



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de Chile
Chile

Castillo Córdova, Luis

La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos

Estudios Constitucionales, vol. 10, núm. 2, 2012, pp. 231-279

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82025038005>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

LA RELACIÓN ENTRE LOS ÁMBITOS NORMATIVOS INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

RELATIONSHIP BETWEEN NATIONAL AND INTERNATIONAL LEGISLATIVE FIELDS CONCERNING HUMAN RIGHTS

LUIS CASTILLO CÓRDOVA*

Profesor de Derecho Constitucional. Universidad de Piura
luis.castillo@udep.pe

RESUMEN: La definición dogmática y aplicación práctica del hoy llamado control de convencionalidad exige una previa determinación de la relación entre el ámbito normativo internacional y el nacional sobre Derechos humanos. La corrección de esta determinación depende de criterios materiales que hunden sus raíces en la Persona, antes que en criterios formales de jerarquización de niveles normativos. Así lo demanda un Estado Constitucional de derecho re-materializado que encuentra su legitimidad en la justicia de las decisiones que se adopten en su seno. Esta justificación material obliga a que las disposiciones convencionales constitucionalizadas y las disposiciones originariamente constitucionales, sean interpretadas según las exigencias de una convivencia normativa armoniosa. Obliga, también, a que en los casos en los que no sea posible una tal interpretación armonizadora y se concluyan situaciones de contradicción normativas, la solución iusfundamental venga construida según la categoría jurídica de “normas constitucionales inconstitucionales”. Esta doble obligación define la relación entre ambos niveles normativos sobre Derechos humanos.

ABSTRACT: Dogmatic definition and practical application of the nowadays named as Conventional-ity Control requires a previous determination of the relationship between national and international fields on regard of human rights. The accuracy of such a relationship depends on material criteria that set their roots in the Human being and not in formal hierarchic normative principles. A Constitutional State of Law re-materialized that founds its legitimacy in the justice of its decisions, forces that the conventional and constitutional dispositions must be interpreted according with the exigency of a harmonic normative coexistence. Obliges also, that is those cases where such harmonic interpretation won't be possible and there exists normative contradictions, the solution must be build according with

* Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña (España). Profesor de las asignaturas “Derecho Constitucional” y “Derecho Procesal Constitucional” en la Universidad de Piura (Perú); Profesor en la Maestría de Derecho Público de la misma casa de estudios, y profesor en la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Piura; miembro fundador del Capítulo peruano del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; y ex-miembro de la Comisión de reforma del Código Procesal Constitucional. Artículo presentado el 7 de febrero de 2012 y aprobado el 10 de octubre de 2012

the norm that promotes the entire comprehension of the Human Being, even constitutional, even conventional. That dual obligation describes the relationship between both normative levels regarding Human Rights topics.

PALABRAS CLAVE: Persona; Derechos humanos; Estado constitucional; Control de convencionalidad; Derecho internacional; interpretación jurídica.

KEY WORDS: Human being, human rights, constitutional law, conventionality control, international law, interpretation in law.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los recientes asuntos jurídicamente relevantes que se ha puesto a consideración de la doctrina académica es el llamado control de convencionalidad. Desde que fue incorporado como categoría jurídica en la jurisprudencia de la Corte IDH¹, no han sido escasos ni irrelevantes los trabajos publicados por académicos destacados². Detrás de este asunto se ha de reconocer una cuestión jurídica decisiva: la relación que existe entre la normatividad internacional y la nacional sobre Derechos humanos. Una definición errada de esta relación, determinará negativamente la construcción dogmática, y desde luego también su aplicación práctica, del control de convencionalidad.

Normalmente se ha respondido a esta cuestión afirmando la superioridad jerárquica del nivel normativo internacional sobre el nacional³; y esta respuesta ha servido como base para edificar un control de convencionalidad entendido como filtro que ha de superar la normativa nacional si pretende validez jurídica y eficacia real. Así, si la norma nacional se desajusta respecto de la norma internacional sobre derechos humanos, aquélla sencillamente desaparece como material normativo válido desde el cual construir las decisiones *justas* a las controversias concretas, y su lugar lo termina ocupando la norma internacional⁴.

¹ La primera vez que la Corte IDH define el “control de convencionalidad” fue en una sentencia, fue en la que resolvió el *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 124.

² Por sólo mencionar dos, se citarán el de SAGÜÉS, Néstor (2010), pp. 117-136; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2011), pp. 531-622.

³ FIX-ZAMUDIO, Héctor (2009), pp. 67-75.

⁴ Escribe Sagüés que “[a]parentemente, el ‘control de convencionalidad’ es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos inter partes. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (en este caso, la Convención Americana), no se efectiviza”. SAGÜÉS, Néstor (2010), p. 128.

Resulta, pues, conveniente determinar la relación existente entre el ámbito normativo internacional y el nacional. Aquí se abordará esta cuestión, para determinar si efectivamente hay razones fuertes que permitan sostener una preeminencia formal y material del Derecho internacional de los derechos humanos sobre la parte dogmática de la Constitución nacional.

II. UN NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: LA PERSONA

1. *Un concepto de derechos humanos formulado desde la Persona*

Muchas definiciones de Persona pueden formularse. Aquí interesará aquella que la identifica con *todo ser humano*. Esta equiparación puede rechazarse⁵ o abrazarse⁶, pero interesa partir de ella por las siguientes dos razones. Primera, porque favorece más plenamente a todo el género humano, en la medida que de todos los individuos que lo componen se predicará unas mismas atribuciones y garantías jurídicas; y porque es la que se recibe en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), a la que se aludirá aquí con frecuencia⁷. Persona es, pues, toda criatura humana, independientemente de sus concretas condiciones.

La Persona por ser lo que es, vale como fin en sí misma, no es una realidad relativa que formula su valía en relación a algo distinto a ella misma, y es por esta razón una realidad absoluta⁸. Este es su valor y, por ello, ésta es su dignidad: vale como un fin absoluto; el resto de realidades, señaladamente el Estado y el Derecho mismo, tienen naturaleza de medios, cuya legitimidad dependerá de su ajustamiento a la Persona y sus exigencias consideradas como fin⁹. Que valga así exige reconocer que está ordenado promover su plena realización en la mayor medida de lo posible, porque es una realidad imperfecta esencialmente¹⁰. Pero, ¿qué significa la realización de la Persona como fin absoluto que es? Pueden darse respuestas desde distintos ámbitos del conocimiento, aquí interesa sólo la que es posible sostener desde el plano jurídico. Desde este plano, la plena reali-

⁵ ENGELHART, Hugo Tristram (1996), pp. 107 y ss.

⁶ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis (1995), p. 150.

⁷ Dice el artículo 1.2 CADH: "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano".

⁸ KANT, Immanuel (1996), p. 187.

⁹ BLECKMAN, Albert (1997), p. 539.

¹⁰ Y es que "[e]l Estado Constitucional cuenta con el hombre como un *ser imperfecto*". HÄBERLE, Peter. (2001), p. 62.

zación de la Persona está directa y esencialmente vinculada a la plena vigencia de sus derechos humanos a través de una relación directa y proporcionada: a más vigencia de más derechos humanos habrá un mayor grado de realización personal.

Esta relación se sostiene no a través de cualquier concepto de derechos humanos, sino a través de uno tal que los define como inherentes a la naturaleza humana porque se formulan desde ella y desde la dignidad humanas¹¹, para luego dar un paso decisivo más y definirlos como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona y cuya consecución le supondrá grados de realización¹². De esta manera, su existencia y la de su contenido esencial, no quedan en manos de la decisión de un Legislador o de un Juez; por el contrario, la acción estatal –legislativa, ejecutiva o judicial–, se legitiman en la medida que se ajustan a estas exigencias previas de justicia.

Si la Persona como fin reclama su plena realización, es que ésta o no se da o se da de modo no pleno. Una y otra posibilidad tiene que ver forzosamente con la existencia de dificultades e impedimentos para conseguirla, lo que a su vez tiene relación con un conjunto de necesidades que brotan del modo de ser propiamente humano, es decir, de su esencia, y en ese sentido se presentan como *necesidades humanas esenciales*¹³. En la medida que el bien se define como aquello que perfecciona al ser¹⁴, estas necesidades se verán satisfechas a través de la adquisición y/o goce de bienes humanos esenciales¹⁵. Estos bienes aparecen, pues, como realidades debidas a la Persona por ser lo que es y valer lo que vale, y como tales, al ser debidas su consecución aparece como lo justo¹⁶. Tales bienes humanos debidos, por tanto, son los derechos humanos.

Consiguientemente, detrás de cada derecho humano (entendido como lo justo humano), hay un bien humano debido¹⁷, que le da sentido y orientará el

¹¹ NIKKEN, Pedro (1997), pp. 17 y ss.

¹² CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2009), p. 47.

¹³ AÑON ROIG, María José. (1992), pp. 100-115.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a-1103a.

¹⁵ Como, por ejemplo, “a) los bienes que conforman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; y c) los bienes que son el objeto de esas operaciones”. HERVADA, Javier (1999), p. 114.

¹⁶ Así, “constituye un derecho natural todo aquel bien que sea debido al hombre por virtud de la naturaleza humana”. *Ibidem*.

¹⁷ SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. (2000), p. 53.

significado y alcance de su contenido esencial¹⁸. De manera que mientras más derechos humanos son cumplidos o respetados, la Persona va adquiriendo y/o gozando de un mayor número de bienes humanos, y con ello va satisfaciendo un mayor número de necesidades humanas, lo cual desembocará necesariamente en una mayor realización o perfeccionamiento humano. Esto es lo más cercano a felicidad como anhelo humano¹⁹. Mientras más plena sea la vigencia de los derechos humanos, más plena será la realización de la Persona.

2. *El Derecho como medio al servicio de la Persona*

La vigencia de los derechos humanos presupone su existencia. La existencia de tales derechos dependerá de la existencia de la Persona porque se formula, como se ha definido arriba, en función de su naturaleza y dignidad; de la primera se pueden concluir el número de derechos humanos así como los elementos de su contenido esencial, mientras que de la segunda puede concluirse el fundamento de su exigibilidad²⁰. Así, la existencia de los derechos humanos no dependerá de nada diferente a ella misma. Esta existencia es también jurídica y no sólo moral porque refiere de *lo debido* a la Persona por ser Persona y, por tal razón, a lo que es lo justo para ella, en definitiva, porque los derechos humanos son las exigencias de justicia que se formulan en torno a ella. No podrá negarse, pues, la juridicidad natural de la Persona²¹. Y es que el fenómeno jurídico no se explica al margen de la Persona definida en su sentido ontológico²².

Cuando se hace referencia a la Ley, a la Constitución o al Tratado sobre derechos humanos mismo, se está aludiendo a un Derecho formulado por un Legislador (Parlamentario, Constitucional o Convencional), y por esa razón a un Derecho positivado²³. Este no crea la exigencia de justicia humana, sino que

¹⁸ Esta noción no ha sido ajena, por ejemplo, al Tribunal Constitucional peruano, el que tiene manifestado que “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”. EXP. N° 1417-2005-AA/TC, Fundamento 10.

¹⁹ CARPINTERO, Francisco (1993), p. 168.

²⁰ SERNA, Pedro (1995), p. 294.

²¹ HERVADA, Javier (2000), p. 475.

²² *Idem*, p. 424.

²³ El derecho positivado entendido como formalización del derecho natural. HERVADA, Javier (1999), p. 201.

se limita a reconocerla para favorecer su vigencia plena. Los derechos humanos, pues, tienen existencia independiente de la voluntad del legislador, nacional o internacional²⁴, porque son exigencias de justicia que existen desde y para la Persona. En este marco el Derecho positivado se convierte en un medio para asegurar el cumplimiento pleno de la exigencia de justicia humana, es por ello una realidad al servicio de la Persona.

Como medio que es, el Derecho positivado se ha de formular de modo que favorezca la plena realización de la Persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos. Esta es la finalidad que da sentido a la existencia y legitimidad a la exigibilidad del Derecho positivado. Así, pues, el Reglamento, la Ley, la Constitución y el Tratado serán realidades legítimas y normas jurídicamente válidas sólo si no oponiéndose a la plena realización de la Persona, la promueven de modo efectivo. Por el contrario, si el Legislador no formula estas distintas categorías de Derecho positivado como reflejos de las exigencias de justicia humana, entonces, convierte este medio en un instrumento deslegitimado en su existencia y por ello inválido e inexigible jurídicamente.

3. PROTECCIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL DE LA PERSONA

Fueron los derechos nacionales los primeros en mostrarse favorecedores de la protección y realización de la Persona, a través del reconocimiento de la normatividad y consiguiente exigibilidad de los distintos derechos humanos, primero de modo singular y luego generalizadamente²⁵. Este reconocimiento originariamente ocurrió a través de la Constitución²⁶; de hecho, “el constitucionalismo (...) nació vinculado a los derechos para protegerlos frente al poder: la función de una Constitución es la protección de los derechos de los hombres”²⁷. Sin embargo, este primer nivel de reconocimiento y protección de los derechos, no fue suficiente para lograr la realización de la Persona como en justicia estaba exigido. Por el contrario, en la Europa continental el nivel de protección nacional no sólo se mostró manifiestamente inútil para promover

²⁴ Aquí se empleará la expresión “Legislador internacional” o “Legislador convencional”, para hacer referencia a los Estados conformantes de una organización internacional, en cuyo seno –y siguiendo los procedimientos previstos–, producen Tratados o Convenciones internacionales con carácter normativo y, por tanto, vinculante para los Estados firmantes.

²⁵ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (2011), p. 442.

²⁶ HAKANSSON, Carlos. (2009), pp. 230-233.

²⁷ PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (2011), pp. 418-419.

a la Persona como fin, sino que apareció como claramente favorecedor de una situación que a la postre significó un enorme desprecio al género humano hirviendo subjetivamente la dignidad de millones de personas, y objetivamente liquidando las bases de la convivencia humana. La segunda guerra mundial tuvo muchas consecuencias en ámbitos distintos, y entre ellos el jurídico²⁸, al punto que significó un quiebre decisivo para buscar re-definir las bases dogmáticas sobre las cuales se sustentaría un nuevo concepto del Derecho y una nueva modalidad del Estado de derecho²⁹.

En este nuevo modo de entender el Derecho se volvió de alguna manera a los orígenes: se regresó al valor de la Persona como fin absoluto, olvidado o negado por teorías jurídicas y políticas imperantes en la Europa continental antes de la Segunda Guerra Mundial³⁰. Esto justifica que la Constitución del Estado constitucional de derecho sea asumida como una realidad normativa de contenido no sólo ni principalmente formal, sino también y especialmente material³¹, que desborda el concepto positivista de Derecho³².

En esta suerte de renacimiento jurídico, el Derecho vuelve a ser tenido como una realidad instrumental al servicio de la Persona y no al servicio del Estado, lo que le reclamó formularse con base en exigencias de justicia que se manifiestan en torno a ella³³. Tales exigencias de justicia, como se dijo ya, son los derechos humanos que resultan siendo recogidos y asegurados en la norma suprema estatal que es la Constitución. Se trata, pues, de un Derecho no meramente formal o

²⁸ Con acierto se ha afirmado que “[s]i la revolución francesa y la primera declaración de derechos se consolidaron como reacción ante el absolutismo monárquico, el derecho internacional de los derechos humanos se erige como una respuesta a Hitler y a Stalin y a las atrocidades y barbarie de la guerra y del holocausto”. DOUZINAS, Costas (2008), p. 140.

²⁹ Se trata del paso del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho. FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de Derecho”; en CARBONELL, Miguel (2003), pp. 14 y ss.

³⁰ La comunidad internacional surgida después de la Segunda Guerra Mundial, pone “en el centro de sus aspiraciones la consecución de un mundo en el que la persona pueda realizar y proteger su dignidad humana”. BONET PÉREZ, Jordi, “Historia y evolución de la protección de los derechos humanos”, en BONET PÉREZ, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor M. (2008), p. 61.

³¹ AGUILÓ, Josep (2004), pp. 51-52.

³² CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis (2005), p. 101.

³³ A través de los Derechos humanos, “se expresa una concepción del individuo a partir de la cual el Derecho y el Estado –o, mejor dicho, cualquier organización política– adquieren una naturaleza instrumental y artificial, careciendo de fines propios y autónomos que no sean los de aquél [el individuo]”. ANSUÁSTEGUI ROIG, Francisco, “Los derechos en el contexto contemporáneo: La constitucionalización”; en ASÍS, Rafael de; BONDIA, David; MAZA, Elena (Coordinadores) (2007), p. 83.

procedimental, sino con un exigible y decisivo contenido material (que define una fuerte rematerialización constitucional)³⁴ que se pregunta por la justicia de las decisiones, porque lo que le interesa de modo último es la justa y plena realización de la Persona³⁵. Los derechos humanos constitucionalizados se convierten así en realidades verdaderamente normativas y plenamente exigibles por ser reflejo de las exigencias de justicia humana³⁶.

La experiencia nefasta de la Segunda Guerra Mundial también –y más rápidamente que el cambio de paradigma jurídico mencionado antes–, hizo caer en la cuenta de que no bastaba con asegurar la normatividad interna de los derechos humanos constitucionalizados para efectivamente garantizar el respeto de la condición de fin absoluto de la Persona. Se hacía necesario crear también un nivel adicional de protección que escapase a los intereses y manipulaciones del poder estatal nacional: el internacional. Con base en la creencia firme de que en el ámbito de la comunidad internacional existirá siempre una mayor vocación de protección de la Persona y sus derechos, surgió la fuerte corriente política de vincular la protección nacional a la protección internacional, de modo que aquélla no contradijera sino que por el contrario se sujetara a ésta.

Es de esta manera como luego de la Segunda Guerra Mundial y con la finalidad de conseguir un aseguramiento definitivo del respeto de la Persona y sus derechos, surge en el ámbito internacional, tanto universal como regional³⁷, tratados internacionales sobre derechos humanos en los cuales, por un lado, se recogía la obligación de los Estados firmantes de respetar y promover la plena vigencia de los derechos humanos reconocidos en la normatividad convencional³⁸, y por otro, se preveía la creación de un órgano internacional que vigilase

³⁴ PRIETO SANCHÍS, Luis (2003), p. 130.

³⁵ Esto es, “[u]na de las características esenciales del neoconstitucionalismo es, sin lugar a dudas, la fuerte rematerialización de la Constitución, esto es, la Constitución establece una serie de cosas que no pueden decidir por la regla de las mayorías, y algunas otras sobre lo que no se puede dejar de decidir”. CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis (2006), p. 53.

³⁶ Este es el contexto jurídico y político contemporáneo del reconocimiento y aseguramiento de los derechos humanos: la constitucionalización. Normalmente este contexto es denominado y definido como neoconstitucionalismo. Cfr. COMANDUCCI, Paolo (2003), pp. 75-98.

³⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2001), pp. 79-93.

³⁸ Derechos humanos que hoy gozan de la categoría de *ius cogens* por “responder al mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su pervivencia en cuanto tal, así como a las necesidades morales de nuestro tiempo”. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (1976), p. 279.

la correcta interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales del tratado que recogían las obligaciones estatales. Paulatinamente en la comunidad internacional, tanto universal como regional, fue instaurándose con fuerza un clima a favor de la firma de estos tratados³⁹ y a favor del sometimiento de los Estados a las decisiones que adoptase el órgano internacional creado para vigilar la vigencia de la norma internacional; en uno y otro caso, al margen de las exigencias de reciprocidad de derechos y deberes de los Estados partes, por significar tales tratados el intento de “regular intereses generales, de la comunidad internacional en su conjunto o de un grupo regional”⁴⁰, antes que la satisfacción de intereses estatales particulares.

Así, los derechos humanos definidos como exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona, llegaron a contar con dos niveles de reconocimiento y protección, uno, el nacional, significativamente a través de la Constitución como norma suprema; y el otro, el internacional, representado por todos aquellos tratados internacionales (universales y regionales) firmados por un Estado. La existencia de estos dos niveles tenía una cuestión decisiva por resolver: las relaciones entre uno y otro. Fue inevitable que al tener un mismo objeto, estos dos niveles de reconocimiento y protección pudiesen entrar en pugna y exigiesen un modo de relación que las superase convenientemente.

Ayuda notablemente a la formulación de una relación debida entre ambos niveles, y a la solución de todas las cuestiones que pudiesen presentarse en torno a esa relación, el hecho de que tanto uno como otro apuntan a una misma finalidad legitimadora: la protección plena y efectiva de la Persona. Este elemento necesariamente permite y exige que la relación entre ambos niveles sea esencialmente una relación armonizadora, y que las tensiones puedan resolverse siempre de la manera que más y mejor consiga la realización de la finalidad. Esta relación armonizadora, así como la solución de las cuestiones de modo favorecedor de la Persona, es posible de analizarla a través de dos ámbitos jurídicos, uno es el propiamente legislativo, y el otro es el jurisprudencial.

³⁹ Lo que fue dando lugar al llamado derecho internacional de los Derechos humanos, definido 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 ROMANI, Carlos, “El Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (Director), (2011), p. 99.

⁴⁰ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2001), p. 94.

III. FORMAS DE POSITIVIZACIÓN DE LAS EXIGENCIAS DE JUSTICIA QUE SIGNIFICAN LOS DERECHOS HUMANOS

Los tratados internacionales sobre derechos humanos, al menos los fundacionales como la CADH, o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), tienen dos partes claramente diferenciadas. En una primera se recogen las disposiciones convencionales que positivizan los derechos humanos, a esta parte bien se le puede llamar parte dogmática convencional; mientras que en una segunda, se recogen las disposiciones convencionales que crean un determinado órgano internacional (con el nombre de Corte o de Tribunal), al que se le da competencias para velar por el cumplimiento de las disposiciones dogmáticas, a esta parte bien se le puede llamar parte orgánica convencional. Esta misma distinción es posible formularla de las Constituciones nacionales, en las que normalmente se recoge una parte destinada a la constitucionalización de los derechos humanos, y otra reservada a regular los órganos constitucionales, tanto los que velarán por el cumplimiento de toda la Constitución como los encargados de ejercer el poder público estatal. En uno y otro nivel, tanto el de la Convención como en el de la Constitución, existen, pues, disposiciones materiales o dogmáticas y procedimentales u orgánicas.

Un Estado, además de vincularse a las disposiciones que conforman un tratado o convención sobre derechos humanos, suele extender esa vinculación también a la jurisdicción del Tribunal internacional creado para velar por el cumplimiento del tratado. Esta realidad abre, necesariamente, dos ámbitos de relaciones entre el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho constitucional nacional. Uno viene conformado por el nivel legislativo. Este nivel se define por las decisiones tanto del Legislador internacional o convencional (tratado internacional o convención internacional), como por las decisiones del Legislador nacional constituyente sobre derechos humanos (Constitución). Por su parte, el otro nivel viene conformado por las decisiones de los Tribunales creados para vigilar la sujeción al tratado y a la convención, este nivel recibirá el nombre de jurisprudencial. Aquí sólo interesa abordar el estudio del primero.

1. Positivización a través de fórmulas genéricas

El ámbito dogmático internacional viene conformado por el conjunto de disposiciones internacionales en las que se reconoce los derechos humanos

y a la vez se dispone la obligación estatal de respetarlo. Estas disposiciones entran en relación directa con el conjunto de disposiciones constitucionales de un determinado Estado en las que se reconocen los derechos humanos y se dispone su respeto y cumplimiento. La positivización que de los derechos de la Persona se ha realizado a través de la regulación internacional, y aquella que se ha efectuado a través de la normatividad constitucional nacional, puede suponer enfrentamiento. La consecución del fin que, como se recordará, consiste en promover la más plena realización posible de la Persona, exige que se neutralice al máximo posible la posibilidad de enfrentamiento.

Esta general exigencia se manifiesta en particulares requerimientos tanto respecto del Legislador internacional como del nacional. Uno primero consiste en positivar los derechos humanos a través de fórmulas lingüísticas abiertas y genéricas con un máximo grado de indeterminación normativa⁴¹. Será este el modo cuando se ha decidido reconocer un derecho humano simplemente mencionando el nombre del bien humano que lo justifica y a través del cual —como se justificó ya— se satisfacen necesidades humanas (esenciales) y se logran grados de realización en la Persona. Así, por ejemplo, la disposición “El derecho de toda persona a la vida está protegido por la ley” (artículo 2.1 CEDH), y la disposición de la Constitución española (en adelante CE) “Todos tienen derecho a la vida” (artículo 15 CE); o la fórmula abierta internacional “Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente” (artículo 16.1 CADH), y la fórmula genérica de la Constitución peruana (en adelante CP) “Toda persona tiene derecho (...) 13. A asociarse” (artículo 2.13 CP). Como se puede apreciar, en estos casos, tanto la normatividad internacional como la nacional, ha positivado un derecho humano con la sola mención del nombre del bien humano correspondiente: “vida”, en un caso, “asociación” en el otro.

Cuando el Legislador internacional o nacional positiva la exigencia de justicia que se formula en torno a la Persona nombrando el bien humano respectivo, entonces lo que positiva es el contenido esencial de un derecho humano. Si algo se ha positivado cuando se proclama que “todos tienen derecho a la vida” es al menos aquello que hace que algo sea derecho a la vida y no otro derecho diferente, es decir, su esencia. De modo general el contenido esencial de un derecho humano puede ser definido como el conjunto de

⁴¹ ALEX, Robert (2003), p. 35.

atribuciones o facultades (de posiciones jurídicas, en definitiva) que hacen que ese derecho sea tal derecho y no otro distinto. La esencia, pues, define la naturaleza misma del derecho en cuestión en la medida que dibuja los elementos que lo singularizan y lo hacen reconocible como tal, apelando ya sea a la naturaleza jurídica o al modo de concebir o configurar un derecho⁴², así como a los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos⁴³.

La formulación genérica en ambos niveles jurídicos tiene una ventaja notoria. Reducirá al máximo las posibilidades de contradicción normativa entre la positivización internacional y la constitucionalización nacional de los derechos humanos, no sólo posibilitando sino también exigiendo la armonización de estos dos órdenes jurídicos. Si el tratado internacional dispone que “todos tienen derecho a la vida”, y la Constitución reconoce también que “todos tienen derecho a la vida”, entonces, ni el Tratado ni la Constitución habrá entrado en contradicción, por el contrario, reclamarán ambos una vigencia armonizada. Las contradicciones o tensiones que puedan presentarse en el nivel de las fórmulas de máximo grado de indeterminación jurídica, no pertenecerá a la decisión Legislativa internacional o nacional (disposiciones), sino que pertenecerá al nivel de la aplicación (normas), en el cual los respectivos intérpretes habrán concluido normas contrarias entre sí a partir de unas mismas disposiciones. Aquí se seguirá la ya clásica distinción entre disposición y norma formulada en la doctrina italiana⁴⁴.

Esta es, pues, la situación ideal, una en la que los derechos humanos se reconocieran tanto a nivel internacional como a nivel nacional a través de fórmulas genéricas y abiertas, sólo mencionando el nombre del bien humano que anima y justifica al respectivo derecho humano. Esta es una exigencia que se ha de cumplir en la mayor medida de lo posible tanto por el Legislador internacional como por el constituyente nacional.

⁴² Según este camino, “[c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”. STC 11/1981, de 8 de abril, F. J. 8, primer párrafo.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Aquí se seguirá la ya clásica diferenciación proveniente de la doctrina italiana entre disposición y norma. Por todos, Cfr. GUASTINI, Riccardo (2011), pp. 133-156.

2. Positivización a través de concreciones con algún grado de generalidad

A) La concreción debe ajustarse al contenido esencial positivado

Sin embargo, la operatividad de cláusulas abiertas que se limitan a mencionar el bien humano que anima al respectivo derecho humano es escasa. Por esta razón el Legislador, tanto internacional como nacional, suele acompañar a estas disposiciones de máximo grado de indeterminación normativa, con otras que se presentan como concreciones de las mismas. Estas concreciones pueden ser de dos tipos. Una es la concreción que se recoge con algún grado de indeterminación; y la otra es la que se recogen sin ningún grado de indeterminación. Fijémonos ahora en la primera, desde la cual es posible plantear una segunda exigencia a ambos legisladores consistente en que estas concreciones normativas se han de formular de manera que no contravengan al objeto concretado: el contenido esencial del derecho humano positivado en la Convención internacional o en la Constitución nacional. Es decir, el desarrollo que del contenido esencial del derecho humano positivado se lleve a cabo a través de disposiciones con algún grado de generalidad, debe de explicitar las facultades y atribuciones propias de la esencia del derecho humano que corresponda, sin desnaturalizarlo.

Si ocurriese el caso que una convención internacional positivase el contenido esencial de un derecho humano a través de una fórmula genérica de la máxima indeterminación normativa, mencionado el bien humano que le da sentido, y a la vez recogiese una concreción de este contenido esencial en una disposición con algún grado de generalidad, ésta bien puede ser tenida por materialmente inconveniente aunque, por estar recogida en la convención misma, pueda ser tenida como formalmente convencional. En la medida que el contenido esencial del derecho humano positivado se condice con la exigencia de justicia humana que se formula en torno a la Persona, la concreción que lo trasgrede resulta siendo jurídicamente inválida.

Este mismo razonamiento puede formularse de la positivización de los derechos humanos en el orden constitucional de un Estado. La constitucionalización de los derechos humanos a través de fórmulas lingüísticas con una máxima indeterminación normativa, pueden ser poco operativas, por lo que el Constituyente suele acompañarlas de concreciones a través de fórmulas con algún grado de indeterminación. De éstas es predicable la condición

de validez jurídica de ajustarse y no trasgredir el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado. Sin embargo, puede ocurrir que la concreción contravenga la esencia del derecho constitucionalizado; en cuyo caso, la concreción resultará siendo materialmente inconstitucional y por ello jurídicamente inválida, aunque formalmente pueda ser calificada como constitucional por estar recogida en el texto de la Constitución. Sobre esto se volverá más adelante⁴⁵.

Afirmada esta segunda exigencia de carácter más bien material, hay que reconocer que para reducir al máximo las situaciones de tensión e incompatibilidad entre el nivel jurídico internacional y el nacional, las concreciones normativas que se dispongan tanto en el tratado internacional como en la Constitución han de contener algún grado de generalidad, el suficiente como para no impedir la labor interpretativa armonizadora por parte del intérprete internacional y del nacional.

Así, por ejemplo, respecto de la fórmula genérica que reconoce a todos el derecho a la vida, la CEDH formula la siguiente excepción a modo de concreción: “salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena”. Algo semejante es posible encontrar, a título de ejemplo, en el ordenamiento español, en cuya Constitución luego de reconocerse el contenido esencial del derecho a la vida en los términos mencionados arriba, se ha previsto una concreción del mismo en los términos siguientes: “salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra” (artículo 15 CE).

En este doble de disposiciones sobre un mismo derecho humano, se puede apreciar que ellas se formulan con cierto grado de indeterminación normativa, menor que el máximo grado de indeterminación presente en la disposición que positiva el contenido esencial de un derecho humano mencionando el nombre del bien humano respectivo. La pérdida de generalidad, no obstante, no es total, en ambos casos, las excepciones formuladas mantienen un grado de indeterminación necesario para permitir la vigencia conjunta de ambas, al ordenarse que pueda matarse a una Persona cuando se trata de la aplicación de la pena de muerte establecida por la ley. Habrá que estar, en cada caso, a los supuestos fácticos castigados con la pena de muerte por la Ley penal nacional.

⁴⁵ Cfr. *Infra* apartado VIII.

B) Un mayor grado de indeterminación en la disposición internacional que en la nacional

Este ejemplo permite colocarse en una nueva exigencia, la tercera, para el legislador internacional y el nacional: las concreciones que se formulen del positivado contenido esencial de un derecho humano, deben reconocerse si no con un mayor grado de generalidad en el nivel internacional que en el nacional, sí, al menos, con un mismo nivel de indeterminación. La razón es que de esta manera se posibilitará un mayor campo para el desenvolvimiento normativo de la disposición nacional en su eficacia y alcance real, sin el riesgo o con el riesgo minimizado de contradecir la normatividad internacional. Dicho de otro modo: permitirá que la actuación estatal se desenvuelva en un marco suficientemente amplio de lo permitido por la normatividad internacional.

En el ejemplo propuesto arriba, el grado de concreción es mayor en la disposición española que en la internacional europea, porque aquélla se circunscribe a la ley penal militar, mientras que ésta se refiere a la ley penal en general. Desde la Constitución española es posible concluir como norma que la pena de muerte sólo puede permitirse en el ámbito militar, es decir, para determinadas actuaciones especialmente graves y dañosas provenientes sola y exclusivamente del personal sujeto a la jurisdicción militar; mientras que desde la CEDH es posible concluir una norma que habilita al Estado firmante a aprobar la pena de muerte para acciones cometidas tanto por civiles como por militares. Si el grado de generalidad hubiese sido el inverso, entonces se tendría que la Constitución española permitiría la pena de muerte también para civiles, mientras que la Convención europea la proscibiría, surgiendo, entonces la incompatibilidad indeseada.

3. Positivización a través de concreciones sin ningún grado de generalidad

Finalmente, es posible sostener una cuarta exigencia para el Legislador internacional y el nacional: han de evitar en la mayor medida de lo posible el desarrollo del contenido esencial de un derecho fundamental a través de concreciones sin ningún grado de generalización. Este tipo de concreciones serán llamadas reglas en sentido fuerte o estricto, en la medida que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”⁴⁶ y de grado

⁴⁶ ALEX, Robert (1993), p. 87.

máximo⁴⁷. Una concreción tiene un grado máximo de determinación normativa cuando de ella es posible concluir una única norma completamente acabada tanto en la configuración de su supuesto de hecho como en el contenido de su consecuencia jurídica. Se ha de evitar concreciones de esta naturaleza porque ellas no favorecen el juego armonizador e integrador entre el nivel internacional y el nacional, propiciando más bien situaciones de enfrentamiento y hasta de contradicción.

Pongamos por ejemplo el siguiente. Imaginemos que el Legislador internacional americano no hubiese dispuesto como concreción del derecho humano a la libertad personal (artículo 7.1 CADH) lo que ha reconocido en el artículo 7.5 de la Convención americana: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales”. Imaginemos que hubiese dispuesto que “el detenido deba ser puesto a disposición judicial en un plazo de setenta y dos horas”. Esta sería una concreción de la disposición que reconoce el derecho a la libertad personal, sin ningún grado de generalidad, es decir, se trataría de una regla en sentido estricto.

Pues bien, de darse este hipotético mandato, no habría modo de armonizar esta concreción del tipo regla con la concreción también del tipo regla de la misma libertad personal recogida en el texto constitucional peruano en los términos siguientes: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia” (artículo 2.24 apartado f CP). Si en el Estado peruano un detenido es puesto a disposición judicial en la hora número treinta, una de las dos reglas se habría quebrantando, en este caso la nacional, más no la hipotética internacional.

Nótese que tanto treinta y seis como veinticuatro horas no desnaturalizan el contenido esencial del derecho a la libertad personal desde un punto de vista abstracto; pero al ser tan precisas las formulaciones, tenderían a oponerse en los casos concretos en los que, por las singulares circunstancias, una de las dos resultará siendo necesariamente injusta y por ello inválida. Se ha de evitar, pues, en la mayor medida de lo posible concreciones normativas sin ningún grado de generalidad. Las reglas en sentido fuerte son precisadas no por la parte

⁴⁷ Así, hay dos extremos normativos: disposiciones y consecuentes normas con un máximo grado de generalidad y consecuente indeterminación normativa, y disposiciones y consecuentes normas sin ningún grado de generalidad y consecuente máximo grado de determinación normativa. Entre estos dos extremos existen disposiciones y normas con distinto grado de generalidad.

dogmática del tratado o de la Constitución, sino más bien por la parte orgánica de los mismos.

En todo caso, y esta es la quinta exigencia para el Legislador internacional y nacional, si el tratado o la Constitución se deciden por recoger concreciones del contenido esencial de un derecho fundamental bajo el formato de una regla en sentido fuerte o estricto, entonces, será aplicable lo formulado respecto de las concreciones que tienen cierto grado de indeterminación: primero, que como concreciones, su validez jurídica dependerá de su sujeción al objeto concretado; y segundo, que si una concreción del tipo regla llega a contradecir el contenido esencial, ella será materialmente inconstitucional aunque por estar recogida en el texto de la Constitución pueda ser tenida como formalmente constitucional.

De lo que se lleva justificado hasta aquí, es posible concluir que las relaciones de convivencia pacífica y armoniosa entre los dos niveles jurídicos, el nacional y el internacional, que tienen naturaleza de medio dirigidos a promover la plena realización de la Persona, se ven favorecidas si la positivización de las exigencias de justicia humana se recogen en fórmulas lingüísticas abiertas con el máximo grado de indeterminación normativa. Las concreciones, necesarias por otro lado para la operatividad práctica de las disposiciones que se limitan a recoger el nombre del bien humano, no han de desnaturalizar al derecho humano respectivo, es decir, se ha de condecir con su contenido esencial; y a la vez, y en la mayor medida de lo posible, ha de tener cierto grado de generalidad, el suficiente como para permitir el juego interpretativo armonizador entre ambos niveles normativos, evitando –también en la mayor medida de lo posible– las concreciones a través de reglas en sentido estricto.

4. Positivización implícita

Hasta ahora los supuestos de positivización de las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona, se han presentado a través de fórmulas lingüísticas expresas. Pero esta no es la única manera. Es posible también, que la positivización internacional o nacional ocurra a través de disposiciones no manifestadas expresamente. Este es un modo de positivización implícito. Dos caminos son posibles de recorrer para determinar una positivización implícita.

El primero, y más sencillo, se manifiesta cuando acontece la positivización expresa de una concreción y a partir de la cual se concluye la positivización del objeto concretado. Es el caso del texto constitucional peruano, en cuyo ya

mencionado artículo 2.24 apartado f, ha dispuesto expresamente que el detenido deba ser puesto a disposición judicial dentro de las 24 horas de detenido o el término de la distancia. A partir de esta disposición expresa, concluyó el Tribunal Constitucional, que se hallaba constitucionalizado “el derecho a ser puesto a disposición judicial dentro del plazo estrictamente necesario”⁴⁸. Así, constitucionalizado –implícitamente– el derecho humano a ser puesto a disposición judicial en *el plazo estrictamente necesario*, resulta siendo una concreción del mismo el mandato por el cual en ningún caso la detención puede superar las 24 horas o el término de la distancia⁴⁹.

Por el contrario, en el segundo camino no existe ninguna concreción de la que pueda ser inferida la positivización de un derecho humano, pero es posible dar razones fuertes para justificar su existencia jurídica en la Convención o en la Constitución. La primera razón es la definición misma de derechos humanos ya presentada antes como conjunto de bienes humanos debidos a la Persona que se formulan desde su naturaleza y obligan desde la dignidad humana. Con base en esta definición, los derechos humanos existen como una realidad debida y, por ello, jurídica, al margen e incluso en contra de la voluntad del Legislador. Éste cumple el papel de positivizar el derecho humano para asegurar su cumplimiento, no para definir su existencia ni exigibilidad. La segunda razón es la definición de Persona como una realidad que es fin en sí misma y que manda la máxima realización posible a través del máximo goce de bienes humanos (esenciales) posible en las concretas circunstancias de un lugar y tiempo determinado. Con base en estas dos razones, si un bien humano no ha sido reconocido expresamente por el texto convencional o constitucional como derecho humano, no puede asumirse su inexistencia o negación, porque para su existencia y exigibilidad el Legislador no es causa eficiente, sino que se ha de atender a que ese bien humano ha de ser asegurado en la mayor medida de lo posible por exigirlo la Persona. A estas dos razones es posible añadir otra: la cláusula expresa a través de la cual en un ordenamiento jurídico se reconoce la existencia de derechos humanos implícitos.

⁴⁸ EXP. N° 06423–2007–PHC/TC, Fundamento 7.

⁴⁹ De esta manera, queda formulada una disposición semejante a la recogida en el artículo 17.2 CE: “La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”. En esta disposición de modo expreso se ha recogido el derecho a la duración estrictamente necesaria de la detención preventiva y un plazo máximo que la concreta.

Estas cláusulas pueden ser de reconocimiento directo⁵⁰ o indirecto⁵¹. Así, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional ha reconocido como derechos humanos implícitos el derecho al agua potable⁵² y el derecho a la verdad⁵³.

En uno y otro caso, se trata de la positivización implícita del contenido esencial de un derecho humano. De modo que, lo que se justifica se ha positivado convencional o constitucionalmente, es el nombre del bien humano que está justificando la existencia y exigibilidad de un derecho humano, formulado éste como una exigencia de justicia que brota desde la Persona.

IV. EL NIVEL CONSTITUCIONAL DE LAS DISPOSICIONES INTERNACIONALES

Es preciso atender ahora a una cuestión relevante que permitirá preparar el terreno para resolver la pregunta acerca de la solución de los problemas jurídicos generados por la eventual incompatibilidad entre un mandato internacional y otro nacional sobre derechos humanos. Cuando un Estado firma un tratado internacional sobre derechos humanos, éste pasa a formar parte de su ordenamiento jurídico nacional. Para tal efecto, y normalmente a nivel constitucional, existe un mecanismo de recepción jurídica. Una vez ingresado, surge la cuestión relevante siguiente: ¿en cuál nivel normativo nacional se integra el tratado sobre derechos humanos? Se podrá advertir que la respuesta dependerá de la decisión tomada por el Constituyente en su correspondiente ordenamiento jurídico interno. No obstante aquí se intentará dar razones para una respuesta general a partir del significado propio de las cosas.

Y se ha de empezar reconociendo que la Constitución del Estado constitucional de derecho se encarga de la positivización de los derechos humanos. Esta es, precisamente, la parte que define el contenido material imprescindible para que una Constitución sea reconocida como tal. Esta positivización constitucional de los derechos humanos, se realiza a través de los tres tipos de disposi-

⁵⁰ Es el caso peruano cuando la Constitución ha dispuesto que “La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno” (artículo 3º CP).

⁵¹ Es el caso español, al mandar que “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes (...) son fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 CE).

⁵² EXP. N° 6546-2000-PA/TC, Fundamento 5.

⁵³ EXP. N° 2488-2002-HC/TC, Fundamento 15.

ciones mencionadas anteriormente: unas de máximo grado de indeterminación normativa, a través de las cuales se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano mencionando el nombre del bien humano que le justifica; otras a través de concreciones de este contenido esencial, que suponen normas con algún grado de indeterminación; y las menos, a través de concreciones con un máximo grado de determinación normativa, a las que hemos denominado como reglas en sentido fuerte. Estas dos modalidades de concreción, como exigencia material ya referida y justificada antes, no han de contradecir ni desnaturalizar el contenido esencial del derecho, sino que lo han de desarrollar en un nivel de necesidad razonable, evitando constitucionalizar elementos del contenido que por su no relevancia para la identificación del derecho, no deben ser tenidos como contenidos constitucionales, sino más bien infraconstitucionales.

Si nos fijamos bien en la parte dogmática de los tratados internacionales, nos podremos percatar con facilidad que el Legislador internacional se ha ocupado de lo mismo que se ocupa la Constitución en su parte dogmática: de la positivización de los derechos humanos a través de la genérica mención del bien humano que justifica el derecho humano y a través de cláusulas concretadoras del mismo, también a un nivel exigido por la propia entidad del derecho humano respectivo, es decir, sin concreciones que no pudieran razonablemente ser consideradas como necesarias y directas de aquello que hace reconocible al derecho como tal.

Tomando en consideración que respecto de los derechos humanos tanto el tratado internacional como la Constitución cumplen una misma tarea, resulta posible concluir que cuando un Estado firma un tratado internacional sobre derechos humanos, la parte dogmática de éste tiene una sola manera de ingresar a la normatividad interna: a través del nivel constitucional. Las disposiciones de los tratados internacionales que positivizan las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona, no pueden estar ni por encima ni por debajo de la Constitución, sino que necesariamente por su propia naturaleza y contenido, se colocan en la misma posición que la Constitución, y en ese sentido son Derecho constitucional vigente y exigible.

Colocar al tratado internacional sobre derechos humanos en un nivel normativo nacional superior al constitucional, sólo podría ser posible si fuese verdad que el Legislador internacional es infalible en la positivización de los derechos humanos. En este caso, frente a la falibilidad del Legislador nacional, habría de prevalecer la decisión del Legislador internacional. De igual forma, colocar al tratado internacional sobre derechos humanos por debajo de la Constitución,

sólo estaría justificado si se admitiese por un lado la infalibilidad del Legislador nacional a la hora de positivizar los derechos humanos y, por otro, la falibilidad del Legislador internacional. No es necesario abundar demasiado para sostener que, como órganos que no crean los derechos humanos sino que se limitan a reconocerlos, tanto uno como otro son legisladores que pueden errar en su positivización, normalmente en la concreción del contenido esencial de los mismos.

Una vez admitido que los tratados internacionales sobre derechos humanos ingresan en el ordenamiento jurídico interno necesariamente en el nivel constitucional, se abren las dos posibilidades siguientes. La primera es que las disposiciones y consiguientes normas de la parte dogmática convencional sean consideradas como elemento integrante de la Constitución, precisamente en su parte dogmática constitucional; en este caso las disposiciones y normas sobre derechos humanos del tratado se funden con las disposiciones y normas iusfundamentales de la Constitución formando parte del contenido de la misma. La segunda posibilidad es considerar que las disposiciones y normas dogmáticas convencionales no ingresan al sistema interno para formar parte de la Constitución, sino que se introducen y se colocan junto a la Constitución y, por tanto, fuera de ella, aunque siempre en el mismo nivel constitucional. El Constituyente puede optar por una u otra posibilidad sin incurrir en incorrección. Así, cuando un tratado sobre derechos humanos ingresa al orden nacional, ni está por encima ni está por debajo de la Constitución del Estado nacional. Es en este sentido que ha de ser entendida *la constitucionalización del Derecho internacional de los derechos humanos*⁵⁴: como el ingreso al nivel constitucional de las disposiciones convencionales sobre derechos humanos⁵⁵.

De esta manera conviene diferenciar, para lo que aquí se persigue, entre dos tipos de disposiciones constitucionales. Unas son las disposiciones de la Constitución, a las que denominaremos como disposiciones originariamente

⁵⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional", en FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (Coordinadores), (2010), pp. 129-130.

⁵⁵ Y aunque aquí no se abordará su estudio, corresponde manifestar que *la internacionalización del Derecho constitucional de los Derechos humanos* ha de ser entendida como la búsqueda de un constitucionalismo mundial garantista: "resurge con más fuerza que nunca la necesidad de un constitucionalismo garantista a nivel mundial, capaz de coordinar sus exigencias en diferentes instancias: planetarias, regionales, estatales y, sobre todo, locales, sin renunciar por eso a ninguna de ellas". PISARELLO, Gerardo, "Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico"; en CARBONELL, Miguel (Editor), (2007), p. 171.

constitucionales” y las otras como “disposiciones convencionales constitucionalizadas”. Unas y otras son dos de las especies que conforman el género “disposiciones constitucionales”.

V. LA EXIGIDA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN ARMONIZADORA DE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL Y NACIONAL

1. *Esenciales principios de hermenéutica iusfundamental*

Una vez justificado que la normatividad internacional convencional entra al nivel constitucional en el sistema jurídico interno del Estado respectivo, surge la interrogante acerca de la convivencia de unas y otras disposiciones constitucionales en el sistema constitucional interno. La solución a ella viene necesariamente del juego conjunto de los tres siguientes principios hermenéuticos. Uno es el que puede ser denominado como *principio de unidad de los derechos humanos*. Este principio afirma que si la Persona es una realidad esencialmente unitaria, y los derechos humanos se formulan respecto de su esencia, entonces el contenido esencial de éstos no puede ser contradictorio entre sí, por el contrario, unos respecto de otros participan de ese carácter unitario esencial. La unidad predicada del nivel esencial del contenido esencial de los derechos humanos, es trasladable a las concreciones del mismo exigibles para hacer reconocible a un determinado derecho humano como tal. Los derechos humanos, según se definió líneas arriba, suponen la existencia de bienes humanos que se formulan como realidades que están llamadas a satisfacer necesidades humanas que brotan de la esencia de la Persona a fin de lograr grados de realización personal, tanto individual como social. Esta es la conexión de los derechos humanos con la naturaleza humana que hace posible una Constitución con contenido material. Pues bien, si la Persona es una realidad esencialmente unitaria que vale como fin absoluto y que como tal reclama la máxima realización posible, el logro de ésta no demandará bienes humanos contrarios entre sí, de manera que de ella no podrán formularse exigencias de justicia contradictorias, ni –por tanto– contenidos esenciales de sus derechos humanos contradictorios entre sí.

El otro principio jurídico es consecuencia necesaria del anterior y puede ser denominado como *principio de unidad normativa*. Este principio puede formularse en los términos siguientes: las disposiciones de una Convención o de una Constitución que recogen derechos humanos, han de ser interpretadas como conformantes todas ellas de un sistema jurídico coherente y unitario. Las disposiciones internacionales sobre derechos humanos y las constitucionales

iusfundamentales, se confunden integrando un mismo cuerpo normativo que exige ser interpretado unitariamente. La principal consecuencia de este principio hermenéutico es que se ha de evitar asignar significados contradictorios a dos disposiciones convencionales o constitucionales distintas integrantes de un mismo sistema jurídico. Este principio puede formularse también de la siguiente manera: todas las disposiciones pertenecientes al nivel normativo constitucional, para lo que aquí interesa destacar, las “disposiciones originariamente constitucionales” y las “disposiciones convencionales constitucionalizadas”, han de ser interpretadas como integrantes de un sistema coherente y unitario; de manera que el operador jurídico no podrá concluir de ellas significados normativos contradictorios entre sí. Este es en esencia el clásico principio de unidad de la Constitución, por el que “todas las normas constitucionales han de interpretarse de modo que las contradicciones con otras normas constitucionales sean evitadas”⁵⁶. Y es que, si las disposiciones convencionales constitucionalizadas y las disposiciones originariamente constitucionales conforman el Derecho constitucional vigente en un determinado Estado, le son aplicables las metodologías⁵⁷ y principios interpretativos constitucionales⁵⁸.

Y finalmente, un tercer principio aparece en escena, el que puede ser denominado como *principio de unidad aplicativa*. Este principio puede ser definido de la siguiente manera: las normas de las disposiciones de una Convención o de una Constitución que recogen derechos humanos, han de ser aplicadas como conformantes todas ellas de un sistema jurídico coherente y unitario, de modo que en los hechos, la solución de los casos concretos no pueda suponer restricciones o sacrificios (del contenido esencial) de los derechos humanos. Este principio encaja con el principio constitucional llamado de concordancia práctica⁵⁹, [e]n virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta ‘optimizando’ su interpretación, es decir, sin ‘sacrificar’ ninguno de los valores, derechos o principios concernidos”⁶⁰.

⁵⁶ HESSE, Konrad (1999), p. 27.

⁵⁷ DÍAZ REVORIO, Javier (2004), pp. 233 y ss.

⁵⁸ MAURER, Hartmut (1999), pp. 19-27.

⁵⁹ HESSE, Konrad (1999), p. 28.

⁶⁰ EXP. N° 5854-2005-PA/TC, Fundamento 12.b.

De estos tres principios, el primero va dirigido al Legislador (internacional y nacional), mientras que los restantes dos se dirigen al intérprete constitucional como operador jurídico (particularmente al Juez). Estos tres principios aluden a un fenómeno jurídico que se formula desde la Persona, y que se caracteriza en su esencia (esencialmente) por su unidad; y que reclama que cuando ese fenómeno jurídico se positive en disposiciones internacionales y nacionales, el intérprete les asigne significados normativos compatibles unos con otros, de modo que los casos concretos que involucre derechos fundamentales puedan ser resueltos sin el sacrificio o restricción del contenido esencial, general o concretizado, de ningún derecho humano realmente concernido en una determinada problemática.

La consecuencia necesaria, se podrá advertir ya, del juego conjunto de estos tres principios hermenéuticos es la vigencia armonizadora de las disposiciones originariamente constitucionales y las disposiciones convencionales constitucionalizadas. Esta es la principal exigencia que se le formula al operador jurídico interno que construye sus decisiones jurídicas con base en unas y otras disposiciones: ha de interpretarlas y aplicarlas, de modo que evite normas y posiciones jurídicas contradictorias desde unas y otras disposiciones.

2. Un ejemplo de interpretación y aplicación armonizadora

Un caso que puede servir de ejemplo de interpretación y aplicación armonizadora con base en estos principios de unidad, puede ser dado desde la jurisprudencia de la Corte IDH. Se trata del *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Las dos disposiciones relevantes en la formulación del caso y en la decisión de la Corte IDH, fueron el artículo 26 de la Constitución de Barbados y el artículo 4.1 de la CADH. La primera de las disposiciones se formuló en los términos siguientes:

“Nada de lo que se incluya en una ley escrita ni lo que se realice conforme a ella será considerado inconsistente con las disposiciones de los artículos 12 al 23 siempre que dicha ley – (a) sea una ley (en este artículo referido como “ley existente”) que fue promulgada antes del 30 de noviembre de 1966 y que ha continuado siendo parte de la legislación de Barbados desde ese entonces”.

Por su parte la disposición convencional presentaba la siguiente fórmula lingüística:

“Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Fue el caso que desde 1868 estuvo vigente en Barbados la Ley de delitos contra la Persona, en cuyo artículo 2 se disponía lo siguiente:

“Cualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”.

Con base en esta disposición legal, los Tribunales internos de Barbados condenaron a la pena de muerte a Lennox Ricardo Boyce y Jeffrey Joseph, quienes fueron hallados culpables del delito de homicidio⁶¹. El razonamiento aplicado por el intérprete nacional de Barbados fue el siguiente: con base en el artículo 26 de la Constitución de Barbados, el artículo 2º de la Ley N° 1.868 no podía ser tenido como contrario al artículo 12.1 de la Constitución de Barbados que reconocía el contenido esencial del derecho a la vida con la expresión “Ninguna persona podrá ser privada de su vida intencionalmente”. Al no poder ser tenido como inconstitucional, los Tribunales estaban en la obligación de aplicarlo, por lo que decidieron condenar a muerte a Boyce y Joseph.

Esta decisión de los Tribunales nacionales de Barbados terminó contraviniendo la disposición convencional citada arriba. En palabras de la Corte IDH:

“De todo lo expuesto, la Corte concluye que, en tanto el efecto de la llamada Ley de Delitos contra la Persona consiste en someter a quien sea acusado de homicidio a un proceso judicial en el que no se consideran las circunstancias particulares del acusado ni las específicas del delito, la mencionada Ley viola la prohibición de privación arbitraria de la vida y no limita la aplicación de la pena de muerte a los delitos más graves, en contravención del artículo 4.1 y 4.2 de la Convención”⁶².

Esta contravención advertida por la Corte IDH se debió precisamente a que los Jueces nacionales de Barbados ni interpretaron ni aplicaron las disposiciones concernidas según las exigencias de unidad y consecuente armonización antes

⁶¹ Jeffrey Joseph y Lennox Ricardo Boyce fueron acusados junto con Rodney Murray y Romaine Bend de golpear a Marquell Hippolyte el 10 de abril de 1999, lo cual causó su muerte el 15 de abril de 1999. El 10 de enero de 2001 fueron procesados por el delito de homicidio. El Fiscal ofreció una declaración de culpabilidad de “manslaughter” a los cuatro acusados. Rodney Murray y Romaine Bend se declararon culpables de la ofensa menor de homicidio culposo. Boyce y Joseph, sin embargo, se declararon no culpables al cargo de homicidio. El 2 de febrero de 2001 Lennox Boyce y Jeffrey Joseph fueron encontrados culpables de homicidio y condenados a sufrir la muerte por medio de la horca conforme a la Ley de Delitos contra la Persona; Sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Barbados.

⁶² *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, párrafo 62.

referidas, de manera que su desapego a estas exigencias dio por resultado la solución del caso según una norma errada en su formulación. Si el intérprete nacional hubiese tomado en consideración el principio de unidad, obligadamente tendría que haber concluido la inconstitucionalidad de la pena de muerte para Boyce y Joseph. Un tal intérprete tendría que haber construido una norma a partir de la conjunta vigencia al menos de los artículos 12.1⁶³ y 26 de la Constitución de Barbados, así como del artículo 4.1 de la CADH, y con base en esa norma resolver el caso. Desde los artículos 12.1 y 26 referidos era posible concluir dos significados interpretativos. El primer significado interpretativo (S_1) es posible formularlo de la manera siguiente:

S_1 : Está ordenado que ninguna ley referida al derecho a la vida, que haya entrado en vigor antes que la Constitución de Barbados y que continúe actualmente vigente, pueda ser tenida como inconsistente respecto del artículo 12.1 de la Constitución.

El segundo significado interpretativo era pasible de ser formulado en los siguientes términos:

S_2 : Está ordenado que ninguna Ley referida al derecho a la vida, que haya entrado en vigor antes que la Constitución de Barbados y que continúe actualmente vigente, podrá ser tenida como inconsistente respecto del artículo 12.1 de la Constitución, *sólo si tal ley no contraviene el contenido esencial del derecho humano a la vida recogido en el artículo 12.1 de la Constitución.*

El primer significado es consecuencia de atender solamente al artículo 26 de la Constitución, es producto de una interpretación meramente literal e individual de tal concreta disposición. Por su parte, el segundo significado es posible plantearlo desde la consideración conjunta tanto del artículo 26 como del artículo 12.1 ambos de la Constitución de Barbados. ¿Con cuál de estos dos significados habría de quedarse el intérprete para formular la norma con base en la cual resolvería el caso concreto? Varias razones pueden darse como justificación de una respuesta. Interesa aquí sólo la que tiene que ver con el nivel internacional de protección de los derechos humanos. Una tal razón afirma que en la medida que el tratado internacional sobre derechos humanos conforma también el ordenamiento jurídico nacional de Barbados y lo hace necesaria y

⁶³ Manda esta disposición constitucional que "Ninguna persona podrá ser privada de su vida intencionalmente salvo en ejecución de la sentencia de una Corte por una ofensa criminal que bajo la Ley de Barbados ha sido condenado".

esencialmente en el nivel constitucional, habría que tomar en consideración el significado interpretativo (S_3) atribuible a la disposición constitucional de origen internacional recogida en el artículo 4.1 CADH, para interpretarlas conjuntamente y con base en ellas formular la norma que resolvería el caso. Tal significado es el siguiente:

S_3 : Está prohibido privar a alguien de su vida arbitrariamente.

Si el principio de unidad exige que no se concluyan normas contrarias desde dos disposiciones constitucionales distintas, entonces, se ha de determinar cuáles de estos tres significados son compatibles entre sí. Empecemos analizando S_1 y S_3 . Estos significados son contrarios entre sí porque mientras S_1 impide considerar como inconstitucionales a toda Ley referida del derecho a la vida por el solo hecho de haber entrado en vigencia antes que la Constitución y continuar vigente a la hora de su aplicación, independientemente de su contenido, es decir, impide considerar inconstitucional una ley que permite disponer de la vida de una Persona de modo arbitrario; S_3 impide considerar como inconstitucional sólo a aquella ley que además de cumplir la exigencia temporal de vigencia, no supone la disposición arbitraria de la vida de una Persona, es decir, obliga a considerar inconstitucional una ley que permite disponer de la vida de una Persona de modo arbitrario. Desde S_1 , pues, una Ley que manda la pena de muerte de modo arbitrario (como aquella que establece la pena de muerte obligatoria para todo tipo de homicidio), no podría ser evaluada en su constitucionalidad y debería ser cumplida obligadamente; y desde S_3 , una ley que dispone la pena de muerte de modo arbitrario (como aquella que establece la pena de muerte obligatoria para todo tipo de homicidio), sí puede ser evaluada en su constitucionalidad, y debe ser tenida por inconstitucional para proscribir su aplicación. No es posible concluir, por tanto, a la vez S_1 y S_3 .

Analicemos ahora S_2 y S_3 . Estos significados son compatibles y, como tales, perfectamente armonizables. Así, S_2 permite evaluar la constitucionalidad de una Ley que habiendo sido expedida con anterioridad a la Constitución de Barbados, contraviene el contenido esencial del derecho a la vida; mientras que S_3 proscribe la disposición arbitraria de la vida de una Persona, que es una exigencia del contenido esencial del derecho a la vida. De manera que S_2 y S_3 se complementan armoniosamente para juntos llegar a un mismo resultado: es posible evaluar la constitucionalidad de una Ley que dispone la pena de muerte de modo arbitrario (como aquella que establece la pena de muerte

obligatoria para todo tipo de homicidio), aunque haya entrado en vigor antes que la Constitución y se mantuviese vigente. De esta interpretación conjunta y unitaria es posible concluir la siguiente norma:

N: está ordenado que toda ley que entró en vigencia con anterioridad a la Constitución de Barbados y que continúa vigente, pueda ser evaluada en su constitucionalidad cuando establezca la disposición de la vida de una persona de modo arbitrario⁶⁴.

Consecuentemente, se habría considerado que al ser la CADH parte integrante del derecho interno de Barbados a nivel constitucional, y al existir tres disposiciones que atañían a la resolución de la controversia planteada, el intérprete debía de proceder conforme al principio de interpretación unitaria de la Constitución, según el cual las disposiciones constitucionales se han de interpretar conjuntamente de manera que no se concluyan significados normativos contradictorios desde las disposiciones concernidas. Desde las disposiciones constitucionales de origen nacional se pudo concluir S_1 y S_2 . Ambas eran contradictorias, contradicción que se resolvía desde S_3 a favor de S_2 . De modo que en aplicación del principio de unidad es posible formular una única norma N con base en la cual se debió de resolver el concreto caso. Repárese en que a esta unidad hermenéutica en la formulación de la norma con base en la cual se resuelve la concreta controversia, le ha seguido la unidad en la aplicación de la misma, porque da por resultado una decisión en la que no se sacrifica el derecho humano a la vida, sacrificio que estaba exigido aceptar desde una norma formulada con base en S_1 .

VI. LAS POSIBLES CONTRADICCIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL NACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. Una definición de contradicción entre la normatividad internacional y la nacional

Si bien está ordenado interpretar y aplicar las disposiciones originariamente constitucionales como las disposiciones convencionales constitucionalizadas, según las exigencias de una vigencia armonizadora (justificada, como se ha visto, con base en la mencionada trilogía de unidad hermenéutica), surge

⁶⁴ Esta norma coincide con la que en definitiva le lleva a afirmar a la Corte IDH que Barbados contravino la CADH en sus artículo 4.1 y 4.2. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, citado, párrafo 62.

necesariamente la pregunta de si siempre será posible este tipo de interpretación o, por el contrario, puede ser el caso en el cual la tensión y consecuente contradicción se verifique sin posibilidad alguna de superación armonizadora. Para resolver esta pregunta resulta útil previamente plantear una definición de contradicción. Aquí se entenderá por contradicción aquella situación en la que es posible sostener que el tratado internacional dispone una norma y consecuente posición jurídica contraria a la que se dispone desde la Constitución nacional; o inversamente. No será una real situación de contradicción si fuese posible sostener que una disposición convencional o constitucional permite más de una norma, siendo al menos una de ellas compatible con al menos una de las normas que fuese posible concluir desde otra disposición constitucional o convencional respectivamente. En estos casos, es posible y exigida una interpretación armonizadora, y si se plantea una contradicción ésta será sólo aparente, no prevista ni querida por el Legislador internacional o nacional, sino causada por la (incorrecta) interpretación del operador jurídico. Sólo habrá contradicción, por tanto, en aquellos casos en los que efectivamente no es posible llevar a cabo una interpretación armonizadora entre el tratado sobre derechos humanos y la Constitución nacional, porque ambos Legisladores, el internacional y el nacional, han dispuesto mandatos contrarios sobre una misma situación.

Así definida la contradicción, es posible presentar las dos siguientes consecuencias. La primera es que si bien es cierto, y en última instancia, las situaciones de oposición ocurren necesariamente en el nivel de las normas, también es verdad que dado el concepto de contradicción que aquí se ha propuesto, el origen de la misma se hallará necesariamente en la decisión del Legislador. La contradicción es surgida por la decisión Legislativa, y tal contradicción es hallada irremediamente por el intérprete; éste se halla en la situación de imposibilidad jurídica de concluir normas compatibles entre sí. Y la segunda consecuencia es que las situaciones de enfrentamiento en ningún caso surgirán de las normas que se concluyan de las disposiciones que reconocen un derecho humano a través de disposiciones de máxima indeterminación normativa, es decir, a través de disposiciones que positivizan al derecho humano con la sola denominación del bien humano que le justifica. Así, por ejemplo, si la disposición internacional establece que “todos tienen derecho a la libertad de información”, y la nacional dispone que “todos tienen derecho al honor”, entonces, desde la primera no podrá ser concluida una norma que contravenga una norma que se concluye desde la segunda; si no

ocurriese así, la contradicción no sería realmente tal, porque habría sido formulada por una errada hermenéutica del operador jurídico. Por el contrario, las contradicciones serán posibles de formular sólo desde las concreciones del contenido esencial de los derechos humanos que precise el Legislador, internacional o nacional.

No obstante, hay que reconocer que al menos existe un supuesto teórico en el cual la contradicción puede surgir también respecto de disposiciones de la máxima indeterminación normativa. Tal es el caso en el que una disposición internacional o nacional negase una exigencia de justicia positivada por la otra disposición nacional o internacional respectivamente. Sería el caso si, por ejemplo, la disposición internacional manifestase que “todos tienen derecho a la integridad física”, y la disposición nacional estipulase que “nadie tiene derecho a la integridad física”. Pero la poca probabilidad de que este supuesto teórico se convierta en realidad, exige que no se le preste atención y la segunda conclusión quede formulada en los términos antes referidos.

2. Supuestos en los que podrá manifestarse una contradicción

Con base en la presentada definición de contradicción y en las mencionadas dos consecuencias necesarias de la misma, corresponde determinar las situaciones en las que una real y no meramente aparente situación de contradicción puede presentarse. Sirve a este propósito las ya estudiadas maneras de positivar un derecho humano, tanto en fórmulas genéricas que positiven su contenido esencial, así como en las disposiciones que contienen concreciones del mismo, ya sea con o sin ningún grado de generalidad lingüística e indeterminación normativa. Así, es posible justificar que al menos hay tres supuestos en los que es posible se formule una contradicción, tal y como a continuación se detalla.

A) Primer supuesto

Un primer supuesto se configura a partir de los siguientes tres pasos. Uno es la determinación de una única norma que se concluye a partir de una disposición de origen convencional o de origen constitucional que se ha positivado como una concreción del contenido esencial de un derecho humano. Esta norma al ser la única posible se asemeja al tipo de regla y puede ser denominada como R_1 . El paso siguiente es concluir que en el otro ámbito normativo que tiene su origen en la Convención o en la Constitución, también se ha previsto una concreción del mismo o de diferente derecho humano del que se

formula R_1 , a través de una disposición de la que igualmente se concluye una única norma. Esta única norma se asemeja igualmente al tipo de regla por lo que puede ser denominada como R_2 . Y el tercer y último paso es comprobar que R_1 es contraria a R_2 .

En este supuesto, aunque la contradicción se formula en el ámbito de las normas y de las posiciones jurídicas consiguientes, antes que en el ámbito de las disposiciones, es manifiesto que el origen de la misma no está en la actividad interpretativa del operador jurídico sino en el mismo legislador internacional o nacional. La razón es que la condición del supuesto es que de cada una de las disposiciones irremediamente sólo es posible concluir una única norma, a la cuál necesariamente se sujeta el intérprete.

Cuando es este el caso es posible concluir que una de las dos mencionadas concreciones niega el contenido esencial del mismo o de diferente derecho humano. Si R_1 y R_2 son contrarias y a la vez ambas son concreciones del contenido esencial de un mismo derecho humano, entonces, ambas no pueden ser a la vez ni contrarias ni acordes con el contenido esencial concretado, sino que al menos una de las dos será acorde y la otra será contraria a este contenido esencial. Este mismo razonamiento es posible formular cuando R_1 y R_2 son concreciones del contenido esencial de dos derechos humanos diferentes. Si R_1 concreta el contenido esencial de un derecho humano y R_2 concreta el contenido esencial de otro diferente, y R_1 es contraria a R_2 ; entonces, o R_1 niega el contenido esencial del derecho humano concretado y R_2 se condice con el contenido esencial del otro derecho, o R_1 se condice con el contenido esencial del derecho humano y R_2 contradice el contenido esencial del otro derecho humano. Y esto es posible de sostener porque ningún derecho humano en su contenido esencial (general o concretado) manda lo que en su contenido esencial (general o concretado) prohíbe otro derecho humano. Aquí juega de modo relevante el principio de unidad de los derechos humanos ya explicado anteriormente.

Veamos un ejemplo de este primer supuesto para referirlo de un mismo derecho humano. Puede servirnos el caso que se apuntaba anteriormente acerca del plazo para poner a disposición judicial a un detenido. Imagínese que en la Convención internacional se recoge la (hipotética) disposición de que el detenido debe ser puesto a disposición judicial dentro de las setenta y dos horas siguientes a su detención; mientras que desde la Constitución peruana se dispone que el detenido debe ser puesto a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

Tal y como se formulan las disposiciones, es posible sostener que desde la Convención internacional se concluye una norma que tiene la forma de regla y que es posible formular de la siguiente manera:

R_1 : Está ordenado poner al detenido a disposición judicial dentro de las setenta y dos horas siguientes a su detención.

Mientras que desde la Constitución peruana es posible concluir la norma, del tipo regla, que se formula así:

R_2 : Está ordenado poner al detenido a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención.

Estas dos reglas, que son concreciones de un mismo derecho humano a la libertad personal, permiten posiciones jurídicas contrarias. Por un lado R_1 permite la posición jurídica de ser puesto el detenido a disposición judicial hasta dentro de las setenta y dos horas; y en el otro caso, R_2 permite la posición jurídica de ser puesto a disposición judicial hasta dentro de las veinticuatro horas. Desde una perspectiva abstracta, tanto uno como otro plazo pueden ser considerados como razonables y, por ello, concreciones debidas del contenido esencial del derecho humano a la libertad personal. Pero desde una perspectiva concreta la respuesta puede ser distinta en alto grado, porque puede ocurrir que aún cumpliéndose con la diligencia exigida en las concretas circunstancias, el detenido fuese puesto a disposición judicial más allá de la hora máxima permitida. Por ejemplo, si fuese el caso que a pesar de las diligencias tomadas, el detenido es puesto a disposición judicial en la hora número cuarenta, se concluiría que se ha quebrantado la posición jurídica forjada desde la norma constitucional, pero que no se ha trasgredido la posición jurídica surgida desde la norma de origen convencional. En el primer caso se estaría ante una situación de invalidez jurídica por la inconstitucionalidad surgida, mientras que en el segundo caso la situación sería perfectamente válida por ajustarse al mandato convencional internacional. Habría, pues, aparecido la contradicción en el caso concreto, porque desde una y otra norma se da cobertura a posiciones jurídicas contrapuestas.

B. Segundo supuesto

Un segundo supuesto es el que enfrenta los siguientes dos extremos. Por un lado, una disposición convencional o constitucional que contiene una concreción del contenido esencial de un derecho humano, y de la cual es

posible desprender una única norma porque se ha formulado sin ningún grado o con irrelevante grado de indeterminación. Esta única norma puede ser denominada como R. Por otro lado, en el otro ámbito jurídico constitucional o convencional, se ha recogido una disposición que concreta el contenido esencial del mismo o de diferente derecho humano, mediante una fórmula con cierto grado de indeterminación normativa, el suficiente como para formular razonablemente al menos dos normas compatibles entre sí. Estas normas pueden ser denominadas N_1 y N_2 . La contradicción ocurre porque la posición jurídica que se desprende de R es contraria a la posición jurídica que es posible desprender desde N_1 o desde N_2 .

Un ejemplo hipotético de este segundo supuesto es posible formular a partir del caso resuelto por la Corte IDH en la sentencia al Caso Boyce Vs. Barbados ya mencionado anteriormente. Y es hipotético porque se supondrán algunos elementos que no se dieron efectivamente en la realidad.

Como se recordará, la Constitución de Barbados en su artículo 26 (parte pertinente), disponía lo siguiente:

“Nada de lo que se incluya en una ley escrita ni lo que se realice conforme a ella será considerado inconsistente con las disposiciones de los artículos 12 al 23 siempre que dicha ley (a) sea una ley (en este artículo referido como “ley existente”) que fue promulgada antes del 30 de noviembre de 1966 y que ha continuado siendo parte de la legislación de Barbados desde ese entonces”.

Esta disposición constitucional bien puede ser considerada como una concreción de los derechos fundamentales reconocidos entre los artículos 12 a 23 de la Constitución de Barbados. Esta disposición constitucional no tiene ningún grado de generalidad, y sólo será considerada e interpretada en sí misma; éste es el dato hipotético de trabajo porque, como se justificó anteriormente, el artículo 26 de la Constitución de Barbados debía ser interpretado en consonancia con el artículo 21.1 de la misma Constitución, para permitir una interpretación armonizadora con los mandatos convencionales.

Pues bien, la disposición contenida en el mencionado artículo 26 carecía prácticamente de carácter genérico, y en sí misma considerada era posible concluir una única norma que se asemejaba a una regla R con el siguiente supuesto de hecho (SH) y consecuencia jurídica (CJ):

R:

SH: Toda Ley promulgada antes del 30 de noviembre de 1966 y que ha continuado siendo parte de la Legislación de Barbados desde entonces;

CJ: No podrá ser considerada inconsistente con ninguna de las disposiciones recogidas en los artículos 12 a 23 de la Constitución de Barbados.

Por su parte, en el artículo 4.1 CADH se hallaba recogida como concreción del contenido esencial del derecho a la vida, la siguiente disposición: “Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Esta es una concreción con un cierto grado de indeterminación normativa, grado que se halla en relación directa con la indeterminación lingüística y conceptual de “arbitrario”. Muchas maneras existen de entender una decisión como arbitraria, y cada una de ellas puede dar origen a la formulación razonable y válida de otras tantas normas. Una de esas maneras es que se decida la pena de muerte obligatoria como sanción siempre de un delito sin consideración de las concretas circunstancias objetivas y subjetivas que puedan hacer de esa pena máxima una pena desproporcionada al caso concreto⁶⁵. De esta manera de entender lo arbitrario, razonablemente puede concluirse la siguiente norma:

N: Está prohibido condenar a la pena de muerte siempre y obligadamente por la comisión de un delito sin atender a las concretas circunstancias objetivas y subjetivas presentes en el caso.

R y N desembocaban en posiciones jurídicas contrarias. Así era posible manifestarlo respecto de la Ley de delitos contra la Persona, en cuyo artículo 2 se disponía que: “Cualquier persona condenada por homicidio será sentenciada a, y sufrirá, la muerte”. En aplicación de R se tiene que tal ley cumplía el SH porque estaba vigente desde 1868; y correspondía aplicar la CJ, es decir, correspondía tener tal ley como no trasgresora del artículo 12 de la Constitución de Barbados que reconocía el derecho a la vida como derecho humano y por tanto como plenamente vigente por ser plenamente constitucional. En este caso, la posición jurídica de un condenado por homicidio era la de acreedor necesario de la pena de muerte. La posición jurídica cambia radicalmente cuando se trata de la aplicación de N. Según ésta, no puede ser tenida como constitucionalmente válido el referido artículo 2 de la Ley de Delitos contra

⁶⁵ En el caso efectivamente resuelto por la Corte IDH, ésta manifestó que “Una pena de muerte obligatoria legalmente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito. La Ley de Delitos contra la Persona de Barbados prevé la pena de muerte como la única forma posible de castigo para el delito de homicidio y no permite la aplicación de una pena menor teniendo en cuenta las características específicas del delito (*supra* párrs. 49-61) y la participación y culpabilidad del acusado”. *Idem*, párrafo 58.

la Persona porque dispone la aplicación de la pena de muerte de modo arbitrario, sin tomar en consideración las circunstancias del caso concreto. Con base en N, un condenado por homicidio no es acreedor necesario de la pena de muerte. Puestas así las normas y las respectivas posiciones jurídicas, en este hipotético caso ha surgido una contradicción entre R y N y, por tanto, entre el mandato convencional y el mandato constitucional, configurándose un nuevo supuesto de contradicción.

C. Tercer supuesto

Las dos primeras posibilidades de contradicción se han formulado desde concreciones del contenido esencial de un derecho humano, de las que al menos una, cuando no ambas, no tenían o tenían de modo insignificante, un grado de indeterminación normativa. En esta tercera posibilidad, por el contrario, no hay presente ninguna concreción del tipo regla, sino que se trata de concreciones del contenido esencial del derecho humano positivado que admiten un juego interpretativo por formularse en términos genéricos. Consiste esta tercera posibilidad en que desde uno de los niveles de protección jurídica de los derechos humanos, el internacional o el nacional, se ha formulado una concreción con algún grado de generalidad, mientras que desde el otro nivel de protección se ha formulado esa misma concreción general pero para negarla.

Independientemente de cuál sea el grado de generalidad de la concreción, lo cierto es que si un nivel internacional o nacional formula la concreción, y el otro la niega, todas las posibles posiciones jurídicas que pueden ser justificadas desde uno serán necesariamente negadas desde el otro, surgiendo de esta manera la contradicción. Así, si bien el enfrentamiento siempre será en el plano de las normas, en estricto rigor la contradicción se origina en el plano de las disposiciones y, por tanto, en el nivel de la labor del Legislador, internacional y nacional. No es necesario que en uno y otro caso la concreción tenga un mismo nivel de generalidad, basta que se evite tanto el extremo máximo de generalidad reservado para la disposición que positiva el contenido esencial del derecho humano a través de la denominación del bien humano que lo justifica, como el extremo mínimo de generalidad marcado por la concreción del contenido esencial de la cual es posible concluir una única norma según la estructura de una regla. Lo que sí es necesario para este tercer supuesto, es que aunque sean concreciones con cierto grado de generalidad, no sea posible armonizar entre sí las normas y consecuentes posiciones jurídicas que de cada concreción se desprendan, porque una se formula como negación de la otra.

Esta posibilidad puede ser el caso “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) *vs. Chile*, resuelto por la Corte IDH. En este caso se pusieron en contraposición dos concreciones, una de origen internacional y la otra de origen nacional, del contenido esencial de un mismo derecho humano: la libertad de expresión. En la CADH, una vez positivado el contenido esencial de la libertad de expresión mediante la genérica fórmula “Toda persona tiene derecho a la libertad (...) de expresión” (artículo 13.1), se procedió a concretarlo también con una fórmula genérica, aunque con un menor grado de generalidad que la anterior: “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura” (artículo 13.2). Por su parte, en la Constitución chilena una vez positivado el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión con la fórmula “La Constitución asegura a todas las personas (...) 12. La libertad de emitir opinión” (artículo 19), se procedió a concretarlo de la siguiente manera: “la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica” (artículo 19.12)⁶⁶. Repárese en el hecho de que en una y otra concreción, el grado de indeterminación normativa varía. Es más alto en el caso del nivel internacional, porque prohíbe la censura previa en general; mientras que es más reducido en el caso del nivel nacional, que prohibía la censura previa para todo supuesto de libertad de expresión, exceptuadas la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica.

En este caso resuelto por la Corte IDH, en buena cuenta la solución dada provino de considerar que del artículo 13.2 CADH se formulaba una norma y consecuente posición jurídica para un particular, contraria a la norma y posición jurídica que era posible formular desde el artículo 19.12 de la Constitución chilena, para el caso de la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. La contraposición podría ser presentada de la siguiente manera. Primero, desde la disposición internacional se concluía una norma N_i según la cual

N_i : “está prohibida todo tipo de censura previa”.

Mientras que desde la disposición nacional (artículo 19.12 último párrafo vigente al momento que la CIDH expidió la sentencia), se concluía la norma N_n según la cual

⁶⁶ Posteriormente se modifica el artículo 19.12 último párrafo en los términos siguientes hoy vigentes: “La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”.

N_n : “está ordenada la censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”.

Ambas normas N_i y N_n concretaban el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, positivado tanto a nivel convencional como constitucional. Como es fácil concluir, desde estas normas contrarias se justificaban posiciones jurídicas también contrarias. Así, por ejemplo, desde N_i no podía someterse a censura previa la exhibición y publicidad de una determinada producción cinematográfica; mientras que desde N_n , sí podía someterse a censura previa una tal exhibición y publicidad. De esta manera, surgía una nueva situación de contradicción entre lo mandado en el orden internacional y lo prescrito en el orden nacional de protección de la Persona y sus derechos.

VII. LOS CRITERIOS PARA LA SOLUCIÓN DE LAS POSIBLES CONTRADICCIONES

Hasta ahora se ha justificado que es posible encontrar al menos tres situaciones de confrontación entre lo dispuesto en la positivización internacional de los derechos humanos y lo dispuesto en la nacional. Estas tres situaciones se caracterizan porque no es posible para el intérprete llegar a una situación de aplicación armonizadora desde ambos niveles de protección jurídica de los derechos humanos, que es lo mandado al tratarse de disposiciones que positivaban una misma realidad: las exigencias de justicia que se formulan en relación a la Persona. Corresponde ahora estudiar acerca de la solución de estas confrontaciones normativas.

1. Criterio formal de solución: el nivel jerárquico

Una propuesta de superación rápida de la contradicción entre la normativa internacional y la nacional, es la que afirma que estas posibles contradicciones se han de resolver a través del criterio jerárquico. Según este criterio, se ha de definir una relación de jerarquía entre la normatividad internacional y la nacional, de modo que cuando sea imposible una interpretación armonizadora entre ambas, el operador jurídico se deberá de decantar por aquella norma que tenga mayor nivel jerárquico. De esta manera, si se sostiene que el tratado sobre derechos humanos tiene una posición infraconstitucional, ya sea legal o supra legal pero siempre por debajo de la Constitución nacional, entonces, los supuestos de enfrentamiento normativo serán resueltos a favor de la norma constitucional. Este modo de ver las cosas se construye desde un entendimiento fuerte del principio de soberanía nacional predicado de un Estado autosuficiente en el

contexto internacional⁶⁷. Sin embargo, un modo de entender así la soberanía y sus consecuencias en el ámbito internacional, está de retirada franca. Hoy en día los Estados coexisten dentro de un concierto internacional que impone una serie de deberes para los Estados miembros, cuyo cumplimiento relativiza el concepto tradicional de poder soberano⁶⁸. Los Estados ya no son esas realidades aisladas todopoderosas, sino que sus poderes nacionales se someten al derecho internacional también.

Por el contrario, si se afirmase que el tratado internacional sobre derechos humanos tiene una posición supraconstitucional, entonces, la tensión se resolverá siempre a favor de lo estipulado en el tratado. Este modo de ver las cosas se condice más con la realidad actual de Estados conformantes de un concierto internacional de intereses y objetivos, uno de ellos el respeto a la Persona a través de la plena vigencia de sus derechos humanos⁶⁹. Un principio de derecho internacional juega a favor de esta solución, aquel que estipula que los tratados en vigor obligan a los Estados contratantes de modo que han de ser cumplidos de buena fe (artículo 26 Convención de Viena), sin que tal Estado pueda invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de una obligación internacional libre y soberanamente asumida (artículo 27 Convención de Viena). Para el caso, ocurrirá que si de la Constitución nacional se desprende una concreción iusfundamental contraria a la que se desprende de una concreción del mismo o distinto derecho humano contenida en la Convención internacional, entonces, se preferirá ésta y se invalidará aquélla.

Convendría valorar este criterio de solución. Sin duda alguna, este mecanismo daría siempre una solución rápida y sencilla de formular, pues, una vez determinadas las normas correspondientes desde las respectivas disposiciones, al operador jurídico sólo le quedaría el fácil trámite de hacer prevalecer la que tenga mayor jerarquía. Este sería un mecanismo rápido de solución, pero no necesariamente correcto ni tampoco siempre debido. Como se puede apreciar, el criterio según el cual hay que apelar a la posición jerárquica de

⁶⁷ Como bien se ha dicho, “las tesis del Estado clásico han cambiado significativamente debido a que (...) el concepto real de soberanía –máxima concentración del poder absoluto– cedió el paso a la idea de globalización”. HAKANSSON, Carlos (2009), p. 234.

⁶⁸ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2001), p. 17.

⁶⁹ Con acierto se ha manifestado que “los derechos humanos han sido un fecundo cauce para la limitación de la soberanía [estatal]”. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio (2001), p. 109.

una determinada norma para resolver una determinada controversia, es uno de naturaleza formal y no dice nada acerca de la justicia de la decisión que se adopte con base en la norma que se hace prevalecer. En materia de derechos humanos los criterios formales cuentan, pero no decisivamente; los que cuentan son aquellos que se formulan en torno a la Persona y a su significado como fin absoluto, es decir, lo que cuenta decisivamente son los criterios de índole material. ¿Es posible formular algún criterio material que permita ser la base de la corrección de una solución de las controversias que entre la normativa internacional y nacional sobre derechos humanos pueda presentarse?

2. Criterio material de solución: la Persona

La respuesta a esta cuestión no puede ser más que afirmativa desde que se trata de favorecer la plena realización de la Persona a través del derecho positivado tanto en el plano internacional como en el nacional, explicada anteriormente⁷⁰. Cuando del tratado internacional es posible concluir una norma y consecuente posición jurídica contraria a la norma y consecuente posición jurídica emanada de la norma constitucional nacional, y a la inversa también, la solución necesariamente debe venir anunciada por un criterio teleológico que es posible formular de la siguiente manera: ante dos normas contrarias, el intérprete se ha de decantar por la norma y consecuente posición jurídica que más y mejor promueva la consecución del fin, es decir, que más y mejor promueva la plena realización de la Persona; y será este el caso cuando es posible dar razones fuertes para su justificación.

El criterio formal de la posición jurídica no asegura necesariamente una solución favorecedora de la Persona y sus derechos. La razón es que no puede asumirse como verdadera la premisa según la cual toda respuesta proveniente del ámbito internacional necesariamente se ha de seguir por constituir siempre un favorecimiento más pleno de la realización de la Persona. Y no se podrá asumir como verdadera porque, al igual que la regulación nacional, la internacional no crea los derechos humanos, sólo los reconoce para asegurarlos, y en ese reconocimiento puede positivarse una concreción no exigida o incluso negada por la naturaleza propia (por su esencia) del derecho humano positivado. El hecho comprobado de que en el ámbito internacional pueda existir una mayor vocación de protección a la Persona y sus derechos del que pueda existir en un

⁷⁰ Cfr. *Supra* apartado II.3.

ámbito nacional, éste siempre mediatizado por el poder estatal, no impide que pueda darse la situación en la que en el ámbito nacional sea posible encontrar una más y mejor protección de la Persona que en el ámbito internacional⁷¹. Una norma iusfundamental no debe ser descartada por el hecho de pertenecer a un supuesto o real nivel jerárquico, sino por el hecho de ser contraria a la Persona y sus exigencias de justicia.

VIII. LA APLICACIÓN DEL CRITERIO MATERIAL PARA RESOLVER LAS CONTRADICCIONES NORMATIVAS: NORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES

Antes se han dado razones para justificar que el Derecho internacional de los derechos humanos ingresa al sistema jurídico interno de un Estado siempre al nivel constitucional. Ahora se volverá sobre esta conclusión para reforzarla. Si desde la Persona como fin absoluto que es, está justificado que las cuestiones relacionadas a sus derechos humanos deban ser resueltas de modo que más y mejor se favorezca a su plena realización, entonces, está mandado que la convención o tratado sobre derechos humanos ingrese al ámbito jurídico interno de un Estado siempre a nivel constitucional. Si se optase por atribuir a la convención internacional el nivel supraconstitucional o infraconstitucional, entonces estaría ordenado que la solución de las controversias iusfundamentales se obtuviese aplicando la norma de mayor jerarquía y no la que más y mejor favorezca la plena realización de la Persona. En efecto, en un Estado constitucional de derecho el criterio según el cual la validez de la norma que pertenece a un determinado nivel jurídico depende de su ajustamiento formal y material a la norma o normas del nivel o niveles jurídicos superiores, está plenamente vigente por una exigencia racional de ordenación jurídica.

Por ejemplo, si desde la Convención internacional se mandase N y desde la disposición constitucional se mandase ¬N, y la Convención internacional tuviese rango supraconstitucional, entonces las cuestiones que atañen a N se resolverán siempre aplicando N y descartando ¬N por ser jurídicamente inválida, aun cuando la aplicación de ¬N favoreciese más y mejor a la realización plena de la Persona. Este mismo razonamiento puede formularse frente a la improbable posibilidad que a la Convención internacional se le diera una posición

⁷¹ La CADH parece haberlo advertido a la hora que estipula que “[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

infraconstitucional⁷². Consecuentemente, ya sea desde la verificación formal que la parte dogmática de la Convención regula lo mismo que la parte dogmática de la Constitución, como desde la constatación que la posición jurídica de la Persona exige la prevalencia de un criterio material en la solución de las cuestiones iusfundamentales, las disposiciones y consecuentes normas y posiciones jurídicas que se concluyan desde la Convención Internacional sobre Derechos Humanos, ingresan al sistema jurídico interno en el nivel constitucional. De modo que Convención y Constitución se hallan localizados en un mismo nivel jurídico: el constitucional. Esto permite resolver las cuestiones iusfundamentales con base en el criterio material definido antes, y no en el formal. Este criterio material se aplica de la manera que se pasa a desarrollar.

Es el caso que en el seno de un sistema jurídico nacional en cuyo nivel constitucional, conformado por “disposiciones originarias constitucionales” y “disposiciones convencionales constitucionalizadas”, hay dos disposiciones de las que brotan dos normas contrarias según cada una de las tres hipótesis antes referidas. Si es el caso que brotan normas contradictorias, entonces será el caso que no ha sido posible la interpretación armonizadora de las mismas. Ya se trate que las dos normas estén referidas del contenido esencial de un mismo derecho humano, como que las dos normas estén referidas del contenido esencial de derechos humanos distintos, al ser ambas normas contrarias sólo una se condice con el contenido esencial del (o de los) derecho (s) humano(s) concernido (s). Esta advertencia tiene dos consecuencias. La primera es que necesariamente sólo una de las dos normas favorecerá más y mejor a la plena realización de la Persona. De hecho, y en estricto, al ser contrarias, una favorecerá la plena realización de la Persona, y la otra favorecerá precisamente lo contrario. Será con base en la norma que lo haga que se resolverá una controversia iusfundamental. Y la segunda consecuencia es que sólo una de las dos normas será jurídicamente válida, y lo será sólo aquella que se condiga con el contenido esencial del (o de los) derecho (s) humano(s) concernido (s), y que necesariamente será la que favorece a la realización plena de la Persona, y por ello será una norma justa.

Esta segunda consecuencia merece detenimiento en la justificación. En este contexto, una norma con base en la cual se resuelve la controversia ius-

⁷² Es improbable porque —como se argumentó antes—, hoy el principio de soberanía está matizado por las exigencias de formar parte de una comunidad internacional que demanda cumplir de buena fe las obligaciones internacionales asumidas, sin poder invocar el derecho interno para incumplirlas.

fundamental, es una norma constitucional tanto porque se halla recogida en la Constitución, como porque se condice con el contenido esencial positivado en el nivel constitucional. La norma que le es contraria puede ser calificada como constitucional por estar recogida en la Constitución, pero al contravenir el contenido esencial de un derecho humano positivado en el nivel constitucional, entonces, ha de ser tenida como inconstitucional. Este último es el caso de las normas constitucionales inconstitucionales⁷³.

Todas las normas (y consecuentes posiciones jurídicas) que estén contenidas en la Constitución o que, en general, pertenezcan al nivel constitucional, han de ser tenidas como normas constitucionales por ese solo hecho; esta es una constitucionalidad de pertenencia y, por ello, es una constitucionalidad de tipo formal. De todas ellas, las normas que contravienen el mandato constitucional que positiva el contenido esencial del derecho humano, deben ser tenidas como inconstitucionales; esta es una inconstitucionalidad de tipo material. Este tipo de inconstitucionalidades necesariamente significan negaciones de las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona, por esa razón tales normas inconstitucionales son normas injustas. De esta manera, es posible que en el ordenamiento jurídico interno de un Estado, puedan llegar a existir normas formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales.

Las concretas controversias iusfundamentales sólo pueden ser resueltas con base en normas que tanto formal como materialmente sean constitucionales, porque –como se dijo antes– en la medida que atañe a la Persona considerada en sí misma, está ordenado resolverlas con base en la norma que más y mejor promueva la plena realización de ella, a través de la plena vigencia de sus derechos humanos. Necesariamente las normas constitucionales inconstitucionales quedan invalidadas jurídicamente, por lo que no podrá ser empleada para dar solución a la controversia iusfundamental. De esta manera, los casos quedan resueltos con base en un criterio material iusfundamental, asegurándose que la controversia concreta sea resuelta según lo que efectivamente más favorece a la Persona.

Así, por ejemplo, en el ya referido asunto “*La última tentación de Cristo*” (Olmedo Bustos y otros) *vs. Chile*, pudo haberse realizado el siguiente razonamiento. El artículo 13.2 CADH dispone como concreción de la libertad de expresión que “El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente

⁷³ BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales* (2008), p. 65.

no puede estar sujeto a previa censura”. Esta disposición ingresaba al sistema jurídico chileno en el nivel constitucional. Esta disposición era contraria a la disposición contenida en el artículo 19.12 de la Constitución chilena, por la cual “la ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”. El operador jurídico debió haberse preguntado cuál de estas dos concreciones favorecía más y mejor la realización plena de la Persona, dicho de otra manera, cuál de estas dos concreciones se condecía con el contenido esencial de la libertad de expresión, porque al ser contrarias y referidas de una misma libertad fundamental, sólo una de ellas podría estar ajustada al contenido esencial de ésta.

El operador jurídico habría encontrado razones más fuertes para afirmar que el contenido esencial del derecho a la libertad de expresión, proscribía la censura previa, por lo que tendría que haberse decantado por la norma proveniente de la disposición convencional constitucionalizada, según la cual “el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa”. La aplicación de esta norma era la exigida, no por considerar que la CADH está por encima de la Constitución chilena, porque bien vistas las cosas no lo está, sino por el hecho de que la norma convencional favorece más y mejor al pleno desarrollo de la Persona. La otra norma que se concluía del texto constitucional constituyente por la que se disponía que “está ordenado que la ley establezca un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”, contravenía el constitucionalizado contenido esencial de la libertad de expresión, por la que debía ser tenida como materialmente inconstitucional y, por ello, como jurídicamente inválida.

Podría decirse que la solución habría sido la misma si se hubiese afirmado la posición jerárquicamente superior de la CADH sobre la Constitución chilena, para aplicar aquélla y no ésta. Sin embargo, no siempre será posible llegar a un mismo resultado desde uno y otro camino. El camino argumentativo aquí propuesto que parte de la Persona y se pregunta por la consecución de la finalidad de los sistemas jurídicos de protección de la Persona y sus derechos, permite una mayor corrección argumentativa y, especialmente, asegura mejor la justicia de la decisión en una controversia iusfundamental concreta. Y es que, como se justificó ya, la apelación al criterio formal de prevalencia normativa llevaría a aplicar siempre y en todo caso la disposición y consecuente norma convencional, al margen de la justicia de la decisión que propicie.

En un Estado constitucional de derecho que se formula con base en un derecho no positivo, la lógica interpretativa no es meramente procedimental

sino también –y esencialmente– material. No se trata de favorecer una voluntad del Legislador internacional o constituyente manifestada en el texto de una Convención o de una Constitución, porque tal voluntad ha dejado de ser la fuente primera de referencia de lo jurídicamente válido. Por el contrario, resulta imperioso favorecer a la Persona, y con ella a sus derechos humanos, porque ella ha pasado a ser el primer y principal referente de validez jurídica. Con base en esto, ante dos concreciones contradictorias del contenido esencial de un derecho fundamental constitucionalizado, sólo será jurídicamente válida aquella que no lo niega, y será inválida aquella concreción que lo contraviene. De modo que en la solución de los casos iusfundamentales, la cuestión se desplaza a determinar cuál de las dos concreciones positivadas permite más y mejores razones para justificar su correspondencia con el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado, antes que la aplicación de un mero criterio formal.

IX. CONCLUSIONES

Los ordenamientos jurídicos nacionales actuales tienen como base normativa Constituciones *re-materializadas*. No hay Constitución sin un contenido normativo material conformado por los derechos humanos, entendidos éstos como exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona. Esto mismo es aplicable al ordenamiento internacional, particularmente al llamado Derecho internacional de los derechos humanos, el cual se ha construido sobre el reconocimiento de que la Persona lleva inherentes a su naturaleza (esencia) humana, unas exigencias de justicia que se formulan como derechos humanos y cuyo objeto son bienes humanos que satisfacen necesidades humanas y permitan lograr grados de realización personal, ya sea individual como colectivo. Bien vistos estos dos órdenes jurídicos, aparecen como medios al servicio de la Persona: son mecanismos de reconocimiento, en ningún caso de creación, de los derechos humanos, para favorecer su más plena vigencia, en el convencimiento de que con ello se favorece la plena realización de la Persona.

Cuando un Estado se obliga al cumplimiento de una Convención internacional sobre derechos humanos, ésta pasa a formar parte del sistema jurídico interno, es decir, del material normativo con base en el cual se conducirán las conductas de los particulares y desenvolverán sus funciones los órganos públicos. Pues bien, tales disposiciones convencionales no tienen otro lugar que ocupar más que el nivel constitucional. Son por ello Derecho consti-

tucional (disposiciones convencionales constitucionalizadas). Ocupar un mismo nivel jerárquico, así como referir a una misma realidad (positivización de unas mismas exigencias de Justicia) encaminada a la plena realización de la Persona, no hace más que justificar la exigencia de que las disposiciones originarias constitucionales y las convencionales constitucionales, han de coexistir armoniosamente.

Esta vigencia armoniosa que se construye sobre el valor jurídico de la Persona y que a ella intenta favorecer, destierra la posibilidad de que ante eventuales contradicciones entre lo mandado desde el ámbito internacional y lo ordenado desde el ámbito nacional, se solucione según criterios meramente formales, y por el contrario la legitimidad de la decisión reclama que la solución provenga de criterios materiales. Es un criterio formal el que propone que las contradicciones se resuelvan según lo decidido por el Derecho internacional sobre derechos humanos; pero éste no está por encima del Derecho constitucional sobre derechos humanos, tampoco está por debajo, sino que está a un mismo nivel, lo que niega la idoneidad de este criterio como solución de las controversias. Es un criterio material, por su parte, el que propone que las contradicciones se resuelvan según lo que objetiva y razonablemente más favorece a la plena realización de la Persona, independientemente de que venga recogida en una norma internacional o en una nacional. Este criterio intenta asegurar la justicia de la decisión, la cual incluso puede construirse según el mandato nacional y en contraposición al internacional. La construcción dogmática y la vigencia práctica del llamado control de convencionalidad debe tomar en consideración esta exigida relación material esencial si no desea tener pies de barro. Obviamente, esta relación material influye también en la definición de la relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y el nacional sobre derechos humanos. Pero sobre ella, habré de ocuparme en otra oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILÓ, Josep, (2004): *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra - Temis, Lima - Bogotá.
- ALEXY, Robert, (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert, (2003): "Derechos fundamentales y Estado Constitucional Democrático"; en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid.

- ANSUÁSTEGUI ROIG, Francisco, (2007): “Los derechos en el contexto contemporáneo: La constitucionalización”; en ASIS, Rafael de; BONDIA, David; MAZA, Elena (Coordinadores), *Los desafíos de los Derechos Humanos hoy*, Dykinson S. L., Madrid.
- AÑON ROIG, María José, (1992): “Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, Jesús, *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I.
- BACHOFF, Otto, (2008): *Normas constitucionales inconstitucionales*, Palestra, Lima.
- BLECKMAN, Albert, (1997): *Staatsrecht II - Die grundrechte*, 4. Auflage, Karl Heymanns, Berlín.
- BONET PÉREZ, Jordi, (2008): “Historia y evolución de la protección de los derechos humanos”, en BONET PÉREZ, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor M., *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens editorial Lex académica, Barcelona.
- CARPINTERO, Francisco, (1993): *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, (1976): *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, 2ª edición, Tecnos, Madrid.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, (2001): *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, 2ª edición, Madrid.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis, (2009): “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima.
- COMANDUCCI, Paolo, (2003): “Formas de (neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico”; en CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid.
- CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis, (2005): *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada.
- CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis, (2006): *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa, México D.F.
- DÍAZ REVORIO, Javier, (2004) *La “Constitución abierta” y su interpretación*, Palestra, Lima.
- DOUZINAS, Costas (2008), *El fin de los derechos humanos*, Legis, Bogotá.

- ENGELHART, Hugo Tristram, (1996): *The Foundations of Bioethics*, 2ª edición, Oxford University Press; New York.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos, (2011): “El Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (Director), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4ª edición, Dilex, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, (2003): “Pasado y futuro del Estado de Derecho”; en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (2010): “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (Coordinadores), *Formación y perspectiva del Estado en México*, UNAM, México D. F.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano”, en *Estudios Constitucionales*, año 9, N° 2, México D. F.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, (2009): *Los Derechos Humanos y su protección internacional*, UNAM-IMDPC-GRIJLEY, Lima.
- HÄBERLE, Peter, (2011): *La imagen del ser humano dentro del Estado Constitucional*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- HAKANSSON, Carlos, (2009) *Curso de Derecho Constitucional*, Universidad de Piura - Palestra editores, Lima.
- HERVADA, Javier, (1999): *Introducción crítica al derecho natural*, Universidad de Piura, Piura.
- HERVADA, Javier, (2000): *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª edición, EUNSA, Pamplona.
- HESSE, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 1999.
- GUASTINI, Riccardo, (2011): “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima.
- KANT, Immanuel, (1996): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio Luis, (1995): “Hacia un concepto constitucional de persona”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, número 11-12, Valencia.
- MAURER, Hartmut, (1999): *Staatsrecht*, Verlag C. H. Beck, Munchen.

- NIKKEN, Pedro, (1997): “Sobre el concepto de derechos humanos”, en AA. VV., *Seminario sobre Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, (2011): *En defensa de la Constitución*, Universidad de Piura-Palestra, Lima.
- PISARELLO, Gerardo, (2007): “Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las vías del cosmopolitismo jurídico”; en CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, (2003), “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”; en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid.
- SAGÜÉS, Néstor, (2010), “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1, Madrid.
- SERNA, Pedro, (1995): “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Número 4, Madrid.
- SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando, (2000), *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*; excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*; excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2007.
- Tribunal Constitucional Español, STC 11/1981, del 8 de abril.
- Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N° 1417-2005-AA/TC, del 8 de julio del 2005.
- Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N° 06423-2007-PHC/TC, del 28 de diciembre del 2009.
- Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N° 6546-2006-PA/TC, del 7 de noviembre del 2007.

Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N.º 2488–2002–HC/TC, del 18 de marzo del 2004.

Tribunal Constitucional Peruano, EXP. N.º 5854–2005–PA/TC, del 8 de noviembre del 2005.