas, buscamos descubrir los métodos y principios que contribuyen a interpretar los Derechos Fundamentales de manera razonable dentro del marco del ordenamiento jurídico vigente, y obviamente la cuestión a responder es:

¿Los métodos tradicionales nos conducen a una interpretación razonable de la norma Constitucional, y más en concreto de las normas de los Derechos Fundamentales?

### **3. Los métodos tradicionales para la interpretación constitucional**

Para intentar dar respuesta a esta interrogante apuntada, partamos de abordar la vieja discusión que versa sobre la separación de la teoría interpretativa *iusprivatista*, y las nuevas técnicas interpretativas aplicadas a la norma constitucional. En España la disyuntiva gira en torno al artículo 3.1 del Código Civil<sup>321</sup>, al existir discrepancias en la doctrina para considerar al precepto legal con carácter constitucional materialmente.

---

<sup>320</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 236.  
*1.2. Los métodos tradicionales para la interpretación constitucional*

<sup>321</sup> Al tenor literal el artículo 3.1 expresa: Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

Por ejemplo, para Balaguer, la Constitución es una norma sobre normas, o normas de producción, donde todas las normas que deriven de ella han de sujetarse a la norma constitucional, tanto las del Código Civil, cuanto, las de otros preceptos que afecten a la materia. Bajo este argumento, no es posible asimilar su naturaleza a la de las reglas constitucionales, por cuanto deben someterse a las mismas como cualquier otra norma de rango legal<sup>322</sup>. Por ello, toda la teoría de la interpretación debe ser necesariamente una teoría constitucional de la interpretación. Tal apreciación, la consideramos radical, y gira sobre un problema inexistente, ya que los métodos tradicionales son usados por el Tribunal Constitucional Español<sup>323</sup>, lo que no es una conducta caprichosa, sino totalmente razonable a la luz del ordenamiento jurídico, ya que la teoría interpretativa *iusprivatista* es un cimiento sólido para efectuar el proceso interpretativo porque son instrumentos de legitimación y como bien, menciona Robert Alexy, son formas de las que tiene que servirse la argumentación jurídica si quiere cumplir con la pretensión de corrección<sup>324</sup>.

En esta perspectiva, los métodos tradicionales son aptos para la interpretación constitucional<sup>325</sup>, pero no responden a sus características, es más el Código Civil, no pudo prever las transformaciones del Estado Español en 1978, por lo tanto no puede dar

---

<sup>322</sup> VID. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 78 y ss.

<sup>323</sup> Tribunal Constitucional ha reconocido su aplicabilidad: <<las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3 del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas de la Constitución, la potencian, desde el momento que el texto constitucional se convierte en el <<contexto>> al que han de referirse todas las normas a efectos de interpretación y aplicación por los órganos judiciales>> STC 253/1988 de 20 de diciembre.

<sup>324</sup> ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 240.

<sup>325</sup> Sobre tal postura, entre otros: ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 240. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 366. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 97. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 15 y 16.

respuesta a la realidad normativa introducida por el texto constitucional<sup>326</sup>. Para Rubio Llorente los métodos que recoge el art. 3.1 del Código Civil Español, han de ser tenidos en cuenta, aunque no ofrecen solución a los problemas con los que la doctrina de la interpretación constitucional ha de enfrentarse<sup>327</sup>.

Así las cosas, se requiere una transformación hermenéutica que responda a las características de la norma fundamental del Estado, que permitan alejar criterios subjetivos para dar lugar a criterios jurídicos que sustenten una teoría interpretativa (vinculante) de la Constitución<sup>328</sup>. De esta manera, se puede entrever que si bien, los métodos tradicionales contribuyen a interpretar a la norma Constitucional, no obstante no cumplen el cometido de llegar a soluciones operativas, por la simple razón de que no toman como punto de referencia las características y funciones de la Constitución dentro del ordenamiento jurídico.

No obstante, como consideramos inexistente la problemática del uso de los métodos tradicionales en la interpretación constitucional, nuestro objeto de estudio no se centra en comprobar su invalidez, pero tampoco su suficiencia, nos centramos en reconocer su aplicación y uso para la interpretación de los Derechos Fundamentales, para después analizar los técnicas *ad hoc* que han surgido a raíz de las peculiaridades normativas de estos derechos<sup>329</sup>.

---

<sup>326</sup> Para Sánchez Ferriz, la Constitución Española dio paso para introducir dos aspectos fundamentales: La nueva forma territorial del Estado español, y la incorporación a las Comunidades Europeas en 1986. SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 363.

<sup>327</sup> RUBIO LLORENTE, F; <<Problemas de la interpretación Constitucional>>, Revista jurídica de Castilla-La Mancha, 1988, p. 40.

<sup>328</sup> Sobre la necesidad de una teoría vinculante de la Constitución y la degradación de equipar a la Constitución con la ley véase BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 36.

<sup>329</sup> La transformación del objeto a interpretar no altera los criterios de interpretación, pero sí la operación a través de esos criterios debe efectuarse para conocer, cuál es la respuesta jurídica adecuada. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 36.

Como hemos mencionado, no hay problema en el empleo de los métodos tradicionales para la interpretación constitucional, sin embargo, la Constitución, requiere nuevos tópicos interpretativos que respondan a las peculiaridades de sus enunciados<sup>330</sup>. Llegados a este punto, conviene señalar, que la doctrina ha buscado dar respuesta a las exigencias normativas de la Constitución, así podemos esquematizar tres diferentes posiciones.

**1. Posición tradicional**, que sigue considerando los métodos *iusprivatistas* como únicos parámetros de corrección para la interpretación constitucional.

**2. Posición casuística**, que busca a través de la operación hermenéutica de concreción interpretar a la Constitución.

**3. Posición ecléctica**<sup>331</sup>, que defiende el uso de los métodos tradicionales, pero seguidos de principios y criterios definidos bajo la perspectiva de la norma Constitucional.

Nosotros nos inclinamos, por la tercera opción, pues nos permite situarnos en una postura intermedia, es decir, no rechazamos el uso de los métodos tradicionales, pero tampoco apostamos por el uso del método tópico a cada caso concreto, pues el temor en ésta situación, es desvirtuar el contenido de la Constitución a través de interpretaciones caprichosas y limitadas de los intérpretes. No está por demás observar que los criterios

---

<sup>330</sup> Sobre las características de los métodos de interpretación constitucional, que deben por un lado, ser fiables, previsibles, y, por otro, prácticos, es decir, producir efectos –también políticos-beneficiosos para el sistema político democrático. CANOSA USERA, R.; <<Interpretación Constitucional y voluntad democrática>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 245.

<sup>331</sup> Desde el punto de vista de Böckenförde el punto esencial de esta posición y, al mismo tiempo, presupuesto fundamental de su exigencia metódica – interpretativa, es la equiparación de Constitución y Ley. Esta equiparación en modo alguno se relativiza por la particularidad de que le corresponde a la Constitución. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 15 y 16.



tradicionales son insuficientes, pero no inútiles, haciendo posible, a menudo, un primer acercamiento a los problemas<sup>332</sup>.

Existen autores que proponen <<nuevas categorías metódicas>>, a través de una emancipación de la *teoría interpretativa legal*. De ahí, que Pérez Luño sustente que la tarea actual de cualquier teoría de la interpretación Constitucional se plantee prioritariamente como un doble empeño: de un lado, debe tratar de reivindicar el carácter jurídico de dicha actividad frente a quienes la entienden como un puro proceso político supeditado a la fuerza determinante de los hechos; de otro, debe dar cumplida respuesta a los problemas específicos que implica la interpretación de la norma constitucional, para lo que precisa emanciparse de la metodología *iusprivatista*, y afirmar su autonomía con la consiguiente elaboración de sus propias categorías metódicas<sup>333</sup>.

En una visión global, es posible determinar un argumento lógico para la emancipación de los métodos tradicionales, que explicamos a través del siguiente silogismo:

1. Los métodos deben orientarnos a una interpretación razonable.
2. Para tal fin, deben corresponder con la estructura lingüística del enunciado normativo a interpretar<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> PÉREZ TREMPES, P; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005, p. 905.

<sup>333</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 87.

<sup>334</sup> La objeción de que una parte de dicho planteamiento hermenéutico podría llevarse a cabo recurriendo tan sólo a los métodos tradicionales, pasa por alto el hecho de que, en la práctica jurídica, los cánones tienen que corresponder lingüísticamente, y de continuo, a los elementos materiales del ámbito normativo, que sobrepasan su capacidad metodológica, y que por esta razón la exclusiva observancia de las reglas de Savigny resulta pocas veces ficticia. FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 123.

3. Los métodos tradicionales no fueron diseñados para la norma Constitucional<sup>335</sup>, por lo tanto, no pueden conducirnos a una interpretación razonable. Lo que hace necesario contar con otras técnicas interpretativas que respondan con este criterio.

A simple vista, puede parecer correcto el razonamiento anterior, pero no es así, porque algunos enunciados constitucionales presentan la forma de regla, por lo tanto, los métodos tradicionales y la operación de subsunción, son suficientes para interpretar a la norma. En este sentido, no podemos defender una emancipación total de la teoría interpretativa legal, lo que si podemos hacer es analizar los aspectos que pueden y no pueden ser trasladables.

Por ejemplo, no conviene trasladar las carencias que presenta la teoría interpretativa *iusprivatista* a la interpretación de la norma constitucional, pues lejos de contribuir a lograr decisiones razonables, hará más complicado el proceso de concreción de la norma. Desde nuestro punto de vista, siguiendo las ideas de Géný, creemos que estas carencias son:

1. Identificar a la interpretación del Derecho con la interpretación legal.
2. Ceñir la labor del intérprete a dar alcance al pensamiento del legislador.
3. Convertir a los métodos en una tabla de mandatos obligatorios hasta llegar a considerar que la interpretación es una obra mecánica<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Hay que tener en cuenta además que Savigny no desarrolló sus reglas de interpretación pensando en el Derecho Constitucional. FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 114.

<sup>336</sup> En relación a las críticas al método interpretativo tradicional GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, pp. 534.

Conviene señalar, que la interpretación constitucional no debe ser yuxtapuesta a la interpretación legal, porque al hilo de nuestro análisis la Constitución presenta peculiaridades que distan de los típicos caracteres legales, por tanto un estudio serio en relación a la hermenéutica constitucional debe partir de tomar en cuenta estas características<sup>337</sup>.

Así mismo, como apuntamos líneas arriba, los métodos deben guiar la interpretación a un destino razonable, pero el parámetro de razonabilidad, no se reduce a la aplicación fija de reglas matemáticas constitucionales, sino se trata de seguir los métodos tradicionales, en compañía de otros criterios que obedezcan a las peculiaridades normativas de la Constitución, en busca de hacer operativas sus normas, y sobre todo deducir soluciones jurídicas aplicables. Pues como señalo Appleton: <<el legislador no ha podido querer negar las <<necesidades prácticas de la vida>><sup>338</sup>, efectivamente esta conexión entre la norma y la realidad sobre la que esa norma se proyecta, explica la insuficiencia de los métodos tradicionales<sup>339</sup>.

Los criterios son indicaciones orientativas para el intérprete a efecto de tener estándares esenciales que no deben pasar por alto, y que son controles de la razonabilidad de sus interpretaciones. Sobre esa base, los métodos no son reglas fijas que debe seguir de manera coercible el intérprete para poder calificar de correcta su decisión, pues el no seguir todos los métodos no lo hace necesariamente incorrecto<sup>340</sup>, simplemente deja ver

---

<sup>337</sup> Fernández Segado, traza un binomio para la interpretación de la Constitución a través de reconocer que las normas constitucionales no pueden equipararse con la interpretación de las demás normas jurídicas, no obstante, también se trata de desentrañar un concepto jurídico. FERNÁNDEZ SEGADO, F; <<Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución>>, en *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 512.

<sup>338</sup> Cfr. GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 34.

<sup>339</sup> Véase al respecto HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, pp. 1 – 15. CANOSA USERA, R.; “Interpretación Constitucional y voluntad democrática”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 245.

<sup>340</sup> Para Larenz se debe tener presente que para lograr una decisión razonable, es también precisa la función creadora del intérprete. LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 239.

la elección que hace el intérprete a fin de que sustente su decisión a la luz del ordenamiento jurídico, para lo cual debe echar mano de los métodos y criterios que le permitan defender su posición<sup>341</sup>.

Ahora bien, la doctrina de la interpretación legal, aporta dos aspectos básicos para la interpretación constitucional:

1. La base de la interpretación es el texto legal, en este caso el texto Constitucional.
2. El uso de los métodos tradicionales de Savigny como estándares básicos y primeros de la interpretación del derecho escrito<sup>342</sup>.

El primer rango, constituye un aspecto positivo para la interpretación, porque traslada la idea matriz de tomar como base del proceso interpretativo el texto constitucional.

---

<sup>341</sup> En relación al carácter no excluyente del elenco de cánones del artículo 3.1 del Código Civil Español, no sólo porque, según se ha comprobado, el examen del *iter* parlamentario revela que el legislador se limitó a señalar los cánones básicos. No sólo porque en el Preámbulo del Decreto de 31 de mayo de 1974 se reconoce de forma expresa que se desestima una fórmula hermenéutica rígida sobre los criterios de interpretación. Sino porque, configurando el espíritu y el fin de la norma a interpretar como objeto al que ha de atenderse preferentemente en la labor hermenéutica no parece posible excluir otros criterios que, sin bien no se recogen en el artículo 3.1, auxiliien al fin de aprehender el espíritu, la razón de ser, el fin, de la norma aplicable. PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pp. 132 y 133.

<sup>342</sup> Sobre las orientaciones que aporta el método tradicional Böckenförde señala dos axiomas: a) La Constitución ha de ser interpretada conforme a los mismos métodos que una Ley. La traslación de la Constitución a forma de Ley es una conquista del Estado de Derecho y fundamento de su evidencia y estabilidad. b) La interpretación de la Ley está vinculada a las reglas de interpretación de normas de la hermenéutica jurídica – clásica, como ha sido desarrollada ejemplarmente por SAVIGNY. A estas reglas pertenecen (sólo) la interpretación sistemática, la histórica, la lógica y la gramatical. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 15 y 16.

El segundo rango, cuenta con un apoyo consolidado de la doctrina y la jurisprudencia, de ahí que consideremos inexistente la problemática de la aplicación de los métodos tradicionales para la interpretación Constitucional<sup>343</sup>. Empero, podemos clasificar desde dos enfoques distintos, las opiniones en relación a los métodos tradicionales, de un lado, se encuentran los que reconocen las ventajas para la interpretación y la seguridad que aporta su uso. Pero, por el otro, están los que reconocen que las clásicas reglas de interpretación son punto de inflexión al convertirse en referencias interpretativas más o menos fecundas de los preceptos constitucionales, incluso para algunos autores pierden la calidad de métodos de validez universal por ser sólo puntos de vista auxiliares en la interpretación constitucional<sup>344</sup>.

Desde nuestra perspectiva, consideramos exagerado y poco recomendable desvirtuar a los métodos de interpretación tradicional, como parámetros de validez universal, no obstante es una realidad que la Constitución exige otros criterios interpretativos<sup>345</sup>.

Aquí distinguiremos, de forma preliminar nuestra posición ecléctica en relación a la interpretación constitucional, pues si bien estamos de acuerdo con el empleo de los métodos tradicionales, por otra parte, desde su estructura normativa demandan técnicas interpretativas a efecto de hacer operativos sus mandatos, la práctica judicial demuestra esta aseveración. Todo lo expuesto, no indica, que favorezcamos las creaciones

---

<sup>343</sup> Tribunal Constitucional Español ha reconocido su aplicabilidad: <<las reglas de interpretación recogidas en el artículo 3 del Código Civil, lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas de la Constitución, la potencian, desde el momento que el texto constitucional se convierte en el <<contexto>> al que han de referirse todas las normas a efectos de interpretación y aplicación por los órganos judiciales>> STC 253/1988 de 20 de diciembre. Así mismo, no ha tenido inconveniente en citar y utilizar a veces el artículo 3 del Código Civil (Sentencias del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 5/1981 y 37/1987 de 26 de marzo). El Tribunal Constitucional Federal alemán de modo natural, habla de la necesidad de tener en cuenta, para la interpretación de la Constitución: la colocación sistemática del precepto <<Zusammenschau>>, (literalmente, vista conjunta del precepto en relación con los demás preceptos), el literal, el origen histórico y el objetivo o fin del legislador. LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 110.

<sup>344</sup> Así en FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 118.

<sup>345</sup> Sin obviar de reiteración, remitimos al lector al capítulo segundo donde expusimos las peculiaridades de la norma Constitucional, y que según apuntamos definen nuevas exigencias interpretativas.

arbitrarias del intérprete, sino por el contrario, nos situamos en una posición intermedia que consiste en contar con los métodos y criterios orientativos de la interpretación para la operatividad de la norma, lo que exige que el intérprete cuente con un margen de apreciación que debe sustentarse a la luz del ordenamiento jurídico.

Pues bien, son distintas las razones expuestas por la doctrina para intentar explicar la necesidad de nuevos elementos interpretativos para la Constitución, entre las que podemos mencionar: <<La interpretación constitucional no puede seguir las mismas reglas que las de las normas ordinarias, no tanto por la brevedad y exacerbada abstracción de sus preceptos como razones sustantivas de más peso>><sup>346</sup>, <<necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto de su significado>><sup>347</sup>, <<por la particularidad que le corresponde a la Constitución, requiere otras técnicas de interpretación>><sup>348</sup>, <<porque los preceptos constitucionales son abiertos o imprecisos, de principios indefinidos y de opciones interpretativas, en suma, le abren al juez constitucional la posibilidad, o le imponen la necesidad, de invadir el campo de creación reservado por el principio democrático al poder discrecional del legislador o del constituyente>><sup>349</sup>, <<por ser la Norma Suprema del Estado fruto de un procedimiento de elaboración distinto de todas las demás con pretensión de permanencia que responde a una lógica propia y a un primordial fin político, y que es, un conjunto articulador que ordena todo el resto del ordenamiento jurídico al que se concibe como una unidad>><sup>350</sup>, <<El significado valorativo de algunas de sus normas materiales, pero al mismo tiempo el correspondiente grado de apertura que permita la pluralidad de sus realizaciones,

<sup>346</sup> NIETO, A.; “Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 100 – 102, 1983, p. 409.

<sup>347</sup> FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 114.

<sup>348</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 15 y 16.

<sup>349</sup> ACOSTA SÁNCHEZ, J.; *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 376.

<sup>350</sup> CAZORLA PRIETO, L. ARNALDO ALCUBILLA E. ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 95.

diferencian netamente a la Constitución de las demás normas>><sup>351</sup>, <<Las Constituciones tienen peculiaridades, en el sentido de que aquí predominan enunciados de principio o enunciados valorativos, cuya interpretación presenta una mayor complejidad>><sup>352</sup>, <<El derecho constitucional es, sobre todo, derecho por principios. Éstos eluden la interpretación silogística porque marcan orientaciones de valor imposibles de inferir con ese método>><sup>353</sup>.

Las anotaciones anteriores demuestran el consenso doctrinal para contar con nuevas técnicas interpretativas de la Constitución, si es sin duda cierto, que se están buscando criterios objetivos que defiendan la razón de ser de la norma dentro del ordenamiento jurídico. La postura que se critica en esta investigación es la absoluta libertad del intérprete porque conduce a la arbitrariedad. La interpretación debe encontrarse vinculada por unos cánones o criterios jurídicos, inclusive desde el significado de la palabra interpretar apuntada líneas arriba, se entiende que el intérprete está condicionado a designar el sentido de un texto jurídico y éste representa su primer límite<sup>354</sup>, además de la fundamentación y la motivación de la decisión.

Los métodos interpretativos deben ser usados conforme a las características propias de la normativa constitucional en relación con el resto del ordenamiento jurídico, para dar soporte a decisiones razonables sustentables conforme al sistema jurídico donde se pretenden aplicar. Bajo este panorama, la doctrina y la jurisprudencia han dado lugar a la existencia de técnicas interpretativas que se emancipan de la teoría interpretativa legal<sup>355</sup>.

---

<sup>351</sup> ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 33.

<sup>352</sup> ATIENZA, M.; “Los límites de la interpretación Constitucional sobre los casos trágicos”, en *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005, p. 121.

<sup>353</sup> CANOSA USERA, R.; <<Interpretación Constitucional y voluntad democrática>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 244.

<sup>354</sup> El intérprete debe considerar que existen controles en su actividad, y que si los sobrepasa, ha dejado de cumplir una función de interpretación para incurrir en una desviación que no es ya interpretación, sino creación libre del Derecho, deslegitimado en cualquier Estado de Derecho. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 97.

En fin, creemos que el problema de la interpretación, radica en determinar qué materiales pueden utilizar los Tribunales Constitucionales, ya que no deben aceptar como buenos cualesquiera criterios de interpretación sin ponderar previamente su calidad en términos de razonabilidad. Para López- Jurado, pueden darse cuatro parámetros de razonabilidad que *autolimiten* al intérprete al momento de utilizar los criterios interpretativos:

En primer lugar, la conexión con los criterios interpretativos empleados en una singular argumentación con la Constitución.

En segundo lugar, la combinación de diversos criterios interpretativos posibles y el contraste de los resultados a que su aplicación conduce.

Un tercer parámetro, el Tribunal debe permanecer en la decisión del caso debatido; sólo así evitará que su actuación, deje de ser jurídica y pase a ser política.

En cuarto lugar, los criterios argumentativos deben ser empleados como criterios auxiliares; sirven para seleccionar contenidos normativos aplicables, pero no pueden suplantar los contenidos normativos<sup>356</sup>.

---

<sup>355</sup> En una palabra, en materia de interpretación constitucional se han desarrollado una serie de técnicas que han adquirido vida fuera de las pautas de la teoría clásica de interpretación. Nuestro Tribunal Constitucional no es un iconoclasta, sino simplemente un tribunal que se esfuerza por aplicar judicialmente una norma fundamental valiéndose para ello de técnicas hoy universalmente admitidas aunque alejadas de la dogmática de la teoría clásica de la interpretación. ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 84.

<sup>356</sup> LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, pp. 123 y 124.



No obstante, *es imposible ponerle puertas al campo*, en este sentido no se puede controlar el uso de los criterios, lo único que se puede es controlar la razonabilidad de las interpretaciones a través del estudio del material argumentativo que busca sustentar la interpretación dentro ordenamiento jurídico.

#### **4. Los métodos tradicionales y la interpretación de los Derechos Fundamentales**

Los enunciados normativos de los Derechos Fundamentales, presentan en la mayoría de los casos, estructura de principio, que exigen una operación de concreción para fijar su contenido al caso en concreto, y sus límites en relación con otros derechos. De ahí que los métodos tradicionales, si bien, deben ser tenidos en cuenta para la tarea interpretativa, no conducen a una interpretación razonable y operativa de los Derechos Fundamentales, porque estas normas se alejan de la operación de subsunción o interpretación silogística. De tal suerte, que los Derechos Fundamentales exigen un trabajo de concreción o rellenado, y una clase de ponderación cuando entran en conflicto con otros derechos, lo que hace tambalear el uso de los métodos tradicionales.

Con la interpretación de los Derechos Fundamentales, se busca hacer operativo el derecho al caso en concreto y defender la razón de ser de estas normas dentro del Estado Constitucional; una concepción de este tipo no puede lograrse con la sola aplicación de los métodos tradicionales, pero como no es nuestro objetivo mostrar su insuficiencia. Se hace necesario subrayar que el único propósito es describir de manera somera a los métodos tradicionales, para después adentrarnos en el estudio de las técnicas propias de la interpretación de los Derechos Fundamentales.

##### *4.1. Interpretación gramatical*

La interpretación gramatical es definida como, <<la interpretación que parte de las palabras empleadas por la ley para deducir el sentido de ésta por el significado

lingüístico de las mismas<sup>357</sup>>>. Luis Díez – Picazo apunta que la operación interpretativa, es así una búsqueda y una fijación de las ideas que han sido expresadas a través del medio instrumental que es la palabra<sup>358</sup>. Para Guastini, la interpretación literal, consiste en atribuirle a un enunciado normativo su significado *prima facie*, o sea, el más inmediato o intuitivo, el que le corresponde a las reglas semánticas de la lengua<sup>359</sup>. En suma, en la interpretación gramatical, se atiende, única y exclusivamente, a las reglas lingüísticas generales propias al entendimiento común del lenguaje escrito<sup>360</sup>, es decir, el método gramatical tiene como punto de apoyo el texto legal o constitucional.

La antesala de este método es el *literalismo*, cuya corriente interpretativa estima que el texto es el único parámetro que hay que atender y aplicar a la situación en concreto, por lo tanto, la materia interpretativa está presente sólo en el texto. El literalismo puede ser entendido desde dos posiciones: una posición *subjetiva*, que apuesta por entender el texto legal, como mandato del legislador, o el precepto constitucional como mandato del constituyente al considerar que el intérprete debe indagar la verdadera voluntad que guió al legislador al dictar la disposición *voluntas legislatoris*<sup>361</sup>. Y una posición *objetiva*, que se aparta de intentar encontrar la voluntad del legislador o del constituyente para centrarse en clarificar el contenido del texto legal o constitucional a partir de las condiciones del caso concreto y el uso del lenguaje actual<sup>362</sup>.

---

<sup>357</sup> DEL ARCO TORRES, M.; *Diccionario de Derecho Civil*, Comares, Granada, 1999, p. 747.

<sup>358</sup> DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 244.

<sup>359</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 67.

<sup>360</sup> HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 25.

<sup>361</sup> Para Díez – Picazo desde la postura de la interpretación literal subjetivista se trata de saber cuáles eran los propósitos concretos que el legislador tuvo a la vista y cuál fue el espíritu que presidió según ello la redacción de la ley. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 245.

<sup>362</sup> Una interpretación objetiva significa, según el punto de vista que se adopte, que la atribución de sentido o de significado al texto legal o al signo normativo, o bien la búsqueda y el hallazgo del <<*iustum*>> concreto, o bien la reconstrucción de la norma, deben hacerse desde las circunstancias existentes y desde los postulados que tengan vigencia en el mundo en el que el

El *literalismo* encuentra una traba insuperable ante la existencia de normas como las constitucionales que usan palabras indeterminadas, vagas y abiertas, y bajo esta problemática, se descarta que la materia interpretativa pueda encerrarse sólo en el texto<sup>363</sup>. En este sentido, se afirma que la interpretación gramatical, cuando se utiliza para la exégesis constitucional, debe realizarse dándoles a las palabras de la norma constitucional, el mismo significado que tienen en la vida cotidiana, sin embargo, este método tiene el inconveniente de que algunas veces, una norma aislada desde el punto de vista gramatical significa algo determinado, pero cuando se le relaciona, dentro del contexto, puede significar algo diferente<sup>364</sup>.

Enrique Alonso menciona que la interpretación *literalista* puede operar en varios niveles:

Primer nivel, se aplica el apotegma, *in claris non fit interpretatio*<sup>365</sup>;

Segundo nivel; interpretación de significados en su uso ordinario puramente gramatical, por no haber matizaciones introducidas por el uso social y contextual;

---

intérprete se mueve. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 248.

<sup>363</sup> Desde la opinión de Balaguer Callejón el principal problema de la interpretación literalista es justificar la existencia de conceptos jurídicos indeterminados. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución...* p. 81.

<sup>364</sup> LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, pp. 31 y 32.

<sup>365</sup> El axioma parte de la consideración de que hay un significado en una regla que es verdadero, cognoscible e identificable a primera vista. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 103.

Tercer nivel, interpretación de los conceptos (especialmente de experiencia y de valor) a través del uso ordinario del concepto;

Cuarto nivel (variante del anterior), interpretación de los conceptos a partir de su uso por los juristas (nivel pragmático)<sup>366</sup>.

Ricardo Guastini distingue dos tipos completamente diferentes de interpretación literal:

Un primer tipo, consiste en utilizar las reglas lingüísticas que estaban en vigor en el momento en que el texto constitucional fue emitido: se trata de una forma de interpretación <<originalista>>.

Un segundo tipo, consiste en cambio en utilizar las reglas lingüísticas vigentes en el momento en el que se interpreta: se trata de una forma de interpretación <<evolutiva>> o <<dinámica>><sup>367</sup>.

En nuestra opinión, el método gramatical se centra en aclarar el significado de los términos empleados por el legislador o el constituyente a partir de reglas establecidas por la gramática<sup>368</sup>, en donde interviene la semiótica<sup>369</sup> en sus tres vertientes para

---

<sup>366</sup> ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 91.

<sup>367</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 67 y 68.

<sup>368</sup> Ciencia que estudia los elementos de una lengua y sus combinaciones. Estructural. Estudio de una lengua regido por el principio de que todos sus elementos mantienen entre sí relaciones sistemáticas. Normativa. La que define los usos correctos de una lengua mediante preceptos. *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Madrid, 1992, p. 743.

<sup>369</sup> La “semiótica” designa según Morris, la ciencia general de los signos. Hay acuerdo en subdividir la semiótica en tres partes: la sintaxis, la semántica y la pragmática. La sintaxis se ocupa de los signos con independencia de lo que designan y significan; se trata, por lo tanto, de un estudio de las relaciones de los signos entre sí. La semántica se ocupa de los signos en su realización con los objetos designados. La pragmática se ocupa de los signos en su relación con los sujetos que los usan. FERRATER MORA, J.; *Diccionario de Filosofía*, Alianza editorial, Madrid, 1982, p. 2982.

esclarecer los signos lingüísticos expresados en la norma, así tenemos tres tipos de interpretaciones conforme a este método:

La interpretación es semántica, cuando se trata de fijar el sentido o los posibles sentidos que posee cada una de las palabras expresadas en el texto como instrumento de comunicación entre el autor y el destinatario, buscando que el significado sea coherente con el conjunto del texto y con el contexto, o situación a la que se intenta aplicar. La interpretación se logra a través de un argumento semántico, que según Robert Alexy, pueden usarse para justificar, criticar o mostrar que una interpretación es admisible, al menos semánticamente<sup>370</sup>.

La interpretación es sintáctica, cuando se centra en la relación de los signos y la forma gramatical de las palabras que en su conjunto forman la norma. Esta interpretación no especifica el significado de las palabras, sólo el sentido de la coordinación gramatical de los signos lingüísticos usados en la norma<sup>371</sup>.

Finalmente con la interpretación pragmática, se busca el sentido de las palabras conforme al uso jurídico de los operadores en un contexto histórico determinado.

Nótese que la literalidad de la Constitución, es el primer estadio de la interpretación gramatical. Se puede aducir que éste es uno de los métodos tradicionales por excelencia, porque la interpretación parte de lo expresado en los enunciados normativos, en este sentido, los signos lingüísticos usados por el legislador o por el constituyente, son la pieza clave para la interpretación cuya misión es dar al texto operatividad. Como bien, dice Geny, se llama *interpretación gramatical o literal*, porque efectivamente no

---

<sup>370</sup> ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 226.

<sup>371</sup> La interpretación sintáctica no se dirige ya a la fijación del sentido de una proposición entera, a través de la coordinación gramatical que dentro de ella tienen las diferentes palabras y su respectivo valor. Se toma en cuenta el que la palabra sea adverbio o pronombre, el que sea adverbio de tiempo o pronombre personal, el que sea complemento directo o complemento indirecto, utilizando para ello reglas convencionales del desarrollo del lenguaje. DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 254.

puede presumirse que al expresar su pensamiento el legislador haya prescindido de las reglas normales, y corrientes del idioma<sup>372</sup>.

Naturalmente hay que tener en cuenta que la Constitución contiene normas abiertas e indeterminadas, y el intérprete debe encargarse de perfilar la zona de certeza, para determinar el contenido de los preceptos constitucionales, sin olvidar lo que atinadamente comenta Usera: <<no se puede decir, por vía interpretativa, lo que de ningún modo significa en su literalidad>><sup>373</sup>. No obstante, los enunciados normativos constitucionales, dan entrada a múltiples mundos constitucionales, y expresan un conjunto de principios y valores, lo que desde nuestra perspectiva, conlleva dos situaciones:

1. La necesidad de nuevas técnicas interpretativas, basadas en criterios jurídicos para evitar interpretaciones arbitrarias.
2. La legitimación del papel del intérprete constitucional para fijar el contenido de la norma, y hacerla operativa al caso concreto<sup>374</sup>.

En lo atinente a los Derechos Fundamentales, al ser normas abiertas e indeterminadas, requieren la precisión de su contenido y su delimitación frente a otros derechos<sup>375</sup>. En

---

<sup>372</sup> GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000, p. 22.

<sup>373</sup> CANOSA USERA, R.; “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 92.

<sup>374</sup> En relación a la legitimidad de la función del Tribunal al poder apoyar en el propio texto normativo la invocación y utilización de esos valores. ALONSO GARCÍA, E.; “La Jurisprudencia Constitucional>>”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p. 196.

<sup>375</sup> Díez – Picazo señala que la fijación semántica de la palabra adquiere una gran importancia cuando la palabra, como ocurre con una cierta frecuencia, es equívoca. Son equívocas aquellas palabras cuyas posibles significaciones son varias o, dicho de otro modo, aquellas que pueden ser reflejo de o suscitar ideas diferentes. DÍEZ - PICAZO, L; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 253.

consecuencia, la interpretación gramatical coadyuva a determinar el significado de las palabras intercaladas en la norma del Derecho Fundamental para hallar un sentido que sea coherente con el conjunto de las normas de la Constitución, así la función de la interpretación es elegir la opción o decisión entre los diferentes sentidos posibles.

El método gramatical, a través de la semántica, sintáctica y la pragmática proporciona diversos sentidos de la norma, pero el intérprete debe elegir, y tal elección ya no forma parte del método gramatical en sí mismo.

A nuestro criterio, es evidente que al tenor literal de los enunciados normativos de Derechos Fundamentales, exige una interpretación extensiva<sup>376</sup>, que hace legítimo acudir a otros métodos y técnicas para fijar su significado y hacerlo operativo al caso en concreto. Lo que no significa, que se deje de lado al método literal – gramatical, lo que ocurre es que éste, si bien contribuye para aclarar el precepto y para determinar el método o técnica interpretativa, no bastará para hallar el sentido de aquél. De tal manera, que se aprecia que los alcances de los resultados interpretativos mediante este método se utilizan más reducidamente cuando se trata de las normas de los Derechos Fundamentales<sup>377</sup>.

#### *4.2. Interpretación sistemática*

Desde el enfoque de la teoría de la interpretación legal, el método sistemático, es aquel que pone en relación la ley interpretada con todo el ordenamiento jurídico, recibiendo

<sup>376</sup> Sobre la interpretación extensiva frente a un texto que se considera que a su norma corresponde una ratio de aplicación personal y/o material, más amplia que el que para ella resultaría si se atendiera en los estrictos términos de la letra, teniendo como fundamento que la autoridad de que emana ese texto tuvo la voluntad real de otorgarle a dicha norma aquel radio amplio. HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 40.

<sup>377</sup> Para los alcances del método literal tratándose de un texto obscuro, HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 33.

de éste nueva luz, que da un significado a veces distinto al que tendría la ley aisladamente<sup>378</sup>. El contexto sistémico, es el conjunto al que pertenece la norma en un sistema jurídico, y por tanto, los caracteres de ese sistema, se consideran relevantes para el significado de aquella<sup>379</sup>.

Para Smend, es un <<*sistema de contexto integrativo*>>, del cual deriva el distinto valor de cada una de las normas, con respecto al sistema y, por tanto, su diferencia de rango<sup>380</sup>. Pérez Álvarez, dice que el criterio sistemático, es una <<*operación de conjunción de la norma a interpretar con otra u otras*>><sup>381</sup>. Es así que la interpretación sistemática, consiste en fijar el contenido del enunciado normativo en conexión con otras normas para defender una decisión que encaje con el sistema jurídico vigente<sup>382</sup>.

Este método, encuentra su punto de apoyo en la idea de la configuración del ordenamiento jurídico como una unidad, dando lugar a una serie de reglas positivas y negativas para su aplicación:

Entre las reglas positivas están:

---

<sup>378</sup> DEL ARCO TORRES, M.; *Diccionario de Derecho Civil*, Comares, Granada, 1999, p. 748.

<sup>379</sup> WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, p. 43.

<sup>380</sup> SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 200 y 201.

<sup>381</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 160.

<sup>382</sup> La decisión puede que no sea perfecta, pero por lo menos debe intentar dotar a un enunciado de comprensión dudosa, de un significado sugerido, o no impedido, por el sistema jurídico del que forma parte. EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 94.



1. La aplicación de las leyes conectando los preceptos que traten la cuestión a resolver, indagando y armonizando el espíritu de un artículo en combinación con los demás.
2. La interpretación de cada norma por el significado total del ordenamiento jurídico.
3. La interpretación favorece la integración del precepto en un total ordenamiento jurídico.

Y las reglas negativas:

1. Se juzga inaceptable la interpretación aislada de un precepto apoyándose en la mera literalidad de las normas.
2. Una interpretación que no sea coherente con el ordenamiento jurídico no es razonable<sup>383</sup>.

El fundamento de la interpretación sistemática, (según la doctrina predominante) es que lo suministra una autoridad de naturaleza tal, que decide que la totalidad de los textos formen un sistema internamente armonioso, con principios de ordenación inmanentes al mismo. Entonces, dicho sistema contiene todas las normas nuevas que se obtienen por los métodos lógicos<sup>384</sup>.

<sup>383</sup> Sobre la configuración del ordenamiento como unidad y sus repercusiones en el método sistemático véase PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, pp. 172 y ss.

<sup>384</sup> En este sentido, LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 32. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 38. PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 274. EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 127. HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la*

La justificación se centra en la existencia de un sistema normativo que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador, o en su caso el constituyente, de tal forma que la interpretación sistemática, es premisa fundamental para llegar a interpretaciones racionales, ya que una decisión racional, se sustenta a partir de su adecuación al contexto del ordenamiento jurídico vigente. La coherencia del ordenamiento jurídico, constituye una pieza de racionalidad para la interpretación porque se debe evitar la contradicción jurídica, para dar paso a una relación lógica entre las normas a través de argumentos sistemáticos<sup>385</sup>.

Bajo esta perspectiva, las normas se definen dentro de un contexto donde se deben hallar las respuestas a los problemas en concreto, buscando soluciones coherentes con el sistema jurídico, por lo tanto este método se ha convertido en base sólida para resolver los llamados “*casos difíciles*” porque ante la insuficiencia del texto, la respuesta se deduce de una operación conjunta de los preceptos que forman parte del ordenamiento jurídico. En suma, como bien, refiere Pérez Luño, la interpretación sistemática, parte del presupuesto de que el ordenamiento jurídico debe ser considerado como un sistema caracterizado por la coherencia del contenido de las diversas normas que lo integran y dotado de una unidad orgánica y finalista<sup>386</sup>.

En cuanto a la interpretación sistemática de la Constitución, debemos tener presente que en su calidad de norma suprema, ésta se califica como el <<contexto supremo y dominante de todo el ordenamiento jurídico>>, en consecuencia, la interpretación debe realizarse conforme a la Constitución, así que el contexto jurídico de las leyes y las

---

*Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 64.

<sup>385</sup> VID. ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 231.

<sup>386</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 117.

demás fuentes del ordenamiento jurídico tiene como eje rector a la norma constitucional.

La aplicación de este método, en los preceptos constitucionales consiste en fijar el contenido de cada enunciado normativo de manera integral, coherente y armónica en la que todos los preceptos tienen el mismo rango, alcanzando cada uno de ellos valor y sentido en función de los demás, conformando una unidad sistemática. En esta posición la Constitución, no es la suma y el agregado de multiplicidad de mandatos inconexos, sino el orden jurídico fundamental de la comunidad política, que no responden a una jerarquización de preceptos, sino a expresiones y soporte del mismo y único modelo de Constitución<sup>387</sup>.

Por las razones expuestas, este método se ha convertido en piedra angular de la hermenéutica constitucional<sup>388</sup>, pues detrás del método sistemático se esconde la condición de consistencia y coherencia del derecho y la consideración de la Constitución, como un sistema integral de normas coherentes<sup>389</sup>.

Este método ayuda a la operación de concreción de las normas de los Derechos Fundamentales, porque les proporciona eficacia a través de una interpretación conjunta con las normas, valores y principios del ordenamiento jurídico, de tal suerte que es una

---

<sup>387</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 206/1992 de 27 de noviembre.

<sup>388</sup> Así lo afirman, LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 32. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 72. PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 274. EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 129. SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 200 y 201.

<sup>389</sup> Sobre el sentido lógico – sistemático del derecho, (*consistency*, ausencia de contradicciones), coherente en sentido axiológico (*coherence*, ausencia de armonía entre valores) del derecho, GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 72.

buena solución ante la insuficiencia de la literalidad del precepto. Las normas de los Derechos Fundamentales, se determinan a través de un *sistema integrativo* que contribuye a la operatividad del derecho evitando que otros resulten vulnerados, o incluso resulten antinomias en relación a su esfera de protección<sup>390</sup>.

En efecto los enunciados normativos, con estructura de principio necesitan una interpretación en conjunto para determinar sus límites y alcances, pues como normas abiertas, reclaman una operación externa a su tenor literal para fijar en cada caso concreto su contenido lo que constituye una predisposición a usar el método sistemático a fin de que colabore a fijar este contenido en coordinación con las demás normas de los Derechos Fundamentales<sup>391</sup>.

Sentado que los preceptos constitucionales gozan de la misma jerarquía, y responden a un mismo modelo constitucional, se afirma que el contexto de su interpretación está compuesto por el texto. La interpretación se reduce a dar consistencia al precepto en armonía con el resto de las normas, evitando antinomias constitucionales. Sin embargo, si bien, el contexto gira alrededor del apotegma de la unidad sistemática constitucional, en la actualidad dentro de los textos constitucionales hay cláusulas de apertura

---

<sup>390</sup> En el auto número 60/1981 de 17 de junio, el Tribunal Constitucional Español (Sala Primera), asegura que la interpretación sistemática <<está destinada a armonizar los valores esenciales establecidos o reconocidos por ella, entre los que se encuentran los derechos fundamentales y libertades públicas y la forma política parlamentaria, debe hacerse en cada caso planteado, equilibrando los valores en juego y en caso de conflicto teniendo en cuenta qué precepto constitucional tiene mayor peso para decidir la cuestión concreta planteada>>.

<sup>391</sup> El pensamiento del Tribunal Constitucional Español se orienta a considerar que los preceptos de los Derechos Fundamentales por su tenor literal y con una interpretación aislada, podrían restringir sus alcances, alterando la protección del derecho en sí mismo considerado, así podemos constatarlo en la sentencia 107/1984 de 23 noviembre << Cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a «los españoles». Son éstos quienes, de conformidad con el texto constitucional, «son iguales ante la ley», y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros. Y no es argumento bastante, porque no es únicamente el artículo 14 de la Constitución el que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos sin los que no resulta posible determinar la posición jurídica de los extranjeros en España. A tenor del art. 13 de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley>>.

internacional que amplían el campo de la interpretación sistemática para hallar soluciones no sólo en la Constitución, sino en documentos jurídicos internacionales.

Luego entonces, creemos que las dificultades de este método radican en determinar el contexto<sup>392</sup> bajo el que se interpreta el enunciado normativo, es decir, qué criterio guía la elección de normas que conforman ese contexto y sobre todo, cuál es la relación que une al enunciado normativo con el conjunto de normas a razón de las que se debe interpretar.

La doctrina refiere dos contextos: *ad intra* y *ad extra*. El primero, es aquel cuyo contexto está representado por el texto legal o constitucional en que se acoge la norma a interpretar. El segundo, es el que excede del texto legal o constitucional, de la norma a interpretar<sup>393</sup>. Así mismo, en algunas ocasiones, el Tribunal Constitucional Español ha apelado a razones << materiales >><sup>394</sup>, << lógicas >><sup>395</sup>, << gramaticales >> o << históricas >> para explicar la conexión de la interpretación de la norma a razón de otras, no obstante no existe consenso sobre cuál debe ser tal criterio.

---

<sup>392</sup> El contexto del ordenamiento jurídico podemos entenderlo como el resto de la subsección, de la sección, del capítulo, del título, de la ley especial, del código entero si se trata de una norma inserta en un cuerpo legal de esta naturaleza, todo ello en relación jerárquica proporcional a su proximidad, de tal manera que el entendimiento de una norma se ha de completar partiendo del resto de las normas que la acompañan en su más minúscula agrupación, ampliándose sucesivamente de los círculos hasta llegar a la ley o código en su conjunto. La interpretación por el contexto queda referido al conjunto del ordenamiento; y no cabe duda de que el recurso al conjunto es un principio clave en la interpretación. DEL ARCO TORRES, M.; *Diccionario de Derecho Civil*, Comares, Granada, 1999, p. 748.

<sup>393</sup> Sobre tal tesis, EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 95. PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 167.

<sup>394</sup> En este sentido, la interpretación sistemática estaría justificada entre preceptos que regulen la misma materia, pertenezcan o no al mismo documento normativo. Por ejemplo, para el TC el art. 38 de la CE debe interpretarse en conexión con los arts. 128 y 131 de la CE por estar << en muy directa conexión >>.

<sup>395</sup> En ocasiones el Tribunal señala, por ejemplo, la necesidad de interpretar conjuntamente los apartados de un artículo apelando a su << unidad lógica >> o a su << íntima conexión >>, sin ofrecer más datos que la aparente identidad de materia tratada de ellos.

Debe señalarse que el contexto para la interpretación de los Derechos Fundamentales, está compuesto no sólo por las normas constitucionales, sino también por los Derechos Humanos contemplados en tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico, lo que abre el *panorama integrativo de interpretación*, no obstante, la interpretación conforme a estos documentos rebasa los efectos jurídicos del método sistemático ante el uso de documentos jurídicos no vinculantes para el Estado, o la obediencia a interpretaciones sobrevenidas de órganos internacionales.

Se asiste, por tanto, a una patente atenuación de las interpretaciones sistemáticas para dar paso a fijar el contenido de la normas de Derechos Fundamentales en base a interpretaciones de los órganos internacionales y en Tratados Internacionales de Derechos Humanos, porque aquí no se trata de una interpretación en conjunto de normas constitucionales del mismo rango, sino que la situación consiste en concretar el contenido de los Derechos Fundamentales tomando como referencia normas jurídicas internacionales *con otro rango jerárquico* y que no cuentan con la calidad jurídica de ser “*Derechos Fundamentales*”. En este sentido, no podemos tachar a la interpretación de sistemática.

De esta manera, por una parte se puede entrever la aceptación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para la concreción de los Derechos Fundamentales, y de otra, se constata, que esta no cabe dentro de los parámetros de una interpretación sistemática.

#### 4.3. Interpretación histórica

Desde Savigny la interpretación histórica consiste en investigar cómo una cuestión especial ha sido contestada de modo distinto en diversas épocas de la legislación, pero se debe tomar el sistema en su totalidad y considerarlo como progresivo<sup>396</sup>. Así las

---

<sup>396</sup> SAVIGNY, F; *Metodología Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979, pp. 30 y 31.

cosas, el método histórico puede ser estudiado desde la perspectiva subjetiva y objetiva. La primera, busca encontrar la voluntad del legislador o del constituyente. La segunda, intenta captar el sentido originario de los constituyentes a partir de una <<suposición sobre lo que debería ser una intención racional o razonable<sup>397</sup>>> muchas ocasiones, con una especie de rastreo evolutivo para comprender el sentido que actualmente se le debe atribuir y llenar lagunas constitucionales o legales. Ahora bien, la importancia de una investigación histórica según Díez – Picazo es conocer el conjunto de circunstancias dentro de las cuales nació una ley o el matiz político o social que tuvo en su origen<sup>398</sup>.

El fin esencial del método histórico, es desvelar el significado del enunciado normativo a través de los orígenes del precepto, la tradición jurídica y las construcciones doctrinales sobre la institución o figura jurídica.

Como bien lo indica Pérez Álvarez, <<permite corroborar un cierto entendimiento de una norma, o resolver –desde la consideración de los orígenes del precepto o de la figura de que se trata- las dudas que pudiera plantear su literalidad<sup>399</sup>>>.

Es preciso subrayar, que el método histórico encuentra su límite en la literalidad del enunciado normativo, o el sentido gramatical del precepto que por su misma estructura lingüística legitima la intervención del intérprete quien a través de otorgarle sentido resuelve los problemas que puede suscitar la ambigüedad o indeterminación. Más en ningún caso, éste método justifica que se hagan interpretaciones fuera del margen de la ley, ni que supere o corrija el significado de la norma usurpando la labor del legislador.

---

<sup>397</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 69.

<sup>398</sup> DÍEZ - PICAZO, L.; *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 248.

<sup>399</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 157.

Centrando el uso de este método en la interpretación Constitucional se constata que los debates parlamentarios son el instrumento jurídico para intentar extraer la intención de los constituyentes, y fijar el sentido de los preceptos constitucionales, dando lugar a la corriente denominada “*originalismo*”<sup>400</sup>. No obstante, la historia del ordenamiento jurídico, y la historia política contribuyen a detectar el espíritu que persigue o la finalidad fijada por el Constituyente al momento de redactar los preceptos constitucionales, para intentar indagar la tendencia del ordenamiento jurídico en general, a través de las materias que el constituyente estableció como constitucionales<sup>401</sup>. Así pues, el método no puede identificarse con los debates parlamentarios, que por otro lado parece ser la tendencia por los autores que se han ocupado de la interpretación constitucional<sup>402</sup>.

Los argumentos históricos para la interpretación de los Derechos Fundamentales, se componen de hechos referentes a la historia del proceso constituyente, del problema histórico discutido para el reconocimiento jurídico de estos Derechos, del proceso de creación del texto, en otras palabras, se tiene en cuenta la vida del país, la historia y los debates de los constituyentes, cada elemento, como bien indica Robert Alexy, aporta razones a favor o en contra de una interpretación que permita concluir premisas normativas referentes al problema interpretativo<sup>403</sup>.

---

<sup>400</sup> Se entiende por *originalismo* la corriente interpretativa que proporciona una especial relevancia al momento constituyente. La intención de los constituyentes (*framers* en la terminología hoy clásica en la historia norteamericana) es la segunda fuente más ligada al texto por el fácil argumento de que aclara a aquel, gozando, por ende, de la legitimidad de la Constitución y de su ratificación popular. ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 138.

<sup>401</sup> Para Alonso García la historia que hace el Tribunal Constitucional debe, por tanto, ser objeto de un doble análisis: 1º el contraste del dato histórico, y 2º el contraste de su valoración. En el primero, la historia es fuente objetiva; en el segundo, son aplicables, todos los instrumentos de contraste de la jurisprudencia de los valores a los que remitimos. ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 157.

<sup>402</sup> En este sentido, EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 357. El Tribunal Constitucional Español en la sentencia número 5/1981 consideró que los debates parlamentarios <<son un importante elemento de interpretación aunque no la determinen>>.

<sup>403</sup> ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 230.



En la práctica el método histórico, se usa conforme a la teoría de la ideología de la interpretación legal estática o dinámica. La estática, se basa en valores de certeza, estabilidad y predictibilidad, y la dinámica busca la adaptación del derecho a las necesidades actuales<sup>404</sup>. La ideología dinámica, es el fundamento del método histórico – evolutivo. Siguiendo de forma abreviada la exposición de Degni, este método parte del concepto de ley asumido por la escuela histórica, y que supone considerarla, no como emanación de la voluntad de legislador, sino como un producto sociológico, el fin que se persigue es adaptar la ley a las variaciones históricas, según las exigencias y necesidades sociales. En este tenor, Pérez Álvarez dice que: <<no es la vida social la que debe plegarse a los principios y a la teoría jurídica, sino que son éstos quienes deben adaptarse a los hechos y a las exigencias de la vida<sup>405</sup>>>.

La primera forma, en que el Tribunal Constitucional Español utiliza el argumento histórico con fines interpretativos es la estática, es decir apela a la intención tradicional del legislador o el constituyente, para despejar la duda acerca del significado del enunciado normativo. Es preciso distinguir dentro de este uso estático del argumento histórico dos supuestos diferentes:

a) Cuando el Tribunal Constitucional Español, justifica una interpretación en base a que esa ha sido tradicionalmente la forma de entender determinada institución; y

b) Cuando al Tribunal Constitucional Español se le plantean dudas acerca de la finalidad que históricamente ha sido perseguida por las diversas regulaciones sobre la materia objeto de interpretación, es decir, resuelve la interpretación a través de analizar

---

<sup>404</sup>. WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 69 y 70.

<sup>405</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 38.

la finalidad histórica de la norma establecida por el Constituyente, y ésta sirve de pauta interpretativa para la actual regulación<sup>406</sup>.

La aplicación radical de la ideología estática puede llevar a catalogar la interpretación como un descubrimiento, sin adaptabilidad y disminuir su eficacia para los casos prácticos. En cuanto a las normas de Derecho Fundamental, debemos resaltar que su estructura lingüística reclama ser completada o rellenada, ello permite que a través del proceso interpretativo se determine su contenido, e inclusive a través de la operación hermenéutica se adapte dicho contenido a las condiciones sociales actuales sin necesidad de reformar el texto fundamental<sup>407</sup>. Así las cosas, la ideología estática parase ser, no responde a estas necesidades.

La otra tendencia en la práctica del Tribunal Constitucional Español, es el uso de la ideología dinámica para el método histórico que se justifica por los cambios constantes de la regulación del enunciado normativo, o simplemente por el cambio de circunstancias que se pretenden regular o resolver. Hay un contraste entre la situación actual y la precedente pero se obtiene una directiva interpretativa para dar significado a la regla actual<sup>408</sup>.

En el primer caso, el tribunal estudia el proceso histórico de la evolución del enunciado para llegar a determinar la interpretación actual para el caso en concreto. En esta hipótesis, la historia sirve, como bien expresa Ezquiaga Ganuzas, <<para resolver las

---

<sup>406</sup> Sobre las formas de aplicar el método histórico con visión estática del Tribunal Constitucional Español véase EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 345.

<sup>407</sup> Así con frecuencia, solo mediante una formulación deliberadamente vaga es posible que los derechos fundamentales se adopten a la cambiante realidad social y al pluralismo ideológico, sin necesidad de reabrir constantemente el debate sobre los valores básicos en que se apoya la democracia constitucional. DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p 42.

<sup>408</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 347.

*dudas interpretativas, por poner de manifiesto una tendencia en la que la regla actual está inmersa*<sup>409</sup>>>.

En el segundo caso, la situación no es igual a la que pretendía regular el enunciado normativo, por lo tanto, se realiza una comparación de la norma a interpretar con la regulación anterior y se atribuye el significado que podría ser una innovación textual al sustraer el enunciado de su entendimiento tradicional. Esta manera de operar, se visualiza en los Derechos Fundamentales cuyo ejercicio se torna distinto a causa de los avances tecnológicos y ante el marco de varias posibilidades a las que da pie la norma constitucional, en fin esta manera de operar engloba al método histórico – evolutivo.

Ha de observarse que hay una tendencia a interpretar las normas de los Derechos Fundamentales a través del método *histórico – evolutivo*, es decir se atiende la voluntad del constituyente pero intentando adaptar el enunciado normativo a las necesidades actuales.

En todo caso compartimos el criterio de Degni, que reitera que la interpretación debe partir siempre de la norma jurídica que se trata de interpretar y, al fin de garantizar la certeza y estabilidad del ordenamiento jurídico, es preciso que las condiciones sociales a tener en cuenta tengan un reconocimiento -al menos indirecto o en germen- en la ley. Queda por tanto muy claro, que el marco de la interpretación es el enunciado normativo que se interpretará conforme a la *ocassio constitucional* pero intentando que responda a las condiciones actuales.

A simple vista parece que el argumento histórico – evolutivo de los Derechos Fundamentales es razonable, no obstante, la indeterminación de los derechos requiere una concreción constante y bajo este panorama queda por resolver:

---

<sup>409</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 347.

¿Cuáles son los parámetros con los que decide el intérprete las exigencias o necesidades actuales para hacer operativo un derecho que por su sentido gramatical es abierto?

El límite literal, se difumina cuando se trata de normas abiertas, pues las posibilidades jurídicas son varias y corren el riesgo de vaciar el contenido de la norma constitucional. Por ello, defendemos la idea de acudir a los criterios compartidos por la comunidad internacional a efecto de que la interpretación de las normas que responden a los valores de la dignidad humana no quede al arbitrio de criterios netamente domésticos.

En conjunto, podríamos constatar que los antecedentes históricos sirven para reforzar el funcionamiento de la norma Constitucional, como un sistema de normas que busca ser coherente con los valores que expresa y, en este afán puede que la importancia del método histórico en su molde estático, (es decir, cuando se intenta buscar la concepción del legislados o del constituyente), se ve atenuado, ya que sin dejar de ser indispensable para lograr una interpretación razonable lo que se busca es la operatividad de las normas constitucionales y la defensa de los valores que la nutren dentro del Estado Constitucional<sup>410</sup>.

## **5. El espíritu y finalidad de las normas como objeto de la Interpretación**

Este criterio interpretativo, consiste en determinar la *ratio de la norma*, para discernir las ideas fundamentales de su regulación, optando por defender su espíritu antes que

---

<sup>410</sup> Creemos que a razón de estos argumentos se deriva el hecho de que los antecedentes históricos dejen de tener el valor que usualmente tienen en la interpretación de la ley, así lo refiere Alonso García, llegando a asegurar que ni siquiera en las cláusulas de la Constitución que apelan directamente al contenido de derechos históricos, como ocurre con el reconocimiento, en el marco de la Constitución y Estatutos de Autonomía, de los derechos históricos de los territorios forales de Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya y Avala, es determinante el examen histórico pero, resulta de uso absolutamente inevitable y primordial en la interpretación constitucional. ALONSO GARCÍA, E.; “La Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p. 188.

limitar la interpretación al tenor literal. El Derecho Español en el artículo 3.1 del Código Civil<sup>411</sup>, regula el canon de interpretación a través de indagar la *ratio legis*. Este precepto responde a la idea de atender en la tarea hermenéutica, de modo objetivo y comprensivo, la esencia o razón de la ley <<espíritu>>, y el fin perseguido por la norma <<finalidad>>. Es decir, como apunta Pérez Álvarez, se trataría de aunar a la norma, el significado y ámbito que resultan de indagar el <<por qué>> y el <<para qué>> del mandato que contiene, antes que el significado y ámbito que se coligen de su mera consideración literal<sup>412</sup>.

La impresión del artículo 3.1 del Código Civil, para algunos autores, entre los que se encuentra el profesor de Castro, supone rechazar la configuración del fin de la norma como mero canon hermenéutico, y declinarse por la tesis de que el examen del fin y del espíritu de la norma es en realidad el objeto de la interpretación y no un elemento de la labor hermenéutica.

Este método se ha convertido en un elemento insoslayable para lograr una interpretación razonable, porque la decisión tiene que ser coherente con el fin y espíritu de la norma además de constituir el significado más adecuado para alcanzar ese fin. Los dos componentes de una interpretación basada en la finalidad y espíritu de la norma son: por un lado, que la decisión interpretativa busque dar respuesta al por qué y para qué de la existencia de la norma y, por el otro, buscar que esa interpretación sea un medio que favorezca su cumplimiento.

---

<sup>411</sup> No obstante, en España a partir de los años sesenta en sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, se va consolidando de forma expresa un criterio interpretativo de carácter general que supone optar sin ambages por la prioridad del espíritu de la ley, y sin que dicha pauta interpretativa se condicione ya a la falta de claridad del texto legal. En dicho ámbito el Tribunal Supremo recha de forma expresa lo que se califica como método <<gramatical o literal>> y, optando por el método <<lógico o espiritual>>, asume la declaración según la cual <<sobre la letra de la ley debe prevalecer siempre el espíritu de la misma. Véase PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 29.

<sup>412</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 73.

La manera de formular el argumento teleológico, puede ser de cuatro formas, según Ezquiaga Ganuzas:

- a) Desentrañando el fin concreto del precepto;
- b) Concretando el fin general de la materia o institución regulada;
- c) Determinando el fin genérico del derecho, y;
- d) Tener presente los fines de la sociedad en la que el precepto va a ser aplicado<sup>413</sup>.

En conjunto, las posibles hipótesis para la aplicación de la finalidad y espíritu de la norma como objeto de la interpretación son:

1. Se emplea como argumento de refuerzo para aceptar el significado de la norma que resulta de su consideración literal.
2. Para fijar la prevalencia del espíritu y la finalidad de la norma cuanto existe contradicción entre estos elementos y la letra de la ley.
3. Para solventar la vaguedad o ambigüedad del precepto que se trata de interpretar, ya que buscar la *razón legis* contribuye a fijar posibles contenidos.

---

<sup>413</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, pp. 369 y 370.

4. Para optar entre los posibles significados de la literalidad de la norma por el que, mejor, se acomode a su espíritu y finalidad.

5. Que el objeto de la interpretación responda a la búsqueda de la *mens legis*, que prima respecto de la *mens legislatoris*<sup>414</sup>.

Para enfocar la aplicación de este método en la interpretación de la Constitución, sostenemos que una vez más presenta aspectos disimiles, porque la *normgrund* en primer lugar, no pretende organizar y dirigir la vida del Estado en una única dirección y hacia ciertos objetivos, y en segundo lugar, porque la Constitución contiene disposiciones finalistas y cargadas de valores ideológicos, que indican los comportamientos que los órganos y entes públicos deben adoptar para la consecución de fines concretos, esto es, las normas constitucionales constituyen lo que Kelsen denominó un marco en el que puede darse varias posibilidades.

La orientación de la interpretación constitucional no puede apartarse de la razón de ser de su existencia como norma configuradora de los elementos esenciales del Estado, no debe perder de vista el espíritu que guió a los constituyentes para fijar las materias constitucionales y los valores que buscaron garantizar a efecto de conformar un Estado democrático. En efecto, en determinadas decisiones el Tribunal Constitucional indaga la finalidad de un texto para establecer su conformidad o no con la Constitución<sup>415</sup>.

Por lo que se refiere a la interpretación de los Derechos Fundamentales, a la luz de este método, es pertinente tener claro que las normas que enuncian un derecho son la expresión jurídica de la tutela de un valor de la dignidad humana y que debe hallar en la interpretación un contenido que se adapte a la finalidad que persigue su protección. Así

---

<sup>414</sup> Sobre la práctica jurisprudencial que optar por la prevalencia del espíritu y la finalidad de la norma, PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 118.

<sup>415</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 111/1983 de 2 de Diciembre.

como a la esencia de su existencia dentro del ordenamiento jurídico, y por último, debe ser operativo al caso en concreto. Por eso, al ocuparse de la interpretación de los Derechos Fundamentales, el canon del espíritu y finalidad de las normas se reafirma como fundamento último de la interpretación, pues ninguna interpretación en relación a estas normas puede eludir la *ratio de los Derechos Fundamentales*.

La impresión es que la realidad, impone la necesidad de no caer en interpretaciones irracionales sobre los Derechos Fundamentales, que lejos de alimentar el fin y espíritu impidan su ejercicio ante el mundo jurídico de posibilidades que abre su estructura normativa. Luego entonces, en materia de Derechos Fundamentales, se puede acudir a otros documentos para poder definir cuál es la razón de ser de su existencia.

## **6. Métodos *ad hoc* para la interpretación de los Derechos Fundamentales**

El fundamento de la existencia de los métodos *ad hoc* para la interpretación de los Derechos Fundamentales radica en dos razones:

1. En la estructura lingüística de principio de los Derechos Fundamentales, que exige una operación de concreción para determinar sus límites y alcances en relación con otras normas, y para hacerlos operativos al caso en concreto.
2. En la función que tienen estas normas dentro del ordenamiento constitucional, como normas reguladoras de los valores protectores de la dignidad humana, y como límites a la potestad estatal, que hacen necesario contar con interpretaciones que las haga directamente efectivas.

La preocupación doctrinal de los últimos años se centra en encontrar guías orientativas para los intérpretes a efecto de alcanzar interpretaciones que hagan efectivos y no



ilusorios estos derechos. Así mismo, que su indeterminación no dé lugar a la fijación del contenido de manera arbitraria o incluso que se usurpe la labor constituyente, a través de la labor interpretativa.

Bajo esta visión, la doctrina apunta a tesis como las siguientes: <<resulta imposible comprender de forma específica la hermenéutica constitucional con los medios de la metodología, muy desarrollada, del Derecho civil y del penal<sup>416</sup>>>. Para Peter Häberle, dentro de los nuevos planteamientos de la Teoría Constitucional se encuentre el diseño de nuevos objetivos y métodos de la interpretación con diferentes participantes para determinar a las normas constitucionales, pero especialmente a los Derechos Fundamentales<sup>417</sup>.

Nosotros sostenemos que son necesarias tres condiciones para colmar los requerimientos de una interpretación razonable de los Derechos Fundamentales:

1. Por un lado, una operación hermenéutica de concreción para determinar el contenido de las normas, aplicarlas al caso en concreto y resolver los conflictos entre un derecho y otro.
2. Por el otro, criterios interpretativos que respondan a las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales, a efecto de que las decisiones estén sometidas a reglas y por tanto, el modo de interpretar y razonar no esté en libre disposición del intérprete.
3. Como consecuencia de las dos anteriores, se obtienen argumentos para una fundamentación coherente con el sistema jurídico vigente.

---

<sup>416</sup> FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 118.

<sup>417</sup> VID. HÄBERLE, P.; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999, p. 42.

La transformación de la operación hermenéutica para la interpretación constitucional, es resultado del cambio del objeto a interpretar (de Ley a Constitución)<sup>418</sup>, lo que no altera los criterios interpretativos, sino a la operación en sí misma, porque tiene como base la morfología de la norma objeto de interpretación. En este sentido, la naturaleza *abstracta e indeterminada* de los enunciados normativos de los Derechos Fundamentales, requiere una operación de concreción para definir su contenido y pueda ser apta para resolver casos concretos.

Pues, bien, estamos de acuerdo que la concreción no modifica los criterios interpretativos tradicionales, pero, si acarrea dos consecuencias que hacen necesario contar con criterios *ad hoc* para la interpretación de estas normas. Estos aspectos son:

1. Se puede concretizar en formas muy diferentes y alternativas, de tal forma, que como bien indica Guastini, la operación es netamente discrecional por dos razones. En primer lugar, el razonamiento mediante el cual los intérpretes obtienen una regla a partir de un principio, no puede ser un razonamiento deductivo cuya única premisa es el principio en cuestión. En segundo lugar, en la mayor parte de los casos, los principios constitucionales se formulan mediante expresiones que evocan valores morales y/o políticos<sup>419</sup>.

2. La concreción, implica resolver los conflictos que se suscitan en la aplicación de los Derechos Fundamentales, que no pueden resolverse utilizando criterios de solución estándar de los conflictos.

---

<sup>418</sup> En el mismo sentido se expresa, ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 36.

<sup>419</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 38.

Una primera vía de solución, para la interpretación de las normas de los Derechos Fundamentales, consiste en la relación de dependencia entre su concreción y las teorías de los Derechos Fundamentales<sup>420</sup>, dando lugar, a una especie de marco interpretativo. Las teorías de los Derechos Fundamentales, toman como punto de referencia una determinada concepción del Estado y/o en una determinada teoría de la Constitución en relación a los Derechos Fundamentales. Böckenförde expone cinco diferentes teorías:

1. La teoría liberal (del Estado de derecho burgués) de los Derechos Fundamentales;
2. La teoría institucional de los Derechos Fundamentales;
3. La teoría axiológica de los Derechos Fundamentales;
4. La teoría democrático – funcional de los Derechos Fundamentales;
5. La teoría de los Derechos Fundamentales del Estado social<sup>421</sup>.

Por regla general las teorías son usadas indistintamente en las interpretaciones de los Derechos Fundamentales, y su función radica en orientar la operación hermenéutica para que responda con la concepción general de la norma Constitucional y los Derechos Fundamentales. Queda por tanto, claro el marco interpretativo que conforman las teorías de los Derechos Fundamentales a fin de que las interpretaciones no se reduzcan a un conjunto de técnicas jurídicas desavenidas con el espíritu y razón de ser de la existencia

---

<sup>420</sup> Una teoría es concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 45.

<sup>421</sup> Para una mayor explicación de cada una de las teorías véase, BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, pp. 51 y ss.

de estas normas. No obstante, siguen existiendo las carencias para lograr una interpretación alejada de criterios discrecionales, y que logren contenidos coherentes con la razón de ser de estas normas.

Es entonces, evidente que conforme a los dos rasgos anteriormente delineados es necesario contar con criterios que mitiguen la arbitrariedad del intérprete, y que resuelvan los conflictos para la aplicación de estas normas. La respuesta por la doctrina a estas exigencias ha sido por una parte, la conexión de varios enunciados normativos mediante la creación de <<principios superiores<sup>422</sup>>>, <<principios con función interpretativa<sup>423</sup>>>, <<función de las argumentaciones de principios<sup>424</sup>>>, <<principios que inciden en el marco del razonamiento interpretativo, porque suponen directrices, pautas o guide – lines fundamentales que orientan la labor del intérprete>><sup>425</sup>.

Por otra parte, se usa la técnica de la ponderación para hallar un punto de equilibrio entre las normas en conflicto.

Estas tres vías de solución constituyen criterios jurídicos idóneos para la interpretación de los Derechos Fundamentales, pero creemos que aún no socaban el *decisionismo* que origina la interpretación, ante la estructura normativa de los derechos que abre posibilidades jurídicas infinitas y que los principios por sí mismos son incapaces de solventar, considerando que ellos también son abstracciones de los operadores jurídicos.

---

<sup>422</sup> Para Alonso García a través de los principios se hacen coherentes varios de los enunciados normativos o una concretización de los más ambiguos o generales en otros de alcance más concreto, pero a la vez más operativo. ALONSO GARCÍA, E.; “La Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p. 186.

<sup>423</sup> PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 262.

<sup>424</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 163.

<sup>425</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 121.

De ahí, que en la práctica los órganos encargados de la interpretación oficial de estas normas revisen el derecho extranjero para buscar soluciones, a través del método comparativo, o echen mano de documentos jurídicos internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico para fijar el contenido de la norma a través de un proceso de integración<sup>426</sup>.

Como dijimos, un criterio interpretativo es un lineamiento que orienta la interpretación con el fin de ayudar a dotar de significado a la norma de manera coherente con el sistema jurídico vigente; en este tenor, es bien sabido, que en la práctica los tratados internacionales de Derechos Humanos son usados para fijar el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales. Desde esta perspectiva, el uso de los tratados internacionales, cumple con la función principal de un criterio.

El empleo de los tratados internacionales cuenta con el parámetro de razonabilidad derivado del consenso internacional en relación a la expresión jurídica de los Derechos Humanos, y sustrae la interpretación de los Derechos Fundamentales de los criterios netamente domésticos.

Para concluir, queremos hacer notar que los criterios seguidos hasta el momento son pautas que orientan de manera debida la interpretación de los Derechos Fundamentales, incluso nuestra labor se limita a probar que junto a estas vías interpretativas en la *praxis jurídica* se ha procreado un nuevo criterio interpretativo que contribuye a fijar el sentido del enunciado normativo de los Derechos Fundamentales a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

### 6.1. Juicio de ponderación

---

<sup>426</sup> Este proceso de integración es respecto a cualesquiera textos concretos de ese Derecho positivo, HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 68.

La ponderación o ponderación de bienes <<*Güterabwägung*>>, es una técnica de interpretación que se usa para resolver los conflictos que existen entre las normas de los Derechos Fundamentales definiendo las razones a favor de un principio u otro, una especie de delimitación de una normas frente a otras, buscando el equilibrio apropiado para cada caso concreto. Su fundamento radica, según autores como Robert Alexy y Peter Häberle, en que si los Derechos Fundamentales se integran recíprocamente formando un sistema unitario, se configuran como componentes del conjunto constitucional, y están en una relación de recíproco condicionamiento con otros bienes jurídicos constitucionales; de ello se deduce que hay que determinar su contenido y sus límites en atención a los otros bienes jurídicos reconocidos en ellos<sup>427</sup>.

El cometido de la ponderación consiste en resolver el conflicto entre los distintos valores o intereses que pueden incidir en un mismo supuesto<sup>428</sup>. De tal suerte, que como primer aspecto, debemos enumerar las características del conflicto normativo, siguiendo a Guastini, indicamos cuatro características:

- a) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que (normalmente) han sido emitidas en el mismo momento.
- b) En segundo lugar, se trata de un conflicto entre normas que tienen el mismo estatus formal, la misma posición de las fuentes del derecho.
- c) En tercer lugar, se trata de un conflicto concreto, es decir depende de lo que sucede en el mundo.

---

<sup>427</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 33.

<sup>428</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 100.

d) En cuarto lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral, es decir que dos clases de supuestos se crucen, de manera que sólo algunos supuestos regulados por una norma coincidan con algunos, pero sólo algunos, de los supuestos regulados (incompatiblemente) por otra norma<sup>429</sup>.

En resumen, dos son los supuestos para la aplicación de la ponderación:

1. La igualdad de las normas en conflicto porque si existiera un orden jerárquico que se pudiera deducir del propio documento normativo, la antinomia podría resolverse de acuerdo con el criterio jerárquico<sup>430</sup>. Robert Alexy apunta la siguiente regla: <<Ningún de los intereses merece la precedencia frente al otro<sup>431</sup>>>.

2. La delimitación de las normas frente a otras se desenvuelve dentro de un caso en concreto, y se enfoca a la solución de un conflicto.

El juicio de ponderación, se ha convertido en el método por excelencia para resolver los conflictos entre las normas de Derechos Fundamentales<sup>432</sup>, porque contribuye a definir el alcance en cada caso concreto llegando a reglas para la delimitación de una norma frente a otra, que no pueden ser resueltas a través de criterios estándares.

---

<sup>429</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, pp. 87 y 88.

<sup>430</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 189.

<sup>431</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 73.

<sup>432</sup> Prieto Sanchís afirma que a su juicio, la idea del mandato de optimización representa más bien una técnica argumentativa que puede ser útil en la aplicación de cualquier estándar normativo, ya sea una regla o un principio, cuando entra en colisión con otra estándar. PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 48.

No obstante, la ponderación ha sido calificada desde dos aristas totalmente contrarias, por un lado, <<como un equilibrio y ordenación conjunta<sup>433</sup>>>, y por el otro, <<como una jerarquía axiológica móvil<sup>434</sup>>>. Los argumentos de la primera posición sostienen que la ponderación intenta ser un método para la fundamentación del enunciado de preferencia referido al caso concreto, un auxilio para poder resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía, cuya regla constituida pueda formularse así: <<Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro>><sup>435</sup>.

Mientras que los argumentos de la segunda posición, radican en renunciar en calificar a la ponderación como una conciliación, no consiste en poner de acuerdo a los dos principios en conflicto, o en encontrar un punto de equilibrio entre ellos, sino uno de los principios se aplica, el otro es decididamente descartado<sup>436</sup>.

El juicio de ponderación, implica *optimizar razonablemente* las normas en conflicto buscando su aplicación en la medida de lo posible, y no da lugar a la operación de subsunción. Para Prieto Sanchís, los principios como mandatos de optimización resultan muy fecundos para mostrar el carácter de la interpretación, sobre todo de la interpretación constitucional, donde muchas veces se realiza un juicio de optimización más que deducción estricta en el sentido, de que lo exigido no es el cumplimiento exacto de algún objetivo o directriz, sino su cumplimiento razonable a la vista de las

---

<sup>433</sup> Entre los autores que sostienen esta postura están, HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 40. PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 76.

<sup>434</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 88.

<sup>435</sup> VID. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 76.

<sup>436</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 89.



circunstancias jurídicas y de hecho, esto es, se acepta que determinados estándares jurídicos puedan satisfacerse o frustrarse en medidas distintas<sup>437</sup>.

Sólo cabría denominar como *jerarquía axiológica móvil* al resultado final del juicio de optimización, cuando el intérprete se ha declinado por satisfacer un principio en detrimento de otro, de tal manera que se configura un paso intermedio entre la declaración de relevancia de dos normas en conflicto para regular *prima facie* un cierto caso, y la construcción de una regla para regular en definitiva casos iguales, y que puede llegar a generalizarse de tal manera que haga innecesaria la ponderación<sup>438</sup>. Sin embargo, la ponderación, está sujeta a cambiar esa jerarquía de allí que sea móvil o más bien *dúctil*.

El uso de esta técnica para la solución de los conflictos entre las normas de los Derechos Fundamentales implica efectuar un <<*juicio de valor comparativo*>>, o un <<*juicio de optimización*>> que opera de la siguiente manera:

La norma **X** se debe cumplir en la medida y dentro de las posibilidades, en detrimento de la norma **Y**, siempre que concurren ciertas circunstancias y para lograr una finalidad legítima.

La medida debe ser la menos gravosa dentro del marco de posibilidades que brinda el texto constitucional. En este tenor, los parámetros bajo los cuales opera el juicio de ponderación, constituyen tres principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Robert Alexy considera que el principio de proporcionalidad encierra los tres *subprincipios*: idoneidad, necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto<sup>439</sup>, los principios pueden ser definidos de la siguiente forma:

---

<sup>437</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 45.

<sup>438</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 194.

**Principio de Idoneidad**, el juicio de ponderación requiere la aptitud o adecuación de la medida objeto de este enjuiciamiento, en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada, esto es, la actuación que afecte a un principio o derecho constitucional ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece.

**Principio de Necesidad**, con este principio quiere acreditarse que no existe otra medida que obteniendo en términos semejantes la finalidad perseguida, resulte menos gravosa o restrictiva.

**Principio de proporcionalidad**, este principio busca acreditar que existe un equilibrio entre la conducta de un particular en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo, y los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Peter Häberle menciona que la cuestión de la proporcionalidad surge sólo cuando una ponderación de bienes ha tenido lugar, el principio de ponderación exige que los medios aplicados para lograr el fin a que se aspira sean apropiados<sup>440</sup>.

Desde nuestra perspectiva, del juicio de ponderación, se deducen dos aspectos positivos. El primero, tiene conexión con la apertura constitucional que a través de su interpretación presenta diferentes y heterogéneas ideas del ordenamiento<sup>441</sup>. La sentencia del Tribunal Constitucional Español número 11/1981 reafirma tal argumento, cuando sostiene que la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente

---

<sup>439</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 91.

<sup>440</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 67.

<sup>441</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 68.

amplio para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferentes signos. El segundo, consiste en que es una técnica que intenta responder a las características de las normas de los Derechos Fundamentales, tomando en cuenta, su estructura de principio.

En fin, es preciso subrayar que la ponderación trae consigo un poder discrecional del intérprete pues éste debe elegir la medida del cumplimiento del principio en detrimento de otro, y a la luz de nuevas circunstancias podrá cambiar la medida. Además la ponderación, no es un criterio que contribuya a fijar el sentido del texto, sino que su función es solucionar los conflictos de las normas, para tal fin, el intérprete emite juicios de valor que ya no son controlables por el juicio de ponderación. No existen parámetros de corrección para la técnica de ponderación, no obstante se han propuesto tres exigencias:

- a) Se lleve a cabo un cuidadoso análisis de las características del caso en concreto, tanto en aspectos fácticos y jurídicos.
  
- b) Se debe establecer cuál de los dos principios es más digno de protección, para el caso en concreto, así se debe determinar el grado en que cada uno de los valores en colisión se ve afectado.
  
- c) Debe recordarse que la técnica de la ponderación no da respuestas en términos de sí o no, sino de más o menos<sup>442</sup>.

Lo que sí es una realidad, es que el pensamiento de los tribunales, está orientado para acudir al derecho extranjero, a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para hallar soluciones que permitan fijar el sentido de los Derechos Fundamentales ante la

---

<sup>442</sup> Sobre tales parámetros, LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 53.

apertura de sus términos, e incluso busca sustentar la ponderación a efecto de determinar qué derecho es más digno de protección ante el caso en concreto, analizando las decisiones de otros Tribunales Constitucionales y de organismos internacionales<sup>443</sup>.

## 6.2. Método comparativo

Este método es considerado el <<quinto método de interpretación>> (*fünfte Auslegungsmethode*), y viene a completar los cuatro métodos expuestos por Savigny, de tal suerte, que la comparación jurídica aparece así como: <<la “clave común europea”, como el método de elaboración del contexto europeo por excelencia>>, <<metodológicamente, el afianzamiento del Derecho Comparado a nivel de Derecho constitucional que puede considerarse el quinto método exegético y vehículo de perspectiva *eurocomún*>><sup>444</sup>, <<el método que otorga apertura al exterior de los textos constitucionales para indagar el sentido de los derechos fundamentales propios de toda Constitución>><sup>445</sup>.

Con estas afirmaciones, salta a la vista que este método es catalogado *ad hoc para la interpretación constitucional*, por su *carácter universal* y la apertura que otorga al intérprete para hallar en ordenamientos jurídico externos orientaciones que ayuden a fijar el sentido de las normas constitucionales.

No obstante, sin desatender las afirmaciones anteriores, me sumo a las reflexiones hechas por Vergottini, en relación a discernir entre la invocación del Derecho extranjero

<sup>443</sup> El Tribunal Constitucional Español en la sentencia número 136/1999 de 20 de julio, hace mención expresa de la regulación penal para las conductas de colaboración con o favorecimiento de bandas armadas en la legislación penal de los países del entorno jurídico y socio-cultural, con ocasión de ponderar entre la tutela de la libertad de expresión y la tutela del bien de la seguridad.

<sup>444</sup> HÄBERLE, P.; “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 22.

<sup>445</sup> RODRÍGUEZ, A.; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 289.

y la comparación, pues para él, el método comparativo, no debe reducirse a la cita del derecho de otros que no incide en la decisión interpretativa, sino en sentido estricto el concepto de comparación debe reservarse a los casos en que resulte que el juzgador se haya basado en el contraste crítico comparativo para extraer del contraste el principio jurídico sobre el que basar la decisión<sup>446</sup>. Para García Roca, la verdadera comparación es un proceso argumental, valorativo o decisorio, normalmente realizado de forma explícita y, basado en la discusión, de tal manera que sólo cumpliendo estos apotegmas, podría sumarse a los criterios de interpretación clásicos que manejamos desde Savigny<sup>447</sup>.

Es decir, el juicio comparativo implica una operación de aprendizaje entre enunciados normativos que pertenecen a ordenamientos jurídicos diferentes, cuyo fin es sustentar la decisión para el caso concreto y ulteriores asuntos. Conviene señalar que Häberle considera a este método como el medio para conseguir lo afin y desigual, no tan sólo ayuda a conocer los sistemas jurídicos ajenos, sino a comprender mejor el propio.

Así la argumentación comparativa encierra, desde el punto de vista de Ezquiaga Ganuzas, un significado del enunciado dado por el significado que posee otro enunciado normativo que regula la misma materia, pero que pertenece a un ordenamiento jurídico distinto<sup>448</sup>. Podemos afirmar, entonces, que el argumento comparativo se integra a través de un proceso de contraste que efectúa el intérprete sobre el derecho positivo de otros ordenamientos jurídicos que otorga contenidos explícitos y razonables a la interpretación del enunciado normativo del Derecho interno. De tal suerte, que los contenidos hallados en los ordenamientos jurídicos externos constituyen según la doctrina: *variables cognitivas* que se suman a la generalidad de los elementos fácticos que deben ser considerados (ambientales, sociales, históricos, y, por tanto, también

---

<sup>446</sup> DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 216.

<sup>447</sup> GARCÍA ROCA, J.; Prólogo en *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Pamplona, 2010, pp. 28 y 29.

<sup>448</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 325.

jurídicos de naturaleza normativa, jurisprudencial y doctrinal de procedencia externa)<sup>449</sup>, o ser una variable cognitiva que se sume a la generalidad de elementos de hecho que un buen juzgador debe considerar. De ahí, que uno de los principales atributos de este método, es que el Derecho extranjero no se convierte en fuente normativa que se añada a las fuentes válidas para el juez, quien escoge de manera discrecional el material externo que le es útil para sustentar sus decisiones, llegando incluso a echar mano del denominado *soft law*<sup>450</sup> y de la metodología en el desarrollo del razonamiento jurídico<sup>451</sup>.

En suma, Vergottini menciona que la comparación puede ser calificada de método interpretativo riguroso, sólo si, se basa en un *proceso valorativo y volitivo explícito*, y por tanto contrastable, por parte del sujeto que la lleva a cabo. Las observaciones hechas por Vergottini derivan del estudio de las prácticas de los órganos jurisdiccionales, cuyo comportamiento se engloba dentro de las siguientes hipótesis:

- a) Jueces que rechazan el recurso a fuentes externas al ordenamiento;
  
- b) Jueces que conocen el derecho exterior pero no lo utilizan en sus pronunciamientos;
  
- c) Jueces que simplemente mencionan el derecho exterior<sup>452</sup>.

---

<sup>449</sup> DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 242.

<sup>450</sup> Uno de los síntomas para convertir al Derecho comparado en cultura comparada, es que opere a través del denominado *soft law*, HÄBERLE, P.; “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 22.

<sup>451</sup> Así en, DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 213.

<sup>452</sup> Nos referimos a DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, pp.220 y ss. El Tribunal Constitucional Española ha tenido ocasión de emplear este tipo de argumentación de diversas formas. En primer lugar, se ha referido al derecho comparado o a la legislación extranjera de forma genérica o señalado concretamente el ordenamiento jurídico que utiliza como modelo. Por ejemplo el Tribunal ha mencionado en alguna ocasión la Ley Fundamental de Bonn o la legislación suiza o austriaca en abstracto. EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La*

Las dos primeras posturas siguen el principio de la suficiencia del Derecho interno, y la tercera, califica de Derecho comparado lo que en la realidad es la cita de Derecho extranjero, ya que está lejos de esa discusión de contraste entre contenidos normativos que conlleva la comparación y que permea la *ratio decidendi*<sup>453</sup>. Luego entonces, el juicio comparativo, implica una discusión explícita de los contenidos normativos internos con los contenidos normativos externos.

Por regla general cuando se utilizan materiales externos se exponen los argumentos que forman parte de la *ratio decidendi*, para fundamentar la fijación de sentido del enunciado normativo interno, luego entonces, la decisión es sometida a los procesos jurídicos e incluso políticos de control, es así que, la comparación jurídica debe ser un proceso evidente y razonable a la luz de un ordenamiento jurídico, ya que no debe perderse de vista que la comparación debe ser deducible del texto jurídico a interpretar.

El método comparativo no está exento de caer en el subjetivismo interpretativo, pues da lugar a la discrecionalidad para decidir las fuentes externas sin ningún criterio que oriente tal decisión, en este sentido puede llegarse a descontextualizar el Derecho de otros para encubrir las decisiones arbitrarias del juez. En este sentido, se han hecho propuestas para tener como fundamento de la elección del Derecho extranjero, elementos ideológicos comunes de los ordenamientos o raíces culturales comunes.

Vergottini expone dos parámetros que sirven de orientación para tal elección: en un primer sentido, desde el punto de vista de las raíces histórico – culturales comunes y de sistema legal común, la invocación del Derecho externo y el recurso a la comparación debe ser pertinente. En segundo lugar, la invocación del Derecho externo anima a argumentación en la Justicia Constitucional Española, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 326.

<sup>453</sup> Es indispensable tener presente que la apertura que pueda tener el juez al material extranjero, no implica necesariamente una comparación, para hablar de tal situación, es necesario una operación de contraste entre los materiales normativos y que además incidan en la *ratio decidendi*.

comprobar si los precedentes comparables, se pueden considerar útiles para llegar al pronunciamiento por parte del Tribunal que procede a la comparación. Desde esta perspectiva es, por tanto, evidente, que los jueces son selectivos para utilizar el Derecho extranjero<sup>454</sup>.

En cuanto al uso del Derecho extranjero dentro del discurso del intérprete podemos mencionar diferentes propósitos:

- a) Se utiliza, como forma de suplir lagunas;
- b) Para subsanar obscuridades del texto y resolver casos difíciles;
- c) Como forma de legitimar la actuación de instituciones recién creadas;
- d) Como forma de aumentar la legitimidad de la corte;
- e) Incluso como mero ornamento constitucional<sup>455</sup>.

Al hilo de nuestras reflexiones, creemos que el método comparativo tiene como principal misión contribuir a esclarecer el sentido del enunciado normativo a través de una operación de contraste con fuentes externas, en este sentido los propósitos *a* y *b* coinciden con tal objetivo, el resto actúan como elementos externos de la decisión

---

<sup>454</sup> DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 273.

<sup>455</sup> PINTO BASTOS JUNIOR, L.; “The use of compared constitutional law in constitutional interpretation: new challenges to the constitutional theory”, *Estudios Constitucionales*, 2, 2007, p. 252.



interpretativa sin ninguna contribución para llegar a ésta, por lo tanto son sólo cita del derecho de otros.

Lo cierto es que nadie pone en tela de juicio que los Estados Constitucionales están en un periodo de aprendizaje mutuo, y continuo dando lugar al <<*Estado cooperativo constitucional*>><sup>456</sup>, es decir, Estados que a través del método comparativo buscan soluciones en otros ordenamientos constitucionales, y en documentos jurídicos internacionales, de tal suerte que el uso de este método desemboca en aspectos de sumo interés, que resumo en tres:

El primer aspecto, se centra en considerar al método comparativo, como el método exegético de la *constitucionalización de Europa*, se trata de la unidad cultural de Europa, cuya raigambre forma el substrato del Derecho Constitucional Común Europeo. El argumento radica en que se tacha de un recurso hermenéutico <<universal>><sup>457</sup>, que contribuye a aminorar el margen de apreciación nacional<sup>458</sup>.

El segundo aspecto, deviene del denominado diálogo trasnacional que se ha generado entre los órganos jurisdiccionales internos e internacionales, se habla así de la <<*sociedad abierta de los intérpretes constitucionales*>><sup>459</sup>. El espacio jurídico – público de Europa es impulsado por el TEDH de Estrasburgo, el TJCE de Luxemburgo y también por los Tribunales Constitucionales nacionales que llevan a cabo una tarea, a veces solapada, de comparación jurídica y cuyos representantes realizan cada vez más

---

<sup>456</sup> Término empleado por Peter Häberle en: HÄBERLE, P.; “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 12.

<sup>457</sup> HÄBERLE, P.; “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 23.

<sup>458</sup> En tal sentido, GARCÍA ROCA, J.; “Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos Derechos Fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?”, en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 39.

<sup>459</sup> HÄBERLE, P.; “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 25.

frecuentes intercambios personales<sup>460</sup>, se afirma así que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son los jueces *comparatistas por excelencia*<sup>461</sup>.

El tercer aspecto, la remisión a los tratados internacionales de Derechos Humanos y otros documentos internacionales para la interpretación de los Derechos Fundamentales, de tal manera que artículos como el 10.2 de la Constitución Española se consideran cláusulas que consagran el método comparativo en la materia de los Derechos Fundamentales.

Los tres aspectos tienen tintes claros y oscuros, sobre los que necesitamos reflexionar. Comencemos en el orden indicado, es decir tachar al método comparativo, como el método exegético de la *constitucionalización de Europa, (como de otras regiones del mundo, Latinoamérica, por ejemplo)*, añádase que aquí la comparación podría llegar a aplastar bajo un presunto universalismo las riquezas tradiciones y culturas. En tal caso, nosotros defendemos la premisa de la reciprocidad normativa o una interconexión normativa<sup>462</sup> que plantea la existencia de elementos mínimos consensuados devenidos de la comunidad internacional, pero también de los órganos internos, a través de un reconocimiento mutuo que opera como un sistema de legitimación mutua bajo un principio de concertación<sup>463</sup>, más que de jerarquía o primacía.

Aunque tal vez se ha *sobrevalorado* al método comparativo, ya que desde el punto de vista de Vergottini no se busca un mínimo denominador constitucional, simplemente se

---

<sup>460</sup> HÄBERLE, P; “¿Existe un espacio público europeo?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, 1998, p. 126.

<sup>461</sup> DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 294 y ss.

<sup>462</sup> En el primer capítulo de este trabajo hemos explicado con detenimiento este argumento.

<sup>463</sup> Para un estudio más detallado del <<principio de concertación constitucional>>, léase la obra de CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, 157 pp.

busca la regulación más próxima a la exigencia de solución del problema que se plantea ante el Tribunal, premisa con la que estamos de acuerdo, pues los elementos mínimos que nosotros defendemos quedan fuera del método comparativo.

Con referencia, al *diálogo trasnacional* es pertinente aclarar que no se limita a los tribunales, no obstante, en la función jurisdiccional, es donde tiene más incidencia ese diálogo, tan es así que se efectúa un proceso de integración entre los Estados por vía hermenéutica a través de principios constitucionales <<foráneos>>. Lo cierto es, que los tribunales hacen uso de diversas fuentes del Derecho extranjero para realizar la comparación, llegando incluso a analizar la metodología en el desarrollo del razonamiento jurídico<sup>464</sup>, pero la doctrina jurisprudencial de otros tribunales se efectúa, sin caer a cuenta que no tiene la mínima fuerza normativa en el ordenamiento jurídico interno del intérprete, y que esa doctrina deviene de las interpretaciones del significado de los enunciados normativos del ordenamiento externo<sup>465</sup>.

El tercer aspecto es el que más interés presenta para efectos de la hipótesis defendida en este trabajo, porque según el punto de vista de Häberle, Vergottini, Saiz Arnaiz y otros autores<sup>466</sup>, la integración jurídica en la interpretación de los Derechos Fundamentales es consecuencia del uso del método comparado. Es más para Saiz Arnaiz el artículo 10.2 de la Constitución Española, y también en el artículo 16.2 de la Constitución Portuguesa son una consagración constitucional del argumento comparativo<sup>467</sup>, afirmaciones que podemos considerar tendencialmente válidas en general.

---

<sup>464</sup> Así en, DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 213.

<sup>465</sup> En tal sentido, EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 326.

<sup>466</sup> Entre éstos podemos mencionar a, RODRÍGUEZ, A.; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 26. LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 33.

<sup>467</sup> SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 220.

Pero, desde nuestra posición, creemos que existen argumentos suficientes para sustentar un nuevo criterio interpretativo para la determinación de los Derechos Fundamentales, a través de los tratados internacionales de Derechos Humanos, y las interpretaciones de los órganos internacionales, que rebasa el ámbito del método comparativo. Opinión que basamos en que según los postulados del método comparativo, éste toma como referencia para la operación crítica de contraste a las fuentes externas, sin que esto signifique engrosar las fuentes de valides del intérprete para emitir la decisión. En este sentido, según quedo comprobado en el capítulo primero de este trabajo, los tratados internacionales de los Derechos Humanos forman parte del ordenamiento jurídico interno, luego entonces, la interpretación de los Derechos Fundamentales conforme a estos documentos, traspasa los efectos jurídicos del método comparativo. De ahí que consideramos que existen argumentos suficientes para hablar de la existencia de este nuevo criterio interpretativo.

Así mismo, los Tribunales Constitucionales, usan la doctrina de los órganos internacionales para fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, introduciendo su doctrina al contenido constitucionalmente declarado, lo que también se contrapone con los postulados arriba indicados del método comparativo.

En tal caso, el método comparativo sirve para el acercamiento entre los diversos ordenamientos jurídicos y contribuye claro está para la interpretación de la Constitución y para las normas de los Derechos Fundamentales, pero la interpretación de estas normas a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ha rebasado la esfera de este método, situación que podemos constatar en la praxis del Tribunal Constitucional Español, quien determina el contenido de los Derechos Fundamentales<sup>468</sup>

---

<sup>468</sup> El Tribunal Constitucional reconoce a través de la aplicación del artículo 10.2 que los acuerdos internacionales son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos (STC 38/1981, 254/1993). En otras sentencias acude a los tratados para la mejor identificación del contenido de los derechos (SSTC 64/1991, 77/1995, 233/1993, 177/1994) y por último hace referencia a la dimensión integradora de los derechos por las normas internacionales (STC 181/1994).

conforme a estos documentos jurídicos, de tal manera que su contenido pasa a formar parte de la norma del Derecho Fundamental convirtiéndose en el contenido oponible a los poderes públicos<sup>469</sup>.

El argumento principal a favor de la postura aquí defendida radica en la idea según la cual, la base del método comparativo es echar mano del Derecho extranjero, en este tenor los Tratados Internacionales de Derechos Humanos forman parte del ordenamiento jurídico interno, por tanto, no entran dentro del método comparativo<sup>470</sup>. Esta idea, no significa aminorar el papel de la comparación jurídica al momento de fijar el contenido de los Derechos Fundamentales pues con él se contrastan los aspectos positivos y negativos de ordenamientos jurídicos extranjeros e internacionales para integrar los razonamientos de las normas en base a varios ordenamientos y no de uno solo. Es más la importancia es enorme, ya que su uso permite ampliar el cuadro de apreciación del intérprete, dotándolo de un sentido actual, ya que hace una comparación en el espacio, en donde para desentrañar el sentido de las normas de los Derechos Fundamentales se acude también a los ordenamientos circundantes<sup>471</sup>.

### *6.3. Principios subconstitucionales para la interpretación de los Derechos Fundamentales*

Con este epígrafe buscamos exaltar la existencia de principios constitucionales que contribuyen a dotar de sentido a los enunciados normativos de los Derechos Fundamentales, y hemos utilizado la denominación de *subconstitucionales*, siguiendo

<sup>469</sup> En la STC 31/1991 de 24 de febrero el tribunal expuso: <<el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución>>.

<sup>470</sup> Los autores que defienden la tesis contraria, es decir, catalogan la interpretación del Derecho Fundamental conforme a los tratados internacionales dentro del método comparativo son: LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 33. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 220.

<sup>471</sup> RODRÍGUEZ, A.; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 289.

las ideas expuestas por Alonso García<sup>472</sup>, que los define como: las construcciones lingüísticas de tipo general no expresamente recogidas en el texto constitucional que el tribunal abstrae de varios enunciados normativos sin anular lo expresamente estatuido en la Constitución y buscando la universalidad decisiva para casos posteriores, de tal suerte que encuentran su fundamento en la Constitución.

Es así que los principios, como bien apunta, Prieto Sanchís constituyen un término teórico, que designan un concepto carente de relación semántica inmediata con la realidad jurídica observable<sup>473</sup>. Pero, la presencia de principios puede entenderse como un cierto acercamiento a la ideología dinámica en un intento de que toda norma o decisión jurídica resulte congruente con el conjunto del ordenamiento. En definitiva, los principios generales de un determinado sistema de Derecho positivo constituyen nociones abstractas en relación a disposiciones particulares del mismo, esa abstracción puede obrar sobre sectores más extensos o menos extensos de dicho sistema<sup>474</sup>.

El principal argumento para la teoría de los principios es que el Derecho es superior a la ley y se nutre entre otras cosas de principios. Así tenemos que los operadores jurídicos, desde el legislador, los órganos jurisdiccionales, la doctrina hacen válidos principios normativos a la luz de una regla de reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Los principios adquieren valor normativo y pueden ser explícitos, implícitos y extrasistémicos<sup>475</sup>, así mismo y una vez construidos pueden tener diversas funciones es

---

<sup>472</sup> Nos referimos a la obra, ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, 568 pp.

<sup>473</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 25.

<sup>474</sup> HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 44.

<sup>475</sup> Desde la perspectiva de Wróblewski las tres categorías de principios con valor o fuerza normativa son: principios explícitos o expresamente recogidos en alguna disposición normativa; principios implícitos obtenidos por deducción o inducción a partir de alguna norma o grupo de

decir, como fuente en caso de laguna y como criterio hermenéutico<sup>476</sup>. Prieto Sanchís resume sus funciones en dos: los principios son una norma primaria llamada a disciplinar directamente un supuesto de hecho cualquiera, o bien representan una norma secundaria que permite o contribuye a dotar de sentido a otra incluso anulándose si resulta por completo incompatible con el sentido del principio<sup>477</sup>.

Para Dworkin, la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica, porque ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan<sup>478</sup>, es más los principios aportan mucho más a la decisión jurídica por la flexibilidad que presentan.

En cuanto a la forma de operar de <<los principios con función interpretativa>>, Haba la expone mediante un silogismo:

Como premisa mayor, está el principio general de Derecho; la premisa menor sería el sentido que a primera vista presenta, en interpretación literal, el texto concreto en estudio; siendo la conclusión, el sentido que en definitiva se reconoce a ese texto en función del principio general en la premisa mayor<sup>479</sup>.

---

normas; y principios extrasistématicos o totalmente inexpressos, pero que no se puede decir que constituyen el significado de una disposición. *Cit.* por PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 134.

<sup>476</sup> VID. PRIETO SANCHÍS, L.; *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 31.

<sup>477</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 155.

<sup>478</sup> DWORKIN, R.; *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 75.

<sup>479</sup> HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 46.

Los principios adquieren así un papel normativo dentro del razonamiento jurídico llamado: <<función de las argumentaciones de principios>><sup>480</sup>, por la incidencia que tienen en el marco de ese razonamiento. La formación de un principio depende de los elementos con lo que un juez cuente a la hora de argumentar su decisión, y de su necesidad de recurrir a todo tipo de elementos para resolver el litigio, y en este sentido, los principios se originan en la fase de interpretación del Derecho, en la que es necesario conectar diferentes argumentaciones para encontrar la solución más satisfactoria al caso<sup>481</sup>. Sin embargo, el principio adquiere validez por la concreción de su contenido a la luz del ordenamiento jurídico vigente y no por el modo de producirse.

Pérez Luño comenta que, <<los principios con función interpretativa>>, son criterios relevantes para orientar y dirigir el proceso de selección de los puntos de vista que permiten la solución del problema. Tales principios, poseen una significación autónoma para la interpretación constitucional<sup>482</sup>. En consecuencia los principios buscan ser universales, es decir, cualquiera que sean las razones o motivaciones de una decisión, ésta debe considerarse lo suficientemente buena como para aceptar su generalización; y supone asimismo que toda persona situada en el lugar del intérprete que cuente con la misma preparación, competencia e información, adoptaría la misma conclusión<sup>483</sup>. Tal universalidad conlleva a catalogarlos como sustratos lingüísticos de la cultura jurídica<sup>484</sup>.

---

<sup>480</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 163.

<sup>481</sup> VID. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 126.

<sup>482</sup> PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 262.

<sup>483</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 164.

<sup>484</sup> Así Balaguer expresa: Cabe plantearse si, además de esta multifuncionalidad y versatilidad, se puede hablar de un sustrato común en los principios como <<patrimonio común de nuestra cultura jurídica>>. Al menos en el ámbito Europeo, la integración de los sistemas jurídicos abren un espacio cada vez más amplio a los principios como motor y como resultado al tiempo del proceso de unificación. BALAGUER CALLEJÓN, M.; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 128.



La doctrina del Tribunal Constitucional a través de la argumentación usa *principios constitucionales con función interpretativa*, o también llamados *principios subconstitucionales*, a los cuales les atribuye una función orientativa para efectuar la interpretación constitucional y emitir la decisión. Por lo tanto, participan de la misma fuerza obligatoria constitucional que busca la universalidad decisiva para casos posteriores<sup>485</sup>.

Los principios suponen directrices, pautas o *guide – lines* fundamentales que orientan la labor del intérprete. Por ello, tales principios, lejos, de ser *meros topoi* o lugares comunes producto de la *inventio* de preferencias contingentes de los operadores jurídicos (como frecuentemente se les concibe), configuran las líneas básicas que de modo necesario encauzan y orientan la interpretación del sistema constitucional<sup>486</sup>.

La debilidad que presentan los principios en relación a las normas y los valores, es que no constan de forma explícita y concreta, pues se extraen de las reglas constitucionales, y, una vez determinados, tienen proyección normativa<sup>487</sup>. Sin embargo, los principios guían la labor interpretativa llegando a identificar e informar al ordenamiento jurídico al que pertenecen<sup>488</sup>.

---

<sup>485</sup> La inmensa mayoría de las decisiones del Tribunal Constitucional Español han operado con principios neutrales... lo importante es la motivación, la norma *subconstitucional* que conlleva una solución que se convierte en mera consecuencia de aquélla. Los principios neutrales equivalen, pues, a una exigencia formal de la jurisprudencia: que la norma *subconstitucional* enunciada abarque la solución de hipotéticos casos futuros sin que se distorsione todo el sistema y en esta exigencia formal agota su contenido. VID. ALONSO GARCÍA, E.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 64 y ss.

<sup>486</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 121.

<sup>487</sup> FREIXES SANJUÁN, T.; et. al. “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, p. 98.

<sup>488</sup> En tal sentido, HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972, p. 43. FREIXES SANJUÁN, T.; et. al. “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, p. 101.

Queda en general referirse a las características estructurales de los principios:

- a) Son normas inferidas de una interpretación operativa sobre las reglas constitucionales, es decir no tienen forma expresa en el texto constitucional.
- b) Constituyen proyecciones normativas a partir de elementos reglados, su existencia no sólo encuentra fundamento en la norma constitucional, sino contribuye a defender su razón de ser dentro del ordenamiento jurídico.
- c) Contienen gérmenes de reglas indeterminadas, pero predecibles.
- d) Sus elementos estructurales son permanentes y entre los principios no existe relación jerárquica a nivel estructural<sup>489</sup>.

En cuanto a la misión principal de estos principios es la orientación interpretativa para determinar el sentido del texto y extraer las reglas aplicables al caso en concreto, de manera que informan todo el ordenamiento constitucional, pero cuentan con la debilidad de que su aplicación da lugar a múltiples opciones. En definitiva, no permiten tener un control de su aplicación, cuya elección concreta responde a criterios discrecionales.

El Tribunal Constitucional Español utiliza los principios interpretativos, de tal forma, que ante un enunciado de significación dudosa, opta por aquél que mejor se adecúe a lo establecido por los principios. La fuerza persuasiva de la operación deriva del hecho de

---

<sup>489</sup> FREIXES SANJUÁN, T.; et. al. “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, p. 103.

que los principios expresan los rasgos u objetivos fundamentales del ordenamiento, y se advierte que los principios para la interpretación constitucional no se reducen a los principios clásicos de la argumentación analógica, (*ad absurdum, a contrario, a pari, a fortiori, a maiore ad minus, a minore ad maius sino*), se presentan como criterios relevantes para orientar y dirigir el proceso de selección de los puntos de vista que permiten la solución del problema<sup>490</sup>.

Tales principios poseen una significación autónoma para la interpretación constitucional, y siendo los Derechos Fundamentales normas constitucionales, los principios interpretativos, también contribuyen a fijar su contenido de manera peculiar a causa de sus características normativas y las funciones dentro del ordenamiento constitucional.

No obstante, la relevancia de la interconexión normativa entre los ordenamientos internos e internacionales, a través de las cláusulas de apertura constitucional, traen consigo nuevos planteamientos en la interpretación de los Derechos Fundamentales que se reflejan en los principios con función interpretativa.

La conexión normativa que encuentra sustento constitucional, a través del criterio para interpretar los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales, amplía la visión del juzgador al momento de interpretar estas normas a través de los principios interpretativos, y nosotros creemos que este nuevo criterio encaja con estos criterios e incluso se robustece a través de ellos.

### *6.3.1. Principio de unidad y coherencia de la Constitución*

---

<sup>490</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 101.

El principio de coherencia viene a indicar que todas las normas deben interpretarse de modo tal que se evite su contradicción con otras normas constitucionales, produciendo, armonía entre los preceptos<sup>491</sup>. Es así que, el *argumento a cohaerentia*, implica realizar la interpretación bajo un sistema coherente del ordenamiento jurídico, que no tolera antinomias, es decir evitar, las contracciones entre las normas y las decisiones interpretativas.

Este principio tiene como misión, el rechazo de aquellos significados que hagan a un enunciado incompatible con otros enunciados del sistema (función negativa), pero también obliga no sólo a atribuir significados que no sean incompatibles con el sistema, sino a atribuir aquel significado que haga el enunciado lo más coherente posible con el resto del ordenamiento<sup>492</sup>.

En cuanto al principio de unidad constitucional (*Einheit der Verfassung*), consiste en efectuar la interpretación bajo una concepción en conjunto de las normas constitucionales como una totalidad. Así según el enfoque de Peter Häberle la unidad en que se fusionan los bienes jurídicos normados en la Constitución y las relaciones complementarias existentes entre ellos justifica el mandato de una interpretación en conjunto<sup>493</sup>. Como bien dice Pérez Luño, este principio obliga a no contemplar las normas constitucionales como *disiecta membra* o entes aislados, sino a captar en la interpretación de cada una de ellas la unidad del sistema del que han surgido, en el que se integran y del que constituyen una parte. Dicha unidad remite, a su vez, a la necesidad de coherencia, o sea, a la falta de contradicciones o antinomias entre las distintas partes (normas) que integran <<el todo>> o sistema constitucional<sup>494</sup>.

---

<sup>491</sup> ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 197.

<sup>492</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 102.

<sup>493</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 8.

<sup>494</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, pp. 121 y 122.

En fin, la interpretación de las normas constitucionales debe ser una conexión de sentido con el resto de preceptos de la Constitución, formando una unidad coherente y armónica entre ellas, así surge un *contenido global de la Constitución*<sup>495</sup>. Las sentencias del Tribunal Constitucional Español son motivadas y fundamentadas para sustentar decisiones razonables basadas en argumentaciones sólidas, por lo tanto las interpretaciones buscan un sentido coherente con la Constitución al establecer cuál es la verdadera y vinculante interpretación de la norma impugnada y cuál es el único sentido en que hay que entender determinados términos para que respondan a la razón de ser de la *normgrund*.

Por lo que se refiere a la interpretación de los Derechos Fundamentales aplicando este principio, suele ser a través de un análisis global para fijar el sentido de la *norma adscrita del Derecho Fundamental*, sin perder de vista que las normas están integradas y constituidas en una relación inmanente.

El hecho evidente en relación a las normas de los Derechos Fundamentales, es que la interpretación conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos y las interpretaciones oficiales de estos documentos, trae como consecuencia convertir el contenido internacional en el contenido constitucionalmente declarado del Derecho Fundamental, en este sentido por principio de unidad y coherencia las interpretaciones de los Derechos Fundamentales deben ser en plena satisfacción de todas las normas integrantes a raíz de la apertura constitucional, y así introducir a través de los argumentos constitucionales las normas internacionales que contribuyen a esclarecer a los Derechos Fundamentales. Por lo tanto, la solución interpretativa a los problemas constitucionales no debe hacerse sólo con referencia a algunos de los textos que componen el corpus constitucional, sino a todos ellos<sup>496</sup>.

---

<sup>495</sup> Término usado por, LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, p. 112.

La utilidad del principio de unidad y coherencia constitucional, permite resolver las discrepancias que existen al momento de fijar el contenido de los Derechos Fundamentales ante la apertura de sus términos tomando en cuenta los tratados internacionales en la materia, aminorando la discrecionalidad de los intérpretes internos, al contar con fuentes que rompen con el monopolio estatal y hacen coherente el discurso jurídico - constitucional en relación a las normas protectoras de la dignidad humana, mismas que no pueden quedar sometidas a criterios netamente domésticos.

Convalidar a los tratados como canon interpretativo a través de este principio, reviste la obligación para el intérprete de utilizar el material internacional de forma coherente y sin contradicción. Implica que se ajuste a unas pautas al momento de seleccionar la doctrina internacional, para introducirla al contenido constitucional del Derechos Fundamentales, para que una vez adoptado, siga esta pauta o argumente cuando se aleja de la misma. Así mismo, bajo este principio no resulta válido que el intérprete use con distintas orientaciones al canon internacional, llegando a una falta de previsibilidad de sus interpretaciones.

### *6.3.2. El principio de Interpretación conforme a la Constitución*

Este principio es consecuencia del carácter normativo de la Constitución y de su rango superior al resto de las normas del ordenamiento jurídico<sup>497</sup>, así como de su naturaleza como norma que confiere unidad al ordenamiento. El principio interpretativo <<conforme>>, obliga a entender la Constitución como contexto obligado para realizar la labor interpretativa de cualquier texto de derecho positivo. Se trata de una operación

---

<sup>496</sup> BUSTOS GISBERT, R.; “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 151.

<sup>497</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, cuarta edición, 2006, 101.

de ajuste, no sólo de la norma contenida en la ley, sino de la propia Constitución, apurando, en ese intento conservador, las posibilidades de ambos textos, valorando el *telos* de la norma a aplicar y los preceptos constitucionales que sirven de medida para la congruencia del resto de normas con la Constitución.

Esa prioridad jerárquica y cualitativa lo convierten en el criterio hermenéutico guía para interpretar todas las restantes normas del ordenamiento jurídico (interpretación <<desde>> la Constitución)<sup>498</sup>, ya que al tenor del carácter superior de la Constitución surge el requerimiento de interpretar el ordenamiento jurídico conforme a los mandatos constitucionales, como bien afirma Requejo este principio, es un axioma fundamental de todo ordenamiento dotado de una Constitución auténticamente normativa<sup>499</sup>.

Los efectos prácticos de este principio se reflejan en los procesos jurisdiccionales para la defensa de la Constitución, la tarea de los Tribunales Constitucionales, consiste en determinar la constitucionalidad o inconstitucional de una ley, reglamento, estatuto, sentencia, de tal suerte que cuando no se encuentra una interpretación que no contraría los postulados de la Constitución deja de ser parte del ordenamiento jurídico vigente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español tiene como eje central de sus interpretaciones la conformidad constitucional, por lo tanto, entre varias interpretaciones posibles siempre se obtiene preferencia aquellas que mejor concuerdan con los principios de la Constitución. La razón de ello está en que, como dice el artículo 9.1 del texto fundamental español, los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución, por tanto, en el proceso de exégesis del tribunal prevalece la búsqueda de un sentido adecuado con la *normgrund*<sup>500</sup>.

---

<sup>498</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 125.

<sup>499</sup> REQUEJO, J.; et. al. *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I. Teoría de la Constitución, principios estructurales, Órganos y funciones constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 160.

<sup>500</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, número 77/1985 de 27 de junio.

En las interpretaciones conforme a las normas de los Derechos Fundamentales, (al ser normas Constitucionales) se presentan las características antes señaladas, pero como no podía ser de otra manera, hallamos peculiaridades importantes, pues la apertura de estas normas hace que el legislador cuente con mayor libertad para regularlos, y el intérprete un amplio margen de apreciación, en este sentido, tribunales como el Alemán<sup>501</sup> o el Español, se han inclinado por una <<acción irradiadora de los Derechos Fundamentales>><sup>502</sup>, que permea la labor legislativa y da preeminencia a la tutela de estas normas, dando lugar a interpretaciones correctivas de la ley o decisiones que las rechazan y las excluyen del cuadro normativo vigente.

A esta situación, se suma que las interpretaciones de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos, implican ampliar la acción irradiadora de estas normas, hacia los poderes públicos quienes a través de los lineamientos fijados por el Tribunal Constitucional, se ven sometidos al cumplimiento de los estándares internacionales en Derechos Humanos, de tal suerte que los criterios internacionales no sólo contribuyen a fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, sino que lo hacen oponible frente a los poderes públicos, a través de introducir en el contenido constitucional los estándares mínimos fijados a nivel internacional.

### 6.3.3. Principio de la fuerza normativa de la Constitución

Que una Constitución es normativa significa sencillamente que es vinculante o, en oposición a lo que ocurrió en el pasado, que no es programática. Que goza de aplicación directa supone además que su contenido prescriptivo puede hacerse valer en todo tipo de conflictos, sin necesidad de la llamada *interpositio legislatoris*<sup>503</sup>. García de Enterría

---

<sup>501</sup> Para el estudio del caso Alemán remitimos a: LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, pp. 99 – 125.

<sup>502</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 340.

<sup>503</sup> PRIETO SANCHÍS, L.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 106 y 107.



menciona con exquisita claridad que lo primero que hay que establecer con absoluta explicites es que toda la Constitución tiene valor normativo, inmediato y directo. Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es la base misma de su supremacía y, por lo tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico<sup>504</sup>.

Las normas de los Derechos Fundamentales resultan beneficiadas del carácter normativo constitucional y así gozan de valor normativo directo<sup>505</sup>, es por ello que en el momento de su interpretación, el intérprete se encuentra ante una disyuntiva, pues son normas que por un lado, necesitan una operación de concreción para hacerlas efectivas, y por el otro, exigen su cumplimiento directo. El intérprete a través de sus decisiones debe cumplir con esta doble exigencia y necesita fundamentar su decisión con criterios objetivos lo suficientemente consensuados para no vaciar de contenido al derecho. Por ello, al hilo de nuestras reflexiones, consideramos que el criterio de interpretar los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales, es un criterio objetivo que forma un sistema de concreción e integración a través de un mecanismo de reciprocidad normativa entre el orden internacional y la Constitución que favorece a las normas de los Derechos Fundamentales porque contribuye a:

1. Fijar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, haciéndolo oponible frente a los poderes públicos.

---

<sup>504</sup> VID. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, 2006, pp. 70 y 71.

<sup>505</sup> La eficacia directa a pesar de la falta de *interpositio legislatoris*, se hizo patente en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 254/1993 de 20 de julio, que por la omisión legislativa para desarrollar el artículo 18.4 de la norma fundamental procedió a conceder protección jurídica a la libertad informática a través del artículo 8 del Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Con esta sentencia se constató la introducción automática y directa de los tratados internacionales, así como, la eficacia inmediata de los Derechos Fundamentales.

2. Introduce en el contenido constitucional los estándares mínimos fijados a nivel internacional<sup>506</sup>.

Línea interpretativa que reafirma el valor normativo constitucional y la razón de ser de la existencia de los Derechos Fundamentales, reforzando lo que para Hesse es, su validez como Derechos Humanos<sup>507</sup>.

#### 6.3.4. Principio de eficacia o efectividad

Según Hesse, el principio de concordancia práctica, implica que los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos han de conservar su propia entidad en cualquier solución interpretativa. Se debe, pues, buscar la máxima realización de esos bienes al producirse su interpretación en un caso concreto<sup>508</sup>. De ahí que este principio, constituya otro de los principios básicos de la interpretación constitucional porque dirige o encauza la actividad del intérprete hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido<sup>509</sup>.

Hay quienes sostienen que este principio deriva del argumento pragmático, pues su esencia radica en basar la decisión interpretativa a partir de las consecuencias favorables

---

<sup>506</sup> De decisiva relevancia fue la sentencia del Tribunal Constitucional número 22/1981 de 2 de julio, cuando menciona: <<para configurar el contenido esencial de los derechos fundamentales frente al legislador, pero también frente a los ataques que puedan sufrir por parte del Ejecutivo y los Tribunales, el artículo 10.2 CE proporciona criterios objetivos para la integración del contenido del derecho en cuestión, contribuyendo a conformarlo>>.

<sup>507</sup> HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p.115.

<sup>508</sup> BUSTOS GISBERT, R.; “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 152.

<sup>509</sup> PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 284.

o desfavorables<sup>510</sup>, no obstante, la idea del efecto útil significa que: <<cuando una disposición es susceptible de dos sentidos es preferible entenderla en aquél que le permite tener algún efecto antes que en el sentido, con el cual podría producir ninguno>> y es una manifestación del postulado que defiende la idea del legislador racional que no hace nada inútil, y cuya consecuencia consiste en la efectividad de todo el ordenamiento<sup>511</sup>.

Este criterio tiene una incidencia especial para la interpretación de los derechos fundamentales a través del principio *in dubio pro libertate*, que defiende la máxima expansión del sistema de libertades constitucionales, y que a continuación exponemos.

#### 6.3.5. Principio *in dubio pro libertate*

Este principio alude a la interpretación más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales, su expresión clásica es el aforismo <<in dubio pro libertate>>. Implica además que la operación hermenéutica debe direccionarse a maximizar y optimizar el cumplimiento efectivo de los Derechos Fundamentales, de tal manera que resulten efectivos y no ilusorios. Así mismo este principio determina la interpretación de todo el ordenamiento jurídico procurando la máxima efectividad de los Derechos Fundamentales, *por tanto se trata de preservar su eficacia a la hora de interpretar el resto del ordenamiento*<sup>512</sup>.

Este principio es crucial para interpretar los Derechos Fundamentales, porque al momento de discernir su significado el intérprete debe velar por su máxima protección,

---

<sup>510</sup> En tal sentido, EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 277.

<sup>511</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 277.

<sup>512</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 304.

así mismo su interpretación no debe ser tal que impida la eficacia práctica del Derecho. Como lo sugiere Peter Häberle debemos evitar el estrangulamiento de los Derechos Fundamentales y su degradación o desnaturalización por parte de los operadores jurídicos<sup>513</sup>.

Desde una visión global, creemos que maximizar el cumplimiento de los Derechos Fundamentales implica estar abiertos a los estándares internacionales para esclarecer el contenido de estas normas sustrayéndolas de los criterios internos. No se trata de convertir a los Tribunales Constitucionales en órganos aplicadores de las decisiones internacionales, se trata de un mecanismo de legitimación mutua para fijar el contenido de las normas cuando resulte un nivel de protección mayor que el existente a nivel interno, pues al tenor de este principio se debe buscar la máxima efectividad de los derechos.

---

<sup>513</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 47.

## II. PARTE

### LA *METACONSTITUCIONALIDAD* RECÍPROCA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

## Capítulo IV.

### LA INTERACCIÓN NORMATIVA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. Aspectos generales

En esta segunda parte, nos ocupamos de profundizar en la interacción<sup>514</sup> de los estándares nacionales e internacionales para interpretar los Derechos Fundamentales, lo que desde nuestra opinión, da lugar a una *metaconstitucionalidad recíproca para la protección de los Derechos Fundamentales*<sup>515</sup>. Schwarze refiriéndose a Europa opina que hay un incremento del nivel de *reciprocal interaction between national and*

---

<sup>514</sup> Preferimos referirnos a interacción, ya que la influencia es simplemente unidireccional, mientras que la interacción, implica una plausible reciprocidad. DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, pp. 41 y 42.

<sup>515</sup> La interacción entre el orden internacional e interno se explica como una nueva realidad que la teoría constitucional debe asumir. Desde este enfoque ver, CONSTANTINESCO, V; “¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra de Fadrique Furio Ceriol*, 8, 1995, pp. 10 y 11.

*European constitutional law* (interacción recíproca entre el derecho constitucional nacional y europeo)<sup>516</sup>.

Creemos necesario reiterar, para no caer en equívocos, que el término “reciprocidad” es empleado para describir la interconexión normativa entre las Constituciones y los tratados internacionales de Derechos Humanos, a través de un enriquecimiento mutuo que se visualiza en contenidos mínimos, (siguiendo la línea argumental de Cruz Villalón y Vergottini),<sup>517</sup> dejando de lado su acepción tradicional de concesiones pactadas por los Estados en condiciones iguales.

El interrogante que intentáremos resolver en este apartado es:

¿En qué sentido y con qué efectos jurídicos se sustenta un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales, conforme a los estándares internacionales?

En los capítulos anteriores hemos defendido que los Derechos Fundamentales necesitan cánones de interpretación que respondan a sus peculiaridades normativas, así mismo, nos sumamos al conjunto de autores que sostienen la insuficiencia de los métodos tradicionales para su interpretación. Ahora, nos toca probar que los Tratados Internacionales sirven para configurar a los Derechos Fundamentales, abstrayéndolos de criterios domésticos, para dar lugar a interpretaciones conforme a los estándares mínimos fijados a nivel internacional.

La tesis que se sustenta debe despejar diversas incógnitas, en primer lugar, debemos asumir el fundamento jurídico de este criterio; como segundo reto, se deben perfilar los efectos jurídicos que despliegan los tratados como elementos hermenéuticos, y por

---

<sup>516</sup> SCHWARZE, J; *The Birth of a European Constitutional Order*, Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 16.

<sup>517</sup> Ver nota al pie número 3.

último, establecer su categoría como canon interpretativo renunciando a establecer una jerarquía entre los métodos de interpretación. Aquí se trata de difuminar los requisitos a cumplir por el intérprete cuando emplee los tratados como guía interpretativa, así como cuando se aparte de ellos.

## 2. La interacción para la interpretación de los Derechos Fundamentales

Con esto sentado, se debe recordar que las Constituciones, son el elemento configurador de la conexión e integración, que coordinan el ámbito jurídico nacional e internacional<sup>518</sup>, son, por tanto, las diseñadoras de los rasgos básicos de la conexión normativa a través de los cuales el Estado decide obligarse internacionalmente. Luego entonces, no podemos negar, que la situación actual requiere adaptación entre los dos órdenes: nacional e internacional, a fin de otorgarle estabilidad y coherencia al sistema jurídico<sup>519</sup>, además de dotarlos de contenidos mínimos en materias específicas (por supuesto, reconociendo las diferencias de cada sistema).

En los documentos jurídicos internacionales se han fijado estándares para la tutela de los Derechos Humanos, consecuencia de una conciencia jurídica para salvaguardar la dignidad humana<sup>520</sup>, y en este sentido, los Estados con el propósito de formar parte de la

---

<sup>518</sup> En tal sentido, SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pp. 142 y 143. Para Rubio Llorente, la integración de la Unión Europea, sólo tiene sentido a partir de la supremacía constitucional. RUBIO LLORENTE, F; “Constituciones Nacionales e Integración Europea”, *Claves*, 217, 2011, p. 7.

<sup>519</sup> El Tribunal Constitucional Español, en la Declaración en Pleno 1/2004, advirtió que el proceso de influencias mutuas entre los tres regímenes de tutela de los derechos fundamentales (Constitución, Convenio europeo y Carta) no está exento de dificultades. Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

<sup>520</sup> TRUYOL Y SERRA, A.; *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 42.



manifestación internacional de la protección de estos derechos<sup>521</sup>, han plasmado en los textos constitucionales cláusulas de apertura, entre las que destacan:

1. Las que otorgan rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos;
2. Las cláusulas que les reconocen un carácter de elementos hermenéuticos de los Derechos Fundamentales<sup>522</sup>.

La segunda opción, constituye el objeto de nuestro estudio. Hasta ahora, hemos enfrentado el problema de la interpretación de los Derechos Fundamentales aduciendo que requieren una operación de concreción que defina su contenido para el caso en concreto, y hemos expuesto el requerimiento de criterios objetivos para determinar su sentido.

El hecho es que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constituyen parámetros objetivos para fijar el sentido de estos derechos, abriendo un aprendizaje entre los dos ámbitos de protección que se legitiman mutuamente, y dan lugar a una *técnica de concreción e integración recíproca de interpretación*, de ahí que optemos por alinearnos a la visión de una *metaconstitucionalidad recíproca*, (*System Wechselseitiger Stabilisierung*) expuesta por el profesor Cruz Villalón<sup>523</sup>.

---

<sup>521</sup> Así lo reflejan los debates parlamentarios en relación al artículo 10.2 de la Constitución Española. Ver, el capítulo I.

<sup>522</sup> Estos y otros efectos de la interconexión, son tratados por, BRAGE CAMAZANO, J; “Ensayo de una teoría general sustantiva de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 123 y 124. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 502 pp.

<sup>523</sup> CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Madrid, Trotta, 2004, p. 73.

Para enfocar el punto central de esta investigación conviene reconocer la creciente “*incidencia recíproca*”, entre los órganos encargados de la interpretación de las normas protectoras de los aspectos consustanciales a la dignidad humana (Derechos Humanos o Derechos Fundamentales). Por un lado, están los Tribunales Constitucionales y por el otro, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los diversos comités de la Organización de Naciones Unidas y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>524</sup>. El dialogo recíproco abarca a los Estados junto con su derecho, y sus jurisdicciones, de ahí que para Brage Camazano, se configure progresivamente una parte sustantiva del Derecho Constitucional Común Europeo<sup>525</sup> (si nos enfocamos a Europa), para Peter Häberle se trata, sin más, del Derecho Constitucional Común<sup>526</sup>.

Estas premisas van unidas al objeto que persiguen los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, consistente, en lograr una efectiva protección de estos derechos. Incluso la doctrina del derecho europeo ha puesto de manifiesto un modelo constitucional que combinaría cuatro elementos: una referencia al federalismo, el

---

<sup>524</sup> Innumerables estudios dibujan la conexión entre estos órganos, entre otros, aquí mencionamos, DE VERGOTTINI, G; *Más allá del dialogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, 332 pp. BUSTOS GISBERT, R; <<Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 147 – 168. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 502 pp. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 160.

<sup>525</sup> BRAGE CAMAZANO, J; “Ensayo de una teoría general sustantiva de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 123. En la actualidad, somos testigos de la formación de reglas de alcance constitucional basándose en concepciones e ideas comunes, reglas que contribuyen considerablemente, en un nivel jurídico, a la construcción europea. RAINER, A; “Reflexiones sobre una futura Constitución Europea”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra de Fadrique Furio Ceriol*, 8, 1995, p. 29.

<sup>526</sup> HÄBERLE, P; <<Derecho Constitucional Común>>, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, 7 – 46 pp.

Estado de Derecho y la reserva de ley, la justicia constitucional, y el respeto de los Derechos Fundamentales<sup>527</sup>.

Como bien indica Bustos Gisbert las relaciones entre las normas internacionales y las nacionales, no parecen guiarse ya tanto por la jerarquía, como por la colaboración y la complementariedad; por la interconexión; por la coordinación; por la convergencia; por el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas; por la interacción; por la cooperación y el mutuo aprendizaje<sup>528</sup>. Esta convergencia entre las regulaciones internas e internacionales constituye la piedra angular de un <<Estado cooperativo constitucional>>, del Derecho Constitucional Común Europeo (DCCE)<sup>529</sup>, del Derecho constitucional <<cosmopolita>> o <<abierto>><sup>530</sup>, cualquiera que sea la denominación, lo cierto es, que estamos siendo testigos de un proceso tendiente a conformar criterios homogéneos que se hacen más notables en unas materias, que en otras, y este fenómeno es particularmente evidente en materia de Derechos Fundamentales.

La situación planteada se constata fácilmente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que constituyen sistemas regionales de protección de estos derechos, al intentar tener una visión conjunta de los aspectos que necesitan ser protegidos y reconocidos por los Estados<sup>531</sup>. Por tanto, es innegable, la proyección exterior para la concepción universal de los

<sup>527</sup> CONSTANTINESCO, V; “¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra de Fadrique Furio Ceriol*, 8, 1995, p. 9.

<sup>528</sup> BUSTOS GISBERT, R.; “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 149.

<sup>529</sup> Expresión acuñada por Peter Häberle. El DCCE se halla integrado por un <<conjunto de principios constitucionales “particulares” que resultan “comunes” a los diferentes Estados nacionales europeos, tanto si han sido positivados como si no>>. Dichos principios comunes>> proceden de las constituciones de los Estados de Derecho europeos, del Derecho constitucional consuetudinario de esos Estados, así como del <<Derecho europeo>> surgido de la Comunidad Europea, del Consejo de Europa y de la Conferencia para la Seguridad y la Cooperación en Europa. PÉREZ LUÑO, E.; “El Derecho Constitucional Común Europeo. Apostillas en cuanto a la concepción de Peter Häberle”, *Revista de Estudios Políticos*, 88, 1995, p. 165.

<sup>530</sup> DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 66.

Derechos Humanos, cuyo medio de positivización, más importante, son las declaraciones y textos internacionales que impregnan los ordenamientos internos<sup>532</sup>.

Parece que desde la perspectiva constitucional e internacional, se acepta el entendimiento común de los Derechos Fundamentales, generando una especie de *ius commune*. Desde nuestra perspectiva, creemos que el efecto preponderante es la retroalimentación o dialogo entre los órganos encargados de la interpretación de los derechos, llámense fundamentales o humanos, a fin de tener contenidos mínimos que no son fijados en base a las decisiones exclusivas de los órganos del Estado, sino con la participación de otros operadores jurídicos internacionales.

En la doctrina constitucionalista y en las sentencias de los Tribunales Constitucionales o sus homólogos<sup>533</sup>, se constata la aceptación de los tratados como criterios interpretativos de los Derechos Fundamentales, si bien su aceptación generalizada no está exenta críticas debido a sus ambivalencias, por la carencia de esclarecimiento de los efectos jurídicos concretos que se derivan de tal afirmación. El Tribunal Constitucional Español, ha introducido los criterios internacionales en la interpretación del contenido constitucional de los Derechos Fundamentales, incluso ha adoptado como propios, dichos criterios. Sin embargo, no ha mantenido una línea clara y coherente porque en algunas sentencias ha utilizado un criterio más riguroso para la interpretación del derecho, en contra del principio de la interpretación más favorable, mientras que en otras sentencias, ha eludido la aplicación de los criterios internacionales. Ello refleja que el hecho de seguir o no el criterio de interpretación conforme a los tratados internacionales termina siendo una decisión netamente discrecional que raya lo arbitrario.

---

<sup>531</sup> Un estudio en relación a las obligaciones que implican el convenio puede estudiarse en: FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; <<El alcance de las obligaciones del Convenio de las obligaciones del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Art. 1 CEDH)>> en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, 55 – 71 pp.

<sup>532</sup> VID. RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 289.

<sup>533</sup>

Ollero apunta que la vigencia actual de la apelación a los <<derechos humanos>>, en el ámbito europeo aparece marcada por dos factores contradictorios. Por una parte, desde un punto de vista político, se ha consolidado como exigencia ética indiscutible el hecho de que la legalidad positiva y la actuación de los poderes públicos los respeten del modo más exquisito. Por otra parte, desde un punto de vista filosófico, se regatea toda validez a cualquier línea doctrinal capaz de brindarles un fundamento mínimamente consistente<sup>534</sup>.

En nuestra opinión, la utilización de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para configurar las normas de los Derechos Fundamentales, por parte de los juzgadores, requiere una teoría interpretativa clara, generalmente aceptada y de aplicación constante<sup>535</sup>. Hasta el momento la teoría constitucional, acepta que los tratados son elementos hermenéuticos de los Derechos Fundamentales<sup>536</sup>, pero no existe un estudio que defina sus alcances jurídicos. A falta de ello, dice Rubio Llorente, ni el ciudadano, ni los poderes públicos pueden calcular con una razonable probabilidad de acierto cuál será la decisión del Tribunal, esto es, la norma aplicable<sup>537</sup>.

En estas circunstancias la situación requiere abordar la existencia del canon interpretativo, discerniendo los fundamentos jurídicos que aporten solidez a su categoría como elementos hermenéuticos de los Derechos Fundamentales, y nosotros apostamos

---

<sup>534</sup> OLLERO, A; “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994, p. 91.

<sup>535</sup> Criterios a los que se debe sujetar la judicialización del derecho, pues como afirma Kriele: “una regla metodológica que se aplica unas veces sí y otras no, es una regla que no vale”. Ver, RUBIO LLORENTE, F; <<La interpretación de la Constitución>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005, p. 1013.

<sup>536</sup> Ver, Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

<sup>537</sup> RUBIO LLORENTE, F; <<La interpretación de la Constitución>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005, p. 1013.

por la posibilidad de su utilización. Para demostrarlo nos proponemos discutir los siguientes puntos:

En primer término, debemos analizar la operación de concreción para la interpretación de los Derechos Fundamentales, a la luz de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, así como, definir los alcances de la interpretación conforme. Segundo, debemos señalar los criterios bajo los cuales se califica un tratado como un instrumento de estándares mínimos internacionales de los Derechos Humanos; y finalmente indagar sobre la forma en la que influyen en la configuración constitucional de los Derechos Fundamentales.

El estudio propuesto es un intento de profundizar en la existencia del criterio interpretativo, y sus efectos jurídicos, con el afán de no dejarlo al arbitrio imprevisible de los órganos nacionales. Creemos que se debe ser coherente con las obligaciones adquiridas por los Estados en el momento de comprometerse a través de un tratado o acuerdo internacional, zanjando las actitudes contradictorias, o incluso voluntariosas cuando se interpretan las normas que protegen los aspectos consustanciales a la dignidad humana.

### **3. El canon interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos**

#### *3.1. Los tratados como canon interpretativo*

El estudio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como canon interpretativo presupone tener claro qué es un criterio de interpretación, por tanto, lo dicho en el capítulo tercero resulta antesala para comprender que los criterios o métodos

de interpretación son guías que posibilitan el contraste entre contenidos normativos a la vista del problema al que han de ser aplicados, de tal suerte que orientan al intérprete para hallar el contenido de los enunciados. En este tenor, se debe atender el parámetro de utilidad que revisten los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para contrastar los contenidos normativos y concretar el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales.

La calificación de los tratados como canon hermenéutico significa que los operadores jurídicos deben tomarlos como guía orientativa y argumentar la decisión interpretativa, así mismo deben justificar cuando se aparten del criterio internacional, o en su defecto no tomen en consideración su sentido. De lo que se trata, es de aportar certeza jurídica a las interpretaciones en base a los estándares internacionales, pues lo que no se puede permitir, es reducirlos a simple ornamentación constitucional, o incluso apartarse de ellos cuando no coincidan con el criterio político nacional.

De aquí que, cuando un Tribunal Constitucional emplea los tratados internacionales como criterio interpretativo, debe argumentar que el contenido que toma prestado de estos instrumentos, pueda tacharse como imprescindible, es decir, que sin dicho contenido no podría hacerse efectivo el derecho, o no podría convertirse en una regla precisa para resolver el caso en concreto<sup>538</sup>. Además debe exponer claramente el contenido del documento internacional y las interpretaciones de los órganos con las que robustece la *ratio decidendi*. En resumidas cuentas, el contraste normativo efectuado a través de este criterio de interpretación debe ser claro, pues la claridad de los argumentos expuestos, son la base de una decisión razonable.

La interpretación realizada con este canon debe apartarse de dos extremos que desvirtúan los Derechos Fundamentales, por un lado introducir un cúmulo de contenidos internacionales sólo por tener conexión con el derecho, y por el otro, reducir

---

<sup>538</sup> Con tal premisa, se reafirma la tesis de Guastini, quien sostiene, que la concretización se reduce a transformar una norma indeterminada a una regla precisa. GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 79.

su eficacia a los criterios particulares de los órganos internos. Nuestra propuesta consiste en afirmar que el intérprete debe aportar argumentos jurídicos que pongan en claro el contenido introducido y la *ratio decidendi* que llevó a elegir la guía internacional para configurar a los Derechos Fundamentales.

Nosotros nos declaramos en contra de introducir, indiscriminadamente, Derechos Fundamentales, a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, hasta el grado de devaluar su eficacia, tal situación parece ser la de la mayoría en los ordenamientos latinoamericanos, que aplicando la teoría del bloque de constitucionalidad a estos tratados, tienen como efecto directo calificar a cualquier realidad jurídica bajo el logo de Derecho Fundamental. Como bien, indica Pérez Tremps, la particular posición de los Derechos Fundamentales no justifica estirar sin límite sus fronteras.

Es pues, dentro de la delimitación de los Derechos Fundamentales, y una vez realizada ésta, donde deben desarrollar todas sus potencialidades los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>539</sup>. Es decir, a partir de los derechos plasmados en la *normgrund* se deben desplegar los efectos jurídicos para convertirlos en la realidad oponible a los poderes públicos, y en esta perspectiva, resulta fecundo que ante la insuficiencia de los métodos tradicionales el operador jurídico nacional opte por tomar en cuenta los criterios mínimos fijados en los tratados internacionales.

Nuestras reflexiones se asientan en el peligro que entraña el atribuir un poder ilimitado a los órganos jurisdiccionales nacionales para interpretar los Derechos Fundamentales, ampliando el contenido al grado de difuminar su alcances y límites, pero también negando, nuevos matices que responden a la garantía de hacerlo exigible. Para Rubio Llorente se debe tener cuidado para no crear derecho con pretexto de la Constitución, a

---

<sup>539</sup> VID. PÉREZ TREMP, P; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional*>>, t. II, Porrúa, México, 2005, p. 909.



través de la expresión de criterios cuya fijeza y generalización no tienen garantía alguna<sup>540</sup>.

Favoreu, se planteó la siguiente interrogante: ¿existe un acervo común de principios sobre la interpretación de los Derechos Fundamentales? Por supuesto, su respuesta fue afirmativa<sup>541</sup>. Así las cosas, el contacto internacional en esta materia trae como consecuencia una nueva tradición interpretativa de los Derechos Fundamentales, pues resulta, que defender los tratados internacionales como canon de interpretación para configurar a las normas de los Derechos Fundamentales, es una postura congruente con la posición de estas normas dentro del ordenamiento jurídico, que al ser imprescindibles dentro del Estado Constitucional deben ser realidades jurídicas que participen de categorías mínimas impuestas por operadores jurídicos nacionales e internacionales. De manera tal, que la garantía del canon de interpretación proviene de documentos que forman parte del ordenamiento jurídico, y devienen de la visión plural de la comunidad internacional que resulta enriquecida por los órganos jurisdiccionales internos.

Lo señalado significa que el canon interpretativo cuenta con suficiente legitimidad, debido a que los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico. El hecho de tenerlos como parámetros interpretativos constituye una forma más de cumplir con las obligaciones internacionales<sup>542</sup>. Además tal apelativo, cuenta con una justificación metodológica, que se explica por la posibilidad de proporcionar una justificación plausible al intérprete en el momento de configurar los Derechos Fundamentales. Desde esta perspectiva, al interpretarlos debería tenerse en cuenta el compromiso internacional de los Estados contratantes por respetar en la jurisdicción

---

<sup>540</sup> RUBIO LLORENTE, F; <<La interpretación de la Constitución>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005, p. 1014.

<sup>541</sup> FAVOREU, L; “La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales”, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, p 305.

<sup>542</sup> Para Ponce Martínez, los dos efectos del artículo 10.2 de la Constitución Española son: evitar eventuales condenas por los órganos internacionales, y lograr una mejor configuración constitucional del sistema interno de Derechos Fundamentales. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 124.

interna los derechos esenciales de los seres humanos y, en particular, las obligaciones derivadas de ese compromiso<sup>543</sup>.

Lo que es cierto, es que los tratados de Derechos Humanos se han convertido en un control de razonabilidad para la interpretación de los Derechos Fundamentales, es decir, constituyen una guía que permite contrastar contenidos normativos para fijar el mejor sentido de la norma. Por tanto, la defensa de los tratados internacionales como criterio interpretativo, los convierte en una pauta orientativa para el intérprete. Pues, como bien indica Karl Larenz los métodos interpretativos son puntos de vista metódicos que han de ser tenidos en cuenta si el resultado de la interpretación quiere abrigar la pretensión de rectitud<sup>544</sup>. Tan es así, que los Tribunales Constitucionales y sus homólogos están efectuando cada vez más una adecuación a los estándares internacionales para el respeto de los Derechos Humanos.

### *3.2. Fundamentos jurídicos que justifican los tratados como canon hermenéutico*

Desde el punto de vista de nuestro estudio los Tratados Internacionales de Derechos Humanos cuentan con elementos jurídicos suficientes para legitimarlos como canon hermenéutico de los Derechos Fundamentales, pues forman parte del ordenamiento jurídico, provienen del consenso plural de la comunidad internacional. Lo que se refleja en que los Estados manifiestan su consentimiento para obligarse, y en que constituyen además la expresión jurídica de los valores que se consideran protectores de la dignidad humana a la luz de las circunstancias históricas actuales.

---

<sup>543</sup> VID. CARPIO MARCOS, E; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 327.

<sup>544</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, p. 316. En el mismo sentido se expresa Häberle al sugerir, que hoy en día, ninguna teoría de derechos fundamentales puede aspirar a ser la única correcta. Nuestro objetivo deberá ser una flexible combinación de los mismos. HÄBERLE, P; <<Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, p. 274.

Así mismo, este canon interpretativo encuentra apoyo en el derecho positivo, lo que puede ser constatado en diversas constituciones, como por ejemplo en el artículo 10, inciso 2 de la Constitución Española de 1978<sup>545</sup>, en el artículo 16, inciso 2 de la Constitución de Portugal, en el artículo 93 de la Constitución de Colombia de 1991<sup>546</sup>, en el artículo 13 de la Constitución de Bolivia de 2009<sup>547</sup>, artículo 84 de la Constitución de Ecuador de 2008<sup>548</sup>, en la cuarta disposición transitoria de la Constitución Peruana de

---

<sup>545</sup> Carolina León sostiene que el artículo 10.2 de la Constitución española es una norma puente entre el derecho internacional y el derecho interno, un instrumento *integrativo – interpretativo* para el ordenamiento interno de los derechos fundamentales, sobre todo constitucional. LEÓN BASTOS, C; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 152. Volker Schlette elogia la Constitución española considerando que expresamente incorpora, en su artículo 10.2, el método de interpretación conforme a normas y reglas internacionales, o interpretación de los Derechos Fundamentales y libertades públicas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Ver, ACOSTA SÁNCHEZ, J; *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 287. Peces Barba refiere, que el precepto significa la apertura de la Constitución Española a la Protección Internacional de los Derechos Humanos. PECES – BARBA MARTINEZ, G; *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 299. Ponce Martínez destaca que la redacción del verbo “interpretar” en forma imperativa, constitucionaliza una técnica hermenéutica y obliga, de esta manera, al intérprete de cualquier precepto sobre Derechos Fundamentales. Nos encontramos ante el único mandato de la Constitución Española para su propia interpretación. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 96. Castellà literalmente califica al artículo 10.2 como una norma puente que conecta al Derecho interno con el Derecho internacional. CASTELLÀ ANDREU, J; <<El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, p. 142.

<sup>546</sup> Literalmente, el artículo expresa: <<Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia>>.

<sup>547</sup> La redacción del artículo, es idéntica a la Constitución Colombiana: <<Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia>>.

<sup>548</sup> Este artículo se aparta de la redacción tradicional: <<La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades>>.

1993<sup>549</sup>, en el artículo 1º de la Constitución mexicana<sup>550</sup>, el artículo 1º; inciso 2, del ZGB suizo, o en el 7 del ABGB austriaco.

En otros países se toman los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como referente interpretativo, sin contar con mandato constitucional, lo que no impide que se usen para clarificar y actualizar las garantías constitucionales de los Derechos Fundamentales, así como para reforzar una motivación o demostrar la existencia de una opinión favorable. En Italia y Alemania se ha consolidado una interpretación preferente de los Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a través de las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales <<Konventionsbestimmung>><sup>551</sup>. En Costa Rica, a pesar de no existir una cláusula interpretativa, la Sala Constitucional, ha otorgado primacía a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sobre la Constitución en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas<sup>552</sup>.

En este sentido, se aprecia que a pesar de ausencia de disposición constitucional, esto no ha impedido que los órganos judiciales interpreten las disposiciones de su ordenamiento interno de conformidad con lo estipulado con los Tratados Internacionales de los

---

<sup>549</sup> La Constitución peruana, sigue de cerca a la Constitución española: <<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>>.

<sup>550</sup> México, en junio del año 2011, efectuó una reforma constitucional, entre otras modificaciones se adiciono en el artículo primero la siguiente cláusula: <<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>>. Página de internet: <http://dof.gob.mx/> consultada en fecha 18 de enero del año 2012.

<sup>551</sup> Para mayor información véase HÄBERLE, P; <<Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 684. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, pp. 110 y ss.

<sup>552</sup> Sentencia de la Sala Constitucional, 2313- 95, de 9 de mayo de 1995. Para mayor referencia, LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 248.

Derechos Humanos, dato que nos permite avalar la tesis sobre la existencia del canon interpretativo<sup>553</sup>.

La innecesidad del precepto constitucional que especifique el criterio hermenéutico, es avalada por diversos autores desde distintos fundamentos, así Peter Häberle, propone una técnica integradora comparativa que tome en cuenta las Declaraciones Universales y regionales de Derechos Humanos, ante la falta de reglas para la interpretación de los Derechos Fundamentales<sup>554</sup>. En su opinión, se debe canonizar, el principio de la interpretación constitucional favorable a Europa, al derecho internacional y la interpretación favorable a los derechos humanos de la Ley Fundamental. Por último, defiende un principio de aplicación especial: el principio de la hermenéutica común europea o de la hermenéutica común iberoamericana<sup>555</sup>.

En la misma línea argumental, están lo que apuestan por definir la apertura al exterior de los textos constitucionales para indagar el sentido de los Derechos Fundamentales con una comparación en el espacio, en donde para desentrañar el sentido de las normas internas, se acude también a la exploración de los ordenamientos circundantes<sup>556</sup>.

---

<sup>553</sup> En relación, con el ordenamiento constitucional español, se afirma que ante la ausencia del artículo 10.2, los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, se seguirían usando como elementos hermenéuticos de los Derechos Fundamentales, mediante la aplicación del artículo 96 de la Constitución Española. Ver, PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 110.

<sup>554</sup> HÄBERLE, P; “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 684.

<sup>555</sup> HÄBERLE, P; “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, pp. 696 y 697.

<sup>556</sup> RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, p. 113.

Otros autores hablan de un “principio de expansión de los Derechos Fundamentales”<sup>557</sup>, que se visualiza en ampliar estas normas dentro de los ordenamientos jurídicos cuando se toman en cuenta los Derechos Humanos establecidos en tratados internacionales.

Queralt Jiménez, fundamenta la interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos hecha por el Tribunal Constitucional Español en base al “*argumento de autoridad complementario*” en su forma de guía interpretativa<sup>558</sup>.

Mientras que para García Roca, el fundamento del canon hermenéutico se halla en la obligación para un Estado constitucional de adecuar su organización y el uso de sus potestades a las libertades de los individuos que deben ser interpretadas “*Secundum Conventionem*”, cerrando los espacios abiertos en las Constituciones y legislaciones nacionales<sup>559</sup>. De esta manera, a pesar de existir variantes domésticas que distan de ser homogéneas, se asientan unas reglas mínimas para fijar el contenido de los Derechos Fundamentales.

Así, la tendencia generalizada es aceptar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para la interpretación de los Derechos Fundamentales, como consecuencia obligada y un resultado lógico de las crecientes exigencias de este sector del ordenamiento internacional, cuyas normas no sólo son cada vez más detalladas, sino que a su vez presentan más frecuentemente un carácter *self – executing*, y que no benefician ni se dirigen a los Estados, sino a los particulares enriqueciendo su

---

<sup>557</sup> Esta base teórica es compartida por autores latinoamericanos. Ver, LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 230.

<sup>558</sup> Esta actitud es perceptible, particularmente, en la STC 260/2000 de 30 de octubre. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 290.

<sup>559</sup> GARCÍA ROCA, J; <<Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos Derechos Fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?>>, en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 21.

patrimonio jurídico, por lo que no es de extrañar que, de manera cada vez menos aislada, las personas demanden que estos instrumentos sean preservados por los órganos judiciales internos<sup>560</sup>.

Subrayamos que la legitimidad de los tratados como criterio interpretativo, también se halla en las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales (antes estudiadas), pues como comprobamos es necesaria la labor interpretativa para configurar el contenido del derecho, y en consecuencia la existencia de cánones interpretativos que atiendan sus características normativas resulta crucial. En este sentido, creemos que los tratados internacionales son instrumentos vivos que permiten al intérprete contar con criterios objetivos para lograr tal cometido, y así, las interpretaciones cuenten con la participación indirecta de otros operadores jurídicos y con los criterios de órganos internacionales. De tal manera, que los tratados internacionales se convierten en guías internas de actuación<sup>561</sup>.

### 3.3. *El canon en relación con otros métodos interpretativos*

Téngase presente, que el uso del canon interpretativo aquí defendido no implica la unidad metodológica, *contrario sensu*, es un canon que se puede emplear a la par de los métodos tradicionales. El intérprete decidirá la pauta que guiará su decisión para sustentar razonablemente su postura, además si contemplamos que los tratados introducen en el contenido constitucional los criterios de los operadores internacionales, veremos reflejada la teoría de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, defendida por Peter Häberle.

<sup>560</sup> PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 139.

<sup>561</sup> Así lo pone de relieve Pérez Tremps, cuando al referirse al artículo 10.2 de la Constitución Española explica que el consenso sobre el contenido y alcance de los derechos fundamentales se proyecta más allá de cada ordenamiento singular y, por eso, y con independencia de los problemas técnico – jurídicos que suscita la convivencia de ordenamientos, los tratados y convenio internacionales, estos últimos se convierten en guías internas de actuación. PÉREZ TREMP, P; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005, p. 915.



El hecho es que en la actualidad el intérprete de los Derechos Fundamentales tendrá que tener en cuenta las declaraciones universales y regionales de Derechos Humanos, pues decíamos que la apertura hacia afuera de contenidos y dimensiones de los Derechos Fundamentales, es requisito para que surja esa “comunidad de intérpretes de los derechos fundamentales”. O bien, se internacionaliza la sociedad abierta de los intérpretes de los Derechos Fundamentales<sup>562</sup>.

En línea general, “el pluralismo de los métodos<sup>563</sup>” abre espacio para un papel activo de la ciencia del Derecho y las experiencias *históricas-sociales* que pretende normar, con ello se reafirma una apertura a criterios de interpretación que deben orientarse a la efectividad del derecho. De ahí, que Peter Häberle asegure que: “Toda política de derechos fundamentales, y toda interpretación de los derechos fundamentales debería estar al servicio del perfeccionamiento de la eficacia garantizadora de estos derecho”<sup>564</sup>.

Entender la Constitución, y en su caso los Derechos Fundamentales desde el pluralismo, presupone una diversidad de ideas y opciones, rechazando todo fundamentalismo<sup>565</sup>. No es desdeñable, por tanto, echar mano de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para configurar a los Derechos Fundamentales, normas que por sus

<sup>562</sup> VID. HÄBERLE, P; <<Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, pp. 272 y 273.

<sup>563</sup> Zagrebelsky, traza la relación que existe entre la multiplicidad de los criterios, la pluralidad de los principios y de los valores, así como, la falta de orden jerárquico entre estos últimos y la interpretación conforme a las exigencias de los casos, liberándola considerablemente de las <<exigencias del Derecho>>, tanto menos inteligibles cuando más numerosos son los métodos de interpretación admitidos. ZAGREBELSKY, G; <<La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución>>, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, pp. 168 y 169.

<sup>564</sup> HÄBERLE, P; “Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el profesor Peter Häberle”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997, p. 19.

<sup>565</sup> Siguiendo las premisas de Peter Häberle, quien apunta que una teoría constitucional pluralista rechaza, todo lo que podemos caracterizar con la palabra <<fundamentalismo>> o como Estado totalitario. HÄBERLE, P; “Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el profesor Peter Häberle”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997, p. 32.



peculiaridades requieren una operación de concreción. La idea es que acudir a los tratados internacionales permite más pluralismo en la interpretación de los derechos constitucionales.

Sin embargo, disentimos con Peter Häberle, cuando afirma que se trata de comparar Derechos Humanos y Derechos Fundamentales<sup>566</sup>, pues no creemos que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como canon interpretativo, participen de las características del método comparado. El derecho comparado, es plausible a efecto de sondear la operatividad en otros ordenamientos, pero el canon interpretativo que exponemos, rebasa estos efectos, pues se dirige a configurar el contenido de los Derechos Fundamentales, pasando a formar lo que Robert Alexy denomina, “*norma adscrita del Derecho Fundamental*”<sup>567</sup>. Piénsese además que el juez que interpreta a las normas de los Derechos Fundamentales, es totalmente libre de recurrir al derecho extranjero, pero de todas formas, sigue estando sometido al derecho interno, y los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos forman parte de éste.

En esta tesis defendemos que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos pueden convertirse en un canon interpretativo, con tal de que se argumenten las razones que existen para legitimar el hecho de otorgarles esta categoría jurídica, así como que se esclarezcan sus efectos jurídicos. Es indispensable que la teoría constitucional, aborde el alcance de los tratados internacionales como elementos configuradores de los Derechos Fundamentales. No podemos contentarnos con afirmaciones generales difuminadas dentro de los manuales de Derecho Político o en las sentencias de los órganos

---

<sup>566</sup> Nuestra postura discrepa con la sostenida por Peter Häberle, quien defiende una comparación de derechos fundamentales (por ejemplo, europeos comunes), que es para el intérprete constitucional un “medio de transporte” de su propia interpretación, la cual puede integrar a la comparación otros medios, como la interpretación histórica, la gramatical y la sistemática, o incluso la teleológica, según se presente el problema. HÄBERLE, P; “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 683.

<sup>567</sup> Las normas de derecho fundamental pueden dividirse en dos grupos: las normas de derecho fundamental directamente estatuidas por la Constitución y las normas adscritas de derecho fundamental. ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 52.

jurisdiccionales. Es pertinente, traer a colación las afortunadas palabras de Peter Häberle: “Para evitar los peligros se requiere por un lado, de los instrumentos “finos” de la interpretación constitucional racional y pluralista, así como de sus métodos tradicionales; y por el otro, de la estructuración y organización pluralista del espacio público<sup>568</sup>”.

Es necesario generar no sólo una conciencia constitucional, sino incluso una conciencia de la eficacia de los Derechos Fundamentales, y para ello es oportuno, y sería casi hasta obligatorio, que los operadores jurídicos capten su razón de ser y el *telos* de su existencia. Con ello se contribuye a lograr lo que Lucas Verdú, denomina la conciencia psicológica de los ciudadanos, quienes perciben la función adecuada del Estado para proteger sus derechos<sup>569</sup>. La importancia de los tratados internacionales para generar la conciencia de eficacia de los Derechos Fundamentales, resulta acrecentada si se considera el impacto de sus aportaciones para actualizar el sentido constitucional<sup>570</sup> de las exigencias funcionales del sistema y su adecuación en el espacio (el aquí y el ahora, coordinadas inescindibles en el Derecho Constitucional<sup>571</sup>).

### 3.4. *El canon interpretativo vs. la jerarquía del tratado internacional*

---

<sup>568</sup> HÄBERLE, P; “Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 692.

<sup>569</sup> Ver, LUCAS VERDÚ, P; “Conciencia y sentimiento constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997, pp. 61 y 62.

<sup>570</sup> Sobre la adecuación de los Derechos Fundamentales a través de los tratados de Derechos Humanos. RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, p. 296. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; “La aplicabilidad el Convenio Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídico internos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 1987, p. 440.

<sup>571</sup> DE VEGA GARCÍA, P; “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el Constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, 100, 1998, p. 51.

Como apuntamos anteriormente el fundamento jurídico de estos documentos como elementos hermenéuticos se encuentra en la interconexión normativa entre el orden interno e internacional. Esta interconexión, se expresa constitucionalmente, a través de las llamadas *cláusulas europeas implícitas o explícitas*<sup>572</sup>, *la aplicación del bloque de constitucionalidad a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos*<sup>573</sup> y *el enunciado normativo que otorga el carácter de criterio hermenéutico a estos documentos*<sup>574</sup>. No obstante, los efectos jurídicos de cada una de estas cláusulas son diferentes dentro de los ordenamientos internos.

Al hilo de nuestras observaciones, cabría decir que la jerarquía normativa y la eficacia directa del tratado son inocuas para su perfil como canon interpretativo. En suma, son sólo una forma más de cumplir con las obligaciones internacionales, pero no representan el fundamento jurídico de tomar los tratados como herramientas hermenéuticas.

Sin ahondar en la posición jerárquica que los tratados ocupan en otros ordenamientos jurídicos, se observa que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es tenido en cuenta por los órganos judiciales de un buen número de Estados a la hora de interpretar las normas internas sobre Derechos Fundamentales. Es preciso insistir en que la posición que ocupan los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico es irrelevante en el momento de considerarlos como parámetro de interpretación de los Derechos Fundamentales. Así lo pone de relieve el ordenamiento jurídico español, que sin catalogarlos dentro del bloque de constitucionalidad, es sin embargo el propio tribunal constitucional quien los reconoce como canon interpretativo. De tal manera,

---

<sup>572</sup> Remítase a: CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004, p. 140. Verbigracia: Constitución Española artículo 10.2. y 93, Constitución de Alemania, artículos 23, 24 y 25.

<sup>573</sup> La Constitución de Argentina artículo 75, Constitución de Colombia artículo 93, Constitución de Guatemala artículo 46, por mencionar algunas.

<sup>574</sup> En el ordenamiento constitucional español es el artículo 10.2 el que constituye a los tratados internacionales como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales. Para no obviar reiteraciones remitimos el lector al primer capítulo de esta investigación y la bibliografía ahí citada.

que la eficacia de los Derechos Fundamentales está fundada en las normas internas, para cuya configuración se toman en cuenta los criterios internacionales expuestos en los tratados que el Estado ha ratificado, siempre y cuando representen una mejor protección para el derecho.

El Tribunal Constitucional Alemán, se sirve del criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales, conforme a los tratados internacionales (específicamente usa la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo). Este uso es independiente de que en el ordenamiento jurídico la Convención Europea, no tenga rango constitucional, sino validez a nivel de ley ordinaria. Como bien indica Kirchhof, el tribunal opera a la hora de interpretar un concepto y a fin de comprender el problema, utilizando un acervo común, que no ha nacido sólo en un Estado nacional, sino que, en lo que concierne a la concepción de libertad e igualdad es una idea europea<sup>575</sup>.

Las razones que hemos expuesto pretenden ser la clave para dialogar abierta y claramente sobre los efectos jurídicos de un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales. La interpretación de estos derechos no debe caer en el estado de ánimo de los jueces y de los políticos, pero tampoco debe ser un espacio tan abierto, que impida identificar las normas y restarles eficacia jurídica, hasta convertirlas en meras aspiraciones políticas. Así las cosas, no apostamos por la santificación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a través de ampliar el bloque de constitucionalidad o por lo que a nuestro estudios se refiere, no defendemos un uso injustificable y acrítico para interpretar los Derechos Fundamentales, pero tampoco creemos que sea viable la autosuficiencia del ordenamiento interno.

---

<sup>575</sup> KIRCHHOF, P; <<La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, pp. 258 y 259. El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia número 233/1993 de 12 de julio, se refiere al precepto aquí considerado, como el cauce para un <<denominador común de todos los derechos fundamentales>>.

En líneas generales, el canon interpretativo constituye una herramienta clave para lograr interpretaciones coherentes con el sistema internacional de los Derechos Humanos; independiente de que cada Estado otorgue diferente jerarquía jurídica a los tratados en sus fuentes normativas.

#### **4. La operación de concreción de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales**

El reconocimiento constitucional del criterio hermenéutico de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos acarrea consecuencias jurídicas de gran importancia, para la efectiva tutela de los Derechos Fundamentales, al conectar su enunciado normativo constitucional con los estándares expresados en estos documentos jurídicos y en las interpretaciones hechas por los órganos internacionales. Por tanto, permite fijar el contenido del derecho mediante un contraste de los contenidos normativos constitucionales e internacionales, ampliando su esfera de protección al introducir <<los valores generalmente admitidos por la comunidad internacional>><sup>576</sup>.

La operación hermenéutica para precisar a los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales ha sido catalogada por la doctrina como: <<*una función integrativa del texto constitucional tomando como referente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos*>><sup>577</sup>, para otros, se trata de una <<*fórmula de*

---

<sup>576</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, p. 141.

<sup>577</sup> SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 270.

*reintegración de los derechos fundamentales*>><sup>578</sup> o, una <<*técnica positiva de concreción y reintegración de los derechos*>><sup>579</sup>.

Para indagar los alcances de esta técnica, es indispensable repetir lo expuesto *ut supra*, en relación a la operación hermenéutica de concreción (término que traduce la expresión germana <<*Konkretisierung*>>), que es la adecuación de la norma constitucional al problema, a través del hallazgo y comprobación de los puntos de vista <<*Gesichtspunkt*>>, sometidos a la prueba de las opiniones a favor y en contra, para motivar la decisión de la forma más conveniente posible<sup>580</sup>. Para Guastini, la concretización, es la operación de transformar una norma indeterminada en una regla precisa<sup>581</sup>. Es así que la concreción consiste en fijar racionalmente el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales, de manera que estas puedan ser sustentadas dentro del marco del sistema jurídico vigente.

Así las cosas, una interpretación de los Derechos Fundamentales a través de una compatibilidad constructiva entre los ordenamientos interno e internacional ayuda a armonizar su sentido bajo un <<*marco de recíprocos acondicionamientos políticos y también jurídicos*>><sup>582</sup>.

---

<sup>578</sup> REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3621.

<sup>579</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO, T.; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, pp. 131 y 132.

<sup>580</sup> PÉREZ LUÑO, A.; “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 100.

<sup>581</sup> GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008, p. 79.

<sup>582</sup> DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 292.

La impresión es que una interpretación, realizada tomando en cuenta los contenidos mínimos establecidos internacionalmente, responde a la idea de concreción jurídica defendida por Karl Engisch, cuando dice: <<la concreción del derecho significa por tanto orientación del derecho a lo real>><sup>583</sup>, es decir, la acomodación a los hechos y leyes de la vida social exigida al derecho. En este caso, la orientación de la norma se destina a resolver un caso concreto exigido en el contexto del ordenamiento constitucional, pero en la pluralidad de declaraciones de derechos y de sus interpretaciones, que se superponen y que van adaptando los derechos a la realidad<sup>584</sup>.

Todo ello da por resultado una interpretación de concreción del contenido intrínseco y extrínseco de la norma (expuestos por Haba<sup>585</sup>), es decir se precisa la norma del Derecho Fundamental en una visión de conjunto<sup>586</sup>. Esta interpretación se fundamenta en la unidad en que se fusionan los bienes jurídicos normados en la Constitución, y en las relaciones complementarias existentes, ya que, el contenido de los Derechos Fundamentales se determina en una visión de conjunto<sup>587</sup>. Se asiste, por tanto, a la concreción de los Derechos Fundamentales a través de los contenidos fijados por la

---

<sup>583</sup> ENGISCH, K.; *La idea de concreción en el Derecho y en las ciencias jurídicas actuales*, Comares, Granada, 2004, pp. 177 y ss.

<sup>584</sup> CANOSA USERA, R.; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 112 y 113.

<sup>585</sup> Remítase al capítulo segundo de este trabajo.

<sup>586</sup> ALEXY, R.; *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 56.

<sup>587</sup> HÄBERLE, P.; *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 8.

comunidad internacional. Como consecuencia, tiene lugar un *criterio objetivo*<sup>588</sup> para su interpretación que contribuye a:

1. Reducir la actividad creadora de la jurisprudencia constitucional en relación a los Derechos Fundamentales, o mejor dicho, reconocer la necesidad creadora de la jurisprudencia constitucional, pero sometida a criterios objetivos devenidos de los consensos internacionales.

2. Ampliar el ámbito de protección de los Derechos Fundamentales, al fijar su contenido con los parámetros no sólo internos, sino internacionales.

3. Garantizar la vigencia de los Derechos Fundamentales, al permitir un contraste y complemento normativo mediante los estándares internacionales.

4. Dotar de contenido a conceptos constitucionales indeterminados como <<pena inhumana o degradante>> o <<dilaciones indebidas>>, definiendo sus zonas de certeza en base a criterios consensuados por la comunidad internacional.

5. Generar una concepción dinámica del contenido de la norma del Derecho Fundamental, que posibilita nuevos elementos para el ejercicio del derecho<sup>589</sup>, luego

---

<sup>588</sup> Defienden la existencia de un criterio objetivo, cuando se interpretan los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos: LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 57. ARAGÓN, M.; <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 34. SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 270. REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3614.

<sup>589</sup> Como ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 39/1986 de 31 de Marzo, se introducen nuevos elementos para extender la protección a la libertad sindical: <<La



entonces, abre el camino para la adaptación de la norma a las circunstancias actuales y permite resolver de manera pragmática el problema planteado<sup>590</sup>.

Debe señalarse, de todas formas, que el criterio defendido no implica la uniformidad constitucional. Como lo sustentó Hesse, el Derecho Constitucional no llegará completamente a disolverse hasta el extremo de ser reducible a mero episodio de la historia constitucional<sup>591</sup>. La internacionalización del Estado presupondrá siempre el Estado junto con su Constitución. Por ello, en la realidad existen relaciones de complementariedad o recíprocos acondicionamientos, antes que relaciones de jerarquía<sup>592</sup>, pues no debe perderse de vista que el ordenamiento constitucional estipula por quién han de efectuarse las relaciones internacionales y bajo qué reglas.

Por una parte, tenemos la *concretización* de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales, o la *integración* de los criterios internacionales al contenido constitucional de los Derechos Fundamentales<sup>593</sup>, y de otra, se habla de una *reintegración* cuando se introducen nuevos elementos para el ejercicio efectivo del Derecho Fundamental<sup>594</sup>.

enumeración de derechos comprendidos en el de libertad sindical que contiene el art. 28.1 de la Constitución no debe considerarse exhaustiva, sino meramente indicativa pues, aunque dicho precepto no se refiere expresamente a derechos «de actividad», la conexión con el art. 7 de la Constitución y los tratados internacionales suscritos por España en la materia evidencian que la libertad sindical comprende también «el derecho a que los sindicatos fundados (...) realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordinadas que a esta institución hay que reconocer»>>.

<sup>590</sup>

<sup>591</sup> HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p. 14.

<sup>592</sup> Para Vergottini, no hay lugar a la desaparición de los principios tradicionales del Estado, sólo a relaciones complementarias con otros ordenamientos estatales e internacionales. No obstante, creemos, que en algún sentido se están moldeando principios básicos, tan sólo baste mencionar el concepto de soberanía. DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 292.

<sup>593</sup> En la STC 31/1991 de 24 de febrero el tribunal expuso: <<el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución>>.

<sup>594</sup> En opinión de Rey Martínez, una fórmula de reintegración de los derechos fundamentales, es sólo en la medida en que posibilita el descubrimiento de nuevos aspectos de los mismos, sobre

En realidad, la cuestión de la concretización de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales implica, en el panorama de la teoría constitucional, mucho más que breves referencias a los convenios. En esta investigación, defendemos la existencia del canon interpretativo, porque goza de una autoridad devenida de argumentos razonables sustentados en el marco del ordenamiento jurídico interno e internacional, y así se refleja en la tarea de los órganos jurisdiccionales internos. Por esta razón, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos pueden fácilmente ser catalogados como estándar internacional para la interpretación de los Derechos Fundamentales, es más, los tratados son calificados como estándares mínimos consensuados por los Estados para la interpretación de los Derechos Humanos<sup>595</sup>.

La operación de concreción conlleva la tarea de sustentar racionalmente en base a lo estipulado por la normativa constitucional e internacional, el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales, pero esta operación debe contar con una argumentación que otorgue pretensión de validez a los componentes, así mismo debe justificar que son imprescindibles para la norma<sup>596</sup>. Es decir, se debe buscar, en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, que la interpretación pueda ser racionalmente fundada. De aquí la importancia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el momento de concretar las normas de los Derechos Fundamentales, pues su capacidad no se reduce a un contenido posible de los derechos, sino que opera sobre el contenido necesario y mínimo de los mismos. Esta es la causa por la cual Rubio Llorente, asegura que la capacidad de los tratados para configurar los Derechos Fundamentales es incomparablemente más potente que la de la Ley; así mismo, apunta que los elementos

---

todo, cuando éstos contienen un alto grado de abstracción en su tenor literal. REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3621.

<sup>595</sup> En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, A.; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 502 pp.

<sup>596</sup> Téngase en cuenta la tesis de Friedrich sobre los componentes imprescindibles de la normatividad. FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989, p. 123.

que el tratado introduce en el contenido de los derechos no son facultades adicionales de las que pueda prescindir el legislador<sup>597</sup>.

#### 4.1. Elementos de la operación hermenéutica de concreción

Partimos de la idea de que para aducir que la concreción cuenta con “componentes imprescindibles a las normas de los Derechos Fundamentales”, conforme a los estándares fijados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, debe haber argumentos que otorguen validez al contraste normativo efectuado para precisar la norma, y así poder calificarla como “*norma adscrita al Derecho Fundamental*”.

Reiteramos lo dicho en capítulos anteriores, cuando sugerimos que los criterios y argumentos bajo los cuales se sustente la concreción de estas normas, deben ser suficientemente razonables y fundamentados bajo el sistema jurídico vigente, además de que el intérprete debe buscar la eficacia directa del derecho y la interpretación más favorable. Tales consideraciones, nos llevan a fijar con detenimiento algunos elementos de la operación hermenéutica de concreción:

1. La operación toma como base el enunciado constitucional de la norma de los Derechos Fundamentales<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> RUBIO LLORENTE, F; “Los Derechos Fundamentales, evolución, fuente y titulares en España”, *Claves*, 75, 1997, p. 6.

<sup>598</sup> Para Häberle, los contenidos (de derechos fundamentales) que se reciben por vía de la comparación jurídica, deben ser repensados en el contexto “propio” del Estado constitucional receptor. HÄBERLE, P; <<Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 685.

2. La operación permite, a través del contraste normativo con los materiales internacionales, fijar el contenido del Derecho Fundamental.

3. El criterio interpretativo debe alejarse de decisiones arbitrarias o que puedan vaciar de contenido al derecho. Además se debe argumentar suficientemente para no desvirtuar su ejercicio.

4. La concreción de los Derechos Fundamentales, conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, implica la selección del intérprete de los contenidos internacionales, a través de un contraste normativo, que asegure un proceso funcional de los derechos. Por tanto, el intérprete nacional no se convierte en aplicador entusiasta de los requerimientos internacionales, sino en verdadero intérprete del derecho constitucional, cuando selecciona, contrasta y concreta la norma a través de argumentos plausibles.

5. Siguiendo la línea argumental del epígrafe anterior, diremos que la operación así entendida permite el dialogo o interconexión entre los órganos nacionales e internacionales, cuando comparten criterios mínimos, legitimados mutuamente.

En sustancia, la operación de concreción, produce el efecto de un control de contraste, ya que el resultado alcanzado, es consecuencia, de un examen de la normativa internacional<sup>599</sup>. La tarea interpretativa usando este canon, debe ser realizada con el fin de lograr la efectividad de los Derechos Fundamentales, es decir, buscando la vigencia práctica, material de estas prerrogativas<sup>600</sup>.

---

<sup>599</sup> Ver, GONZÁLEZ CAMPOS, J; *“Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)”*, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 48.

<sup>600</sup> Remítase a HÄBERLE, P; <<La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, p. 328.

Ahora bien, antes de dar paso a explicar los alcances de la interpretación conforme a los tratados internacionales, nos sentimos obligados a abordar los elementos que no pueden ser parte, desde nuestro punto de vista, de la operación de concreción.

La operación de concreción a través del criterio de los estándares internacionales, no implica que el Tribunal Constitucional, se ajuste a lo estipulado por la Convención de Viena de 1969 sobre los tratados, pues éste interpreta normas constitucionales, y no normas convencionales. La operación hermenéutica implica un contraste normativo en la literalidad del tratado internacional o las interpretaciones ya efectuadas por los órganos encargados de su interpretación oficial.

Con este argumento, desmontamos la crítica vertida por el profesor Ponce Martínez<sup>601</sup>, al sugerir el uso de los criterios interpretativos del Convenio de Viena por parte del Tribunal Constitucional español, afirmación con la que discrepamos, pues este instrumento se fijó para interpretar tratados internacionales, normas que aún se encuentran lejos de ser interpretadas por los operadores nacionales. Recuérdese que el Tribunal Constitucional, es el máximo intérprete de la Constitución, de ahí que no puede interpretar normas internacionales a la luz de los criterios establecidos en la Convención de Viena. Esta es la causa por la cual afirmamos, que aplicar la teoría del bloque de constitucionalidad a los tratados internacionales, técnicamente otorga competencia a los órganos constitucionales para interpretar estas normas y relativizar su contenido, pues cada Estado podría optar por el contenido que mejor le pareciese. Además, es interesante señalar, que incluso los órganos internacionales encargados de

---

<sup>601</sup> Desde la postura de este autor, el Tribunal Constitucional al igual que el resto de operadores jurídicos debe estar sometido a los medios hermenéuticos contenidos en la Convención de Viena de 1969, incluso para él deviene aconsejable reiterar en la normativa interna la vigencia de las pautas internacionales, bien sea modificando, a estos efectos, lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil, o bien mediante su inserción en otra norma. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, pp. 188 y 189.

tutelar la protección de los Derechos Humanos, se apartan de las pautas establecidas en la Convención de Viena<sup>602</sup>.

En sustancia, la convergencia de las interpretaciones de los Derechos Fundamentales en relación a los estándares internacionales, tiene como punto de apoyo la norma válida constitucional, por lo tanto, como bien indica López Jurado, los criterios argumentativos deben ser empleados como criterios auxiliares y sirven para seleccionar contenidos normativos aplicables, pero no pueden suplantar a estos contenidos normativos<sup>603</sup>. Para este autor, la problemática para la elección de los criterios de interpretación es en buena medida, la motivación de los criterios de las sentencias, es decir, qué materiales pueden utilizar los Tribunales Constitucionales, en términos de razonabilidad<sup>604</sup>.

En la práctica, como tendremos ocasión de estudiar, el Tribunal Constitucional Español, en algunas sentencias, no hace referencia a motivaciones explícitas de la determinación del contenido de los Derechos Fundamentales, conforme a los tratados internacionales. Este modo de proceder, ha llevado a que algunos constitucionalistas califiquen sus interpretaciones como “ornamentación internacional”<sup>605</sup>. Hacemos notar la necesidad de definir la operación de concreción de los Derechos Fundamentales a la luz de los estándares internacionales, pues no se puede reducir el papel de estos instrumentos a enmascarar decisiones carentes de una fundamentación jurídica. Además, se da el caso,

---

<sup>602</sup> Sobre esta cuestión remítase a RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, p. 106. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; *La interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996, 351 pp.

<sup>603</sup> LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992, pp. 123 y 124.

<sup>604</sup> Schneider propone considerar a la autodisciplina judicial como un problema metódico de interpretación objetiva y funcional de la Constitución, con ello resultaría mucho más difícil acusar de politización al Tribunal. SCHNEIDER, J; <<Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional>>, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 76.

<sup>605</sup> Carlos Ponce Martínez indica que la carencia argumentativa en la sentencias del Tribunal Constitucional, también se observa en su homólogo alemán. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 171.

de que el tribunal en casos puntuales se aparta de la doctrina internacional en Derechos Humanos<sup>606</sup>.

Por ello, cuando hacemos mención de la operación de concreción de los Derechos Fundamentales, conforme a este canon interpretativo, nos referimos al efecto jurídico directo de estos instrumentos dentro del ordenamiento jurídico, pues pasan a formar parte del contenido constitucional de estas normas. Por tanto, el canon interpretativo, si bien es una guía para el intérprete, el hecho de aceptarlo como un estándar general de interpretación, conlleva la tarea de atenderlo siempre que se quiera realizar razonablemente una interpretación de las normas de los Derechos Fundamentales. En este sentido, si existe un estándar internacional en relación al Derecho Fundamental, el intérprete debe acogerse al mismo, o en su defecto deberá probar que en el ordenamiento interno y conforme a otros parámetros jurídicos el derecho resulta mayormente protegido. Lo que no puede hacer es negar la existencia de este criterio sin aportar un argumento plausible.

La aprobación de este canon de interpretación, tiene por efecto ampliar la esfera de protección de los Derechos Fundamentales, pues, se debe aplicar siempre y cuando implique una interpretación más favorable para el derecho. En consecuencia, no implica la incorporación de nuevos Derechos Fundamentales, pero sí exige que a través de él se amplíe el contenido de los derechos constitucionalmente reconocidos. Así mismo, la interpretación se efectúa, tomando en consideración la literalidad del tratado o las interpretaciones hechas por los órganos internacionales.

Queda claro, que la interconexión normativa para la interpretación de los Derechos Fundamentales, tiene lugar a través de dos documentos jurídicos: los textos Constitucionales y los Tratados Internacionales, pero también por vía de las sentencias de jueces nacionales e internacionales, que se encargan de la aplicación e interpretación

---

<sup>606</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 236/2007 de 7 de noviembre.

de estos documentos<sup>607</sup>. Aunque, la convergencia va más allá, pues existen documentos que sin tener el carácter de tratados internacionales, gozan de una autoridad suficiente para poder ser tomados en cuenta en el momento de interpretar los Derechos Fundamentales. Baste con mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Así mismo, hay criterios de instituciones internacionales que sin tener carácter de órganos jurisdiccionales influyen en las decisiones internas. Su autoridad deviene del acto jurídico que les da origen, es decir la suscripción de un tratado internacional, o del consenso internacional para su nacimiento, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el canon de interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos puede descansar una interpretación integral, evolutiva y garantizadora de las normas de los Derechos Fundamentales, además de alejarlos de tomar direcciones únicas, logrando con ello percibir “Wille zur Verfassung” (La voluntad de la Constitución), cuyo objetivo más difícil en relación con la tarea integradora de la misma es: imponer el respeto de la Constitución y promover el consenso sobre la misma<sup>608</sup>. Tal opinión pretende subrayar la utilidad del canon interpretativo a efecto de configurar el sentido de los Derechos Fundamentales conforme a los valores generalmente aceptados por la comunidad internacional, garantizando su efectivo cumplimiento.

En el momento de realizar la operación de concreción, no se puede perder de vista, el papel de los Derechos Fundamentales dentro del Estado, pues cuando se interpretan se busca esclarecer su contenido, buscar su efectiva protección. Además esta concreción

---

<sup>607</sup> En relación a la Convención Europea de Derechos Humanos se afirma que sugerir la remisión exclusiva a la CEDH, dado su carácter de estándar mínimo y la ambigüedad de su articulado, no tendría prácticamente sentido si no incorporará también la posibilidad de usar la jurisprudencia del TEDH. RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, p. 167.

<sup>608</sup> ZAGREBELSKY, G; <<La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución>>, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 173.



permeará las tres funciones públicas, y por supuesto, el comportamiento de los particulares<sup>609</sup>.

Nos sumamos a la reflexiones de Solozabal Echavarría cuando afirma que la resolución de los conflictos entre derechos constitucionales ha de establecerse en cada caso, lo que no quiere decir, que no pueda haber estándares, fijados básicamente por el Tribunal Constitucional, aplicables, en principio, para los supuestos de conflictos de determinados caracteres, pero como pauta sólo de medio alcance en su nivel de generalización<sup>610</sup>.

La tendencia que se manifiesta es una comprensión del significado de los Derechos Fundamentales bajo un entendimiento común entre los operadores jurídicos nacionales e internacionales, y en este tenor, la comprensión actual de los derechos ha dejado de ser un fenómeno puramente estatal para internacionalizarse<sup>611</sup>. De ahí, que se hable de una interpretación conforme a estándares internacionales. En consecuencia son los órganos jurisdiccionales los que crean las condiciones para que germine el *ius commune*, no sólo garantizando los Derechos Fundamentales, sino abriendo vías interpretativas y dando respuesta a los nuevos problemas que se susciten.

Las resoluciones de los conflictos jurídicos a ellos sometidos son el punto de partida para que los tribunales internacionales sedimenten y unifiquen la doctrina sobre derechos y libertades<sup>612</sup>. Por tanto, definir los efectos jurídicos de los Tratados

---

<sup>609</sup> El mayor problema de la teoría interpretativa, es perder de vista la eficacia que persigue su reconocimiento en los ordenamientos constitucionales. En el mismo sentido, se pronuncia, CARPIO MARCOS, E; “La interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005, p. 325.

<sup>610</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J; “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1991, p. 99.

<sup>611</sup> CANOSA USERA, R.; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 112 y 113.

<sup>612</sup> PÉREZ TREMP, P; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005, p. 918.

Internacionales de Derechos Humanos como canon de interpretación, contribuye a entablar un diálogo claro y razonable para el efectivo cumplimiento de los Derechos Fundamentales.

## **5. La interpretación de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales**

Hemos definido la operación de concreción de los Derechos Fundamentales, teniendo como guía orientativa los estándares mínimos internacionales fijados en los tratados de Derechos Humanos, en consecuencia, toca definir los alcances para utilizar a estos instrumentos como referente interpretativo, asunto que enfrentamos despejando el siguiente interrogante:

¿Qué efectos jurídicos tiene interpretar los Derechos Fundamentales conforme a los estándares mínimos establecidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos?

Para tal cometido, es necesario desentrañar el sentido jurídico atribuido al término <<conformidad>>, o la <<interpretación conforme>>. Según Vergottini, ésta prevé la obligación para el Estado miembro de adoptar todas las medidas idóneas para asegurar la ejecución de los compromisos derivados del Tratado<sup>613</sup>. Queralt, aduce que la interpretación conforme, se debe entender como compatibilidad y supone, el límite más claro a la libertad de medios de los Estados, ya que implica que la autoridad nacional deberá elegir entre las interpretaciones posibles aquella que sea compatible con el *acquis conventionnel*<sup>614</sup>.

---

<sup>613</sup> DE VERGOTTINI, G; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 117.

<sup>614</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 130.

Por su parte, Constantinesco, citando al profesor Flauss, refiere que por medio de las técnicas de la interpretación conforme, cobra vida la doctrina del derecho vivo (y es el intérprete quien lo vivifica) y superpone un bloque normativo que podría llamarse, funcionalmente, bloque de “supraconstitucionalidad” (o bloque de “convencionalidad”, si se prefiere una apelación más neutra...) <sup>615</sup>.

El *Bundesverfassungsgericht*, refiriéndose al Convenio Europeo de Derechos Humanos afirmó que:

<<el texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sirven, a nivel de Derecho Constitucional, como guía para la interpretación de los contenidos y fines de los Derechos Fundamentales y de los principios constitucionales de la Ley Fundamental, con la reserva de que ello no lleve a reducciones o restricciones de derechos individuales fundamentales previstos por la Ley Fundamental, lo que no es querido por el propio Convenio>> <sup>616</sup>.

Similar es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español en la sentencia 259/2007, que textualmente expresa:

<<Expuesto lo anterior el examen del motivo de inconstitucionalidad alegado ha de comenzar indagando en torno al contenido constitucionalmente declarado del derecho de huelga, para, a continuación, valorar si la limitación impuesta por el legislador orgánico resulta constitucionalmente lícita a la luz del contenido esencial del derecho, teniendo en cuenta el criterio interpretativo derivado del art. 10.2 que obliga a

<sup>615</sup> VID. CONSTANTINESCO, V; “¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra de Fadrique Furio Ceriol*, 8, 1995, p. 11.

<sup>616</sup> 111, BVerfGE, 307. Para una mayor explicación remitimos, DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 160.

interpretar los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España>><sup>617</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a un “control de convencionalidad” en los siguientes términos:

<<En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones>><sup>618</sup>.

La tendencia que se manifiesta, es por tanto, atender a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el momento de fijar el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, bajo los siguientes parámetros:

1. El estándar internacional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es impuesto por la literalidad del tratado, y la interpretación oficial del mismo.
2. Los tratados, sirven como criterios orientativos para fijar el contenido y fines de las normas de los Derechos Fundamentales.

---

<sup>617</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 259/2007 de 19 de Diciembre.

<sup>618</sup> Sentencia del 24 de Noviembre de 2006, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *Vs.* Perú. Página de internet: <http://www.corteidh.or> consultada en fecha 16 de febrero del año 2012.

3. El tenerlos como canon interpretativo, no significa reducir o limitar el contenido de los Derechos Fundamentales, *contrario sensu*, se busca determinar su contenido de tal forma que permita el ejercicio efectivo del Derecho. Incluso se puede ampliar el ámbito de protección introduciendo nuevos elementos para hacerlo operativo en el caso en concreto<sup>619</sup>.

El artículo 10.2 de la Constitución Española, menciona textualmente: “Las normas relativas a los derechos fundamentales... se interpretarán de conformidad con la Declaración...<sup>620</sup>”. Esta fórmula, es entendida, como un mandato hacia el intérprete, aunque no se diga expresamente que: “será obligación interpretar los derechos fundamentales de conformidad con los tratados internacionales<sup>621</sup>. Para enfocar el examen de la obligación aludida, debemos discernir la situación jurídica que hace derivar <<un hacer o no hacer>> de los intérpretes nacionales, y conocer sus implicaciones, pues no podemos abandonarnos a generalizaciones fáciles. De ahí que sea necesario estudiar cuál es el planteamiento de la interpretación conforme, es decir dejar claro, qué comporta en concreto.

---

<sup>619</sup> En Italia se afirma de manera general la interpretación de las normas internas de manera compatible con los tratados y, en particular, con los tratados sobre derechos humanos. Sentencias de la Corte Constitucional 348/2007, punto 4.6; y 349/2007.

<sup>620</sup> Otros ordenamientos constitucionales que expresan el criterio de interpretación conforme a los tratados Internacionales de Derechos Humanos: Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009, artículo 13. La Constitución Política de la República del Ecuador de 2008, en el artículo 83 se postula una <<adecuación formal y material>>. La Constitución Política del Perú de 1993, en la cuarta disposición final y transitoria.

<sup>621</sup> El precepto se traduce en un mandato, tal posición es sostenida por, LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 115. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 204. GONZÁLEZ CAMPOS, J; “*Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)*”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 47. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional Español, desde la sentencia número 12/1981 de 10 de abril, hasta las sentencias más recientes, entre las que menciono, la sentencia número 140/1995 de 28 de septiembre.

La vinculación para los poderes públicos a los tratados, surge con la expresión del consentimiento estatal para someterse a éstos, una vez cumplidos los requisitos internacionales para su entrada en vigor (ejemplo; un cierto número de Estados signatarios). Sus efectos jurídicos dependerán del rango jerárquico que ocupen dentro del ordenamiento, y además de la exigencia, o no, de medidas legislativas. Así pues, la vinculación de estos instrumentos, como elementos hermenéuticos, tiene como punto de apoyo la expresión del consentimiento (porque los tratados suscritos por el Estado constituyen el referente interpretativo)<sup>622</sup>. No obstante, su jerarquía dentro del ordenamiento es indiferente para los efectos interpretativos. Como bien señala Queralt Jiménez, la obligación de interpretación conforme deberá buscarse en otra causa<sup>623</sup>.

Las peculiaridades de las normas de los Derechos Fundamentales y la insuficiencia de los métodos tradicionales para su interpretación pueden ser las causas principales para la interacción normativa entre los operadores jurídicos nacionales e internacionales, a fin de forjar un proceso dialéctico a través de soluciones claras y precisas para la efectiva protección de los Derechos Fundamentales.

Así las cosas, el material internacional, bajo el cual se interpretan las normas de los Derechos Fundamentales, debe ser claro, y en este sentido, no se puede dar por válida una mención general del tratado internacional, sin realizar la operación de concreción (antes explicada). De esta manera, la interpretación conforme, abarca cuatro aspectos distintos:

1. De forma general, implica una operación de compatibilidad con los estándares mínimos establecidos por los tratados internacionales;

---

<sup>622</sup> Esta idea debe matizarse, pues resulta trasgredida cuando se toman en cuenta tratados internacionales que no han sido ratificados por el Estado, para interpretar a los Derechos Fundamentales.

<sup>623</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A.; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 69.

2. El estándar internacional tiene primacía, cuando de él resulte una ampliación del contenido de los Derechos Fundamentales, y su efectiva tutela.

3. Ante la ausencia de una regulación detallada de un Derecho Fundamental, deberá atenderse preferentemente el contenido de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>624</sup>, y;

4. Nunca deben usarse para minimizar el contenido esencial del derecho.

Una interpretación conforme, es una “cláusula de garantía<sup>625</sup>”, en el sentido de que las dificultades, deben salvarse inicialmente a favor de la interpretación que suministran los referidos tratados y convenios en materia de Derechos Humanos, pues de ellos se extraen elementos objetivos para hacerlos operativos, e incluso para ampliar su esfera de protección adaptándolo a las necesidades actuales<sup>626</sup>. Es por tanto, posible indicar que contribuyen de forma predominante al desarrollo de los Derechos Fundamentales a nivel regional e internacional<sup>627</sup>.

---

<sup>624</sup> Este carácter deriva de la vinculación jurídica del Estado a acatar lo estipulado en los tratados internacionales de Derechos Humanos, pues en caso contrario, como bien indica Martínez Ponce, los Estados deberían desligarse de sus obligaciones. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 162.

<sup>625</sup> González Campos, apunta que el artículo 10.2 de la Constitución Española, es <<garante externo>> del contenido de los derechos y libertades reconocidos en el título I de nuestra Constitución. GONZÁLEZ CAMPOS, J; “*Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)*”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 53.

<sup>626</sup> Comparten este argumento: LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Madrid, Reus, 2010, p. 149.

<sup>627</sup> En relación a Europa de habla del Derecho Común en materia de Derechos Fundamentales, en términos germanos: <<Gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung>>. Ver, QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 190.

Las ventajas de contar con estándares internacionales para interpretar a los Derechos Fundamentales, trae como consecuencia forjar una “preferencia interpretativa” conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, <<Konventionsbestimmung>><sup>628</sup>. Pues como hemos señalado, constituyen una garantía que impide, que por vía de interpretación, pueda reducirse el contenido de los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución. Por tanto, para fijarlo habrá de estarse al contenido que establecen los referidos tratados.

La interpretación conforme es calificada como una obligación de resultado, es decir, independiente a la mención expresa del tratado o la jurisprudencia de los órganos internacionales. La exigencia radica en la compatibilidad argumentativa sobre los Derechos Fundamentales. No obstante, una sólida teoría interpretativa, exige que se aclare la dialéctica interpretativa para la protección de los Derechos Humanos, sin que ello signifique la renuncia a la compatibilidad de las argumentaciones. De ahí que se afirme que la finalidad del canon interpretativo es, que de los motivos judiciales se infiera la compatibilidad de la interpretación de los Derechos Fundamentales con el alcance otorgado por los órganos internacionales<sup>629</sup>.

Por lo tanto, la doctrina se refiere a un *test de conformidad*, que implica que la exposición de los criterios jurisdiccionales sea conforme con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, haciendo un esfuerzo por señalar la sintonía de sus puntos de partida y los criterios concretamente aplicables con la jurisprudencia internacional<sup>630</sup>.

---

<sup>628</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 190.

<sup>629</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 200.

<sup>630</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 229.



No debe perderse de vista, que en ocasiones, la protección del derecho, resulta mayor en el ámbito interno<sup>631</sup>, de ahí que la interpretación conforme no es supeditar los criterios internos a favor de los internacionales, pero sí implica “no contradecir”<sup>632</sup>. Por tanto, por lo menos debe “cumplir” con los estándares mínimos internacionales para la efectiva tutela del derecho. En suma, los órganos jurisdiccionales no pueden desconocer, en el momento de interpretar los Derechos Fundamentales, la doctrina internacional en materia de Derechos Humanos.

Así las cosas, la interpretación conforme, depende del desarrollo del precepto constitucional en relación a los Derechos Fundamentales, por tanto la eficacia será mayor en los supuestos de carencia de desarrollo legislativo interno. Así el nivel de integración llega a un máximo nivel<sup>633</sup>. La obligación consiste en reconocerlos como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales, de forma tal, que el intérprete los considere referencias normativas para fijar el sentido de estos derechos de manera compatible con el contenido de aquellos. Así se abre un *binomio interpretativo* que toma como base el enunciado normativo constitucional, pero acudiendo a los estándares mínimos internacionales para lograr interpretaciones coherentes entre los dos ámbitos normativos.

---

<sup>631</sup> A título de ejemplo, puede mencionarse la forma de operar, a través del principio consensual y los conceptos autónomos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que no siempre revela una protección mayor del derecho que el existente en los Estados. RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, pp. 311 y 312.

<sup>632</sup> En la sentencia número STC 204/1994 de 11 de julio, el Tribunal Constitucional Español, anunció: <<la exclusión de que los derechos reconocidos en el art. 24.2 CE puedan ser interpretados <<en contradicción>> con las normas internacionales en la materia y, en particular, en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>.

<sup>633</sup> En este sentido, pero refiriéndose específicamente al artículo 10.2 de la Constitución Española están: PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 162. CASTELLÀ ANDREU, J; <<El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, p. 160.

En suma, la obligación del criterio, se refiere a tenerlos como marco interpretativo al momento de fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, pero no significa constreñir las decisiones a lo netamente estatuido en los tratados, tal postura convertiría a los tribunales constitucionales en órganos de control de los tratados. No obstante, debemos matizar esta afirmación porque si bien es cierto, los tribunales constitucionales son órganos que están compelidos a defender la norma constitucional, el usar a los tratados internacionales como canon hermenéutico, contribuye a cumplir con sus obligaciones internacionales asumidas por el Estado a través de los tratados internacionales.

A la luz de nuestros argumentos, nos inclinamos por considerar a los tratados internacionales, como guías orientativas para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales a través de un contraste normativo entre el enunciado constitucional y los estándares mínimos fijados por los tratados, creando un sistema de legitimación mutua entre los dos ámbitos de protección. Por tanto, la operación interpretativa entraña determinar el sentido de la norma *integrando* los estándares internacionales al contenido constitucionalmente declarado<sup>634</sup>, y lo *obligatorio*, para estos efectos se traduce en acudir a los tratados internacionales al momento de interpretar las normas de los Derechos Fundamentales.

Resulta, que no es coherente, que los órganos jurisdiccionales no atiendan el material internacional, al momento de interpretar los Derechos Fundamentales. La interpretación conforme, desde nuestro punto de vista, consiste en tener como “referente obligado” lo estatuido en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las interpretaciones oficiales. Se trata de un proceso de concreción mutua que favorece una interconexión a favor de la protección más favorable a los Derechos Humanos. Por ello, la importancia de una “interpretación conforme”, es lograr una integración dinámica y funcional, (como la propuesta por Smend), que demanda interpretaciones finalistas de las normas reconocedoras de Derechos Fundamentales<sup>635</sup>.

---

<sup>634</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 36/1991 de 14 de febrero.

<sup>635</sup> GARCÍA ROCA, J; <<Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos Derechos Fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?>>, en *Integración*

Otro de los aspectos de la interpretación conforme radica en que tal operación hermenéutica no conlleva la constitucionalización de nuevos Derechos Fundamentales, sino que la obligación consiste en la compatibilidad entre los sistemas nacionales y los internacionales de garantía de los Derechos Fundamentales en su reforzamiento como Derechos Humanos. Así las cosas, el instrumento internacional le sirve de respaldo eficaz al momento de configurar su contenido. Es decir, un derecho reconocido en el tratado no lleva implícita una acción jurídica directa<sup>636</sup>.

La interpretación conforme, en definitiva, es fijar el contenido de los Derechos Fundamentales sin contradecir los estándares internacionales, siempre en armonía con ellos y “favoreciendo su sentido”, cuando resulta una protección mayor para el derecho. Así mismo, como explicamos en el capítulo tercero de esta investigación, el primer criterio de corrección para la tarea interpretativa es tomar en cuenta la estructura normativa de estos derechos, pues la interpretación tiene como base su prescripción constitucional. En este orden de ideas, la operación de concreción no conlleva, desde nuestra posición, nuevos límites de los Derechos Fundamentales, diferentes a los explicitados en la Constitución.

La capacidad de los tratados para la configuración de los Derechos Fundamentales debe ser tomada en cuenta como una forma de dotarlos de criterios objetivos, y cierto es que los órganos internacionales, cuando ponderan los Derechos Humanos, establecen límites a su ejercicio. No obstante, los tribunales constitucionales deciden si tal límite puede racionalmente ser impuesto a la norma del Derecho Fundamental, y pueda ser deducido del texto constitucional, lo que jamás puede traducirse en imponer arbitrariamente límites a los Derechos Fundamentales, sometiéndolos, incluso, a criterios más rigurosos,

---

*Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 40.

<sup>636</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 135/1995 de 25 de septiembre.

pues ello, atenta contra el espíritu de la efectiva tutela de los derechos y la interpretación más favorable<sup>637</sup>.

## 6. El estándar mínimo de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos

Es obligación discernir cuáles son los parámetros internacionales que sirven de apoyo a la configuración constitucional de los Derechos Fundamentales, pues en la actualidad, son muchos los tratados firmados por los Estados, y para los tribunales constitucionales, resulta farragoso discernir qué material internacional es el idóneo a efecto de lograr la efectiva tutela de los derechos. Es preciso aportar justificaciones plausibles de los criterios seguidos al determinar la doctrina internacional a la que el juez decide recurrir, para evitar el riesgo de importaciones apresuradas, descontextualizadas o superadas por una jurisprudencia más actualizada, cayendo en actitudes evasivas o abusivas.

Hemos afrontado el problema, hasta ahora, afirmando el entendimiento común de los Derechos Fundamentales, entre los órganos internos e internacionales; sin embargo, los tribunales constitucionales vienen usando los tratados internacionales sin criterio jurídico que especifique cuáles son los estándares internacionales a los que se encuentran sujetos. En este tenor, debemos definir: ¿Qué se entiende por estándar mínimo internacional y cuáles podrían ser los elementos configuradores que nos permitan atenderlo como parámetro interpretativo?

---

<sup>637</sup> González Campos anuncia, que es una feliz coincidencia, entre el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Europeo, que los límites a los Derechos Fundamentales, sólo serán legítimos, tras realizar un estricto juicio de proporcionalidad. GONZÁLEZ CAMPOS, J; “Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 46.

Para Solozábal se “desconstitucionalizan los límites”, al quedar el derecho fundamental, en su configuración efectiva, a merced de cualquier tratado o ley. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J; “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1991, p. 95. En la postura contraria se encuentra, Ponce Martínez que señala que los únicos límites constitucionalmente admisibles en el ejercicio de los mismos no sean aquellos que expresamente se contienen en el texto constitucional. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, pp. 175 y 176.

En un primer momento, piénsese que el juez es libre de elegir el canon interpretativo que ayude a fundamentar y motivar su decisión, pero siempre está sometido a aplicar el derecho. Los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico. Por tanto, el operador nacional debe interpretar acorde a su normativa. No obstante, el panorama ofrece una diversidad de normas internacionales en materia de Derechos Humanos. En este sentido, la existencia del canon interpretativo implica definir el material internacional bajo el cual el órgano interno debe interpretar los Derechos Fundamentales. Luego entonces, es necesario esclarecer los criterios mínimos internacionales que cuentan con la validez para formar parte del contenido constitucional de estas normas.

Por ello, nos podemos preguntar:

¿Existen categorías al momento de elegir la normativa internacional idónea para la interpretación de los Derechos Fundamentales?

Como primer punto subrayamos que los contenidos internacionales, que sirvan para interpretar a los Derechos Fundamentales, deben ser claros, deben colaborar en lograr la eficacia de las normas y sobre todo, nunca deben ser en menoscabo de su contenido esencial.

Como segundo aspecto reconocemos la obligación de interpretar los preceptos sobre Derechos Fundamentales en base a la interpretación realizada por los “*legisladores internacionales*”, a efecto de rellenar los enunciados *iusfundamentales* de las Constituciones<sup>638</sup>. Por tanto, la pauta interpretativa implica la utilización obligatoria a efecto de la conformidad, o adecuación a los cánones, que resultan de los Tratados y acuerdos en materia de Derechos Fundamentales. La adecuación significa la coherencia

---

<sup>638</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 91/2000 de 30 de marzo.

jurídica para tutelar estos derechos, pues sería caótica la existencia de heterogeneidad de respuestas por los órganos jurisdiccionales en relación a los Derechos Fundamentales, así como también resulta absurda la uniformidad.

Al apartarnos de estos dos extremos, por un lado la heterogeneidad, y por el otro, la uniformidad, nos inclinamos por afirmar que los tratados internacionales son el resultado del consenso entre los Estados para expresar jurídicamente los criterios mínimos que se consideran consustanciales a la dignidad de las personas en sus diferentes situaciones (extranjero, ciudadano, niño, mujer). De ahí que sean calificados como estándares mínimos consensuados por los Estados para la interpretación de los Derechos Humanos<sup>639</sup>. Ese consenso mínimo deja espacio a las decisiones políticas de las que son expresión los distintos partidos o ideologías presentes en una sociedad<sup>640</sup>.

En definitiva, la interpretación de los derechos ha quedado sustraída de la competencia unilateral de los Estados, sin negar, por supuesto, que siguen siendo el principal ámbito para su resguardo. No obstante, tal como está la situación, los órganos jurisdiccionales acaban escogiendo con total discrecionalidad el material externo que le puede ser útil para robustecer sus propias argumentaciones. Estos pueden tranquilamente no limitar las fuentes externas a las que hacen referencia cuando interpretan los Derechos Fundamentales y es aquí donde resulta necesario definir los alcances jurídicos de la existencia del canon interpretativo, y vale preguntarnos, si podría haber categorías jurídicas que den preferencia a ciertos contenidos sobre otros.

De entrada debemos dar respuesta tajante a esta interrogante, negando cualquier jerarquía jurídica entre los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, a la vez

---

<sup>639</sup> En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, A.; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 502 pp.

<sup>640</sup> DE LA QUADRA, T; <<La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica>>, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 137.

matizamos que la teoría argumentativa implica que el operador jurídico seleccione entre los contenidos posibles. No obstante, tiene que fundamentar su posición. También negamos la jerarquía entre los métodos interpretativos. La tendencia a reconocer los tratados internacionales como canon interpretativo, necesita una teoría sólida que aporte los criterios bajo los cuales opera este canon. Es decir, no apostamos por jerarquizar a la normativa internacional de los Derechos Humanos para interpretar los Derechos Fundamentales, sino defendemos que deben seguirse unas pautas orientativas en el momento en que el operador jurídico haga uso de este criterio.

La articulación de los tratados dentro del contenido de los Derechos Fundamentales implica contar con criterios que permitan definir el contorno jurídico del canon interpretativo: es decir, que su existencia cuente con requisitos jurídicos válidos para cuando el juez interprete la norma. Así pues, el aspecto relevante es que las interpretaciones son plurales y cuentan con la garantía reforzada devenida de fuentes externas. El punto medular para el canon interpretativo es efectuar el contraste normativo siguiendo ciertas pautas, sin las cuales, no podría calificarse de válida la interpretación, pues debemos alejarnos de matices generalizadores, que aceptan por una parte calificar a los tratados como criterio hermenéutico, pero por otra, sostienen que su utilización debe hacerse de manera voluntaria.

Desde el enfoque planteado, no queremos limitar el uso de los tratados internacionales, sino marcar ciertas directrices que no deben faltar en el momento de usarlos como herramientas hermenéuticas. Así las cosas las directrices serían las siguientes:

1. Un primer requisito del criterio para seleccionar el material internacional es acudir a los tratados suscritos por el Estado, independientemente de la forma internacional para su adopción, pues forman parte del ordenamiento jurídico. Sin perder de vista, que hay dos tipos de consensos dependiendo del grado de apertura para la participación de los sujetos internacionales: es decir, hay consenso universal o regional, dando lugar a tratados universales o regionales. Así mismo, hay convenios en relación a determinadas personas o materias, (contra la discriminación de la mujer, protección del niño, etc.).

2. Derivado de la precisión anterior, se debe acudir a las decisiones de los órganos encargados de la interpretación y aplicación de los tratados, pues ellos contribuyen a determinar el verdadero sentido de las normas, y se encargan de conformar el estándar mínimo compartido por los Estados.

Las referencias a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>641</sup> y por la Corte de San José, en la praxis suelen abundar, porque devienen del contexto jurídico de las regiones y los valores que ellos consideran necesitan ser protegidos. Además, la jurisprudencia de estos tribunales ha propiciado un entendimiento común de los derechos al promover la interacción continúa entre los tratados y las Constituciones. Los operadores internos deben examinar en profundidad y cuidadosamente la jurisprudencia para incorporarla a sus propias argumentaciones evitando discrepancias en la tutela de los Derechos Fundamentales<sup>642</sup>.

Los tratados internacionales que cuentan con un órgano jurisdiccional encargado de interpretarlos y aplicarlos, realizan una doble función: una función reactiva y una función de desarrollo. De ahí que a través de esta segunda función, aclaren el contenido del tratado, pues recuérdese que cuenta con la calidad de ser intérpretes auténticos. No obstante, la referencia a la doctrina sentada por los órganos internacionales debe ser clara, precisa y reiterada, pues todo cambio en la norma constitucional tiene que ser a través de categorías precisas<sup>643</sup>. A partir de ahí, se avala su obligatoriedad, pues los

---

<sup>641</sup> Para Canosa Usera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha preocupado por fijar mínimos de protección verdaderamente altos que se han convertido en referentes de la interpretación de los derechos en todo el continente. CANOSA USERA, R; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 82.

<sup>642</sup> Bustos Gisbert, se refiere al “Principio de deferencia”, el que permite compatibilizar la doctrina de los órganos internos e internacionales en materia de Derechos Humanos. BUSTOS GISBERT, R; <<Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 165.

<sup>643</sup> Este criterio es seguido por: QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 77. SCHWARZE, J; *The Birth of a European Constitutional*



contenidos claros y constantes, pasan a incorporarse en el contenido del derecho convencional del que recibirán su naturaleza obligatoria<sup>644</sup>. El dialogo que existe entre los órganos internos e internacionales debe ser claro, pues recuérdese que se trata de una función armonizadora del nivel de garantía de los Derechos Fundamentales.

En línea general, puede afirmarse que la cosa interpretada de las sentencias de los órganos jurisdiccionales internacionales supera el carácter reparador de la vulneración concreta que ha sido enjuiciada, adquiriendo fuerza independiente y autónoma de la solución al caso concreto<sup>645</sup>, y esta fuerza se reafirma cuando los órganos internos utilizan la doctrina para introducirla en el contenido constitucional de los Derechos Fundamentales, forjando así una garantía externa para la concreción de estos derechos<sup>646</sup>.

---

*Order*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 14. ALONSO GARCÍA, E; “La Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p. 209.

<sup>644</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 78. La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina de fecha del 7 de abril del año 1995, reconoció: << la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana>>. Sentencia G. 342. XXVI, Girolodi, Horacio David y otro de 7 de abril de 1995. El Tribunal Constitucional Peruano, en la resolución de 19 de junio de 2007, afirmó que <<las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para todos los poderes públicos>> y que tal carácter vinculante no se limita a la parte dispositiva, sino que se extiende a la *ratio decidendi*. Sentencia 00007-2007-PI/TC, COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO de 19 de junio de 2007. El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia número 162/2000 de 12 de junio, se pronunció de la siguiente manera: << Se han sometido voluntariamente a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, garante en última instancia de los derechos fundamentales de todos con independencia de las diferentes culturas jurídicas de los países firmantes de dicho Convenio>>.

<sup>645</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 63.

<sup>646</sup> Requejo hace alusión a un reforzamiento del régimen de protección de los derechos fundamentales. REQUEJO PAGÉS, J; “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, p. 187. Ponce Martínez, habla de un estímulo para el progreso perfeccionamiento de los mecanismos protectores internos de los Derechos Fundamentales. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 98.

Para Queralt se debe conocer previamente cuál es la verdadera incidencia de las sentencias como instrumento interpretativo del que hacen uso las “jurisdiccionales internas”. En primer lugar, debe estar claro si la jurisprudencia de los órganos internacionales se utiliza como criterio hermenéutico en la aplicación del tratado o si se utiliza como pauta interpretativa de los Derechos Fundamentales constitucionales. En el primero, de los supuestos el tratado ha sido incorporado en el ordenamiento interno y la observancia de lo dicho por los operadores internacionales en sus sentencias viene determinada por el carácter jurídicamente vinculante de la autoridad interpretativa de las decisiones. En el segundo de los supuestos, sin embargo, el respeto de la cosa interpretada responde a un principio general de conformidad con la *acquis conventionnel* del ordenamiento interno<sup>647</sup>.

En estos supuestos, los tribunales constitucionales o sus homólogos habrán de modular la recepción de la jurisprudencia de los órganos internacionales, para integrarla por vía interpretativa, teniendo presente que las diferentes declaraciones los obligan a ajustar su propia interpretación a los estándares internacionales. Si bien, es cierto que al incorporarlos conservan cierta libertad. El operador jurídico nunca debe contradecir la doctrina internacional. Tal actitud supondría una quiebra del sistema internacional de Derechos Humanos y un incumplimiento de sus obligaciones. Su tarea consiste en indagar en los tratados internacionales el contenido mínimo en relación con los Derechos Humanos.

---

<sup>647</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 153 y 154.

Es así, que la existencia de una normativa internacional común<sup>648</sup>, en relación a los Derechos Humanos impone una interpretación *secundum Conventionem*. El canon obliga a los operadores internos a hacer una indagación dentro de la normativa internacional suscrita por el Estado, para identificar el mínimo denominador común. Deben asegurar una interpretación del Derecho estatal conforme a los tratados y realizar un control que garantice la coherencia de la normativa interna con los vínculos asumidos con los convenios<sup>649</sup>.

Sin embargo, el papel activo de los jueces internos para tomar como referente interpretativo la doctrina de los órganos internacionales puede verse objetada por diferir con visiones muy progresistas. En nuestra opinión, el canon interpretativo implica la conformidad con la doctrina internacional muy a pesar de las visiones políticas de los jueces internos, pues debe imperar el deber jurídico asumido por el Estado antes que las visiones unilaterales<sup>650</sup>. La pluralidad interpretativa es sugerente y más concretamente,

---

<sup>648</sup> El lenguaje jurídico que impera, hoy en día, se refiere a la existencia de Derechos Fundamentales comunes. Ver, GARCÍA ROCA, J; <<Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos Derechos Fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?>>, en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 31. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 120. SCHWARZE, J; *The Birth of a European Constitutional Order*, Alemania, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001, p. 532. GONZÁLEZ CAMPOS, J; “Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 34. DELGADO BARRIO, J; <<Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisprudencia española>>, *Revista de Administración Pública*, 119, 1989, p. 234. Para Acosta Sánchez se trata de “normas transnacionales supraconstitucionales”. ACOSTA SÁNCHEZ, J; *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 223 y 224. ALONSO GARCÍA, E; <<La Jurisprudencia Constitucional>>, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988, p. 208.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español, señaló: << la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo es denominador común para el establecimiento de elementos de interpretación compartidos en su contenido mínimo>>. Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

<sup>649</sup> Para Häberle, se trata de un proceso de integración por vía hermenéutica de principios europeo – constitucionales <<foráneos>> a nivel de Derecho comparado en su fase inicial. HÄBERLE, P; <<Derecho Constitucional Común>>, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993, p. 19.

<sup>650</sup> Vergottini, hace notar que los ajustes internos pueden verse bloqueados a fin de protegerse respecto de líneas jurisprudenciales de los tribunales internacionales demasiado liberales,

cuando trata de la defensa de los Derechos Fundamentales. Como bien indica Hesse, la finalidad última de toda disposición jurídica es que rija efectivamente y se adapte a los cambios sociales. Es así que la existencia del canon interpretativo contribuye al logro de este objetivo<sup>651</sup>.

En sentido contrario, cuando se constata la falta de un consenso normativo en relación a los Derechos Humanos, la situación autoriza o, cuando menos, refuerza la posibilidad de que puedan echar mano de otros instrumentos internacionales que carezcan de vinculación jurídica. Una vez que dentro de los tratados, (que forman parte del ordenamiento jurídico) no se hallan contenidos que contribuyan a esclarecer el sentido de la norma constitucional, se acude a otros documentos que aunque, sean tratados que no estén firmados por el Estado, o que pertenezcan a la categoría de *soft law*, expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, deben inspirar la acción de los poderes públicos<sup>652</sup>.

En el caso de que el estándar internacional aún no cuente con el suficiente consenso exigiría que se extremen las precauciones para evitar un uso incorrecto de la norma supranacional, que serviría sólo de cobertura para dispensar a un Derecho Fundamental un estándar de protección que habría sido superado por otra más favorable. Este riesgo se aminora, solamente, con la abierta discusión de los operadores jurídicos a través de un proceso interpretativo, valorativo explícito y por tanto contrastable de la normativa internacional<sup>653</sup>. Además, en la operación de concreción conforme se debe partir en

---

excesivamente progresistas para ser acogidas por la sensibilidad social presente a nivel de comunidad estatal. DE VERGOTTINI, G; *Más allá del dialogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 325.

<sup>651</sup> En este sentido, LÓPEZ GUERRA, L; *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos Y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 157. REQUEJO PAGÉS, J; <<La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales>>, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992, p. 180.

<sup>652</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 36/1991 de 14 de febrero.

<sup>653</sup> En similares términos se expresa Vergottini, pero en relación al método comparativo usado por los tribunales nacionales. DE VERGOTTINI, G; *Más allá del dialogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010, p. 250.

busca de la interpretación efectiva y más favorable para la protección de los Derechos Fundamentales.

De esta manera, nos inclinamos a favor de considerar que este canon interpretativo es de aplicación *in bonum*<sup>654</sup> de los Derechos Fundamentales, pero aún, deja de ser susceptible de aplicación pacífica, al menos en varios casos: en primer lugar, cuando no es claro qué estándar es más protector. Algo que, en todo caso, no podrá nunca establecerse si no es atendido a la dinámica tanto interna como supranacional; así mismo, en consideración de la aplicación *in bonum*, no son aceptables límites de los Derechos Fundamentales, que no estén plasmados en la Constitución, ni con mayor razón sería posible atender contenidos que trasgredan su contenido esencial.

En atención a lo sustentado, consideramos que el canon interpretativo defendido a lo largo de este trabajo tiene valor preferencial para fijar el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales, pues los métodos tradicionales son insuficientes, y en este sentido, los tratados internacionales representan el consenso internacional para la tutela de estas prerrogativas. Además forman parte del ordenamiento jurídico interno. Aunado a lo anterior, los efectos jurídicos del uso de este canon por parte de los operadores jurídicos es otorgar certeza jurídica a sus decisiones, al hacerlas más predictibles.

## **7. Elementos configuradores para el uso del canon de interpretación**

En este apartado nos ocuparemos de mencionar los elementos que configuran el uso de del canon interpretativo, a través de pautas orientativas para el intérprete. En nuestra opinión, la claridad argumentativa debe ser especialmente cuidadosa con los criterios utilizados para la interpretación y aplicación de los Derechos Fundamentales. Una interpretación conforme con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, debe ser hecha de tal forma que la decisión pueda ser predecible. A su vez también debería

---

<sup>654</sup> RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 332 y 333.

permitir que, *a posteriori*, sea posible seguir la misma dirección en casos iguales. En este tenor, es pertinente plantearse la siguiente pregunta:

¿Cuál es el grado de correspondencia entre el enunciado de los Derechos Fundamentales que las Constituciones reconocen y los derechos consagrados en los convenios internacionales en esta materia aceptados por los Estados?

Como primer cometido, creo que debemos identificar a los principales elementos para usar a los tratados como canon interpretativo. Así las cosas, creemos que para definir dichos elementos debemos partir de las características de la normativa constitucional de cada Estado:

1. En un primer momento se debería constatar si los tratados internacionales están incorporados al ordenamiento interno.
2. En un segundo momento, se precisaría analizar la declaración propia de los Derechos Fundamentales, (recordemos lo apuntado en el capítulo segundo, en relación a las peculiaridades normativas), ya que es importante tener en cuenta lo abstracto de su lenguaje y su consolidación en el ordenamiento interno.

En consecuencia, el canon interpretativo, es aplicable cuando existan regulaciones tanto en la Constitución como en los tratados internacionales. Por tanto, caben las siguientes posibilidades:

- a) Que se dé una coincidencia absoluta entre el contenido del Derecho Fundamental y el Derecho Humano.

b) Que la Constitución contenga una regulación del Derecho Fundamental más detallada y amplia que la del trato internacional, por tanto primaría sobre éste último.

c) Que el tratado contenga una regulación más detallada y amplia que la constitucional. En este caso, el Tribunal Constitucional debería llevar a cabo una actividad integradora de los Derechos Fundamentales<sup>655</sup>.

3. En un tercer momento, se debería indagar las cláusulas de apertura para la protección internacional de los Derechos Humanos: sobre todo, si hay un fundamento jurídico para defender la existencia del criterio interpretativo.

4. En cuarto lugar se debería acudir a los métodos interpretativos y a los principios con función interpretativa de las normas de los Derechos Fundamentales. Aquí es pertinente subrayar la insuficiencia de los métodos para concretar estas normas. Así mismo, la existencia de un canon interpretativo conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos, no implica renunciar a la pluralidad metodológica<sup>656</sup>. La idea es no alimentar interpretaciones dictadas por los intereses nacionales, *political unilateralism*-, o inspirada en conceptos jurídicos de su propio sistema legal- *legal unilateralism*, sino hacerlo de conformidad con la normativa internacional<sup>657</sup>.

Ahora, pasemos a verificar las características en la normativa internacional:

---

<sup>655</sup> Remítase el lector a la obra de Carolina Bustos, quien ofrece estos parámetros, pero exclusivamente refiriéndose al artículo 10.2 de la Constitución Española. LEÓN BASTOS, C; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, pp. 127 y 128.

<sup>656</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 140 y 152.

<sup>657</sup> Esto, no implica el uso de los cánones establecidos en la Convención de Viena, postura con la que no estamos de acuerdo, la posición contrario en, PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 190.

1. La existencia de tratados, declaraciones relativas a los Derechos Humanos suscritos por el Estado.
2. Los textos internacionales de Derechos Humanos, que instituyan un sistema de protección a través de órganos que se encarguen de desarrollarlos y los conviertan en derecho vivo<sup>658</sup>.

No nos detendremos en explicar las características, en virtud de que las primeras, han quedado detalladas en los dos primeros capítulos, y las subsecuentes las hemos explicado a lo largo de este apartado. Lo señalado anteriormente, nos sirve para exponer en sustancia los lineamientos generales del uso de este canon:

1. Conforme a nuestras apreciaciones, creemos que el canon interpretativo, cuenta con aplicación preferente para interpretar las normas de los Derechos Fundamentales.
2. Además el canon es de aplicación *in bonum*, pues su uso siempre debe favorecer la tutela de los Derechos Fundamentales. Por tanto, nunca debe usarse en detrimento, de manera que el operador interno debe inclinarse por el contenido más protector.
3. A través de su uso se refuerza la protección de los Derechos Fundamentales. Dada la expansividad de los derechos y el juego del criterio *favor libertatis*, no hay más alternativa posible que optar por la interpretación evolutiva<sup>659</sup>.

<sup>658</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 199.

<sup>659</sup> CANOSA USERA, R; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 100. Pérez Luño sustenta que esta postura hermenéutica, tiende a superar la identificación del objeto de la interpretación con el texto o documento formal, para preocuparse por el modo de entender o aplicar el contenido de la norma constitucional. PEREZ LUÑO, A; <<La interpretación de la Constitución>>, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984, p. 118.



4. El canon constituye un adecuado marco de referencia en cuanto que refleja un modelo común en el entorno jurídico en pro de la tutela de los Derechos Humanos<sup>660</sup>.

5. Es un control externo y una doble garantía para la debida interpretación de los Derechos Fundamentales.

En general, el uso de este canon interpretativo sirve para conocer y entender cuál es la doctrina que emana de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y la forma de operar en el contenido constitucional de los Derechos Fundamentales. Se evita con ello criterios domésticos, unilaterales, y hace innecesaria la reinterpretación de lo dicho por los convenios por parte de los Tribunales Constitucionales, pues debe recalcarse que no pueden convertirse en intérpretes de normas internacionales<sup>661</sup>.

#### *7.1. Hipótesis generales para configurar a los Derechos Fundamentales usando el canon interpretativo*

Los lineamientos generales para usar el canon interpretativo a la hora de concretar los Derechos Fundamentales los podemos encuadrar dentro de las siguientes hipótesis:

1. Para dotar de contenido al Derecho Fundamental. En este sentido, debido a la estructura abierta, abstracta e indeterminada de las normas de los Derechos Fundamentales, los órganos internos encuentran en los tratados internacionales criterios objetivos para concretar su contenido.

---

<sup>660</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 256.

<sup>661</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 151.

No obstante, si se da el caso de que no se halle dentro de los tratados internacionales firmados por el Estado estándares que ayuden a concretar al derecho, en ese caso deberían utilizar otra normativa internacional, que constituya un adecuado marco de referencia en cuanto expresivo de un modelo jurídico – constitucional común, o que exprese la doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito<sup>662</sup>. Incluso el tribunal podría inclinarse, por utilizar una norma internacional que no lo vincule jurídicamente, ante otra que sí lo haga, con tal de favorecer la tutela del derecho o porque ésta defina mejor su contenido<sup>663</sup>.

2. Para dotar de un contenido novedoso al Derecho Fundamental. Con ello se descubren nuevas dimensiones de los derechos ya existentes. Como bien indica Fernando Rey, en la mayoría de los casos, no habría nuevos <<derechos>> judiciales, sino <<nuevos contenidos de los derechos >><sup>664</sup>.

En este caso se adscribe una posición *iusfundamental* nueva al enunciado normativo de un derecho. En este supuesto la innovación consiste en desvelar un contenido nuevo de un derecho antiguo que haya venido siendo interpretado en sus estrictos términos y que, por vía interpretativa adquiere contenidos nuevos<sup>665</sup>.

En ejemplos, podemos ver como el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, integra en el ordenamiento jurídico español, los siguientes nuevos contenidos a los Derechos Fundamentales: a) El no someterse, sin libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, en cuanto forma parte del derecho a la integridad física o moral que recoge

---

<sup>662</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español, 36/1991, de 14 de febrero.

<sup>663</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 169/2004 de 6 de octubre.

<sup>664</sup> REY MARTÍNEZ, F; “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 344.

<sup>665</sup> CANOSA USERA, R; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 96 y 97.

el artículo 15 Constitución Española. b) El derecho efectivo a obtener reparación en caso de detención o prisión ilegales, en cuanto son derivaciones del derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17.1 CE)<sup>666</sup>.

3. Un nuevo sentido del derecho. La interpretación a través de este canon, puede dotar de un nuevo sentido al Derecho Fundamental, hasta ese momento defendido, se trata de una interpretación diferente; no obstante, tiene que ser siempre *in bonu*<sup>667</sup>. El nuevo sentido, deriva de una ampliación protectora a hechos diferentes. Para Fernando Rey Martínez se trata de derechos transformados, cuando el Tribunal utiliza la idea del cambio en una determinada parcela de la realidad social (o el cambio de la opinión pública dominante sobre algún asunto) no para ampliar el contenido de un derecho ya reconocido, sino para cambiar de modo radical la interpretación. Son derechos amparables en derechos expresos (y, por tanto, no son en puridad derechos nuevos), cuya <<novedad>>, sin embargo, resulta del cambio de interpretación que el Tribunal verifica en atención a una nueva lectura de la realidad social<sup>668</sup>.

En esta hipótesis, se debe ser cuidadoso para no caer en posturas unilaterales: es decir, se debe evitar que el operador jurídico niegue la existencia del estándar mínimo internacional, por no ajustarse a su visión, ya que si en una normativa internacional, existe alguna regulación detallada de un Derecho Fundamental, la misma debe imperar a la contenida en el ordenamiento constitucional o que pudiera derivarse de éste, como

---

<sup>666</sup> APARICIO PÉREZ, M; <<La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales>>, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989, p. 15.

<sup>667</sup> En sentido contrario esta Canosa Usera, que asegura que se puede dotar al Derechos de un sentido expansivo o restrictivo. CANOSA USERA, R; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 94.

<sup>668</sup> REY MARTÍNEZ, F; “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 347.

bien indica Ponce Martínez, de lo contrario, los Estados deberían desligarse de sus obligaciones internacionales<sup>669</sup>.

4. Se introducen novedosos *tests* internacionales para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales. Consiste en tomar como modelo el juicio de ponderación o la proyección normativa entre derechos, que realizan los órganos internacionales (jurisdiccionales) para resolver conflictos entre los derechos. De esta manera trasladan al ámbito interno nuevas combinaciones para lograr la efectiva tutela del Derecho Fundamental. Verbigracia, la libertad de enseñanza como proyección de las libertades ideológicas, religiosas y de expresión de pensamiento, ideas u opiniones en la STC 5/1981, el derecho de libertad sindical en relación al principio de igualdad en STC 53/1982, 65/1982, de huelga y negociación STC 37/1983.

En algunos casos se introduce a la configuración del Derechos un bloque de garantías que provienen de textos internacionales o de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en la STC 129/1999 se resolvía una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra un precepto del Código Civil por suponer una vulneración de las garantías previstas en los procesos de internamiento no voluntario en centros psiquiátricos.

Pues bien, una vez aportadas las cuatro formas de usar el canon interpretativo, la última parte de esta investigación consistirá en demostrar el uso que realiza el Tribunal Constitucional Español de dichas posibilidades.

---

<sup>669</sup> VID. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 162.

## Capítulo V.

### EL EMPLEO EN SEDE JURISPRUDENCIAL DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES COMO CANON INTERPRETATIVO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

#### 1. Aspecto generales

En los anteriores capítulos hemos fundamentado la existencia de un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales, por tanto resulta obligatorio un estudio de la aplicación de este canon por parte del Tribunal Constitucional, para comprobar nuestros planteamientos:

En primer lugar, constataremos si resulta verdadera nuestra afirmación en el sentido de que los Derechos Fundamentales, necesitan otros métodos de interpretación que están fuera de los métodos tradicionales.

En segundo término, indagaremos la aceptación de los tratados internacionales en la categoría de canon interpretativo por parte del Tribunal Constitucional Español.

Para finalizar, analizaremos la forma de emplear los tratados internacionales como canon hermenéutico con el objeto de resaltar las contradicciones del tribunal constitucional, y con ello la necesidad de contar con parámetros generales que otorguen certeza a sus interpretaciones.

En definitiva, este capítulo permite comprobar la tesis que se sustenta en esta investigación, por un lado el empleo de los tratados internacionales como canon interpretativo, pero por el otro, el uso de éstos de forma voluntariosa. Todo ello, deja al descubierto la necesidad de dialogar abiertamente sobre la existencia de un canon de interpretación de los Derechos Fundamentales y sus efectos jurídicos.

Fieles a nuestro objeto y deseosos de hacer un trabajo serio, nos ocupamos de analizar la norma Constitucional y su interpretación en relación a los Derechos Fundamentales, tal como existen y se ofrecen en las sentencias del Tribunal Constitucional Español, para suministrar las soluciones precisas y concretas en las que se ha valido de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Así mismo, nos apoyamos en los

estudios doctrinales en relación a la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución española y en obvio de reiteraciones remitimos al lector a estas obras<sup>670</sup>.

Se trata aquí de hacer notar la ambivalencia y contradicción en el uso de los tratados internacionales en las sentencias del Tribunal Constitucional, así como la dificultad que entraña discernir los parámetros generales frente al uso de estos instrumentos como elementos interpretativos. Además, queremos comprobar si efectivamente podemos defender un canon interpretativo preferente de los Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de los Derechos Humanos.

Por nuestra parte, no podemos suscribir la aceptación generalizada de los tratados como elementos hermenéuticos, sin estar basados en un proceso valorativo y volitivo explícito, y por tanto contestable, por parte del sujeto que los utilice, pues si se quiere dotar de sentido a este criterio de interpretación se debe usar bajo parámetros bien delineados que otorguen certeza, predictibilidad y coherencia a las interpretaciones.

## **2. Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como canon interpretativo en las sentencias del Tribunal Constitucional**

---

<sup>670</sup> LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, 326 pp. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, 502 pp. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, 276 pp. CASTELLÀ ANDREU, J; “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, pp. 141- 164. SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, 302 pp. REY MARTÍNEZ, F.; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, pp. 3611 – 3632. APARICIO PÉREZ, M; “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989, pp. 9 – 18.

En la doctrina constitucional española existe consenso para calificar al artículo 10.2 como la cláusula que introduce un método de interpretación de los Derechos Fundamentales, afirmación que es robustecida por las decisiones del Tribunal Constitucional Español.

No obstante, del estudio de las sentencias resulta complicado discernir un uso coherente con los estándares internacionales, incluso González Campos afirma que no se puede discernir con facilidad cuál es el grado de correspondencia entre el enunciado de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce con los derechos consagrados en la Declaración Universal y los convenios internacionales en esta materia aceptados por España<sup>671</sup>.

Sin embargo, es preciso mencionar que la redacción de los Derechos Fundamentales coincide con los Derechos Humanos plasmados en los tratados internacionales, por tanto, tampoco podemos apostar por dos mundos jurídicos totalmente disímiles. Además el Tribunal Constitucional Español desde sus primeras sentencias usó los criterios internacionales para configurar los Derechos Fundamentales, pues recuérdese que España estuvo en una situación de aislamiento de las experiencias internacionales en esta materia. Así las cosas, el tribunal se encargó de hacer suya la doctrina internacional en Derechos Humanos.

Martín Retortillo al analizar el artículo 10.2 de la Constitución Española rescata el surgimiento de una legítima conexión con las más ilustradas corrientes supranacionales,

---

<sup>671</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J; “Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 38. Queralt expresa que: <<La utilización del canon europeo por parte del TC no es siempre fácil de detectar>>. En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 207- 208.



sobre todo en relación a los Derechos Humanos, aspecto en el que era del todo auspiciable confiar en las grandes declaraciones y en los convenios internacionales<sup>672</sup>.

La consecuencia obligada es que la Constitución Española se inserta en un contexto internacional en materia de Derechos Fundamentales y libertades públicas<sup>673</sup>. No obstante, el empleo de los tratados como elementos hermenéuticos ha carecido en muchas ocasiones de coherencia en relación con las obligaciones asumidas por el Estado en el momento de suscribir los tratados internacionales. De ahí que defendamos unas pautas generalizadas para usar estos instrumentos como canon interpretativo con el fin de hacer predecible las decisiones del tribunal.

Haciendo un recuento de la doctrina observamos las múltiples formas para calificar al artículo 10.2 de la Constitución española, cláusula constitucional que reconoce capacidad interpretativa a la Declaración Universal y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Comenzando con Fernando Rey, dicho autor sostiene que el artículo 10.2 es: <<la única cláusula interpretativa expresa en la Constitución Española>><sup>674</sup>. Para Saiz es: <<un canon hermenéutico que ha contribuido de manera decisiva al entendimiento de los Derechos Fundamentales presentes en la Constitución>><sup>675</sup>. Castellà literalmente califica al artículo 10.2 como una norma puente que conecta al Derecho interno con el

---

<sup>672</sup> MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L; “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 137, 1995, p. 8.

<sup>673</sup> Ver, FERNÁNDEZ SEGADO, F; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 167.

<sup>674</sup> REY MARTÍNEZ, F; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3612.

<sup>675</sup> SAIZ ARNAIZ, A.; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 34.

Derecho internacional<sup>676</sup>. Ponce Martínez destaca: <<una técnica hermenéutica que obliga al intérprete de cualquier precepto sobre Derechos Fundamentales y es el único mandato de la Constitución Española para su propia interpretación<sup>677</sup>>>. Queralt afirma que: <<el artículo 10.2 CE introduce en el sistema jurídico un método de interpretación constitucional *autointegrativo* que se erige como una verdadera cláusula de garantía, que permite al aplicador e intérprete de la Constitución contar con los mecanismos necesarios para dotar de contenido a todos los derechos recogidos por la Norma Fundamental<sup>678</sup>>>. Por su parte, Fernández Segado alude a un principio de interpretación conforme con los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por España<sup>679</sup>. De la Quadra Salcedo dice: <<que el artículo 10.2 reconoce a los tratados y acuerdos internacionales la función de servir de criterio de interpretación de los Derechos Fundamentales y libertades públicas>><sup>680</sup>. Rodríguez afirma que: <<el artículo 10.2 CE ordena de modo indisponible para los poderes constituidos un efecto integrador como canon de interpretación de las normas internas>><sup>681</sup>.

En la misma línea se encuentra el Tribunal Constitucional Español que reconoce a través de la aplicación del artículo 10.2 que los acuerdos internacionales son: instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos (STC 38/1981, 254/1993, 46/2001). En otras sentencias acude a los tratados para la mejor identificación del contenido de los derechos (SSTC 64/1991, 77/1995, 233/1993,

---

<sup>676</sup> CASTELLÀ ANDREU, J; “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, p. 142.

<sup>677</sup> PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 96.

<sup>678</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, 2008, p. 201.

<sup>679</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 165.

<sup>680</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, pp. 131 y 132.

<sup>681</sup> RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, pp. 89 y ss.

177/1994), hace referencia a la dimensión integradora de los derechos por las normas internacionales (STC 181/1994), reconoce la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales, tienen los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos (STC 91/2000), y afirma que el artículo 10.2 contiene un criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los Derechos Fundamentales (STC 119/2001 y STC 167/2002).

Con las referencias hechas por la doctrina y la jurisprudencia damos por válida la aceptación general de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como herramientas que contribuyen a configurar a los Derechos Fundamentales. Lo que ahora corresponde aclarar es si dicha aceptación comporta un efectivo canon interpretativo, y por tanto si existen criterios sólidos para emplear los tratados con tal distinción jurídica.

En nuestra opinión no podemos suscribir la aceptación general de una regla metodológica que se aplica unas veces sí y otras no o simplemente se aplica con diferente sentido, en tales circunstancias es una regla que no vale<sup>682</sup> o que carece del suficiente sustento teórico para catalogarla como tal.

Con estas afirmaciones ponemos en tela de juicio la forma de emplear los Tratados Internacionales de Derechos Humanos por parte del Tribunal Constitucional Español, y en este tenor el objeto de este capítulo no es repasar todas las sentencias donde se han empleado los tratados, pues tales estudios existen por lo menos hasta el año 2007.

Nosotros queremos comprobar el uso de los tratados internacionales como elementos hermenéuticos y resaltar los aspectos positivos y negativos para hacer visible la carencia de estudios más profundos que guíen la actuación de los órganos jurisdiccionales en el momento de interpretar los Derechos Fundamentales a través de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

---

<sup>682</sup> Remítase al pie de página número 599.

No podemos eludir un estudio sobre los fundamentos de la existencia de este canon hermenéutico y un buen comienzo, es confirmar este carácter para después enfocar sus efectos en casos prácticos. Así las cosas, debemos afrontar el carácter obligatorio de estos instrumentos como canon interpretativo para los órganos jurisdiccionales españoles.

### **3. Los fundamentos jurídicos en el Derecho Constitucional Español para la existencia del canon interpretativo**

El principal fundamento jurídico para tener a los tratados como canon hermenéutico deriva de la existencia del precepto constitucional 10.2. Pero las razones jurídicas de su existencia también se hallan en la necesidad de contar con criterios que contribuyan a concretar los Derechos Fundamentales, bajo parámetros objetivos, así como en el deber del Estado Español para cumplir con las obligaciones internacionales asumidas a través de estos instrumentos.

Así tenemos que los operadores jurídicos se encuentran obligados a seguir las pautas internacionales en el momento de configurar los Derechos Fundamentales, y vemos confirmados nuestros argumentos en relación a los fundamentos jurídicos que hacen plausible defender su carácter como canon hermenéutico.

Siguiendo la línea de nuestros argumentos, afirmamos que los fundamentos jurídicos dentro del Derecho Constitucional Español para sustentar el canon interpretativo son:

1. Los tratados forman parte del ordenamiento jurídico español<sup>683</sup>;
  
2. La Constitución tiene cláusula expresa de la apertura internacional para la protección de los Derechos Humanos<sup>684</sup>;
  
3. El Estado Español participa del consenso internacional para la tutela de las prerrogativas que se consideran consustanciales a la dignidad humana;
  
4. Las normas de los Derechos Fundamentales por su estructura abierta requieren de otros métodos interpretativos<sup>685</sup>.

Sin embargo, es pertinente tener claro que la base de la operación hermenéutica está constituida por las normas constitucionales de los Derechos Fundamentales, siendo éste un elemento de seguridad que representa un límite para el intérprete.

La existencia de fundamentos jurídicos en el Derecho Constitucional Español para defender el canon interpretativo, no lleva implícito introducir al texto constitucional, nuevos Derechos Fundamentales, hasta el extremo de catalogar a cualquier realidad jurídica con esta distinción, tampoco implica defender a ultranza a los tratados internacionales hasta el grado de introducir todo tipo de contenido internacional.

De lo que aquí se trata es que el uso de este criterio conlleve una serie de requisitos que aporten a la argumentación del intérprete constitucional certeza, coherencia y predictibilidad. El criterio interpretativo defendido al hilo argumental de este trabajo,

---

<sup>683</sup> En el capítulo I de este trabajo analizamos a los tratados internacionales como parte del sistema jurídico español y su jerarquía normativa.

<sup>684</sup> Así lo pusimos de relieve al estudiar el *iter* parlamentario del constituyente español, remítase el lector al capítulo I.

<sup>685</sup> De la lectura de los capítulos II y III de esta obra se puede concluir las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales y los métodos para su interpretación.

implica aceptar que las normas de los Derechos Fundamentales por sus peculiaridades normativas necesitan de criterios objetivos para concretar su contenido, y en esta situación los tratados internacionales son criterios que forman parte del ordenamiento jurídico, además de que fue el propio constituyente español quien les otorgo el carácter de canon hermenéutico.

Por tanto existen razones plausibles dentro del Derecho Constitucional Español para usar los tratados internacionales como canon hermenéutico de los Derechos Fundamentales, de ahí que consideremos negligente por parte de la doctrina constitucional el omitir un estudio que relate la manera de emplear estos instrumentos y sus efectos jurídicos.

Más allá de la cláusula constitucional resulta crucial definir los parámetros bajo los cuales deben operar los intérpretes de la Constitución. Por tanto, ahora debemos centrarnos en los aspectos jurídicos que hacen derivar la obligatoriedad para los poderes públicos españoles de acogerse a la doctrina internacional para llegar a conjeturas razonables en el momento de interpretar estas normas.

#### **4. El carácter obligatorio de los tratados internacionales como referentes interpretativos**

El artículo 96 de la Constitución Española incorpora automáticamente a los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español y el precepto 10.2 les reconoce su capacidad interpretativa, de ahí que se derive la obligación para los operadores jurídicos de atender a los tratados internacionales para configurar a los Derechos Fundamentales.

Los efectos jurídicos de los dos artículos constitucionales constituyen dos modalidades aplicativas diferentes: la interpretativa, solo para los tratados de Derechos Humanos, de naturaleza constitucional, obliga a interpretar todo el ordenamiento según éstos; y la

aplicativa directa, en virtud de la cual los tratados son directamente alegables ante la jurisdicción ordinaria como norma con rango *supralegal*<sup>686</sup>.

Así las cosas hay una doble eficacia para los Tratados Internacionales de Derechos Humanos; por un lado, son normas de cumplimiento obligatorio para los poderes públicos con su jerarquía *supralegal*, y por el otro su contenido participa de naturaleza constitucional cuando contribuyen a configurar a las normas de los Derechos Fundamentales. Todo lo anterior es posible a condición de no hurtar por este cauce la aplicación directa que requiere el artículo 96 de la Constitución, compatible con el 10.2, lo cual genera un complemento y doble protección para los derechos<sup>687</sup>.

La situación es evidente, sobre todo si tomamos en cuenta la estructura abierta de los Derechos Fundamentales, y la operación de concreción para llegar a definir el contorno jurídico de su protección, así como para efectuar la ponderación para resolver los conflictos en el ejercicio de los derechos. Tan es así que la doctrina internacional fijada a través de los tratados internacionales resulta una garantía externa para la protección de los Derechos Fundamentales, pues se introducen nuevos contenidos devenidos del consenso entre los Estados, y en este sentido se convierten en parámetros preferentes para estas normas.

Precisamente teniendo en cuenta esta innegable tendencia, consideramos que el intérprete debe ajustarse de manera coherente con estos parámetros internacionales a efecto de que sus interpretaciones no se encuentren desprovistas de los estándares mínimos para la protección de los Derechos Humanos. Pero, además la sujeción a los tratados internacionales como canon hermenéutico deviene de la propia norma constitucional.

---

<sup>686</sup> RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, p. 82.

<sup>687</sup> SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L; *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (teoría y práctica)*, Internacional Law Association, Madrid, 1984, p. 88.

La pretensión de rectitud de la interpretación de los Derechos Fundamentales empleando el canon internacional lleva implícita una operación de contraste para seleccionar el material que favorezca la efectiva tutela del derecho. En este sentido, el intérprete de la Constitución está obligado a conocer la doctrina internacional en materia de Derechos Humanos y debe usarla bajo parámetros razonables, pues recuérdese que el material internacional pasa a formar parte del contenido del Derecho Fundamental y éste es oponible a los poderes públicos y a los particulares.

Por ahora, vale adelantar que el Tribunal Constitucional Español en algunas sentencias ha desconocido sin aportar justa causa el estándar internacional para la protección de los Derechos Fundamentales. Así, en su Sentencia 236/2007 (sobre la Ley orgánica de derechos de los extranjeros en España) se negó a incorporar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho del art. 8.1 CEDH al respeto de la vida familiar (que incluía el disfrute de los padres e hijos de su mutua compañía) al menos, negándose por tanto a considerar el derecho a la reagrupación familiar como un Derecho Fundamental dentro del derecho a esa misma intimidad familiar<sup>688</sup>.

Tal actitud nos lleva a reflexionar sobre la forma de operar del tribunal, pues por un lado reconoce la capacidad hermenéutica de los tratados, pero por otra, no aplica su contenido, además de negar las obligaciones adquiridas por el Estado Español. En otras sentencias ha preferido aplicar un tratado que no ha sido ratificado por el Estado discriminando el contenido de otro tratado que sí está ratificado e incluso es más protector del Derecho Fundamental, contradiciendo incluso el principio hermenéutico <<*favor libertatis*>>, esto es, el principio de que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible y en este tenor la interpretación ha de ser la más favorable a su efectividad<sup>689</sup>.

---

<sup>688</sup> REY MARTÍNEZ, F; << ¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 347.

<sup>689</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 165.



Esto sentado es posible indicar las razones por las cuales en el capítulo que antecede detallamos los alcances de la operación conforme con los estándares internacionales y las pautas para utilizarlos. La obligación de reconocer como criterio hermenéutico a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no se agota con el reconocimiento expreso dentro de las sentencias del Tribunal Constitucional, sino implica un uso argumentado bajo el ordenamiento jurídico y acorde con los lineamientos internacionales.

El actual clima de apertura hacia los criterios internacionales para la tutela de los Derechos Fundamentales exige que en el ámbito interno los particulares tengan certeza de que el Estado actúa de acuerdo con las obligaciones internacionales.

Cuando apuntamos que el uso de los tratados como canon hermenéutico constituye una garantía externa para la tutela de los Derechos Fundamentales, hacemos referencia a una interpretación preferente y en este sentido, como bien indica Casadevante Romaní, las dificultades interpretativas respecto a los derechos y libertades fundamentales deben salvarse inicialmente a favor de la interpretación que suministran los referidos tratados o convenios<sup>690</sup>. En principio debemos aceptar la cláusula de tutela y garantía de los derechos, para salvar las dificultades recurriendo al efecto de las normas de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos<sup>691</sup>.

Recordando esto, es necesario repetir que, por regla general, la invocación del artículo 10.2 dentro de las sentencias no comporta en sí un contraste efectivo y razonable de la doctrina internacional para la protección de los Derechos Humanos, ni mucho menos implica que el Tribunal Constitucional lo esté usando consistentemente. No debería perderse de vista que el respeto a los Derechos Fundamentales constituye fundamento

---

<sup>690</sup> FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C; La aplicación del convenio europeo de derechos humanos en España, Tecnos, Madrid, 1988, p. 53.

<sup>691</sup> Así en FERNÁNDEZ SEGADO, F; *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, p. 167.

del orden político y la paz social. Este es el punto decisivo y la premisa necesaria para el contenido jurídico – objetivo de los Derechos Fundamentales<sup>692</sup>.

Además la labor del Tribunal Constitucional Español como intérprete último de la Constitución es crucial para concretar los Derechos Fundamentales, pues debido a la indeterminación de sus normas, el tribunal determina el contenido del derecho y éste último adquiere rango constitucional y por tanto, vincula al legislador<sup>693</sup>.

El efecto jurídico por antonomasia de la obligación de usar los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para concretar a los Derechos Fundamentales es que se presentan necesariamente como interpretación de normas constitucionales y adquieren rango constitucional, por tanto, la capacidad de los tratados para configurar los Derechos Fundamentales es incomparablemente más potente que la de la Ley<sup>694</sup>.

Además configura el contenido esencial de los Derechos Fundamentales frente al legislador. Por esta razón, Fernando Rey también hace referencia a una <<constitucionalización>> o <<cuasi constitucionalización>> de los preceptos internacionales.<sup>695</sup>

Mantiene una opinión distinta Ezquiaga Ganuzas quien señala que: << aparentemente el texto constitucional impone la obligación de interpretar los Derechos Fundamentales y

---

<sup>692</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 128.

<sup>693</sup> BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p.130.

<sup>694</sup> Así en: RUBIO LLORENTE, F; “Los Derechos Fundamentales, evolución, fuente y titulares en España”, *Claves*, 75, 1997, p. 6. BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993, p. 135.

<sup>695</sup> REY MARTÍNEZ, F; “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989, p. 3617.

las libertades de acuerdo a los tratados ratificados por España, sin ninguna excepción, el Tribunal Constitucional no siempre ha recurrido a ellos cuando debía interpretar esas normas>><sup>696</sup>.

En nuestra opinión, el artículo 10.2 CE, impone un criterio de interpretación de los Derechos Fundamentales para dotar de parámetros objetivos al Tribunal Constitucional y que sean conforme con los estándares internacionales, participando de este modo en la manifestación internacional para la tutela de los Derechos Humanos, a la vez que refuerza las interpretaciones, al sustraerlas de los criterios unilaterales de los órganos internos.

Sin embargo, para los constitucionalistas españoles el artículo 10.2 implica una obligación de resultado, es decir, la motivación, no ha de dejar siempre y en todo caso rastro del referente internacional, aunque el resultado de la misma debe adecuarse a los cánones de los tratados<sup>697</sup>.

Nosotros creemos que la pretensión de rectitud de la interpretación de los Derechos Fundamentales se funda en una compatibilidad y cumplimiento con los estándares internacionales, fijados por los tratados y así entendemos la sugerencia de Sainz cuando alude que la lectura de los Derechos Fundamentales, siempre será incompleta si no va acompañada del contenido internacional<sup>698</sup>.

---

<sup>696</sup> EZQUIAGA GANUZAS, F; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987, p. 328.

<sup>697</sup> Así en, QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 200. SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 205 y 206.

<sup>698</sup> SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 213.

## 5. El Tribunal Constitucional Español como máximo intérprete de las normas de los Derechos Fundamentales

En *última ratio* de la actuación del Tribunal Constitucional depende concretar de forma razonable y argumentada las normas de los Derechos Fundamentales. En este tenor la obligación lleva implícita el reconocimiento de los tratados internacionales como parte del ordenamiento jurídico español, a través del instrumento de ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado, y su carácter de canon hermenéutico.

El Constituyente Español dejó en manos del Tribunal Constitucional la tarea de elaborar una teoría jurídica de los Derechos Fundamentales acorde con la Constitución<sup>699</sup>, y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados internacionales ratificados por el Estado.

La influencia que tiene la Constitución sobre los tribunales, y específicamente la tarea del Tribunal Constitucional Español como máximo intérprete de esta norma, pone de manifiesto la importancia de emplear argumentos sustanciosos en el momento de concretar las normas constitucionales, pues el tribunal tiene a su cargo elaborar una doctrina constitucional sólida en sus diversas funciones:

- a) Cuando aplica la Constitución al caso concreto debatido, y al definir si existe o no, la vulneración de los Derechos Fundamentales por parte de los poderes públicos.
  
- b) Cuando pondera la protección de los Derechos Fundamentales al existir conflicto para el ejercicio de los mismos.

---

<sup>699</sup> AGUIAR, L; “Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, 18 - 19, 1983, p. 18.

c) Al decidir sobre la concordancia o antinomia, respecto de ella, de las leyes, reglamentos y actos jurídicos, y;

d) Para interpretar, a su luz, el resto de las normas del ordenamiento jurídico.

Aragón Reyes, apunta que los Derechos Fundamentales son definidos por el Tribunal Constitucional Español, no sólo porque éste sea el supremo intérprete de la Constitución o porque tenga atribuido el control de constitucionalidad de las leyes, sino principalmente, porque tienen encomendado el recurso de amparo. Incluso podría decirse, con mayor exactitud, que el Tribunal Constitucional será, en plenitud, el supremo intérprete de la Constitución en la medida en que tenga atribuido el juicio de amparo<sup>700</sup>.

Así las cosas habría que añadir, la influencia de la interpretación constitucional sobre los demás poderes públicos (empezando por el Legislativo) y también la influencia para los sujetos privados<sup>701</sup>.

Dicho esto, podemos deducir la enorme labor del Tribunal Constitucional para configurar a los Derechos Fundamentales y por lo tanto, el hecho de que sus argumentaciones sean razonables a la luz del ordenamiento jurídico, pues a través de sus interpretaciones puede ampliar la protección de estas normas y hacerlas oponibles a los poderes públicos, pero también puede tener el efecto contrario, puede dejar desprovistas a estas normas del estándar de protección internacional asumido por el Estado al momento de suscribir los tratados o convenios internacionales.

---

<sup>700</sup> ARAGÓN REYES, M; *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 264 y 265.

<sup>701</sup> NIETO, A; “Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 100 – 102, 1983, p. 388.

La fuerza argumentativa del canon interpretativo se extrae de la operación de contraste entre los Derechos Fundamentales de la Constitución con los Derechos Humanos de los tratados internacionales y, en este tenor, parece necesario el anclaje de parámetros para realizar esta operación hermenéutica por parte del Tribunal Constitucional Español. Es decir, es crucial que el uso de esta cláusula interpretativa no sea conforme al capricho del tribunal, sino que se someta a unos parámetros de validez para poder calificar de razonable su decisión.

Por tanto, la fuerza argumentativa para amparar la interpretación de los Derechos Fundamentales debe verse reforzada bajo un sistema de concreción normativa entre la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Se genera así un reconocimiento mutuo que legitima el criterio interpretativo al participar de los valores generalmente admitidos por la comunidad internacional y por los Tribunales Constitucionales de los Estados<sup>702</sup>. En consecuencia, resulta lógica la propuesta de Hesse de <<reforzar la validez de los Derechos Fundamentales como Derechos Humanos>><sup>703</sup>.

La función de los tratados como canon de los Derechos Fundamentales deriva sobre todo de lo dispuesto en la norma constitucional que impone al aplicador del derecho, especialmente al juez y, más especialmente aún, al juez constitucional, la obligación de interpretar de acuerdo con determinados tratados los preceptos constitucionales y

---

<sup>702</sup> Para Schneider, cuando un método o criterio tiene en cuenta la estructura y funciones del Derecho Constitucional, además de otras funciones estatales, sus reglas de legitimación, organización y procedimiento, puede ser denominado <<democrático>> en un sentido específico. SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 69.

<sup>703</sup> VID. HESSE, C.; “Significado de los derechos fundamentales”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001, p.115.

legales relativos a los derechos<sup>704</sup>. Las repercusiones que tiene dentro del ordenamiento jurídico son:

a. La posibilidad de invocar ante tribunales españoles la interpretación que sobre el particular se deduzcan de las sentencias de los órganos internacionales (específicamente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Comités de Naciones Unidas) o directamente del texto de los acuerdos internacionales adoptados por el Estado español<sup>705</sup>.

b. La posibilidad de que se pueda invocar la inconstitucionalidad de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley que se consideren atentatorios de derechos y libertades conforme han sido interpretados por los tratados en que España es parte<sup>706</sup>.

A nuestro juicio, y siguiendo la doctrina mayoritaria, en la medida en que dichos derechos contribuyen a configurar otros explicitados en la Constitución, puede entenderse que se trata de un desarrollo, de una concreción, de una determinación de tales Derechos Fundamentales, y, por tanto, supone que, efectivamente, están protegidos como si de Derechos Fundamentales explícitamente recogidos en el texto constitucional se tratase<sup>707</sup>.

---

<sup>704</sup> RUBIO LLORENTE, F; “Los Derechos Fundamentales, evolución, fuente y titulares en España”, *Claves*, 75, 1997, p. 4.

<sup>705</sup> Así en, LINDE, E; “Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades públicas en la Constitución Española de 1978”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1981, p. 504.

<sup>706</sup> Estos efectos en, PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 102.

<sup>707</sup> En este sentido: DE LA QUADRA – SALCEDO; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, pp. 133 y 134.

Los convenios internacionales tienen en esa tarea un papel importante que cumplir, conectando a las normas de los Derechos Fundamentales con los valores generalmente admitidos por la comunidad internacional. De ahí que De la Cuadra defienda que éste es un criterio suficientemente seguro para no caer en subjetivismos, puesto que en esa comunidad internacional existen las suficientes contradicciones en la posición de cada país y en sus intereses respectivos como para suponer que lo que es generalmente admitido por la comunidad internacional no es cualquier idealismo o cualquier subjetivismo, sino el precipitado más puro de la civilización y de la humanidad en nuestro siglo<sup>708</sup>.

Otros autores ponen de manifiesto que, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Española, no se pueden aprobar leyes o disposiciones reglamentarias que lesionan el sentido general del tratado o los eventuales criterios interpretativos fijados por los órganos llamados a su hermenéusis y aplicación<sup>709</sup>. Además se hace hincapié en que el Estado español se encuentra sometido a la jurisprudencia del TEDH o de las decisiones de los diversos Comités de Naciones Unidas, en cuya elaboración la voluntad del Estado es totalmente irrelevante<sup>710</sup>.

Peter Häberle sustenta que el Estado Constitucional nacional ha perdido su monopolio interpretativo<sup>711</sup>, situación que se constata en la práctica de los tribunales nacionales y específicamente en el proceso de interpretar la norma de Derecho Fundamental.

---

<sup>708</sup> DE LA QUADRA – SALCEDO; “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980, p. 141.

<sup>709</sup> PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 103.

<sup>710</sup> RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, 387, p. 163.

<sup>711</sup> HÄBERLE, P; *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 199, p. 124.



El Derecho Constitucional Español el artículo 10.2 conlleva la obligación para el intérprete oficial de remitirse al texto de los tratados suscritos por España, y las interpretaciones de los órganos internacionales. El tribunal debe justificar sus decisiones en base al discurso jurídico en materia de los Derechos Humanos que fijan los órganos internacionales, a través de sus decisiones<sup>712</sup>.

No obstante, no podemos santificar a los tratados internacionales, ni a la comunidad internacional, porque muchas veces sus normas resultan ser menos protectoras que las internas. En nuestra opinión, es preferible realizar operaciones de contraste que legitimen la elección de las normas internacionales por parte del tribunal, a efecto de concretar a los Derechos Fundamentales de manera argumentada. Además el texto fundamental debe ser la guía que oriente al intérprete.

Así las cosas, el determinar el contenido de la norma de Derecho Fundamental implica correspondencia coherente con los tratados internacionales que forman parte del ordenamiento jurídico, por lo tanto deben ser tenidos como referencia si se quieren dictar sentencias razonables. Por otro lado, estos tratados representan la única pauta interpretativa expresada en la Constitución<sup>713</sup>.

Con este epígrafe queremos recalcar la función preponderante del Tribunal Constitucional Español para concretar las normas de los Derechos Fundamentales, atendiendo el canon interpretativo establecido en el artículo 10.2 de la *normgrund* española. Desde nuestras apreciaciones, su uso no debe ser reducido a una elucubración general que disminuya su valor interpretativo, ni la doctrina internacional debe ser

---

<sup>712</sup> La internacionalización de las declaraciones de derechos ha traído consigo el innegable efecto benéfico: la introducción de *estándares mínimos*, por debajo de los cuales, la comunidad internacional estima que no se respetan los derechos humanos. Sobre todo en el ámbito regional, ha ido emergiendo una especie de <<derecho común>> de los derechos humanos, que permite dar respuestas mínimamente uniformes a muchos de los problemas jurídicos que surgen de la práctica. DÍEZ - PICAZO, L; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003, p 30.

<sup>713</sup> VID. BALAGUER CALLEJÓN, M; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 128 y ss.

usada para enmascarar decisiones carentes de una sólida argumentación jurídica o posiciones meramente subjetivas.

La relevancia de sujetar a lineamientos generales la operación de concreción efectuada por el Tribunal Constitucional Español, conforme al canon interpretativo de los tratados internacionales, radica en reducir el margen de libertad y *decisionismo* del tribunal en el momento de fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, con el fin de no negar una protección más favorable derivada de la aplicación de estos instrumentos.

Tomando en consideración las razones expuestas en las líneas de este trabajo, no se puede permitir que el tribunal aplique la doctrina internacional en algunas sentencias y en otras niegue su aplicación, pues si el Estado Español ha adoptado el tratado internacional y aceptado las funciones del órgano internacional que se encarga de vigilar su efectivo cumplimiento, está obligado efectuar un contraste normativo compatible con la doctrina internacional, beneficiando su sentido cuando resulta más protector que el interno<sup>714</sup>.

## **6. Los tratados internacionales que emplea el Tribunal Constitucional Español**

En el capítulo anterior definimos unas categorías para determinar los estándares internacionales a los que se encuentra sujeto el operador jurídico en el momento de interpretar los Derechos Fundamentales, ante la diversidad de normas internacionales en materia de Derechos Humanos. Dichas categorías son meras propuestas para establecer el parámetro interpretativo, a efecto de aportar justificaciones plausibles de los criterios

---

<sup>714</sup> Un ejemplo magnífico de la extrema libertad, es la Sentencia 236/2007 (sobre la Ley Orgánica de derechos de los extranjeros en España), fundamento jurídico undécimo, a incorporar la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho del art. 8.1 CEDH al respeto de la vida familiar (que incluía el disfrute de los padres e hijos de su mutua compañía) al menos, a considerar el derecho a la reagrupación familiar como un derecho fundamental dentro del derecho a esa misma intimidad familiar. REY MARTÍNEZ, F; << ¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 347.

seguidos por el juez y evitar el riesgo de importaciones apresuradas, descontextualizadas o superadas por una jurisprudencia más actualizada, cayendo en actitudes evasivas o abusivas.

Una vez sentadas estas categorías pasaremos al estudio de los tratados empleados por el Tribunal Constitucional Español con objeto de sustraer los aspectos positivos, pero también negativos de su uso y por último analizar si las categorías sustentadas podrían constituir un parámetro válido para acoger la doctrina internacional en materia de Derechos Humanos.

### *6.1. Especificación del constituyente español en relación a los tratados internacionales*

Como primer aspecto queremos hacer notar que el Constituyente español rechazó la enumeración de los acuerdos internacionales más relevantes cuando redactó el artículo 10.2, y según la doctrina dos pudieron haber sido las razones:

La primera, llevaría a entender que sólo aquellos tratados cuyo objeto directo fuera el reconocimiento y tutela de derechos podrían ser empleados en la interpretación;

La segunda, haría posible la utilización cuando de uno u otro modo incidieran otros tratados en la materia, y no necesariamente estuviesen enumerados por la Constitución.

Un aspecto más que el constituyente no estableció en el artículo 10.2, fue una jerarquía entre los tratados internacionales, es decir darles primacía a los regionales, sobre los internacionales, o a los generales, sobre los específicos, etc. No obstante, como veremos más adelante en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español se utiliza preferentemente al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo, pero su justificación se encuentra en otras causas.

Aquí sólo cabe decir que el mandato constitucional no jerarquiza a la normativa internacional de los Derechos Humanos, sino establece el canon interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales en la materia y la Declaración Universal de los Derechos Humanos con los mismos efectos.

Una vez sentando ese punto, corresponde indagar tres aspectos consustanciales en relación al mandato constitucional 10.2:

1. Si el estándar internacional está compuesto por la declaración y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, o también incluye otros relacionados de manera directa o indirecta con los Derechos Fundamentales.
2. Si el estándar internacional incluye tratados que nos han sido ratificados por el Estado Español.
3. Por último, si se deben atender a los documentos jurídicos internacionales que engrosan el denominado *soft law*.

Analicemos como el Tribunal Constitucional ha despejado las incógnitas planteadas:

#### *6.1.1. Tratados relacionados de manera directa o indirecta con los Derechos Fundamentales*

En relación al primer supuesto, el tribunal se ha inclinado por un criterio material no ha limitado sus referencias a los acuerdos de cuya denominación y contenido se deduzca con claridad una finalidad reguladora de Derechos Humanos. En este sentido, la postura del más alto intérprete de la Constitución es coherente con la consideración de la

disposición estudiada como cláusula de apertura al Derecho Internacional, y cumple con el cometido planteado por el constituyente.

Así resulta posible, la utilización con efectos interpretativos el Derecho Comunitario originario y derivado<sup>715</sup>, con independencia del objeto de la fuente de la que aquél emana, es decir, se encuentre o no inmediatamente preordenada a la promoción y protección de los derechos de la persona<sup>716</sup>.

#### *6.1.2. Si el estándar internacional incluye tratados que no han sido ratificados por el Estado Español*

En cuanto al segundo aspecto, cabe hacer una crítica a la redacción del texto en cuanto a que la ratificación es una de las diversas formas internacionales de manifestar el

<sup>715</sup> En la STC 64/1991 de 22 de marzo, el tribunal estableció que la medida de enjuiciamiento aplicable, tanto al proceso constitucional de amparo como en el proceso preferente y sumario seguido ante los Tribunales ordinarios, es la integrada por los artículos 14 a 30 CE que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas, cuyo contenido y alcance, no obstante, habrá de interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales a los que hace referencia el artículo 10.2. La decisión del tribunal fue negar el amparo a la Asociación Profesional de Empresarios de Pesca Comunitarios (APESCO) porque consideró que el sistema establecido en el Convenio de la Comisión de Pesquerías del Atlántico Nordeste (CPANE), no es ni resulta discriminatorio.

En la sentencia 145/1991 de 1 de julio, la doctrina del Tribunal Constitucional enriqueció la propia noción de discriminación, al resolver un recurso de amparo sobre discriminación por salario inferior para las limpiadoras y para los peones que se había establecido en el Convenio Colectivo. Incluyó no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo, donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta. En el cuarto fundamento jurídico expresa: En el seno de las Comunidades Europeas, aunque el art. 119 del Tratado se refería a «un mismo trabajo», el mismo ha sido interpretado extensivamente por la jurisprudencia comunitaria y ampliado a través de la Directiva 75/177, cuyo art. 1 define el principio de igualdad y de remuneración como implicando «para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuya un mismo valor, la eliminación, en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, de cualquier discriminación por razón de sexo».

<sup>716</sup> SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 92 y 93. GARCÍA ROCA, J; «El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público Europeo», en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 34.

consentimiento para vincular jurídicamente al Estado<sup>717</sup>. Una interpretación literal del precepto dejaría al margen del ámbito de aplicación del artículo 10.2 a tratados a los que España se hubiera vinculado utilizando formas de manifestación de su consentimiento distintas a la ratificación.

En consecuencia hubiese sido técnicamente más correcto utilizar expresiones que incluyeran a todos los Tratados sobre Derechos Humanos vinculantes para España, con independencia de la forma de manifestación del consentimiento<sup>718</sup>.

Así tenemos que entre los tratados usados por el Tribunal Constitucional Español están:

#### 1. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>719</sup>.

---

<sup>717</sup> El artículo 11 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados, establece: <<Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido>>.

<sup>718</sup> La misma crítica es hecha por: PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 163. SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 87. REMIRO BROTÓNS, A; “de los Tratados Internacionales”, *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, VII, 1985, pp. 407- 624.

<sup>719</sup> La doctrina internacional por excelencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es el contenido del artículo 14 respecto a: toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este contenido ha sido un elemento decisivo para considerar las garantías del 24.2 de la Constitución Española. Así en la sentencia 42/1982 de 5 julio, de el tribunal concluyó que: <<el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 de ésta, consagra (artículo 14.5) el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal Superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato, incorporado a nuestro derecho interno (cf. «Boletín Oficial del Estado» número 103, de 30 de abril de 1977), no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes, pero obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal Superior y que, en consecuencia, deben ser interpretadas en el sentido más favorable a un recurso de ese género todas las normas del Derecho Procesal Penal de nuestro ordenamiento>>.

2. Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>720</sup>.

3. Convenios de la Organización Internacional del Trabajo<sup>721</sup>.

4. Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>722</sup>.

---

<sup>720</sup> Se ha utilizado el pacto para interpretar el derecho a la educación, el derecho al trabajo y el derecho a sindicarse libremente. En la sentencia número 38/1981 de 23 de noviembre, se alude, en el fundamento jurídico número cuatro, al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como instrumento para configurar a la libertad sindical. Así mismo, en la sentencia 145/1991 de 1 de julio, se usó el pacto para robustecer la argumentación del tribunal en cuanto a la igualdad salarial a identidad de trabajo que actúa cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor.

<sup>721</sup> En la sentencia número 38/1981 de 23 de noviembre, el tribunal usó los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo para configurar la discriminación por razón de pertenecer a un sindicato y con ello hacer efectiva la tutela del derecho a la libertad sindical. La decisión establece que: «Si se observa lo que dice su artículo 10.2), los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales... Los Convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas normas internas surgen los derechos individuales, que cuando se recogen en el capítulo de derechos o libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (como es el caso, del derecho sobre el que este proceso se cuestiona), adquieren un valor capital las reglas del Convenio o Tratado.

En la sentencia número 191/1998 de 29 de septiembre, se empleó el convenio número 135 de la OIT a efecto de configurar la discriminación de representante sindical en materia retributiva en conexión con la efectiva tutela de la libertad sindical. El máximo intérprete señaló: «La protección contra el perjuicio de todo orden (también el económico) que pueda recaer sobre el representante viene exigida, asimismo, por el Convenio núm. 135 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la protección y facilidades de los representantes de los trabajadores en la empresa, ratificado por España, con la virtualidad hermenéutica que dicho convenio tiene ex art. 10.2 CE. Y, en efecto, el art. 1 del convenio citado establece que aquellos representantes «deberán gozar de protección eficaz contra todo acto que pueda perjudicarlos [...] por razón de su condición de representantes (y) de sus actividades como tales»».

<sup>722</sup> BOE número 268 de 9/11/1987 mediante el cual se ratificó la Convención por España y es tenida en cuenta por el Tribunal Constitucional tres años más tarde, en sus sentencias 120/1990 de 27 de junio y 137/1990 de 19 de julio. En ambas sentencias se discutió sobre la vulneración de los derechos fundamentales a la integridad física y moral; a la intimidad personal y familiar; a la libertad ideológica; a la libertad personal y a la seguridad y derecho fundamental a la vida, en relación a asistencia médica obligatoria a reclusos en huelga de hambre. Para un estudio pormenorizado remítase, GONZÁLEZ CAMPOS, J; «Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)», *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999, p. 44.



5. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer<sup>723</sup>.

6. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989<sup>724</sup>.

---

<sup>723</sup> En la sentencia 128/1987 de 16 de julio, el tribunal utilizó la Convención para negar la vulneración del artículo 14 CE derivado del hecho que al recurrente se le negase a percibir el retributivo en concepto de guardería reconocido a todas las mujeres que se encuentren trabajando al servicio del centro hospitalario y tengan hijos menores de seis años, y que se reconoce también a los hombres con hijos menores de seis años si se encuentran en estado civil de viudedad. El tribunal fijó su doctrina detectando las normas protectoras para la mujer a causa de situaciones desventajosas: <<Desde esta perspectiva, las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él (en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos, o con la población trabajadora en general) no podrían considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino, al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes. Es claro que tal diferencia de trato o actividad protectora (que aparece reconocida en las normas internacionales al respecto: así el art. 4.1 de la Convención de 18 de diciembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, establece que: la adopción por los Estados partes de medidas especiales, de carácter temporal, encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer>>.

En la sentencia 317/1997 de 28 de noviembre se estableció la necesidad de valorar teleológicamente las normas protectoras, o aparentemente protectoras, de la mujer como trabajadora, y dichos valores los deduce explícitamente de normas internacionales, particularmente orientadas a perfilar el alcance de la prohibición de discriminación por sexo. Así el tribunal ocupa al Convenio en los siguientes términos: <<b) Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, y que no sean admisibles en cuanto, a través de este instrumento, consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona. En esta línea, el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979>>.

<sup>724</sup> La sentencia número 36/1991 de 14 de febrero estimó la inconstitucionalidad del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, aprobada por decreto de 11 de junio de 1948 ocupando como parámetro de constitucionalidad el artículo 24 de la CE pero interpretado de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España, entre los cuales se mencionó a la Convención sobre los Derechos del Niño. Documento internacional que empleó el tribunal a pesar de que el juez proponente no lo adujera en la cuestión de inconstitucionalidad.

En la sentencia 140/2009 de 15 de junio el tribunal usó a la Convención para establecer la conexión entre la protección de los derechos del niño ante los límites impuestos a la libertad de elegir residencia y circulación por el territorio nacional de los extranjeros por una resolución de expulsión.

En el amparo número 74/1997 de 21 de abril, el tribunal estudió el precepto 487 bis del hoy derogado Código Penal de 1973 que colisionara frontalmente con el art. 14 CE y estableció: <<Pero la anterior conclusión, que tiene su fundamento en el hecho de que la decisión de vivir en matrimonio o convivir more uxorio es libremente adoptada por los sujetos de una y otra clase



7. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales<sup>725</sup>.

8. Convenio Europeo sobre la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal<sup>726</sup>.

---

de unión, no es válida para el caso de los hijos, a quienes la Constitución obliga a dispensar una protección integral con independencia de su filiación y respecto de quienes los padres deben prestar asistencia con independencia de su origen matrimonial o extra matrimonial (art. 39.2 y 3 CE), en otras palabras, de su nacimiento, y cuyo desvalimiento motiva incluso una intensa protección internacional (Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 ratificada por España mediante Instrumento de 30 de noviembre de 1990), pues su filiación y su condición de habidos dentro o fuera del matrimonio es el resultado de decisiones ajenas a los mismos>>. A pesar de que no otorgo el amparo sentó la doctrina de la discriminación por un trato diferente carente de justa causa entre los hijos dentro o fuera del matrimonio.

En la sentencia 158/2009 de 29 de junio se declaró que: <<de conformidad con el artículo 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las Leyes que lo desarrollan «y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo «ex» art. 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la Ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16)>>.

<sup>725</sup> El Convenio goza de una aplicación preferente por parte del Tribunal Constitucional, es este sentido Queralt, defiende un canon europeo y examina que el tribunal hace referencia expresa a los instrumentos de interpretación que le brinda el sistema europeo de garantía en un 17.5 % de las sentencias dictadas entre los años 1999 – 2007, y en un casi un 19% de las sentencias dictadas en amparo. Es precisamente en las sentencias de Pleno en las que se resuelve un recurso de amparo, o varios acumulados, donde se aprecia una mayor incidencia material del canon europeo en la doctrina constitucional. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 207 - 210.

<sup>726</sup> Una sentencia paradigmática es la número 254/1993 de 20 de julio, pues a través del Convenio Europeo sobre la protección de las personas frente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal para configurar la libertad informática ante la falta de legislación, por tanto el tribunal a través del tratado internacional configuró el contenido mínimo del *habeas data* de la siguiente forma: <<El uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos. Ahora bien, la efectividad de ese derecho puede requerir inexcusablemente de alguna garantía complementaria, y es aquí donde pueden venir en auxilio interpretativo los tratados y convenios internacionales sobre esta materia suscritos por España. Pues, como señala el Ministerio Fiscal, la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la

9. La Carta Social Europea<sup>727</sup>.

10. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>728</sup>.

11. El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina<sup>729</sup>.

El empleo como criterio interpretativo de los tratados o acuerdos internacionales no ratificados por España no cuenta con directrices congruentes. Así tenemos que el máximo intérprete ha usado al Séptimo Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (no ratificado) para interpretar el artículo 24.2 de la Constitución, incluso le ha otorgado preferencia sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que es un tratado ratificado por España y que confiere una mayor protección al Derecho Fundamental, pues se trata de la doble instancia penal.

---

propia persona. La llamada «libertad informática» es, así, también, derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (habeas data)>>.

<sup>727</sup> La conexión entre los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva la estableció el Tribunal Constitucional Español a través del Convenio número 98 de la OIT y el artículo 6.2 de la Carta Social Europea, a través de la sentencia número 4/1983 de 28 de enero. En la sentencia número 145/1991 de 1 de julio el tribunal estableció la defensa de la igualdad por razón de sexo en los tratados internacionales que pasó del principio estricto de igualdad salarial a la identidad de trabajo, a una concepción más amplia del principio de igualdad salarial que actúa cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor... art. 4.3 de la Carta Social Europea.

<sup>728</sup> BOE número 184 de 31/07/ 2008, mediante el cual se publicó la Ley 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007. En la sentencia del Tribunal Constitucional número 37/2011 de 28 de marzo, se usó la Carta para determinar las garantías, que desde la perspectiva del artículo 15 de la CE y en relación a las intervenciones médicas que afecten la integridad corporal del paciente. En esta sentencia se hizo mención expresa del artículo tercero de la Carta.

<sup>729</sup> BOE número 251 de 20/10/1999, por el que se publicó la ratificación por España. Sentencia del Tribunal Constitucional número 37/2011 de 28 de marzo.

Queralt argumenta a favor de la decisión del tribunal para dar preferencia al Séptimo Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en una circunstancia que ha permitido construir una categoría en los usos que el TC hace del canon europeo: la muestra del desarrollo incipiente de un *Ius commune* europeo en materia de Derechos Fundamentales<sup>730</sup>. La casación como recurso que hace efectivo el derecho al doble grado de jurisdicción: la sustitución del estándar (internacional) inconveniente por el estándar (europeo) conveniente.

Discrepamos con su argumentación, por una parte aceptamos que un tratado internacional no puede originar un recurso penal, no obstante, consideramos que el inclinarse por el uso de un tratado regional no ratificado por el Estado debe sustentarse con un argumento más sustancioso, no se puede dar por sentado un *ius commune europeo* en esta materia calificándolo más conveniente, dejando de lado el consenso internacional, que además representa una protección más favorable del derecho.

En otras sentencias el tribunal ha negado aplicación al Convenio 151 de la OIT<sup>731</sup> para interpretar el derecho a la negociación colectiva y al Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos para la interpretación de los artículos 13 y 19<sup>732</sup>, porque no han sido firmados por España.

---

<sup>730</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 249.

<sup>731</sup> Sentencia número 57/1982 de 27 de julio, aquí el tribunal resolvió un conflicto de competencia promovido por el Gobierno de la Nación frente al Gobierno Vasco, en relación al Decreto número 83/1981, de 15 de julio, sobre regulación colectiva de las condiciones de trabajo de la Administración Local. En el fundamento decimo el tribunal expresó: <<los Convenios Internacionales citados por el Gobierno Vasco no son de aplicación para interpretar el derecho a la negociación colectiva -artículo 37 de la Constitución-, ya que el Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) no ha sido ratificado por España; la Recomendación 159 de la misma organización no es siquiera un tratado o un acuerdo>>.

<sup>732</sup> Sentencia número 94/1993 de 22 de marzo, el tribunal niega referencia interpretativa al Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos a efecto de configurar el derecho de los extranjeros a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional, argumentando que el protocolo no estaba ratificado por España.

El juez como ya hemos señalado, goza de amplia discrecionalidad para elegir la doctrina internacional para interpretar a los Derechos Fundamentales, no obstante la posición de estas normas dentro del significado de una Constitución, no permite dar por zanjado el tema para no estar sometido a parámetros razonables cuando se usa a los tratados internacionales como canon interpretativo.

En este tenor, es innegable que el máximo intérprete, hasta ahora, ha actuado con un voluntarismo casi decisionista, pues no se puede usar un parámetro en determinado sentido para después abandonarlo sin aportar argumentación válida que justifique la incongruencia.

Por regla general, si el tribunal ha utilizado tratados que no han sido adoptados por España, pero ha entendido que estos aportan la doctrina generalmente aceptada para interpretar a los Derechos Fundamentales, debe seguir esta directriz a efecto de no dejar en incertidumbre jurídica y falta de previsibilidad sus decisiones.

### *6.1.3. Los documentos jurídicos internacionales que engrosan el denominado soft law*

El último aspecto es relativo al uso del llamado *soft law* como parámetro interpretativo. A simple vista, puede parecer paradójico que el tribunal use documentos internacionales carentes de fuerza vinculante para España, no obstante la Declaración Universal de los Derechos Humanos es una resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que cuenta con reconocimiento expreso dentro del texto constitucional, a pesar de ser un documento carente de vinculación jurídica.

Cabe hacer una precisión en cuanto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues parece ser que el constituyente español lo equiparó a un tratado internacional para efectos interpretativos de las normas de los Derechos Fundamentales. Sin embargo, la conclusión a la que llega la doctrina española: es que la relevancia interpretativa de los reenvíos a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es en la práctica nula no como resultado de la voluntad de este órgano, sino por efecto de las escasas posibilidades que la precipitada Declaración ofrece para la interpretación (o, mejor, el rellenado o la concretización) de los derechos garantizados en la Constitución Española<sup>733</sup>.

Desde nuestras apreciaciones, si bien consideramos que la declaración contiene normas abiertas devenidas del consenso entre Estados con diversas tradiciones jurídicas y no es un texto jurídico, sino una declaración, no obstante, esto no ha impedido que sea tomada en cuenta para interpretar los Derechos Fundamentales, así se observa desde las primeras sentencias, hasta las más recientes del Tribunal Constitucional Español<sup>734</sup>.

---

<sup>733</sup> SAIZ ARNAIZ, A; *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. 124 y 125.

<sup>734</sup> En la sentencia número 67/1985 de 24 de mayo, el tribunal usó el artículo 20.2 de la Declaración Universal para configurar el derecho de asociación, tanto la libertad positiva de asociación como la negativa de no asociarse.

En la sentencia número 91/2000 de 30 de marzo, el tribunal hizo mención expresa a los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para definir el núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución.

En la sentencia número 133/2010 de 2 de diciembre el tribunal utiliza a la Declaración Universal de los Derechos Humanos para interpretar el artículo 27 de la CE a efecto de determinar que el derecho preferente de los padres a escoger la educación de su hijo, no implica el derecho a no escolarizarlos en centros oficiales. En términos literales el Tribunal expresó: <<a) Es cierto, por un lado, que el art. 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce genéricamente el «derecho preferente» de los padres a «escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», pero esta formulación no debe entenderse en el marco del art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como un derecho general del cual el derecho reconocido en nuestro art. 27.3 CE operaría como especie, sino como una formulación genérica de este último que, por lo demás, ha de interpretarse sistemáticamente en relación con el art. 26.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que dispone que la «instrucción elemental será obligatoria»>>.

El tribunal ha usado otros documentos de los llamados *soft law* que en su generalidad se encuentran vinculados con tratados internacionales adoptados por España, o por los órganos encargados de aplicar y vigilar el cumplimiento de estos, así tenemos a:

1. Las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo<sup>735</sup>;
2. Resoluciones del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT<sup>736</sup>.

La justificación aportada por el tribunal ha sido que sirven para aclarar las disposiciones de los Convenios de la OIT que a su vez sirven para interpretar los preceptos constitucionales.

Sin relevancia hermenéutica el tribunal ha empleado:

---

<sup>735</sup> Sentencia número 38/1981 de 23 de noviembre, el tribunal tomo como referente a las recomendaciones de la OIT para interpretar el derecho a la libertad sindical, no obstante hizo la siguiente referencia: <<Las Recomendaciones OIT, si bien, como es obvio, distintas de los Convenios, y sin alusión directa en el artículo 10.2) de la Constitución, son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios, carácter con el que se invocan aquí las Recomendaciones a las que hemos hecho sucinta referencia>>.

<sup>736</sup> Sentencia número 37/1983 de 11 de mayo, el tribunal reconoce la labor interpretativa del Comité de Libertad Sindical en relación a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo: << La libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, los Convenios números 87 y 98 ( RCL 1977\997 y 989) de la Organización Internacional del Trabajo y las resoluciones interpretativas de los mismos dictados por su Comité de Libertad Sindical>>.

En la sentencia número 39/1986 de 31 de marzo, el tribunal asume que de los Convenios números 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo (RCL 1977\997 y 989), y las resoluciones interpretativas de las mismas dictadas por su Comité de Libertad Sindical derivan elementos mínimos indispensables para configurar el derecho a la libertad sindical.

1. Declaraciones de los derechos generales y específicos de los retrasados mentales<sup>737</sup>;

2. Declaración sobre la igualdad de oportunidades y trato para las trabajadoras<sup>738</sup>;

Además han empleado las reglas mínimas elaboradas en el marco de Naciones Unidas, porque se reconoce que expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, debe inspirar la acción de los poderes públicos, aunque no vinculen al legislador<sup>739</sup>.

El tribunal no adopta una postura clara, para el uso de la doctrina establecida en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (órgano intérprete y observador del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

---

<sup>737</sup> STC 215/1994 de 14 de Julio se discutió sobre el derechos de los disminuidos psíquicos respecto en relación al deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (art. 49 CE), precepto este que concuerda con el art. 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971.

<sup>738</sup> STC 136/1996 de 23 de julio el tribunal empleó la declaración para argumentar que la discriminación por razón de sexo comprende aquellos tratamientos peyorativos que se funden no sólo en la pura y simple constatación de sexo de la víctima sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de una persona una conexión directa e inequívoca. Añadiendo que al respecto la Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo (art. 8. 1).

<sup>739</sup> Así, a través de la sentencia 36/1991 de 14 de febrero, se precisó cuáles serían las disposiciones internacionales para interpretar el artículo 24 CE, pues no todas las mencionadas en las cuestiones son Tratados o Acuerdos internacionales ratificados por España. El tribunal asumió la siguiente postura: «Así sucede con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Justicia de Menores, de 29 de noviembre de 1985, también llamadas Reglas de Beijing (o de Pekín, en el anterior sistema de transcripción) o con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 17 de septiembre de 1987 (R-87-20). Tanto aquéllas como ésta expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito y que, seguramente, deben inspirar la acción de nuestros poderes públicos, pero no vinculan al legislador ni pueden ser tomadas en consecuencia como referencia para resolver sobre la constitucionalidad de la Ley.

Por un lado, en una sentencia desconoció al Comité de Naciones Unidas como intérprete del pacto, a pesar de que mencionó la existencia de un Dictamen de este órgano de fecha 11 de agosto de 2000, según el cual España habría vulnerado el artículo 14.5 del Pacto. Esta situación no le impidió mantener lo siguiente: <<ha de tenerse en cuenta que las «observaciones» que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo facultativo le otorgan tal competencia>><sup>740</sup>.

Sin embargo, en otras sentencias utiliza dictámenes del Comité para interpretar Derechos Fundamentales. Así en la sentencia número 176/2008 usó la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26), señaladamente, el Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, para interpretar el artículo 14 CE<sup>741</sup>.

En relación a otros documentos internacionales de Organismos de Naciones Unidas, encontramos un precedente importante, que fue fijado por el tribunal cuando resolvió el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Rioja contra los arts. 19, 72 y disposición adicional quinta

---

<sup>740</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 70/2002 de 3 abril. Se han emitidos serias críticas por la doctrina a la actitud del Tribunal Constitucional Español, pues nada impide, antes al contrario, todo parece aconsejar que el tribunal acompañe las remisiones al Pacto con citas de la doctrina del Comité. SAIZ ARNAIZ, A; *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. 134. Se ha llegado a afirmar que hay determinadas prácticas del TC respecto a la doctrina del Comité que muestran el uso del estándar internacional cuando es favorable a su posicionamiento. QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 384.

<sup>741</sup> Sentencia 176/2008 de 22 de diciembre.



de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, donde se dirimió sobre el derecho al agua.

Entre los instrumentos internacionales que se mencionaron está la Observación General número 15, titulada <<El derecho al agua>> del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su vigésimo novena sesión, celebrada en Ginebra del 11 al 29 de noviembre de 2002<sup>742</sup>.

Por último, en la jurisprudencia constitucional también se encuentran referencias al Comité de la Asamblea Consultiva y a Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa; unas y otras carecen de fuerza jurídica vinculante lo que no ha impedido que el tribunal los use para interpretar el derecho de objeción de conciencia, el derecho a la integridad moral de los reclusos, aunque con escasa trascendencia decisoria<sup>743</sup>.

Pues bien, son dos los aspectos que queremos poner de relieve respecto de la actitud del tribunal cuando usa el llamado *soft law*. Lo primero, es compartir su opinión al acudir a estos documentos, argumentado que contribuyen a detectar el consenso internacional y por tanto la doctrina aceptada en relación a los Derechos Humanos en su conexión con los Derechos Fundamentales reconocidos en la Constitución Española y en este tenor convierte estos instrumentos en argumentos de autoridad o argumentos *ad abundantiam*<sup>744</sup>.

---

<sup>742</sup> Sentencia número 110/2011 de 22 de junio.

<sup>743</sup> SSTC 36/1991, 15/1982, 160/1987, 161/1987, 41/1982, 222/1997, 120/1990, 137/1990, 57/1994, 135/1997, 161/1996. SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 103 – 107.

<sup>744</sup> Aunque con carácter general, los efectos interpretativos de los textos o documentos internacionales no catalogables como tratados, convenios o acuerdos han sido, y siguen siendo, más limitados que éstos. Ver, LEÓN BASTOS, C; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010, p. 148.

No obstante, discrepamos con los argumentos contradictorios, parciales y faltos de certeza jurídica en la medida de que por un lado, acepta a los criterios de los órganos constituidos por los tratados, en virtud de que sirven para aclarar las disposiciones del tratado, así como para inferir la doctrina generalmente aceptada en relación a un específico derecho, pero por la otra, niega el estatus al órgano encargado de interpretar y aplicar el tratado y en consecuencia desconoce su doctrina.

Una vez más subrayamos la importancia de los Derechos Fundamentales como decisión constitucional básica, lo que hace exigible por tanto contar con parámetros sólidos para acoger dentro de su contenido a los estándares internacionales en materia de Derechos Humanos. Tal postura, como lo hemos dicho a lo largo de este trabajo, no conlleva suplantar al texto constitucional, ni ampliar los Derechos Fundamentales a tal grado que cualquier realidad jurídica sea considerada con tal apelativo jurídico.

Al hilo argumental de este trabajo, nosotros defendemos el uso de pautas generales que guíen al intérprete cuando usa los tratados internacionales como criterio interpretativo que contribuya a establecer parámetros que le otorguen validez y pretensión de rectitud. En una palabra directrices coherentes, a efecto de no conformarnos con una aceptación general de estos instrumentos como canon de interpretación y sometidos a decisiones contradictorias o carentes de previsibilidad.

Para consolidar este criterio interpretativo, debemos evitar dos situaciones: una fuerza expansiva del artículo 10.2 que incrementaría de tal modo el material internacional que llevaría a una disolución de los Derechos Fundamentales; la otra sería evitar un uso discrecional de estos instrumentos a tal grado que sujeten la decisión interpretativa al favoritismo que desee otorgarle el Tribunal Constitucional.

A las críticas vinculadas de falta de congruencia del uso de este canon se une la necesidad de no ceder a los criterios internacionales de manera indiscriminada, sino lo que se propone es un uso argumentado y razonado con sustento en el sistema jurídico

español. De tal forma, que al seleccionar la doctrina internacional se genere un contraste normativo que legitime la introducción de la doctrina internacional al contenido constitucional del Derecho Fundamental.

Esto nos lleva a realizar algunos matices para discernir el material utilizado por el Tribunal Constitucional Español:

En un primer momento, debemos admitir la aplicación preferente de los tratados internacionales adoptados por el Estado Español, sobre aquellos que no cuentan con la manifestación de su consentimiento.

Es decir, el primer parámetro para discernir el material internacional que debe atender el intérprete está constituido por los tratados o convenios vinculantes para el Estado, y por supuesto la Declaración Universal.

Esta situación da lugar a una serie de excepciones:

a) Nosotros consideramos que una vez que dentro de los tratados vinculantes para el Estado, no se hallan contenidos que contribuyan a concretar a los Derechos Fundamentales resulta legítimo usar otros convenios que no gocen de tal reconocimiento; pero, que expresan una doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito, más precisa y que, seguramente debe inspirar la acción de los poderes públicos<sup>745</sup>.

b) La hipótesis que permite la primacía del contenido de un tratado no vinculante para el Estado sobre otros que si lo estén, es sólo si, refleja una doctrina debidamente

---

<sup>745</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 36/1991 de 14 de febrero.

consensuada, más detallada y sobre todo más protectora de los Derechos Fundamentales que oriente al operador jurídico a concretar el derecho y resolver el caso planteado.

Como segundo parámetro y derivado del anterior, consideramos un deber acudir a las decisiones de los órganos encargados de la interpretación y aplicación de los tratados, pues ellos contribuyen a determinar el verdadero sentido de las normas, y se encargan de conformar el estándar mínimo compartido por los Estados.

La justificación radica en la doble función que desempeñan: una función reactiva y una función de desarrollo de los instrumentos, además de que los tratados internacionales son constitutivos de estos órganos<sup>746</sup>.

En definitiva defendemos una técnica argumentativa que se sustente en directrices generales para usar el canon de interpretación conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos, y en este tenor las pautas que ofrecemos están sustraídas de la práctica del Tribunal Constitucional Español en su afán de explotar el mandato constitucional del 10.2.

Así las cosas estos parámetros no dejan de ser un primer intento de contar con directrices al momento de seleccionar el material internacional para no caer en los extremos antes apuntados.

---

<sup>746</sup> Así lo refiere Castellà: <<...el llamado derecho internacional, esto es el que emana de las organizaciones internacionales, también ha de incluirse como parámetro a efectos del art. 10.2 CE, puesto que su existencia se desprende de los tratados internacionales, que crean dichas organizaciones>>. CASTELLÀ ANDREU, J; “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, pp. 149 y 150.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>747</sup>, cuentan con trato preferencial por parte del Tribunal Constitucional Español y esto se debe a que es un órgano jurisdiccional que se encarga de velar por el efectivo cumplimiento del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Además, este órgano mantiene actualizados sus postulados a través de la resolución los conflictos que se le plantean, aspecto que aplaudimos.

Pues como bien señala, Martín Retortillo, la sensibilidad hacia la jurisprudencia de Estrasburgo a la hora de interpretar las normas españolas sobre Derechos Humanos se ha convertido en una constante que informa con carácter habitual la filosofía del Tribunal Constitucional. Habrá diferencias y matices, habrá retrasos o reticencias o incluso apartamientos, pero la tónica de recepción es general e incuestionable<sup>748</sup>.

Hay una serie de aspectos jurídicos en los que radica el por qué la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuenta con un papel privilegiado, como parámetro interpretativo de los Derechos Fundamentales:

1. La labor del tribunal de fiscalizar la actividad de los poderes públicos a través de las denuncias presentadas por los particulares, sobre todo cuando provienen de situaciones nuevas a las que debe adoptar la normativa.

---

<sup>747</sup> La primera sentencia del TC que uso la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se trata de la sentencia 5/1981, de 13 de febrero, en el recurso interpuesto por los parlamentarios socialistas contra el Estatuto de Centros Escolares de la UCD.

<sup>748</sup> Ver, LINDE, E; “Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades públicas en la Constitución Española de 1978”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1981, p. 500. DELGADO BARRIO, J; “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisprudencia española”, *Revista de Administración Pública*, 119, 1989, p. 247. MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L; “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 137, 1995, p. 20. GARCÍA ROCA, J; <<El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público Europeo>> en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 32.

2. La creación a través de la casuística de estándares mínimos que intenta sustraer de la tradición jurídica de los Estados.

3. Las sentencias interpretativas, o el principio de cosa interpretada<sup>749</sup>, hacen posible que su doctrina extienda sus efectos más allá del caso resuelto.

4. Uso de principio armonizadores entre los ordenamientos internos y el Convenio, como los conceptos autónomos.

Sin pretender agotar las razones por las cuales el Tribunal Constitucional usa con demasiada vehemencia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nosotros reafirmamos, lo que numerosa doctrina ha sentado respecto a que se ha tomado como un resultado natural del artículo 10.2 el acatamiento a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. No obstante, no encontramos la razón o la causa de no acoger los criterios de otros órganos internacionales encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados.

Tenemos que mencionar que las afirmaciones anteriores, no implica que el Tribunal Constitucional se someta sin ningún recelo a la doctrina del Tribunal Europeo, pues como más adelante haremos notar en algunas sentencias ha desconocido su doctrina. La cuestión es que la influencia entre el tribunal Constitucional Español y el Tribunal de Estrasburgo es notable y acaba por ser recíproca, es decir en su labor es donde vemos con más nitidez la interconexión normativa entre los dos órganos en pro de la efectiva tutela de los derechos.

---

<sup>749</sup> El principio de cosa interpretada que podría reconducirse al art. 32 CEDH, la interpretación del Convenio efectuada por el Tribunal no tiene un propósito limitado al caso en que se encuentra decidiendo, sino que sirve para <<clarificar, salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio>>. (Irlanda vs Reino Unido, 1978). SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 142 y 143.

Cabe suscribir las atinadas palabras de García Roca cuando dice que el Convenio Europeo cierra e integra los espacios abiertos en las normas constitucionales reconocedoras de derechos>>. Una <<interpretación de la Constitución conforme al Convenio>> y una interpretación constitucional de las <<leyes *secundum conventionem*>> resultan obligadas<sup>750</sup>.

## 7. La forma de emplear a los tratados en la tarea interpretativa

En este apartado hacemos un estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional Español para rescatar los aspectos positivos de su doctrina al momento de interpretar las normas de los Derechos Fundamentales conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, pero también para hacer notar la falta de congruencia en algunas de sus decisiones.

Para este epígrafe se tomaron como referencia los estudios, realizados por autores españoles, de la jurisprudencia del tribunal hasta el año 2007. Así mismo, es importante mencionar que no es nuestro objetivo agotar todas las sentencias donde el tribunal haya hecho referencia a los tratados. Nos decantamos por analizar aquellas que nos sirvan para comprobar la hipótesis planteada en este trabajo.

Como primer punto, debemos aplaudir la labor del máximo intérprete de la Constitución Española, porque desde sus primeras sentencias utilizó los criterios internacionales. Las razones las podemos encontrar en diversas causas, no obstante suponemos que los años de aislamiento de las experiencias internacionales en esta materia, hicieron que el tribunal usara criterios sólidos devenidos de la doctrina internacional para poder

---

<sup>750</sup> GARCÍA ROCA, J; <<El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público Europeo>> en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 34.

resolver los problemas que se le iban planteando en relación a la efectiva tutela de los Derechos Fundamentales.

Por tanto, nos parece pretencioso descalificar la forma de operar del tribunal en relación al uso de los tratados internacionales, no obstante, si merece la pena discernir dos aspectos:

1. La aceptación del canon interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales en la materia, y como consecuencia su uso por el tribunal, pero sin mediar reglas o parámetros generales para su empleo.

2. Consecuencia de lo anteriormente dicho, el uso de los tratados como canon interpretativo comenzó con una incertidumbre, pues se desconocía si el Tribunal Constitucional lo iba a acoger como elemento hermenéutico o no. Además se desconocía el parámetro a través del cual la norma del Derecho Fundamental resultaría afectada, es decir cuál es la guía que sigue el intérprete para determinar los Derechos Fundamentales conforme al contenido de los tratados.

No queremos dejar caer a espaldas del tribunal, la elaboración de directrices de un nuevo canon interpretativo; todo lo contrario, a través de su labor vemos realizada una pauta de interpretación de los Derechos Fundamentales que le otorga un doble grado de validez, al ser sometida a los criterios constitucionales e internacionales, además contribuye a la efectiva tutela del derecho.

No obstante, creemos que se deben aportar fundamentos jurídicos para defender la existencia de este canon y establecer parámetros generales que guíen al intérprete al momento de usarlo. Así como, hemos aceptado que el Tribunal Constitucional Español cataloga a los tratados como canon hermenéutico, debemos ahora comprobar que su



forma de operar no encaja con los criterios de precisión, predictibilidad y certeza que deben estar presentes en un método interpretativo.

*7.1. Las categorías doctrinales para el empleo del canon interpretativo por parte del Tribunal Constitucional Español*

Espada Ramos estableció en el año 1988 que el uso del Tribunal Constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como elementos hermenéuticos podía resumirse en:

1. Remisiones para determinar el alcance de alguna disposición constitucional;
2. Referencias que toman como fundamento de sus decisiones la jurisprudencia del Tribunal Internacional;
3. Referencias hechas para reforzar el razonamiento del juez español;
4. Referencias para completar el contenido de alguna disposición española no suficientemente precisa y recurriendo directamente a la norma internacional y a la jurisprudencia<sup>751</sup>.

Para Saiz Arnaiz el tribunal usa a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de la siguiente forma:

---

<sup>751</sup> ESPADA RAMOS, M; <<El efecto directo y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España>>, en *Introducción a los derechos fundamentales, Volumen II*, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 1216.

**1. El comportamiento del tratado internacional como modelo:** tiene lugar cuando es su propia literalidad, en ausencia de toda interpretación imputable a órganos jurisdiccionales previstos en el mismo, la que sirve para concretizar o rellenar el derecho fundamental constitucionalmente declarado.

**2. El comportamiento del tratado internacional como ejemplo:** la fuente de origen internacional contribuye a la justificación de una decisión ya adoptada, esto, es, sirve para reforzar el discurso argumentativo del Tribunal, pero la solución que éste da al caso sería exactamente la misma en ausencia del referente internacional<sup>752</sup>.

**3. La jurisprudencia internacional como modelo:** ahora no es el propio texto del tratado –al menos no lo es sólo–, su literalidad, el parámetro del que hace uso el alto Tribunal en la interpretación –integración de los derechos fundamentales.

**4. La jurisprudencia internacional como ejemplo:** la doctrina del órgano internacional sirve para reforzar el discurso argumentativo del Tribunal.

Para finalizar están las categorías propuestas por Queralt Jiménez refiriéndose exclusivamente al canon europeo:

**1. El canon europeo como argumento de autoridad *ad abundantiam*:** las estructuras argumentativas en las que se encuentran integradas las referencias al canon europeo no forman parte de la *ratio decidendi* sino más bien de los *obiter dicta*<sup>753</sup>.

<sup>752</sup> SAIZ ARNAIZ, A; *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 241.

<sup>753</sup> La autora aporta las formas más comunes y abundante que adopta el argumento de autoridad *ad abundantiam* es la de demostrar a través de determinadas fórmulas y expresiones la coincidencia del criterio constitucionalmente adoptado con el existente en el sistema europeo,

**2. El canon europeo como argumento de autoridad complementario:** éste se mueve en un terreno que va desde la corroboración de la posición adoptada por el TC hasta la aplicación, como mínimo aparentemente, de un doble test de validez compuesto por la aplicación del test de constitucionalidad y, posteriormente, por la comprobación de que la medida analizada también supera el test de convencionalidad<sup>754</sup>.

**3. La incorporación de pautas interpretativas y la incorporación de contenidos:** La asunción del estándar europeo puede generar dos resultados distintos: en unos casos, la incorporación del estándar europeo provocará el descubrimiento de un elemento nuevo relativo a un derecho fundamental reconocido en la Constitución no exteriorizado hasta el momento. En otras ocasiones, la recepción del estándar europeo supone, más bien, el reconocimiento de nuevas garantías a través de un giro jurisprudencial provocado por la asunción del canon europeo<sup>755</sup>.

**4. El desarrollo incipiente del *ius commune* europeo en materia de derechos y libertades:** se reconoce en las sentencias del TC, por lo menos en algunas materias, que la jurisprudencia del TEDH debe ser considerada como el estándar mínimo aplicable en materia de derechos y libertades<sup>756</sup>.

unas veces con CEDH y, en la mayoría de casos, con la jurisprudencia del TEDH. Las expresiones que se utilizan para mostrar esta conformidad con el estándar europeo son numerosas aunque se reiteran con bastante frecuencia. Se ofrecen aquí algunos ejemplos: <<en línea con...>>, <<en el mismo sentido>> (STC 14/1999), <<en coincidencia con...>>, (STC 58/1999), <<conclusión que se corroborada...>> (STC 24/2000), <<de acuerdo con...>> (STC 125/1999), <<en sintonía con...>> (11/2000), <<declaración parecida efectuada por el ...>> (STC 124/2000), <<criterio este que también fue uno de los que tuvo en mente el TEDH...>> (STC 276/2000), <<es coincidente con...>> (STC 38/2002). QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 220 y ss.

<sup>754</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 229.

<sup>755</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 252.

<sup>756</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 219.

Antes de pasar a exponer nuestra categorización del empleo de los tratados por el Tribunal Constitucional Español, debemos hacer unas precisiones en relación al proceso evolutivo que ha sufrido este canon en el empleo que el tribunal hace del mismo.

Así las cosas, en las primeras sentencias vemos que el tribunal usó los tratados y sus interpretaciones como argumento de autoridad; de tal manera, que la doctrina internacional pasó a formar parte de la doctrina constitucional para la interpretación de los Derechos Fundamentales. En este estado de cosas, no es que el canon interpretativo haya pasado de ser un argumento de autoridad a uno complementario; simplemente es que ahora el tribunal hace referencia a las sentencias anteriores donde lo utilizó u omite la referencia porque ha tomado como suya la doctrina.

En este sentido, el contenido internacional forma parte del contenido constitucional del Derecho Fundamental, resultado del contraste normativo que se efectuó en las primeras sentencias. Tal actitud explica porque en algunas sentencias el tribunal utiliza los tratados internacionales sin hacer referencia explícita al artículo 10.2 constitucional<sup>757</sup>.

Piénsese además que van a apareciendo nuevos tratados, y por tanto es relevante aclarar los términos bajo los cuáles opera el tribunal a través del canon interpretativo. Es inaceptable adoptar la doctrina internacional para unas materias sí y para otras no. Desconfiamos de un recurso acrítico y científicamente estéril al concepto de método interpretativo, porque debemos tener presente que para la exégesis de tales derechos, conforme a este canon interpretativo, se exige un contraste normativo entre la norma constitucional y la doctrina internacional. De tal forma, que sólo después de hacer uso de tales fuentes pueden considerarse agotadas todas las opciones ofrecidas por la Norma Fundamental para la interpretación de estos derechos.

---

<sup>757</sup> Ver, CASTELLÀ ANDREU, J; “El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales”, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001, pp. 160 y 161.

En tal caso, es el juez el que no puede desconocer la existencia de un criterio internacional en relación a los Derechos Fundamentales, por tanto debe argumentar cuando no tenga en cuenta el contenido de un tratado internacional. Hemos dicho que la operación de concreción requiere establecer un contraste normativo, que deje claro, el material internacional que sirve para configurar a los Derechos Fundamentales<sup>758</sup>, pues sólo así podremos discernir si el Tribunal Constitucional los ha asumido de manera compatible con los criterios internacionales, o por si el contrario pese a la intención del Tribunal la incorporación se demuestra contraria a aquel contenido<sup>759</sup>.

Las razones para acudir a la doctrina internacional en el momento de interpretar los Derechos Fundamentales, no debe caer en los simples hechos de la causa. Si bien el tribunal debe atender a las circunstancias particulares del conflicto planteado, no debe perder de vista la función de su decisión como máximo intérprete de la Constitución, por lo tanto debe sujetarse a pautas jurídicas que orienten su *iter argumentativo* para llegar a decisiones razonables en el ordenamiento jurídico. Este parecer ser el camino para alejarse de decisiones casuísticas.

## *7.2. Hipótesis generales para configurar a los Derechos Fundamentales usando el canon interpretativo por el Tribunal Constitucional Español*

<sup>758</sup> Ponce Martínez se muestra tajante al requerir por parte del Tribunal Constitucional: <<resultaría aconsejable, tanto para lograr una mayor motivación de sus resoluciones, como para conseguir un mejor conocimiento de lo dispuesto en los textos internacionales de Derechos Humanos y de la doctrina emanada de los órganos internacionales sobre los mismos, que el TC se pronunciase más detalladamente acerca del significado de las disposiciones convencionales de Derechos Humanos y de la interpretación y aplicación dadas a las mismas por los órganos internacionales competentes. PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002, p. 171.

<sup>759</sup> QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 322.

Esto sentado, pasemos ahora a demostrar el uso por parte del Tribunal Constitucional Español de las categorías aquí defendidas.

### *7.2.1. El canon interpretativo para dotar de contenido al Derecho Fundamental*

Dijimos que debido a la estructura abierta, abstracta e indeterminada de las normas de los Derechos Fundamentales, los órganos internos encuentran en los tratados internacionales criterios objetivos para concretar su contenido.

No obstante, si se da el caso de que no se halle dentro de los tratados internacionales firmados por el Estado estándares que ayuden a concretar al derecho, en ese caso se debería utilizar otra normativa internacional, que constituya un adecuado marco de referencia más detallado, o que exprese la doctrina generalmente aceptada en el correspondiente ámbito<sup>760</sup>. Incluso el tribunal podría inclinarse, por utilizar una norma internacional que no lo vincule jurídicamente, ante otra que sí lo haga, con tal de favorecer la tutela del derecho o porque ésta defina mejor su contenido<sup>761</sup>.

Algunos ejemplos son:

**El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE):** desde las primeras sentencias el Tribunal Constitucional utilizó el artículo 6.1 del Convenio de Roma y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo para concretar el estándar mínimo garantizado en el artículo 24.2 CE (derecho a que la causa sea oída en "un tiempo razonable"), afirmando que el juicio sobre el contenido concreto de las dilaciones, y sobre si son o no indebidas, debe ser el resultado de la aplicación a las circunstancias específicas de cada caso de los criterios objetivos y que son:

---

<sup>760</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 36/1991 de 14 de febrero.

<sup>761</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 169/2004 de 6 octubre.

La complejidad del litigio;

Los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo;

El interés que en aquél arriesga el demandante de amparo, su conducta procesal y;

La conducta de las autoridades<sup>762</sup>.

**El derecho a que en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 15):** El Tribunal ha usado los estándares internacionales<sup>763</sup> para determinar que debemos entender por: «Tortura» y «tratos inhumanos o degradantes» y ha dicho que en su significado jurídico, son nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto<sup>764</sup>.

---

<sup>762</sup> Sentencias números: 5/1985 de 23 de enero, 160/2004 de 4 de octubre, 38/2008 de 25 de febrero, 93/2008 de 21 de julio y 94/2008 de 21 de julio.

<sup>763</sup> Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 1.1) Convención Europea de Derechos Humanos (artículo 3), la doctrina del Tribunal de Estrasburgo acerca de las penas degradantes (SS de 18 de enero y 25 de abril de 1978 -caso Irlanda contra el Reino Unido- y -caso Tyrer-, respectivamente) ha señalado que «para que el trato sea "degradante" debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- (...) una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad» (igualmente, STEDH de 25 de febrero de 1982 -caso Campbell y Cosans-, y de 7 de julio de 1989 -caso Soering-).

<sup>764</sup> El tribunal en sendas sentencias expuso: <<el tratamiento médico coercitivo de los recurrentes no puede ser calificado, ex art. 15.1 C. E., de tortura o trato inhumano, dada la connotación de inflicción de daño o padecimientos y de humillación y envilecimiento que una y otro tienen de acuerdo con el art. 1 de la Convención de Nueva York de 10 de diciembre de 1984>>. Sentencia número 137/1990 de 19 de julio de 1990.

En la sentencia 120/1990 de 27 de Junio se cita expresamente el artículo primero de la Convención para llegar a la conclusión de que: <<el hecho de que la alimentación forzada, cuya finalidad es impedir la muerte de los recurrentes no pueda considerarse constitutiva de trato inhumano o degradante en razón del objetivo que persigue, no impide sin embargo, por sí mismo, que se le pueda considerar como tal, sea en razón de los medios utilizados, sea por constituir una prolongación del sufrimiento, sin lograr pese a ello, evitar la muerte>>.

**Derecho Fundamental a la igualdad ante la Ley: Discriminación por razón de sexo:** el tribunal ha usado a diversos instrumentos internacionales para determinar el contenido de este derecho a efecto de comprender que los tratamientos peyorativos se funden no sólo en la pura y simple constatación del sexo de la víctima, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de una persona una conexión directa e inequívoca. En este sentido los tratos desfavorables basados en el embarazo constituyen una discriminación por razón de sexo<sup>765</sup>.

**El derecho de reunión (artículo 21):** Es habitual que el tribunal acuda al Convenio Europeo de Derechos Humanos en su artículo 11 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>766</sup> para configurar este derecho a efecto de catalogarlo como una manifestación colectiva de libertad de expresión ejercida a través de una asociación transitoria siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio, que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones, constituyendo, por lo tanto, un cauce del principio democrático participativo, cuyos elementos configuradores son, según la opinión dominante, el subjetivo –una agrupación de personas-, el temporal –su duración transitoria-, el finalístico –licitud de la finalidad- y el real u objetivo – lugar de celebración.

Conforme a la jurisprudencia del TEDH la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión, o también que

---

<sup>765</sup> El sentencia <<El examen de la normativa que ex art. 10.2 CE sirve de fuente interpretativa así lo corrobora. En efecto, prescribe el art. 5 d) del Convenio núm. 158 de la OIT. El Convenio núm. 103 de la OIT y análogas previsiones contempla el art. 4 del Convenio núm. 3. De otra parte, según el art. 4.1 de la Recomendación núm. 95, también de la OIT, el período durante el cual será ilegal para el empleador despedir a una mujer debería comenzar a contarse a partir del día en que le haya sido notificado el embarazo por medio de un certificado médico. Y al respecto la Declaración de 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, insiste en que la mujer encinta estará protegida contra todo despido por razón de su condición durante todo el período de embarazo (art. 8. 1)>>. Sentencia número 136/1996 de 23 de Julio, la misma doctrina en las sentencias: 124/2009 de 18 de mayo y 75/2011 de 19 de mayo.

<sup>766</sup> STEDH caso Stankov, de 2 de octubre de 2001, STEDH caso Rekvényi, de 20 de mayo de 1999, STEDH caso Sidiropoulos, de 10 de julio de 1998.



la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación. Por tanto, sólo razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esta libertad<sup>767</sup>.

**Derecho a la libertad de expresión (artículo 20.1 CE):** también resulta evidente el uso del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la doctrina del Tribunal de Estrasburgo<sup>768</sup> para concretar el derecho a la libertad de expresión. El Tribunal Constitucional ha reiterado que esta libertad comprende junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática. Junto a ello, también ha señalado que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquella el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo que se justifica en que tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud.

En definitiva, el reconocimiento de la libertad de expresión garantiza el desarrollo de una comunicación pública libre que permita la libre circulación de ideas y juicios de valor inherente al principio de legitimidad democrática. En este sentido, merece especial protección constitucional la difusión de ideas que colaboren a la formación de la opinión pública y facilitan que «el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos». Entre ellas debemos, lógicamente, englobar no sólo los juicios de valor de ámbito político o los que se refieren directamente al funcionamiento de las instituciones públicas sino también aquellos que tienen por objeto la valoración crítica del modelo de sociedad y su evolución<sup>769</sup>.

---

<sup>767</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Español: 95/1988 de 28 de abril, 301/2006 de 23 de octubre, 170/2008 de 15 de diciembre, 37/2009 de 9 de febrero y 96/2010 de 15 noviembre.

<sup>768</sup> Entre otras sentencias: STEDH Handyside c. Reino Unido 7 de diciembre de 1976, STEDH Castells c. España, de 23 de abril de 1992, STEDH Fuentes Bobo c. España de 29 de febrero de 2000. STEDH Scharsach y News Verlagsgesellschaft c. Austria de 13 de noviembre de 2003.

### 7.2.2. *Para dotar de un contenido novedoso al Derecho Fundamental*

En esta hipótesis se descubren nuevas dimensiones de los derechos ya existentes. Como bien indica Fernando Rey, en la mayoría de los casos, no habría nuevos <<derechos>> judiciales, sino <<nuevos contenidos de los derechos >><sup>770</sup>. En este caso se adscribe una posición *iusfundamental* nueva al enunciado normativo de un derecho. En este supuesto la innovación consiste en desvelar un contenido nuevo de un derecho antiguo que haya venido siendo interpretado en sus estrictos términos y que, por vía interpretativa, adquiere contenidos nuevos<sup>771</sup>.

A través de ejemplos concretos, podemos ver como el Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos integra en el ordenamiento jurídico español los siguientes nuevos contenidos a los Derechos Fundamentales: a) El no someterse, sin libre consentimiento a experimentos médicos o científicos, en cuanto forma parte del derecho a la integridad física o moral que recoge el artículo 15 Constitución Española. b) El derecho efectivo a obtener reparación en caso de detención o prisión ilegales, en cuanto son derivaciones del derecho a la libertad y seguridad personales (art. 17.1 CE)<sup>772</sup>.

---

<sup>769</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional Español: 107/1988 de 8 de junio, 52/ 1995 de 23 de febrero, 110/2000 de 5 de mayo, 56/2008 de 14 de abril, 23/2010 de 27 de abril, 34/2010 de 19 de julio y 89/2010 de 15 de noviembre.

<sup>770</sup> REY MARTÍNEZ, F; << ¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 344.

<sup>771</sup> CANOSA USERA, R; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 96 y 97.

<sup>772</sup> APARICIO PÉREZ, M; “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales”, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989, p. 15.

**Libertad sindical:** un ejemplo en la misma línea indicada anteriormente, lo ofrece la sentencia 38/1981 en donde el tribunal utilizó las decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (informe 130) para introducir garantías de protección a los dirigentes sindicales contra actos de discriminación laboral, así mismo se amplió la protección a los candidatos a representantes de los trabajadores<sup>773</sup>.

El tribunal conforme al artículo 10.2 ha establecido, desde sus primeros pronunciamientos, que en el contenido esencial de este derecho se integra también la vertiente funcional, es decir, el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden. Se garantiza, por tanto, un ámbito esencial de libertad para organizarse a través de instrumentos de actuación de la forma que consideren más adecuada a la efectividad de su acción, dentro del respeto a la Constitución y a la ley<sup>774</sup>.

**El derecho a la integridad física:** a pesar de que el artículo 15 CE no contiene una referencia expresa al consentimiento informado, lo que no implica que este instituto quede al margen de la previsión constitucional de protección de la integridad física y moral. Este derecho fundamental según jurisprudencia del tribunal protege no solo

---

<sup>773</sup> La doctrina del tribunal es: <<Como acaba de decirse la dificultad probatoria de la motivación antisindical, hubiera podido obviarse trasladando al empresario la prueba de la existencia de un motivo razonable de despido, cualquiera que fuera su justificación formal y la viabilidad sustancial para romper la relación de trabajo. Esta es la solución que se recoge en decisiones del Comité de Libertad Sindical de la OIT (así, 130 informe, caso número 673, párr. 65), apoyadas en la Recomendación 143 (III, 6.2.e), dentro del marco general de «las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores» la libertad sindical, a las que obligan los Convenios OIT -87 ( RCL 1977\997 y NDL 28460) (artículo 11), 98 ( RCL 1977\989 y NDL 28460) (artículo 1.º) y 135 (artículo 1.º). La falta en la normativa laboral directa de precepto que recoja esta garantía o la no mención en aquellos de los candidatos a representantes de los trabajadores, para los que se recomienda indicada protección (como hacía el artículo 10 del Decreto 1878/1971), no es obstáculo a para que este principio se generalice a todos los trabajadores y, desde luego, a los trabajadores que son candidatos o que han sido presentados como candidatos a la elección o al nombramiento de representantes de los trabajadores>>. Sentencia del Tribunal Constitucional número 38/1981 de 23 de noviembre.

<sup>774</sup> Así en las sentencias 70/1982 de 29 noviembre, 191/1998 de 29 de septiembre, 145/1999 de 22 julio, 185/2003 de 27 de octubre.

contra ataques dirigidos a resguardar la incolumidad corporal, sino que han adquirido una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a su plena efectividad, que hace imprescindible asegurar su protección frente a los riesgos de una sociedad tecnológicamente avanzada.

Con esto sentado el tribunal en la sentencia número 37/2011 determinó las garantías, del artículo 15 CE, que se imponen a toda intervención médica que afecte a la integridad corporal del paciente su derecho a otorgar el <<consentimiento libre e informado>> de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley. Para llegar a esas conclusiones acudió a numerosos documentos internacionales: Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (a pesar de que no es un tratado jurídico), Tratado de la Unión Europea, Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo<sup>775</sup>.

**Derecho a la no discriminación por orientación sexual:** la interpretación del artículo 14 constitucional de conformidad con la doctrina internacional<sup>776</sup> llevo a los magistrados del Tribunal Constitucional a determinar que no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incompreensión que produce en terceros su disforia de género.

---

<sup>775</sup> Sentencia número 37/2011 de 28 de marzo.

<sup>776</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 14), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26), la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26), señaladamente, el Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia, Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (artículo 13) (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea ([artículo 21.1](#))).

En relación con lo anterior, el tribunal sostuvo que a pesar de que la condición de transexual no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE, como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación<sup>777</sup>.

**Derecho Fundamental de igualdad ante la ley, Discriminación por razón de edad:** conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el tribunal ha expuesto que lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. Pero al respecto ha declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de razonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad<sup>778</sup>.

### 7.2.3. *Un nuevo sentido del derecho*

La interpretación a través de este canon, puede dotar de un nuevo sentido al Derecho Fundamental, hasta ese momento defendido. Se trata de una interpretación diferente; no

---

<sup>777</sup> Así en la sentencia 176/2008: <<Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE>>. Sentencia número 176/2008 de 22 de diciembre.

<sup>778</sup> Sentencia número 63/2011 de 16 de mayo.

obstante, tiene que ser siempre *in bonu*<sup>779</sup>. El nuevo sentido, deriva de una ampliación protectora a hechos diferentes.

La sentencia numero 116/1996 puede ser un claro ejemplo de esta categoría, pues a través de ésta se resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por 63 Diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley 35/1988, de 22 noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, en su totalidad y subsidiariamente contra diversos preceptos de la misma, por contradecir los artículos 9, 10, 15, 39 y 81 de la CE. El tribunal tuvo que interpretar el art. 15 CE para hacer deriva un deber de protección por parte del Estado, incluido por tanto el legislador, sobre los «nascituri» ante las nuevas técnicas de reproducción asistida, así como establecer una diferencia entre la familia natural y la jurídica derivada de las adopciones o de las nuevas técnicas de reproducción. Para esta sentencia el tribunal utilizo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>780</sup>.

**Derecho a la no discriminación por circunstancias familiares:** la doctrina internacional fijada a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010 sirvió para que el tribunal al interpretar el artículo 14 CE expusiera que este precepto tiene como fin erradicar en el ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. En definitiva, a través de la doctrina constitucional se intenta proteger la discriminación por circunstancias familiares en la dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de

---

<sup>779</sup> En sentido contrario esta Canosa Usera, que asegura que se puede dotar al Derechos de un sentido expansivo o restrictivo. CANOSA USERA, R; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 94.

<sup>780</sup> Sentencia número 116/1999 de 17 de junio.

sexo como por razón de las circunstancias personales, lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa en cada caso concreto<sup>781</sup>.

**Derecho a la igualdad en conexión con el derecho a participar en los asuntos públicos:** a la vista de las circunstancias de desigualdad para el acceso a cargos públicos por parte de las mujeres el tribunal en consonancia con tratados internacionales, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 7), el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, ha establecido que es imprescindible la superación de una realidad social caracterizada por la menor presencia de la mujer en la vida pública; pero lo hace tejiendo una conexión con la perspectiva principal, esto es, la que atiende a la libertad de los partidos políticos (artículo 6) y de las agrupaciones de electores en la definición de sus candidaturas como medio cualificado para la realización de su cometido constitucional en tanto que instrumentos para la participación política ciudadana en un Estado democrático<sup>782</sup>.

*7.2.4. Se introducen novedosos tests internacionales para determinar el contenido de los Derechos Fundamentales*

Consiste en tomar como modelo el juicio de ponderación o la proyección normativa entre derechos, que realizan los órganos internacionales (jurisdiccionales) para resolver conflictos entre los derechos. De esta manera trasladan al ámbito interno nuevas combinaciones para lograr la efectiva tutela del Derecho Fundamental.

---

<sup>781</sup> Sentencia número 26/2011 de 14 de marzo. En la sentencia número 51/2011 de 4 de abril, el tribunal resolvió sobre la discriminación por circunstancias familiares por la no renovación como profesora de religión por haber contraído matrimonio sin ajustarse a las normas del Derecho canónico. Es esta decisión se expuso una rica mención de instrumentos internacionales a favor del derecho a contraer matrimonio.

<sup>782</sup> Sentencia número 12/2008 de 29 de enero, mediante la cual resolvió la Cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, y recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, en relación con el art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

**La libertad de enseñanza como proyección de las libertades ideológicas, religiosas y de expresión de pensamiento, ideas u opiniones**<sup>783</sup>.

**El derecho de libertad sindical en relación al principio de igualdad en las sentencias 53/1982, 65/1982, de huelga y negociación STC 37/1983.** En la sentencia 37/1983 el tribunal subrayó la conexión entre la libertad sindical, la negociación colectiva, la huelga y la incoación de conflictos colectivos: la libertad sindical implica la libertad para el ejercicio de la acción sindical, comprendiendo en ella todos los medios lícitos, entre los que los Tratados Internacionales ratificados por España y, muy especialmente, los Convenios números 87 y 98 ( RCL 1977\997 y 989) de la Organización Internacional del Trabajo y las resoluciones interpretativas de los mismos dictados por su Comité de Libertad Sindical, así como la sentencia de este Tribunal de 8 de abril de 1981, incluyen la negociación colectiva y la huelga, debiendo extenderse también a la incoación de conflictos colectivos>><sup>784</sup>.

**La libertad de elegir residencia y circular por el territorio nacional por extranjeros y el derecho a la intimidad privada y familiar:** esta conexión deriva por tomar en consideración que el arraigo familiar puede actuar como límite a la expulsión porque la medida debe no resultar proporcionada al fin legítimo que se persigue, esto es la garantía del orden público, vulnerando de ese modo el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8.1 del CEDH. Igualmente no cabe obviar que el artículo 39.4 CE establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos y, en relación con ello, que el artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, de derechos del niño<sup>785</sup>.

---

<sup>783</sup> Sentencia número 5/1981, de 13 de febrero, en el recurso interpuesto por los parlamentarios socialistas contra el Estatuto de Centros Escolares de la UCD.

<sup>784</sup> Sentencia número 37/1983 de 11 de mayo y 75/2010 de 19 de octubre.

<sup>785</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2009 de 15 de junio.



Luego entonces, al momento de resolver sobre la expulsión del territorio Español de un extranjero, se debe ponderar su derecho a la intimidad privada y familiar, tomando en cuenta la protección e intereses de los menores, en este caso los hijos de la persona sometida al proceso de expulsión.

En algunos casos, se introduce a la configuración del derecho un bloque de garantías que provienen de textos internacionales o de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, en la STC 129/1999 se resolvía una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra un precepto del Código Civil por suponer una vulneración de las garantías previstas en los procesos de internamiento no voluntario en centros psiquiátricos.

**La libertad de elegir residencia y circular por el territorio nacional de los extranjeros:** la interpretación del 19 CE conforme a los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos introdujo garantías para hacer efectiva la libertad de residencia y circulación de los extranjeros, así la doctrina del tribunal establece que: <<la decisión de expulsión o extrañamiento debe respetar el mínimo esencial de garantías de procedimiento que enuncia el art. 13 PIDCP, y los arts. 13, 19 y 24 de la Constitución, precepto este último que es plenamente aplicable a los extranjeros... España debe respetar el grado, limitado pero cierto, de libertad que reconocen los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos>><sup>786</sup>.

**El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos seguidos contra menores a efectos penales:** el tribunal a través de la interpretación del artículo 24 CE de conformidad con diversos tratados internacionales, pero en especial referencia con el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 40.2 de la Convención de los Derechos del Niño, determina que las garantías contenidas en este artículo debían ser respetadas en el proceso seguido contra menores a efectos penales<sup>787</sup>.

<sup>786</sup> Sentencia número 94/1993 de 22 de marzo, en el mismo sentido la sentencia número 169/2008 de 15 de diciembre. Su primer antecedente está en la sentencia 99/1985 de 30 de septiembre.

<sup>787</sup> En la sentencia 36/1991 indicó: <<Cabe afirmar, como conclusión de cuanto antecede, que, interpretados de acuerdo con el Tratado Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el

**El derecho a la tutela judicial efectiva. Investigación insuficiente de denuncia de tratos inhumanos y degradantes sufridos bajo custodia policial (artículos 15 y 24 CE):** a través de la jurisprudencia constitucional y el uso del canon establecido en el artículo 10.2<sup>788</sup> se ha introducido un canon reforzado que consiste en, además de tener una resolución fundada y motivada en derecho que sean conformes con el derecho fundamental a no sufrir torturas ni tratos inhumanos o degradantes, se insiste en que la suficiencia de la investigación judicial no puede ser resuelta sólo con criterios abstractos, sino en función tanto de los datos que se aportaron inicialmente a la instrucción y de los después conocidos, que aportaban o eliminaban argumentos para continuarla o para darla por terminada, como de la gravedad de los hechos investigados y de la dificultad propia de la investigación, que pueden exigir nuevas y más incisivas diligencias que en otro tipo de causas serían innecesarias<sup>789</sup>.

---

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y de la Convención de los Derechos del Niño, los derechos fundamentales que consagra el art. 24 de nuestra Constitución han de ser respetados también en el proceso seguido contra menores a efectos penales y que, en consecuencia, en cuanto que tales derechos se aseguran mediante el cumplimiento de las reglas procesales que los desarrollan, el art. 15 LTTM, al excluir la aplicación de «las reglas procesales vigentes de las demás jurisdicciones» ha de ser declarado inconstitucional y nulo>>. Sentencia del Tribunal Constitucional número 31/1991 de 14 de febrero.

En la sentencia número 183/2008 de 22 de diciembre, el tribunal citó el artículo 24.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, publicada en el DOUE de 14 de diciembre de 2007 e íntegramente reproducida en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de junio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, en que se establece que: «Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez». Aquí el tribunal resolvió sobre la inadmisión de demanda contencioso administrativa por falta de capacidad de menor edad en procedimiento de repatriación.

<sup>788</sup> Artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien «sin una investigación oficial efectiva... la prohibición general de tortura y de trato y castigo inhumano y degradante, a pesar de su importancia fundamental, sería ineficaz en la práctica y en algunos casos los agentes del Estado podrían abusar de los derechos de aquellos bajo su control con total impunidad» ( STEDH de 11 de abril de 2000 *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*; también, SSTEDH de 28 octubre 1998, *Assenov y otros c. Bulgaria* , § 102; de 16 de diciembre de 2003 , *Kmetty c. Hungría*). La misma preocupación revela la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (artículos. 2.1, 12 y 13).

<sup>789</sup> Así en las sentencias: 162/2000 de 12 de junio, 34/2008 de 25 de febrero, 52/2008 de 14 de abril, 63/2008 de 26 de mayo, 69/2008 de 23 de junio, 123/2008 de 20 de octubre, 40/2010 de 19 de julio y 63/2010 de 18 de octubre.

En este sentido, se refuerza el derecho a la tutela judicial efectiva a efecto de colmar las medidas investigadoras para garantizar que no hubo torturas ni tratos inhumanos o degradantes.

### *7.3. Casos controvertidos en relación a la aplicación del canon interpretativo por parte del Tribunal Constitucional*

En este apartado vamos a analizar algunas sentencias que ponen de relieve los diferentes matices argumentativos que emplea el Tribunal Constitucional Español cuando aplica el canon interpretativo fijado en el artículo 10.2 de la Constitución Española.

**El derecho a la integridad física y moral de los deficientes psíquicos:** el derecho fue tratado en la sentencia número 215/1994. La discusión versó sobre si la esterilización afecta al derecho a la integridad física de los deficientes psíquicos, puesto que se trata de una intervención corporal, oblativa de sus potencialidades genéticas e impeditiva del ejercicio de su libertad de procreación, con la intención de proteger la inviolabilidad de la persona no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento del titular. El tribunal debió resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo sexto de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 junio, de actualización del Código Penal, en la parte del mismo que da nueva redacción al art. 428, por el que se autoriza la esterilización de los incapaces que adolezcan de grave deficiencia psíquica.

El tribunal aceptó que la esterilización sin mediar consentimiento implica una vulneración del artículo 15 CE, por tanto determinó que el núcleo de la cuestión planteada estaba referido a la posibilidad o imposibilidad de arbitrar una fórmula que, sin vulnerar el art. 15 de la Constitución, permita suplir o sustituir el consentimiento consciente de las personas capaces, por una autorización judicial que, a solicitud de los representantes legales y ante la imposibilidad de ser prestada por una persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cumpla la misma finalidad despenalizadora

que se establece en la primera parte del párrafo segundo del art. 428 del CP para las personas capaces y resolvió que las garantías establecidas por el Código Penal eran suficientes, por tanto negó la inconstitucionalidad del precepto.

La ponderación efectuada por el tribunal fue criticada por dos votos particulares ante la falta de garantías que reforzarán la protección del derecho a la integridad física y moral de los incapaces y a pesar de que dentro de la sentencia se citó a la Declaración de Derechos del Retrasado Mental, el máximo intérprete dejó de lado el artículo primero de este instrumento que solicita que el retrasado mental deba gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.

En esta sentencia parece ser que primo el interés de terceros sobre las consecuencias de la procreación de una persona con incapacidad psíquica, sobre la protección y garantía de los derechos de estas personas contra un ataque a su integridad física y moral privándole del derecho a la procreación.

**El secreto de las comunicaciones:** a través de la interpretación conforme con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8) y la jurisprudencia del Tribunal Europeo se introduce una serie de garantías que deben ser cumplidas ante la intervención judicial de escuchas telefónicas, que consisten en:

Exigencia de una Ley de singular precisión y el contenido mínimo de esta ley debe ser:

La definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial;

La naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella;

La fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida;

El procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas;

Las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa;

Las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad;

En la sentencia número 49/1999 el tribunal en pleno debía resolver, después de haber sido condenado por el Tribunal de Estrasburgo en el caso Valenzuela, un juicio de amparo por la vulneración de los artículos 18.3 y 24.2 CE. En esta decisión el tribunal introdujo la jurisprudencia internacional, pero se negó a pronunciarse sobre la insuficiencia de la ley haciendo recaer en el juez la subsanación de las garantías para la intervención de las escuchas telefónicas. El tribunal se expresó de la siguiente manera:

<<Es necesaria la intervención de la ley y que la norma legal de que se trate ha de reunir todas aquellas características indispensables como garantía de la seguridad jurídica, para precisarlas con mayor exactitud, siquiera sea con carácter mínimo, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE, en relación con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, habremos de tener en cuenta la doctrina del TEDH, como hicimos en resoluciones anteriores (por todas, STC 85/1994, fundamento jurídico 3º)...Y, especificando ese criterio, por remisión a lo dicho en las resoluciones de los casos Kruslin y Huvig, el TEDH, en el caso Valenzuela concreta las exigencias mínimas relativas al contenido o «calidad» de la ley... Se trata, en definitiva, de que la regulación legal ofrezca la «protección adecuada contra los posibles abusos» (Caso Kruslin, núm. 35, y Caso Klass, núm. 50 [[TEDH 1978\1](#)])>><sup>790</sup>.

La sentencia fue criticada en los votos particulares y por la doctrina<sup>791</sup>, pues, por una

<sup>790</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional número 49/1999 de 5 de abril. La misma doctrina se aplica en las sentencias 197/2009 de 28 de septiembre.

<sup>791</sup> Remítase, QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 324 y ss.

parte, el tribunal conoce la doctrina internacional en cuanto a las garantías para las escuchas telefónicas, cuyo aspecto medular es la existencia de una ley con ciertas características. No obstante, al final se inclina por estudiar la vulneración casuísticamente equiparando una resolución judicial con los efectos de la ley. Con tal actitud termina desconociendo la doctrina internacional.

**Derecho de Defensa con todas las garantías en un proceso de extradición por objeto de cumplir sentencia penal condenatoria dictada en ausencia del reclamado:**

el caso que planteamos a continuación nos sirve para comprobar que el hecho de contar con un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a los tratados internacionales no significa casar al intérprete con los criterios externos, ni santificar a los tratados internacionales, porque en muchas ocasiones los criterios internos serán más protectores de los Derechos Fundamentales. De ahí que defendamos un verdadero contraste normativo que deje clara la dialéctica usada por el máximo intérprete cuando configura los Derechos Fundamentales usando la doctrina internacional.

La sentencia número 91/2000 fue sobre un recurso de amparo en relación a un proceso de extradición por objeto de cumplir sentencia penal condenatoria dictada en ausencia del reclamado de nacionalidad Italiana. A través de la argumentación vertida por el tribunal se fijó como parte del núcleo del derecho de defensa el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo, contenido absoluto de los derechos fundamentales que se proyectan <<ad extra>>. Es decir, que los poderes públicos españoles conforme al principio de dignidad humana, deben proyectar externamente las garantías del artículo 24 de la Constitución Española. Así literalmente la sentencia dice:

<<Como hemos afirmado en varias ocasiones «proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985, de 11 de abril F. 8) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un "minimum" invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» (STC 120/1990, de 27 de junio), F. 4; también STC 57/1994, de 28 de febrero F. 3 A)]. De modo que la Constitución Española salvaguarda absolutamente

aquellos derechos y aquellos contenidos de los derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano o, dicho de otro modo... aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana... ha reconocido que el derecho a participar en la vista oral y a defenderse por sí mismo forma parte del núcleo del derecho de defensa que ha de considerarse esencial desde la perspectiva del art. 24 CE y, por lo tanto, que constituye el punto de partida en la fijación del que hemos denominado «contenido absoluto» de los derechos fundamentales que, necesariamente, ha de proyectarse ad extra»<sup>792</sup>.

La doctrina del tribunal rebasa el estándar mínimo establecido por el marco internacional, al que hace referencia en la propia sentencia, reafirmando el principio de la interpretación más favorable al Derecho Fundamental y la participación de los poderes públicos españoles en el *ius commune* para la tutela de los Derechos Humanos.

**El derecho a la integridad física y moral, derecho a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, por ruidos sufridos por la demandante en su salud y en su domicilio:**

Otro caso que me interesa plantear se refiere a la sentencia número 119/2001, un recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

En esta sentencia la recurrente (Moreno Gómez) denunció lo que calificaba como pasividad de la Administración municipal ante el flagrante incumplimiento de la legalidad por los establecimientos situados en el área declarada zona acústicamente saturada, hasta el punto de que el ruido en la calle sobrepasaría los 65 dB (A) en horario nocturno los fines de semana. Frente a esa pasividad, la propia recurrente se habría alzado en repetidas ocasiones denunciando las irregularidades que había observado y las molestias que venía padeciendo ya que le era imposible conciliar el sueño. La recurrente alegó la vulneración de los derechos a la integridad física y moral, derecho a la

---

<sup>792</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2000 de 30 de marzo.

intimidad e inviolabilidad del domicilio, por ruidos sufridos en su salud y en su domicilio.

El tribunal resolvió negar el amparo argumentando entre otras cosas lo siguiente:

<<En lo que respecta a la infracción del derecho a la integridad personal (art. 15 CE), sostiene que el nivel de ruidos soportados de manera constante le ha ocasionado una situación de insomnio. Sin embargo, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, baste señalar que para acreditar este extremo la recurrente únicamente aportó en el proceso contencioso-administrativo previo un parte de hospitalización y consulta expedido por una facultativa del Servicio Valenciano de Salud donde ni se precisa el lapso temporal a lo largo del cual la afectada padeció esa disfunción del sueño ni se consigna como causa de dicho padecimiento el ruido que la demandante de amparo afirma haber soportado, **por lo que este Tribunal, en el ejercicio de su función de garante último de los derechos fundamentales, no puede establecer una relación directa entre un ruido, cuya intensidad ni tan siquiera se ha acreditado, y la lesión a la salud que ha sufrido**>><sup>793</sup>.

Especial importancia reviste esta decisión porque antes de la incoación de este amparo el Tribunal Europeo había irrogado una sentencia en contra de España en el caso **López Ostra contra Reino de España** ( STEDH de 9 de diciembre de 1994), mediante la cual se había establecido la aplicación positiva de los derechos reconocidos en el artículo 8 de la CEDH que obliga a los poderes públicos a adoptar medidas tendentes a respetar dichos derechos incluso en el marco de las relaciones entre particulares.

Sin embargo, y sin desconocer que el Tribunal Constitucional cita la sentencia referida, impuso restricciones mayores que las establecidas por la jurisprudencia de Estrasburgo, lo que provocó una sentencia condenatoria tres años más tarde. Así en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos caso **Moreno Gómez vs. España** de 16 de noviembre de 2004, se consideró la violación del artículo 8 de la Convención Europea

---

<sup>793</sup> Sentencia 119/2001 de 24 de mayo.



de Derechos Humanos por la contaminación acústica, devenida del ruido excesivo de centros nocturnos situados cerca de la casa de la casa del <<applicant>>, y el tribunal reiteró lo siguiente: <<the Convention is intended to guarantee rights that are “practical and effective”, not “theoretical or illusory”>>. El tribunal de Estrasburgo se decantó por declarar vulnerado el respecto al domicilio debido a la pasividad de la Administración frente al ruido nocturno.

**Derecho a la intimidad familiar de los extranjeros (reagrupación familiar):** En la sentencia número 236/2007 el Tribunal Constitucional resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra para impugnar doce puntos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social<sup>794</sup>.

Reviste interés la alegación del Parlamento de Navarra sobre la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley Orgánica 4/2000, que regulan el derecho a la intimidad familiar y por consiguiente el derecho de los extranjeros a la reagrupación familiar en España, sin embargo las condiciones de ejercicio de ese derecho se remiten a la vía reglamentaria de manera que se vulnera la reserva de Ley orgánica establecida en la Constitución para el desarrollo de los Derechos Fundamentales contenidos en la Carta Magna.

El tribunal, negó la inconstitucionalidad por entender que la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal y expresó:

---

<sup>794</sup> Para un estudio desde el punto de vista internacional, remítase a CHUECA SANCHO, A; *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza 1998, 125 p.

<< La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste con la de este Tribunal, ha deducido de aquel precepto (artículo 8.1) un <<derecho a la vida familiar>>, que comprendería cómo uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996) ... Debe coincidirse, pues, con el Abogado del Estado en que nuestra Constitución no reconoce un <<derecho a la vida familiar>>, en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de dichos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el art. 18.1 CE>><sup>795</sup>.

Así las cosas, resulta difícil entender la postura del Tribunal Constitucional, pues cuando niega como parte del derecho a la intimidad familiar el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía vacía de contenido al derecho y su efectiva tutela, ya que independiente a la nacionalidad de los integrantes de la familia éstos deben gozar de una mutua relación.

Así mismo, el tribunal cae en contradicción al negar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que no atendió al parámetro internacional para interpretar el artículo 18.1 CE. En nuestra opinión este canon interpretativo exige inclinarse por la doctrina internacional cuando esta sea más favorable para el ejercicio efectivo del derecho. Como consecuencia el intérprete de la Constitución está obligado a aportar argumentos razonables, sustentados bajo el ordenamiento jurídico, cuando se niegue a aplicar dicha doctrina, pues no es válido el reconocimiento explícito de no conformidad sin aportar justas causas, sobre todo tratándose de los Derechos Fundamentales y tomando en cuenta el canon interpretativo del artículo 10.2 de la Constitución, que como quedó explicado a lo largo de este trabajo, implica la conformidad con los estándares mínimos internacionales fijados por los tratados internacionales (en este caso

---

<sup>795</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español número 236/2007 de 7 de noviembre. La misma doctrina se aplicó en la sentencia 260/2007 de 20 de diciembre.

por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo).

Así las cosas, las anteriores sentencias nos sirven para afirmar que el tomar como canon hermenéutico los tratados internacionales y sus interpretaciones oficiales lleva implícito decantarse siempre por la protección más favorable al derecho, es un criterio *in bonu* a través de una operación de contraste entre la norma constitucional y la internacional. No obstante, en las sentencias se nota la falta de lineamientos para aplicar los tratados internacionales como canon hermenéutico, y en consecuencia la doctrina internacional se usa bajo perfiles contradictorios.

## Conclusiones

I. El contexto del que se parte para acometer el objeto de este trabajo es un estudio de la regulación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la Constitución Española en sus distintas vertientes:

1. Como documentos jurídicos que derivan del consenso internacional para fijar estándares mínimos protectores de Derechos Humanos;

2. Como fuentes internacionales que rompen con el monopolio estatal productor de derecho (entendiendo este fenómeno como la existencia de una fuente jurídica que deriva de la participación de otros sujetos distintos a los poderes públicos internos);

3. Como acuerdos internacionales mediante los cuales España se vincula al cumplimiento de obligaciones.

4. Como fuentes internas del ordenamiento jurídico español, a través de una incorporación directa y automática;

5. Por último, como criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales y libertades públicas reconocidas en el texto constitucional español.

II. Estudiar la regulación constitucional de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos nos permite constatar la existencia de fundamentos dentro del ordenamiento jurídico interno para sustentar a estos instrumentos como canon interpretativo de los Derechos Fundamentales:

1. Constituyen obligaciones internacionales asumidas por el Estado español al momento de manifestar su consentimiento.

2. El Constituyente español introdujo a la norma fundamental una cláusula constitucional que reconoce valor interpretativo a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

III. Además, comprobamos que los fundamentos para defender la existencia de un canon interpretativo también se hallan en las peculiaridades normativas de los Derechos Fundamentales. En línea general, los Derechos Fundamentales han sido calificados por la doctrina como normas de principio (no debe perderse de vista que existen Derechos Fundamentales con estructura de regla), que están sujetas a una operación hermenéutica de concretización para hacerlas operativas al caso en concreto. En este sentido, la interpretación se torna dificultosa, pues se requiere de criterios que orienten la labor interpretativa para mitigar una doble exigencia: primero, que los criterios interpretativos contribuyan a concretar la norma para alcanzar sus fines y sus límites frente a otros derechos; y segundo, que colabore a su efectivo y directo cumplimiento.

IV. Por consiguiente, el panorama que hemos ofrecido sobre los rasgos para la interpretación de los Derechos Fundamentales, no constituyen novedades, pues nos ceñimos a los postulados de la teoría interpretativa legal, pero al hilo de nuestras reflexiones, el aspecto novedoso y que buscamos comprobar es que las normas de los Derechos Fundamentales, exigen otros criterios para poder calificar de razonable su interpretación, pues no basta el uso de los métodos tradicionales, ni incluso los principios con función interpretativa para sostener una decisión que se aleje de visiones limitadas. De acuerdo con esta concepción, y ante la dificultad de respuestas en el propio ordenamiento, la propuesta aportada por la doctrina ha sido el estímulo de estudiar la experiencia de otros criterios, sea teniendo en cuenta textos constitucionales, o jurisprudencias, a través del método comparativo y el derecho extranjero.

V. Desde nuestra posición, creemos que existen argumentos suficientes para sustentar un criterio interpretativo para la determinación de la norma del Derecho Fundamental

acudiendo a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y las interpretaciones de los órganos internacionales. Este criterio no es derecho extranjero, ni parte del método comparativo, sino *per se* forma parte del ordenamiento jurídico interno, incluso halla en él su fundamento. A este propósito, es inevitable constatar que en la práctica los operadores jurídicos usan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos para fijar el contenido de los Derechos Fundamentales, y en este sentido, lo único que nos queda es reconocer la existencia jurídica de este criterio.

VI. El punto central de esta investigación es explicar en qué sentido y con qué efectos jurídicos se sustenta un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a los estándares internacionales. La calificación de los tratados como canon hermenéutico significa que los operadores jurídicos deben tomarlos como guía orientativa, y argumentar la decisión, así mismo deben justificar cuando se aparten del criterio internacional, o en su defecto no tomen en consideración su sentido. En resumidas cuentas, el contraste normativo efectuado a través de este criterio de interpretación debe ser claro, pues la claridad de los argumentos expuestos, son la base de una decisión razonable.

La interpretación realizada con este canon debe apartarse de dos extremos que desvirtúan los Derechos Fundamentales: por un lado, introducir un cúmulo de contenidos internacionales sólo por tener conexión con el derecho, y por el otro, reducir su eficacia a los criterios particulares de los órganos internos. Nuestra propuesta consiste en afirmar que el intérprete debe aportar argumentos jurídicos que pongan en claro el contenido introducido y la *ratio decidendi* que llevó a elegir la guía internacional para configurar a los Derechos Fundamentales.

VII. La operación de concreción usando a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como criterio interpretativo, conlleva la tarea de sustentar racionalmente en base a lo estipulado por la normativa constitucional e internacional el contenido de las normas de los Derechos Fundamentales, pero esta operación debe contar con una argumentación que otorgue pretensión de validez a los componentes, así mismo debe

justificar que son imprescindibles para la norma. Es decir, se debe buscar, en el contexto del ordenamiento jurídico vigente, que la interpretación pueda ser racionalmente fundada. De aquí la importancia de los tratados internacionales de Derechos Humanos en el momento de concretar las normas de los Derechos Fundamentales, pues su capacidad no se reduce a un contenido posible de los derechos, sino que opera sobre el contenido necesario y mínimo de los mismos.

VIII. Una interpretación conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos es una “cláusula de garantía”, en el sentido de que las dificultades deben salvarse inicialmente a favor de la interpretación que suministran los referidos tratados y convenios en materia de Derechos Humanos, pues de ellos se extraen elementos objetivos para hacerlos operativos, e incluso para ampliar su esfera de protección adaptándolo a las necesidades actuales. Es por tanto, posible indicar que contribuyen de forma predominante al desarrollo de los Derechos Fundamentales a nivel regional e internacional. Sin embargo, al hilo argumental de este trabajo, expusimos que el intérprete no se convierte en un aplicador entusiasta de los requerimientos internacionales, pues en muchas ocasiones el nivel interno para la protección de los Derechos Fundamentales, es mayor. En este sentido, se trata de una operación de contraste donde el operador se decline por el contenido que otorgue mayor protección al derecho.

IX. Así las cosas, los lineamientos generales para el uso de este canon interpretativo son:

1. Conforme a nuestras apreciaciones, el canon interpretativo cuenta con aplicación preferente para interpretar las normas de los Derechos Fundamentales cuando su contenido otorgue mayor protección al derecho.

2. Además el canon es de aplicación *in bonum*, pues su uso siempre debe favorecer la tutela de los Derechos Fundamentales.

3. A través de su uso se refuerza la protección de los Derechos Fundamentales. Dada la expansividad de los derechos y el criterio *favor libertatis*.

4. El canon constituye un adecuado marco de referencia en cuanto que refleja un modelo común en el entorno jurídico en *pro* de la tutela de los Derechos Humanos.

5. Es un control externo y una doble garantía para la debida interpretación de los Derechos Fundamentales.

X. La tesis que sustentamos no significa establecer un auténtico deber de interpretar los Derechos Fundamentales a partir del parámetro internacional, sino es fijar lineamientos para usar racionalmente a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como canon hermenéutico de los Derechos Fundamentales, pues finalmente en el operador jurídico radica la decisión de usar este método interpretativo. La concreción de los Derechos Fundamentales, conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, implica la selección del intérprete de los contenidos internacionales, a través de un contraste normativo, que asegure un proceso funcional de los derechos. Por tanto, el intérprete nacional no se convierte en aplicador entusiasta de los requerimientos internacionales, sino en verdadero intérprete del Derecho Constitucional, cuando selecciona, contrasta y concreta la norma a través de argumentos plausibles.

En la doctrina constitucional española existe consenso para calificar al artículo 10.2 como la cláusula que introduce un método de interpretación de los Derechos Fundamentales, afirmación que es robustecida por las decisiones del Tribunal Constitucional Español. No obstante, hacemos notar la falta de pautas generales para el uso de los tratados como canon interpretativo, lo que ha derivado en un uso acrítico de la doctrina internacional, por parte del máximo intérprete de la Constitución. La incongruencia se pone de relieve en dos momentos principales:



1. Al momento de elegir el parámetro internacional que sirve para concretar al Derecho Fundamental, (Por ejemplo, en ocasiones se inclina por considerar criterio interpretativo a los tratados no ratificados, en otras niega tal carácter a tratados que no son ratificados por España).

2. Y las incongruencias son notables en cuanto a determinar la preferencia del contenido fijado por los tratados internacionales o por las interpretaciones de los órganos internacionales, pues algunas veces otorga preferencia a la doctrina internacional, otras la niega sin aportar justa causa, y en otras, otorga una protección más restrictiva, al Derecho Fundamental, que la establecida internacionalmente.

XI. Finalmente, nuestra postura es que desconfiamos de un recurso acrítico y científicamente estéril al concepto de método interpretativo, porque debemos tener presente que para la exégesis de los Derechos Fundamentales, conforme a este canon interpretativo, exige un contraste normativo entre la norma constitucional y la doctrina internacional. No podemos, contentarnos con afirmaciones generales que reconocen a los tratados como criterios interpretativos, sin aportar lineamientos que hagan previsibles y otorguen certeza a las interpretaciones usando este criterio.

XII. Por tanto, el canon interpretativo, si bien es una guía para el intérprete, el hecho de aceptarlo como un estándar general de interpretación, conlleva la tarea de atenderlo siempre que se quiera realizar razonablemente una interpretación de las normas de los Derechos Fundamentales. En este sentido, si existe un estándar internacional en relación al Derecho Fundamental, el intérprete debe acogerse al mismo, o en su defecto deberá probar que en el ordenamiento interno, y conforme a otros parámetros jurídicos el derecho resulta mayormente protegido. Lo que no puede hacer es negar la existencia de este criterio sin aportar un argumento plausible.

Las razones que hemos expuesto pretenden ser la clave para dialogar abierta y claramente sobre los efectos jurídicos de un canon interpretativo de los Derechos Fundamentales. La interpretación de estos derechos no debe caer en el estado de ánimo de los jueces y de los políticos, pero tampoco debe ser un espacio tan abierto, que impida identificar las normas y restarles eficacia jurídica, hasta convertirlas en meras aspiraciones.

### **Bibliografía**

ACOSTA SÁNCHEZ, J.; *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

AGUIAR, L; “Dogmática y teoría jurídica de los Derechos Fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, 18 - 19, 1983.

ALEXY, R.; *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

\_\_\_\_\_ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

ALONSO GARCÍA, E.; *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

\_\_\_\_\_ “La Jurisprudencia Constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1, 1988.

ALZAGA VILLAAMIL, O.; *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones de Foro, Madrid, 1978.

\_\_\_\_\_ *Derecho Político Español según la Constitución de 1978, Tomo I Constitución y Fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.

ÁLVAREZ CONDE, E.; *Curso de Derecho Constitucional, volumen I, El Estado Constitucional, el Sistema de Fuentes, los Derechos y Libertades*. Tecnos, Madrid, 2008.

APARICIO PÉREZ, M; <<La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los Derechos Fundamentales>>, *Jueces para la Democracia, Información y Debate*, 6, 1989.

ARAGÓN REYES, M; *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_ <<La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005.

ARROYO LARA E.; “Consideraciones sobre el alcance y contenido del artículo 96.1. <<In fine>> de la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 1987.

ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

ATIENZA, M.; “Los límites de la interpretación Constitucional sobre los casos trágicos”, en *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005.

BALAGUER CALLEJÓN, M; *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, 1997.

BASTIDA FREIJEDO, F; et. al. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

BILBAO J.; REY MARTÍNEZ, F.; VIDAL, J.; *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

BÖCKENFÖRDE, E.; *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden – Baden, Alemania, 1993.

BRAGE CAMAZANO, J; “Ensayo de una teoría general sustantiva de los Derechos Fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

BUSTOS GISBERT, R.; “Tribunal de Justicia y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Una relación de enriquecimiento mutuo en la construcción de un sistema europeo para la protección de los derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

CANOSA USERA, R.; <<La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos>>, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_ <<Interpretación Constitucional y voluntad democrática>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005.

CARPIO MARCOS, E; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005.

CARRILLO SALCEDO, J.; *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_ *Curso de Derecho Internacional Público, Introducción a su estructura dinámica y funciones*, Tecnos, Madrid, 1991.

CASAS BAAMONDE, M.; <<De los Derechos y Deberes Fundamentales>>, en *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

CASTELLÀ ANDREU, J; <<El artículo 10.2 de la Constitución como canon de interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, Barcelona, 2001.

CAZORLA PRIETO, L.; ARNALDO ALCUBILLA E.; ROMÁN GARCÍA, F.; *Temas de Derecho Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000.

CHUECA SANCHO, A; *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza 1998.

CONSTANTINESCO, V; “¿Hacia la emergencia de un derecho constitucional europeo?”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra de Fadrique Furio Ceriol*, 8, 1995.

*Constitución Española, trabajos parlamentarios III*; Madrid, Cortes Generales, servicio de estudios y publicaciones, 1980.

*Constitución Española, trabajos parlamentarios IV*; Madrid, Cortes Generales, servicio de estudios y publicaciones, 1980.

CRUZ VILLALÓN, P.; *La Constitución Inédita. Estudios sobre la constitucionalización de Europa*, Trotta, Madrid, 2004.

\_\_\_\_\_ “Formación y evolución de los Derechos Fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 25, 1989.

DE CASTRO CID, B; “Derechos Humanos y Constitución”, *Revista de Estudios Políticos*, 18, 1980.

DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.; *Curso de Derecho Constitucional Español I*, Servicio de publicaciones Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.

DELGADO BARRIO, J; “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Jurisprudencia española”, *Revista de Administración Pública*, 119, 1989.

DE LA QUADRA, T; <<La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica>>, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

\_\_\_\_\_ “Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 61, 1980.

DEL ARCO TORRES, M.; *Diccionario de Derecho Civil*, Comares, Granada, 1999.

DE OTTO I; *Derecho Constitucional, Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1991.

DE VEGA GARCÍA, P; “Mundialización y Derecho Constitucional: La crisis del principio democrático en el Constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, 100, 1998.

DE VERGOTTINI, G.; *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Civitas, Pamplona, 2010.

*Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Real Academia Española, 1992.

DÍEZ - PICAZO, L.; *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson, Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_ *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007.

DWORKIN, R.; *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

ENGISCH, K.; *La idea de concreción en el Derecho y en las ciencias jurídicas actuales*, Comares, Granada, 2004.

ESPADA RAMOS, M; <<El efecto directo y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por España>>, en *Introducción a los derechos fundamentales, Volumen II*, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

EZQUIAGA GANUZAS, F.; *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1987.

FAVOREU, L; <<La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.; *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_ <<Las normas internacionales de Derechos Humanos en el orden interno Español>>, en *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_ *La interpretación de las Normas Internacionales*, Aranzadi, Pamplona, 1996.

\_\_\_\_\_ *La aplicación del convenio europeo de derechos humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P; <<El alcance de las obligaciones del Convenio de las obligaciones del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (Art. 1 CEDH)>> en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_ “La aplicabilidad el Convenio Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídico internos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2, 1987.

FERNÁNDEZ SEGADO, F; <<Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución>>, en *Interpretación Constitucional*, México, Porrúa, 2005.

\_\_\_\_\_ *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992.

FERRATER MORA, J.; *Diccionario de Filosofía*, Alianza editorial, Madrid, 1982.

FREIXES SANJUÁN, T.; et. al. “Los valores y principios en la interpretación constitucional”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992.

FRIEDRICH, M.; “Tesis acerca de la Estructura de las Normas Jurídicas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 1989.

GALINDO AYUDA F; <<La fundamentación filosófica de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978>>, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson, Navarra, 2006.

\_\_\_\_\_ *El sistema europeo de los derechos humanos, estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA ROCA, J.; Prólogo en *Más allá del diálogo entre Tribunales, Comparación y relación entre jurisdicciones*, Pamplona, 2010.

\_\_\_\_\_ “Soberanía estatal versus integración Europea mediante unos Derechos Fundamentales comunes: ¿Cuál es el margen de apreciación nacional?”, en *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_ <<El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público Europeo>>, en *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GARRIDO FALLA, F.; *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 2001.

GÉNY, F.; *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, Comares, Granada, 2000.

GIL CREMADES, J.; “Las ideologías en la Constitución Española de 1978”, en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979.



GÓMEZ PÉREZ, M.; *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, Porrúa, México, 2003.

GONZALEZ DE CAMPOS, J. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. SÀENZ DE SANTA MARÍA, P; *Curso de Derecho Internacional Público*, Pamplona, Thomson Civitas, 2008.

\_\_\_\_\_ “*Las normas internacionales sobre Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)*”, *Tres lecciones sobre la Constitución*, AGAPEA, Sevilla, 1999.

GONZÁLEZ RIVAS, J; *La Constitución Española de 1978: Estudio Sistemático y Jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 2003.

GUASTINI, R.; *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, Trotta, Madrid, 2008.

HABA, E.; *Esquemas metodológicos en la Interpretación del Derecho Escrito*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Caracas, 1972.

HÄBERLE, P; <<Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas>>, en *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, 2005.

\_\_\_\_\_ *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, Dykinson, Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_ *Retos actuales del Estado Constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1999.

\_\_\_\_\_ “¿Existe un espacio público europeo?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 3, 1998.

\_\_\_\_\_ “Un jurista europeo nacido en Alemania. Conversación con el profesor Peter Häberle”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997.

\_\_\_\_\_ “Derecho Constitucional Común”, *Revista de Estudios Políticos*, 9, 1993.

\_\_\_\_\_ <<Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado constitucional>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

\_\_\_\_\_ <<La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

HESSE, C.; “Constitución y Derecho Constitucional”, en *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2001.

\_\_\_\_\_ <<El texto constitucional como límite de la interpretación>>, en LÓPEZ PINA A; *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

KIRCHHOF, P; <<La Jurisprudencia Constitucional de los Derechos Fundamentales>>, en *La garantía constitucional de los Derechos Fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Civitas, Madrid, 1991.

MARTÍN LÓPEZ, M.; *El incumplimiento de los Tratados Internacionales*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 2003.

MARTÍN RETORTILLO, L.; *Materiales para una Constitución*, Akal, Madrid, 1984.

\_\_\_\_\_ “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, 137, 1995.

MARTÍN RETORTILLO BAQUER, L. DE OTTO Y PARDO, I.; *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.

MOLINA DEL POZO, C; <<Reflexiones en torno al artículo 10 de la Constitución>>, en *Introducción a los derechos fundamentales, Volumen III*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Centro de publicaciones, 1988.

NIETO, A.; “Peculiaridades Jurídicas de la Norma Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, 100 – 102, 1983.

LARENZ, K; *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001.

LINDE, E; “Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades públicas en la Constitución Española de 1978”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, 1981.

LEÓN BASTOS, C.; *La interpretación de los Derechos Fundamentales según los tratados internacionales sobre Derechos Humanos. Un estudio de la jurisprudencia en España y Costa Rica*, Reus, Madrid, 2010.

LÓPEZ GUERRA, L.; et. al. *Derecho Constitucional, El ordenamiento constitucional Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

LÓPEZ- JURADO ESCRIBANO, F.; “La formulación de criterios de interpretación de la Constitución en la doctrina Alemana: Parámetros de admisibilidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 34, 1992.

LUCAS VERDÚ, P; “Conciencia y sentimiento constitucionales (examen de los factores psicopolíticos como integradores de la convivencia política)”, *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, 9, 1997.

OLLERO, A; “Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, XI, 1994.

PASTOR RIDRUEJO, J; *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2008.

PECES – BARBA MARTÍNEZ, G.; *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

PÉREZ ÁLVAREZ, M.; *Interpretación y Jurisprudencia, estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994.

PÉREZ LUÑO, A.; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

\_\_\_\_\_ “El Derecho Constitucional Común Europeo. Apostillas en cuanto a la concepción de Peter Häberle”, *Revista de Estudios Políticos*, 88, 1995.

\_\_\_\_\_ “La interpretación de la Constitución”, *Revista de las Cortes Generales*, 1, 1984.

PÉREZ ROYO, J.; *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

\_\_\_\_\_ *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997.

PÉREZ TREMP, P; <<La interpretación de los Derechos Fundamentales>>, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005.

PINTO BASTOS JUNIOR, L.; “The use of compared constitutional law in constitutional interpretation: new challenges to the constitutional theory”, *Estudios Constitucionales*, 2, 2007.

PONCE MARTÍNEZ, C; *Tribunal Constitucional y Tratados de Derechos Humanos*, Egido, Zaragoza, 2002.

PRIETO SANCHÍS, L.; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

\_\_\_\_\_ *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

\_\_\_\_\_ “Notas sobre la Interpretación Constitucional”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 9, 1991.

\_\_\_\_\_ *Estudios sobre Derechos Fundamentales*, Debate, Madrid, 1990.

PUENTE EGIDO, J.; *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, EDISOFER, 1998

QUERALT JIMÉNEZ, A; *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

RAINER, A; “Reflexiones sobre una futura Constitución Europea”, *Cuadernos Constitucionales de la Catedra de Fadrique Furio Ceriol*, 8, 1995.

REQUEJO PAGÉS, J.; “Consideraciones en torno a la posición de las Normas Internacionales en el Ordenamiento Español”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 34, 1992.

REQUEJO, J.; et. al. *Derecho Constitucional. Cuestionario comentado I. Teoría de la Constitución, principios estructurales, Órganos y funciones constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1992.

\_\_\_\_\_ “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, 35, 1992.

REMIRO BROTONS, A.; “de los Tratados Internacionales”, *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, VII, 1985.

REY MARTÍNEZ, F.; et. al. *Lecciones de Derecho Constitucional I*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

\_\_\_\_\_ “¿Cómo nacen los derechos? Posibilidades y límites de la creación judicial de derechos”, en *Integración a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

\_\_\_\_\_ “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales (Análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, 537, 1989.

RODRÍGUEZ, A; *Integración y Derechos Fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001.

RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.; *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 2007.

RUBIO LLORENTE, F; “Constituciones Nacionales e Integración Europea”, *Claves*, 217, 2011.

\_\_\_\_\_ “La interpretación de la Constitución”, en *Interpretación Constitucional II*, Porrúa, México, 2005.

\_\_\_\_\_ “Los Derechos Fundamentales, evolución, fuente y titulares en España”, *Claves*, 75, 1997.

\_\_\_\_\_ “Problemas de la interpretación Constitucional”, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, 1988.

RUIZ GIMÉNEZ CORTES, J.; “Artículo 10 Derechos Fundamentales de la persona”, en *Revista de Derecho público. Comentario a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, Tomo II, 1984.

SAIZ ARNAIZ, A.; “La interpretación de los Derechos Fundamentales y los tratados internacionales sobre Derechos Humanos”, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008.

\_\_\_\_\_ *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ, FERRIZ, R.; *El Estado constitucional y su sistema de fuentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.; (Coord.) *Dogmática y práctica de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.; *El proceso de celebración de los tratados internacionales y su eficacia interna en el sistema constitucional español (Teoría y práctica)*, International Law Association, Madrid, 1984.

SAVIGNY, F; *Metodología Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

SCHNEIDER, H.; *Democracia y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

\_\_\_\_\_ <<Continencia judicial y estructura normativa abierta del Derecho Constitucional>>, en *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

SCHWARZE, J; *The Birth of a European Constitutional Order*, Germany, Nomos Verlagsgesellschaft, 2001.

SMEND, R.; *Constitución y Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J; “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, 71, 1991.

TRUYOL Y SERRA, A.; *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2000.

VERDÚ, P.; “Los títulos preliminar y primero de la Constitución y la interpretación de los derechos y libertades fundamentales”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 2, 1979.

WOLFE, C.; *La transformación de la interpretación constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

WRÓBLEWSKI, J.; *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

ZAGREBELSKY, G; <<La Corte Constitucional y la interpretación de la Constitución>>, en *División de Poderes e Interpretación. Hacia una teoría de la praxis Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1987.

## **Jurisprudencia**

### **SENTENCIAS DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

5/1981 de 13 de febrero.

11/1981 de 8 de abril.

12/1981 de 10 de abril.

22/1981 de 2 de julio.

25/1981 de 14 de julio.

38/1981 de 23 de noviembre.

42/1982 de 5 julio.

57/1982 de 27 de julio.

70/1982 de 29 noviembre.

78/1982 de 20 de diciembre.

34/1983 de 6 de mayo.

37/1983 de 11 de mayo.

76/1983 de 5 de agosto.

111/1983 de 2 de diciembre.

107/1984 de 23 noviembre.

5/1985 de 23 de enero.

67/1985 de 24 de mayo.

77/1985 de 27 de junio.

99/1985 de 30 de septiembre.

30/1986 de 20 de febrero.

39/1986 de 31 de marzo.

159/1986 de 12 de diciembre.

37/1987 de 26 de marzo.

128/1987 de 16 de julio.

160/1987 de 27 de octubre.

95/1988 de 28 de abril.

107/1988 de 8 de junio.

253/1988 de 20 de diciembre.

120/1990 de 27 de junio.

137/1990 de 19 de julio.

31/1991 de 24 de febrero.

38/1991 de 23 de noviembre.

36/1991 de 14 de febrero.

64/1991 de 22 de marzo.



145/1991 de 1 de julio.

206/1992 de 27 de noviembre.

94/1993 de 22 de marzo.

233/1993 de 12 de julio.

254/1993 de 20 de julio.

204/1994 de 11 de julio.

215/1994 de 14 de Julio.

52/ 1995 de 23 de febrero.

140/1995 de 28 de septiembre.

136/1996 de 23 de julio.

74/1997 de 21 de abril.

317/1997 de 28 de noviembre.

191/1998 de 29 de septiembre.

49/1999 de 5 de abril.

116/1999 de 17 de junio.

136/1999 de 20 de julio.

145/1999 de 22 julio.

91/2000 de 30 de marzo.

110/2000 de 5 de mayo.

162/2000 de 12 de junio.

260/2000 de 30 de octubre.

119/2001 de 24 de mayo.

70/2002 de 3 abril.

185/2003 de 27 de octubre.

160/2004 de 4 de octubre.

169/2004 de 6 octubre.

301/2006 de 23 de octubre.

236/2007 de 7 de noviembre.

260/2007 de 20 de diciembre.

259/2007 de 19 de Diciembre.

12/2008 de 29 de enero.

34/2008 de 25 de febrero.

38/2008 de 25 de febrero.

52/2008 de 14 de abril.

56/2008 de 14 de abril.

63/2008 de 26 de mayo.

69/2008 de 23 de junio.

93/2008 de 21 de julio.

94/2008 de 21 de julio.

123/2008 de 20 de octubre.

169/2008 de 15 de diciembre.

170/2008 de 15 de diciembre.

176/2008 de 22 de diciembre.

183/2008 de 22 de diciembre.

37/2009 de 9 de febrero.

124/2009 de 18 de mayo.

140/2009 de 15 de junio.

158/2009 de 29 de junio.

197/2009 de 28 de septiembre.

23/2010 de 27 de abril.

34/2010 de 19 de julio.

40/2010 de 19 de julio.

63/2010 de 18 de octubre.

75/2010 de 19 de octubre.

89/2010 de 15 de noviembre.

96/2010 de 15 noviembre.

133/2010 de 2 de diciembre.

26/2011 de 14 de marzo.

37/2011 de 28 de marzo.

63/2011 de 16 de mayo.

75/2011 de 19 de mayo.

110/2011 de 22 de junio.

#### **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEDH de 29 de abril de 1976. Irlanda contra Reino Unido.

STEDH de 21 de febrero de 1990. Powell y Rayner.

STEDH de 9 de diciembre de 1994. López Ostra.

STEDH de 23 de marzo de 1995. Loizidou contra Turquía.

STEDH de 22 de octubre de 1996. Stubbings y otros.

STEDH de 20 de mayo de 1999. Rekvényi.

STEDH de 10 de julio de 1998. Sidiropoulos.

STEDH de 19 de febrero de 1998. Guerra y otros.

STEDH de 2 de octubre de 2001. Stankov.

STEDH de 8 de julio de 2003. Hatton y otros.

### **SENTENCIAS DE OTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES**

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina Sentencia G. 342. XXVI, Giroldi, Horacio David y otro de 7 de abril de 1995.

El Tribunal Constitucional Peruano Sentencia 00007-2007-PI/TC, COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO de 19 de junio de 2007.

Auto número 60/1981 de 17 de junio, el Tribunal Constitucional Español.

### **Legislación**

BOE número 233 de 27/09/2011.

BOE número 184 de 31/07/ 2008.

BOE número 3 de 4/01/ 2005.

BOE número 251 de 20/10/1999.

BOE número 142 de 13/6/1980.

BOC número 82 de 11/04/1978.

Constitución de Argentina

Constitución de Colombia

Constitución de Guatemala

Constitución de México

La Carta de Naciones Unidas de 26 de junio de 1945.

Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

Resolución 48/141 de la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante la cual se crea el Alto Comisionado de Derechos Humanos.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados adoptada en Viena el 23 de mayo de 1969.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales.

Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

Declaración de los Derechos del Niño.

### **Páginas de internet**

<http://www.icj-cij.org>. Consultada en fecha 06 de marzo del año 2012.

<http://www.corteidh.or.cr> consultada en fecha 16 de febrero del año 2012.