



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL



CENTRO
DE INVESTIGACIONES
JUDICIALES

LAS FUENTES CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo Córdova

Cuadernos de Investigación
Centro de Investigaciones Judiciales
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Serie:
Derecho Constitucional

Junio 2022

2

LAS FUENTES CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES



PODER JUDICIAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL



LAS FUENTES CONSTITUCIONALES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo Córdova

Cuadernos de Investigación

Centro de Investigaciones Judiciales
Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

Serie:
Derecho Constitucional

Junio 2022

2

LUIS CASTILLO CÓRDOVA

Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales

1.ª ed. Lima: Centro de Investigaciones Judiciales,

Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú, 2022.

Colección: Cuadernos de Investigación

Serie: Derecho Constitucional n.º 2

100 pp., 14.5 x 20.5 cm



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

© LUIS CASTILLO CÓRDOVA

© PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Centro de Investigaciones Judiciales

Fondo Editorial

Palacio Nacional de Justicia, 2.º piso, oficina 244; 4.º piso, oficina 421

Av. Paseo de la República cuadra 2 s/n, Lima, Perú

Teléfono: (511) 410-1010, anexos: 11260 y 11576

Correo electrónico: fondoeditorial@pj.gob.pe

BRUNO NOVOA CAMPOS

Director del Centro de Investigaciones Judiciales

ROBERT CÁCERES MARTÍNEZ

Coordinador de la Unidad de Investigación y Fondo Editorial

GLADYS FLORES HEREDIA

Responsable del Fondo Editorial

YULIANA PADILLA ELÍAS

Correctora de textos

MIGUEL CONDORI MAMANI

Diagramador

RODOLFO LOYOLA MEJÍA

Diseñador de portada

Primera edición electrónica: junio de 2022

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2022-02407

ISBN: 978-612-4484-36-0

DOI: [10.35292/pj.gob.pe/book/978-612-4484-36-0](https://doi.org/10.35292/pj.gob.pe/book/978-612-4484-36-0)

Se terminó de producir digitalmente en junio de 2022
en el Fondo Editorial del Poder Judicial.



LICENCIA CREATIVE COMMONS. ALGUNOS DERECHOS RESERVADOS.

Se autoriza la reproducción y distribución pública del presente documento de trabajo siempre que se reconozcan los créditos de la obra, no sea utilizado con fines comerciales y no se altere, transforme o genere una obra derivada a partir de esta.

Índice

| | |
|--|----|
| Presentación ELVIA BARRIOS ALVARADO | 11 |
| Prólogo HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE | 13 |
| Palabras liminares | 21 |
| 1. Esenciales conceptos previos | 23 |
| 1.1. Estado constitucional de derecho | 23 |
| 1.2. Un concepto de derecho fundamental | 25 |
| 1.3. Un concepto de Constitución | 29 |
| 2. El derecho constitucional estatuido por el Constituyente | 32 |
| 2.1. Los tipos de normas constitucionales directamente estatuidas | 32 |
| 2.1.1. Las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa | 32 |
| 2.1.2. Las normas con relevante grado de indeterminación normativa | 34 |
| 2.1.3. Las normas sin grado relevante de indeterminación normativa | 35 |

| | |
|--|----|
| 3. El derecho constitucional estatuido por los intérpretes de la Constitución | 37 |
| 3.1. El derecho constitucional adscripto de origen nacional | 37 |
| 3.2. Órganos productores de derecho constitucional adscripto de origen nacional | 39 |
| 3.3. Un ejemplo | 41 |
| 4. El derecho constitucional de origen convencional | 44 |
| 4.1. Las normas convencionales directamente estatuidas | 44 |
| 4.1.1. Definición | 44 |
| 4.1.2. Ejemplo de norma convencional directamente estatuida | 46 |
| 4.2. Las normas convencionales adscriptas | 48 |
| 4.2.1. Definición | 48 |
| 4.2.2. Ejemplo de norma convencional adscripta | 50 |
| 4.3. El ingreso del contenido convencional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional | 52 |
| 5. Las normas constitucionales y el contenido constitucional de los derechos fundamentales | 55 |
| 5.1. Las normas constitucionales directamente estatuidas y el contenido constitucional de los derechos fundamentales | 55 |
| 5.2. Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional y el contenido constitucional de los derechos fundamentales | 57 |

| | |
|--|----|
| 5.3. Las normas constitucionales adscriptas de origen convencional y el contenido constitucional de los derechos fundamentales | 59 |
| 6. Consecuencias | 60 |
| 6.1. La necesidad de conocer el derecho constitucional adscripto | 61 |
| 6.2. Más operaciones jurídicas de subsunción | 62 |
| 6.3. El bloque de constitucionalidad iusfundamental | 63 |
| 6.4. No es jurídicamente posible el control de convencionalidad, sino el de constitucionalidad | 65 |
| 6.5. La solución de las contradicciones entre el derecho constitucional de origen nacional y el de origen convencional | 68 |
| 7. La posible inconstitucionalidad de las normas constitucionales | 70 |
| 7.1. Planteamiento de la cuestión | 70 |
| 7.2. La inconstitucionalidad de las normas constitucionales directamente estatuidas | 71 |
| 7.3. La inconstitucionalidad de las normas constitucionales adscriptas de origen nacional | 74 |
| 7.4. La inconstitucionalidad de las normas constitucionales adscriptas de origen convencional | 77 |
| 7.5. La inaplicación de las normas constitucionales inconstitucionales | 78 |

| | |
|---|-----------|
| 8. Metodologías de solución de problemas jurídicos para cuando no exista norma materialmente válida | 80 |
| 8.1. La metodología conflictivista | 81 |
| 8.2. Deficiencias de la metodología conflictivista | 83 |
| 8.3. La metodología armonizadora | 85 |
| 8.4. La metodología empleada por el Tribunal Constitucional peruano | 87 |
| Referencias | 91 |

Presentación

El Poder Judicial peruano, dentro de su política institucional, promueve la difusión de la cultura jurídica, con el objeto de otorgar herramientas útiles para el desarrollo de las labores judiciales y administrativas que coadyuven a una mejor calidad en el servicio de administración de justicia.

Con dicho objetivo nacen los Cuadernos de Investigación del Centro de Investigaciones Judiciales, cuyo contenido busca constituirse en fuente especializada de consulta para toda la colectividad jurídica y, en especial, para los(as) magistrados(as) y los(as) servidores(as) judiciales a nivel nacional.

En ese sentido, se reconocen los desafíos interpretativos y en la utilización de herramientas metodológicas de aplicación respecto a los derechos fundamentales. Por ello, en esta oportunidad, nos complace presentar *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*, publicación que tiene como autor al Dr. Luis Castillo Córdova, quien cuenta con una reconocida trayectoria profesional en derecho y una profusa e importante producción doctrinaria.

El presente texto incluye aspectos conceptuales vinculados con el contenido constitucional de los derechos fundamentales, sus fuentes, los tipos de normas constitucionales, la posible inconstitucionalidad de estas, su interpretación a la luz de nuestro Tribunal Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los alcances de las metodologías utilizadas ante un conflicto entre derechos fundamentales, entre otros descritos por el autor.

Este documento constituye un aporte que incrementará el conocimiento con respecto a las últimas tendencias en materia de protección y el respeto de los derechos fundamentales.

De este modo, ponemos a vuestra disposición la presente publicación, cuyo desarrollo capturará su atención y despertará su interés en profundizar sobre la materia.

DRA. ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia de la República

Prólogo

El presente texto, denominado *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*, ha sido desarrollado por el Dr. Luis Castillo Córdova, quien cuenta con una amplia trayectoria profesional, de la que podemos resaltar sus estudios de Derecho en la Universidad de Piura, su grado de doctor en Derecho en la Universidad de La Coruña (España) y su calidad de becario de la misma casa de estudios para realizar estancias de investigación en las Facultades de Derecho de la Universidad de Hamburgo y la Universidad de Bonn (Alemania). Asimismo, en el año 2005 obtuvo una plaza como investigador contratado del Programa Isidro Parga Pondal de la Universidad de La Coruña, en donde dictó clases de Derechos Humanos y de Aspectos Jurídicos y Éticos de la Informática hasta octubre de 2008. Actualmente, es profesor ordinario principal en la Universidad de Piura y tiene a su cargo las asignaturas de Derecho Constitucional, Derecho Procesal Constitucional y Argumentación Jurídica. También podemos destacar su producción doctrinaria como autor de más de cincuenta libros conjuntos y más de dos docenas de libros individuales, dentro de los que cabe mencionar obras como *Constitución y Tribunal Constitucional* (2021), *Jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional aplicada al*

Código Penal y Procesal Penal (2019), *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos* (2018), *Sobre la interpretación constitucional y convencional* (2016), entre otras.

La trayectoria del Dr. Castillo Córdova es ya reconocida por toda la comunidad jurídica, por lo que en esta oportunidad nos es grato recibir esta publicación y emitir unas palabras que puedan motivar la lectura de su propuesta. Este texto constituye un aporte significativo para los Cuadernos de Investigación editados por este poder del Estado.

Comenzaremos enfatizando que los derechos como la libertad y la igualdad de todos los seres humanos no fueron admitidos siempre, su disfrute hoy en día ha sido producto de muchos años de lucha (Sagastume, 1991, p. 14). La primera aproximación puede remontarse a la declaración hecha por el rey persa Ciro el Grande respecto a la libertad de escoger la religión, que fuera recogida en el Cilindro de Ciro (López Castañeda, 2017, p. 3) y que se extendió a Grecia y Roma con la idea de que todas las personas siguen naturalmente ciertas leyes, a dicha declaración la llamaron «Ley natural» (Herrera-Pardo, 2010). Años después, con la declaración de derechos británica, la declaración de independencia de América y la Revolución francesa, el concepto de ley natural se había convertido en derechos naturales (López Castañeda, 2017, p. 6). Posteriormente, con el Código de Napoleón se coloca a los derechos humanos dentro de su libro primero *De las personas* (López Monroy, 2006). Ya con el término de la Segunda Guerra Mundial y la emisión de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se alcanza su vigencia en todo el mundo, la Organización de las Naciones

Unidas es la encargada de promover y proteger dichos derechos. Es así como el reconocimiento de los derechos humanos por parte de un país y su incorporación a su norma suprema hace cambiar dicha denominación a derechos fundamentales (Nogueira, 2003, p. 58).

En el Perú, manifestaciones de la evolución de los derechos humanos pueden ser apreciadas desde la Constitución de 1812, aprobada por la Corte de Cádiz, que rigió por un breve periodo (De Piérola y Balta, 1997) hasta la Constitución actual. Su protección y promoción en nuestro país está a cargo de las diversas instituciones del Estado: los tres poderes del Estado y los organismos constitucionales autónomos, entre otros; asimismo, el Perú forma parte de dos sistemas de protección de estos derechos: universal e interamericano.

En esta ocasión, el Dr. Luis Castillo Córdova busca determinar a qué da derecho un derecho fundamental desde las normas constitucionales, lo cual constituye un aporte para ser considerado por los operadores jurídicos. Para ello, en este texto delimita en principio cuáles son las normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales. En anteriores oportunidades nos había mostrado pequeñas pinceladas del pensamiento que hoy desarrolla. Por ejemplo, en el año 2005 esbozó la interrogante no resuelta respecto a si los derechos constitucionales además de un contenido constitucional pueden tener un contenido distinto, como el legal o el jurisprudencial (Castillo, 2005); en el año 2013 se planteó a qué da derecho un derecho fundamental, lo cual a su vez lo llevó a desarrollar uno de los niveles de su contenido jurídico (el constitucional); asimismo, años después tuvimos la oportunidad

de conocer su postura sobre la teoría conflictivista de los derechos fundamentales (IUS 360, 2018a; 2018b).

La lectura del presente cuaderno de investigación nos sumergirá en conceptos dogmáticos, así como en la delimitación de las fuentes del derecho constitucional sobre los derechos fundamentales en el Perú de hoy. Estos hilos conductores llevan a delimitar dicho contenido constitucional y, al mismo tiempo, a mostrar algunas consecuencias derivadas del quehacer jurisdiccional, entre las que destacamos la consideración del autor en torno a que no solamente las normas recogidas en la Constitución agotan los derechos fundamentales, sino que deben sumarse a ellas las leyes y las sentencias internas de desarrollo constitucional, los tratados de los que el Perú es parte, así como las interpretaciones vinculantes del Comité de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Otro aspecto resaltante es la postura contraria a la corriente dominante que aplica el test de proporcionalidad para ponderar dos derechos fundamentales y justificar la aplicación de uno de ellos a fin de dar solución a un problema jurídico. Los elementos de este test fueron formulados definitivamente por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia n.º 0045-2004-PI/TC, del 29 de octubre de 2005, y han venido siendo utilizados por este supremo intérprete de la Constitución hasta el día de hoy, como herramientas metodológicas en varios casos relevantes, aunque no sin severas críticas por parte de doctrinarios como Marcial Rubio Correa (2018, pp. 143-ss.). Asimismo, por parte de este poder del Estado, la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante doctrina jurisprudencial vinculante,

incorporó al principio de proporcionalidad dentro de sus reglas para el ejercicio del control difuso¹, el cual viene siendo citado en diversas ejecutorias supremas².

Ello se explica por cuanto, desde la teoría conflictivista, los derechos fundamentales son considerados como principios y por tanto como mandatos de optimización. Entonces, al mejorarse el contenido de los derechos fundamentales, estos pueden llegar a entrar en conflicto. El principio de proporcionalidad es utilizado para determinar cuál de estos derechos fundamentales prevalece sobre el que queda sacrificado.

En frontal oposición a esta teoría conflictivista, Castillo sostiene que los derechos fundamentales son bienes humanos esenciales debidos a la persona —por ser quien es y valer lo que vale—; por lo tanto, su contenido constitucional es dependiente o se justifica en ese bien humano debido y su adquisición le supone a la persona grados de realización, negando la posibilidad de que puedan entrar en conflicto. Otro claro opositor a la teoría conflictivista es Juan Antonio García Amado, quien manifiesta que la ponderación entre dos derechos fundamentales para determinar cuál prevalece resulta antigarantista de los derechos, dado que no existiría ninguna garantía protegida sin excepción posible (Maiz y Ezquiaga, 2019-2020, pp. 12-19).

Bajo dicha línea opositora, este texto esboza una interesante propuesta metodológica que busca interpretar el contenido de la Constitución de manera unitaria y sin conflicto entre un

1 Consulta n.º 1618- 2016-Lima Norte.

2 Entre las que encontramos a modo de ejemplo las consultas n.º 7329-2017 Cusco, n.º 101-2018 San Martín, n.º 16194-2016 Huaura, n.º 19483-2017 Lima Este, n.º 20820-2017 Lambayeque.

contenido esencial de un derecho humano con otro, esto es, sin sacrificar ninguno. Según esta proposición, al conocer un juez aquellas pretensiones contrarias justificadas en derechos fundamentales, determinaría cuál de las dos partes ha invocado correctamente su derecho fundamental, delimitando en el caso concreto el alcance razonable del contenido constitucional de los derechos fundamentales invocados a través del uso de una serie de herramientas hermenéuticas que permitan justificar su decisión.

Finalmente, queremos brindar nuestro agradecimiento a la Presidencia del Poder Judicial y al Centro de Investigaciones Judiciales, los cuales han hecho posible contar con la participación de tan destacado profesional para la elaboración de este documento que presentamos y sometemos a consideración de la comunidad jurídica a fin de enriquecer el debate jurídico nacional.

DR. HÉCTOR ENRIQUE LAMA MORE
Consejero del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial
Consejero responsable del Consejo Consultivo
del Centro de Investigaciones Judiciales

Referencias

- Castillo, L. (2005). El contenido constitucional de los derechos como objeto de protección del proceso de amparo. En Palomino, J. (ed.), *El derecho procesal constitucional peruano: estudios en homenaje a Domingo García Belaunde* (pp. 563-605). Grijley. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2019/Contenido_constitucional_derechos_como_objeto_proteccion_proceso_amparo.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- (2013). ¿Qué protege el amparo, contenido constitucional o contenido esencial del derecho fundamental? *Revista Jurídica del Perú*, 1(25), 5-12. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2120/Que_protege_amparo_contenido_constitucional__contenido_esencial_derecho_fundamental.pdf?sequence=1
- De Piérola y Balta, N. (1997). Los derechos humanos en la historia de las constituciones del Perú. *Ius et Praxis*, (28), 93-110.
- Herrera-Pardo, C. (2010, junio-diciembre). Apuntes sobre la ley natural desde la perspectiva del realismo clásico. *Dikaion*, 19(2), 261-284. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-89422010000200002&lng=en&tlng=es
- IUS 360 (2018a, 14 de mayo). *Crítica a la teoría conflictivista de los derechos fundamentales* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=8RvOBjTqDz0>
- (2018b, 15 de mayo). *La teoría no conflictivista de los derechos fundamentales* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=hrDy040MHP8>

- López Castañeda, M. C. (2017). *Derechos sexuales y reproductivos: un asunto de derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5177/2.pdf>
- López Monroy, J. de J. (2006). El Código Civil de Napoleón y los derechos humanos. *Revista de Derecho Privado*, (13-14), 81-91. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4592/5.pdf>
- Maiz, A. y Ezquiaga, J. (2019-2020). El debate sobre la ponderación entre García Amado y Atienza. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/49004/TFG_Maiz%20Perales%20Andoni.pdf?sequence=2
- Nogueira, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México. https://www.u-cursos.cl/derecho/2015/1/D123D0851/1/material_docente/bajar?id_material=1012230
- Rubio, M. A. (2018). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano* (2.^a ed. actualizada). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sagastume, M. A. (1991). *¿Qué son los derechos humanos? Evolución histórica*. Ministerio de Gobernación. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/15872r.pdf>

Palabras liminares

Una de las principales cuestiones que en relación con los derechos fundamentales puede ser planteada tiene que ver con su contenido constitucional. Saber determinar a qué da derecho un derecho fundamental desde las normas constitucionales es de singular importancia para todos los operadores jurídicos, públicos o privados, que deban tomar alguna decisión respecto a la persona y sus derechos.

Esta determinación tiene su punto de partida en la Constitución, no solo porque es la norma suprema del sistema jurídico nacional, sino también —y acaso más relevantemente— porque reconoce y regula de modo básico exigencias de justicia material (dignidad humana y derechos humanos) que son el elemento jurídico más decisivo para la justicia institucionalizada hoy; y son también el elemento político más significativo en un régimen democrático que, fundado en la justicia, pretende seriamente ponerse al servicio de la ciudadanía.

Hoy resulta esencial saber cuáles son las normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Para ello es necesario averiguar cuáles son las fuentes del derecho constitucional sobre derechos fundamentales

en un sistema jurídico. Para conseguirlo son importantes no solo las técnicas de interpretación jurídica, sino también una adecuada base dogmática.

Esta publicación se destina a identificar las fuentes de normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de derechos fundamentales en el sistema jurídico peruano. Además de ello, muestra, también en lo esencial, cómo operan las normas así identificadas cuando se destinan a justificar decisiones que resuelven problemas jurídicos relacionados con los derechos fundamentales.

1. Esenciales conceptos previos

1.1. Estado constitucional de derecho

El Estado constitucional de derecho pretende superar las aporías sobre las que se construyó y desarrolló el Estado legal de derecho. En el Estado legal de derecho la ley era considerada la primera fuente de juridicidad¹, y se configuraba solo sobre exigencias jurídicas de tipo formal; en particular, para reconocer que existía ley, se exigía que hubiese sido decidida por el órgano competente², siguiendo el procedimiento previsto³. De esta manera, se produjo «una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho —esto es, el derecho y la justicia—, a lo dispuesto por la ley» (Zagrebelsky, 2007, p. 33). Los grandes espacios de la vida pública quedaron a disposición de la ley,

-
- 1 Así, «el principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento» (Zagrebelsky, 2007, p. 24).
 - 2 En palabras de Ferrajoli (2003), «una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa» (p. 16).
 - 3 En palabras de Schiavello (2019), el Estado legal de derecho «reconoce como únicos o principales límites a la Soberanía estatal los “procedimientos” que la autoridad legítima debe respetar para crear derecho válido» (p. 26).

y esta podía decidir lo que fuera, a condición únicamente de cumplir las exigencias formales de producción, competencia y procedimiento que le imponía la Constitución. En este escenario, los jueces, y en general todos los operadores jurídicos, estaban destinados a convertirse en siervos de la ley a través de «la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador» (Zagrebel'sky, 2007, p. 33).

Este modo de entender el derecho y el sistema jurídico que sobre él se construía no supo detener, y en determinados espacios promovió, verdaderas atrocidades contra el género humano. Su punto culmen fue la Segunda Guerra Mundial, con todas las consecuencias que hoy conocemos. Terminada la cual surgió la necesidad de una reconstrucción no solo económica, sino también —y acaso decisivamente— jurídica de la Europa continental. La reconstrucción jurídica fue tan urgente como delicada, y muy pronto se cayó en la cuenta de que no podía ser solo normativa, sino también dogmática y estructural. Era necesario construir un nuevo paradigma. No bastaba con nuevas normas para superar las nefastas consecuencias del Estado legal de derecho, sino que era necesario también un nuevo concepto de derecho, uno que fuese compatible con «la dignidad intrínseca y [...] los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana» (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos)⁴. Un concepto de derecho a partir del cual se pudiese construir un sistema jurídico que impidiese, en la mayor medida de lo posible, que los

4 Desde la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, «la afirmación de los derechos [humanos], al mismo tiempo, es positiva y universal» (Schiavello, 2019, p. 19).

horrores de la Segunda Guerra Mundial volviesen a producirse⁵. Este «nuevo» concepto de derecho marcó la esencia del Estado constitucional de derecho como una realidad no solo formal, sino también material (Böckenförde, 2000, p. 4).

En efecto, en el Estado constitucional de derecho son decisivas las exigencias de justicia material (Zagrebelsky, 2007, p. 93) que se convierten «en virtualmente relevantes para la interpretación de toda disposición, y para la solución de todo caso» (Barberis, 2019, p. 29). Esto impacta fuertemente tanto en el concepto de derechos fundamentales, así como en el concepto de Constitución; a continuación se pasa a estudiar ello.

1.2. Un concepto de derecho fundamental

Muchos conceptos de derechos fundamentales han sido dados en la literatura jurídica. Aquí interesa uno de tipo material que tenga por punto de partida y de llegada a la persona, porque tal concepto es el que mejor encaja con las bases dogmáticas del Estado constitucional de derecho. Los derechos fundamentales pueden ser definidos como los derechos humanos constitucionalizados. Los derechos humanos, por su parte, pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización⁶.

5 La comunidad internacional, 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, 2008, p. 61).

6 Lo tengo justificado en «La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho» (Castillo, 2012).

Este concepto tiene a la persona como punto de partida. La fuente de juridicidad de los derechos humanos es la persona, no es ni la ley, ni la Constitución, ni el tratado internacional. La persona, por ser lo que es, vale lo que vale; es decir, por tener determinada naturaleza humana⁷ tiene determinada dignidad humana⁸. Ella nunca vale como medio⁹, siempre vale como fin (Kant, 2012, p. 139), «fin supremo», dice el Constituyente peruano (artículo 1), por lo que está ordenado promover su máxima realización posible¹⁰. En la medida que el bien

7 No ha sido extraño a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el empleo de la naturaleza humana en su actividad argumentativa. Así, en relación con el derecho a la propiedad ha dicho que «en lo esencial, se trata de un derecho cuyo origen no reside en la voluntad política del legislador estatal, sino en la propia naturaleza humana» (Tribunal Constitucional, 2003, fundamento 26.a). Sobre el derecho al trabajo: «la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: [...] – Vocación y exigencia de la naturaleza humana» (Tribunal Constitucional, 2005d, fundamento 18). Y, en fin, tiene dicho que «la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano» (Tribunal Constitucional, 2007a, fundamento 11).

8 Como siempre tendrá la misma naturaleza humana, siempre valdrá como fin supremo. Es decir, su valor es absoluto, no depende de las circunstancias. Dirá el Tribunal Constitucional (2005e) que «[la] dignidad proscrib[e] la posibilidad de que la persona, al margen de la situación concreta en la que se encuentre, pueda ser concebida como objeto del Estado» (fundamento 9).

9 Según el Tribunal Constitucional, el «principio-derecho de dignidad de la persona humana, según el cual la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal» (Tribunal Constitucional, 2005c, fundamento 7).

10 De acuerdo con el Tribunal Constitucional (2006b), «la dignidad humana es vinculante [...] en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano» (fundamento 8).

perfecciona al ser (Aristóteles, I, 1094a-1103a), la persona encontrará su realización a través de los bienes humanos esenciales con los que satisface sus necesidades humanas esenciales. Estos bienes humanos esenciales se convierten en la cosa debida a la persona precisamente por tener el valor (dignidad humana) que tiene¹¹. La dignidad humana se convierte en la fuente de exigibilidad de los derechos humanos (Serna, 1995, p. 234).

El legislador reconoce, no crea los bienes humanos debidos. La vida, la salud, la libertad, la igualdad, etc., se nos adeuda no porque lo haya decidido el legislador, sino por nuestra naturaleza humana (ser humano) y por nuestra dignidad humana (valor humano). Son realidades anteriores y superiores al legislador¹². El legislador constituyente declara los bienes humanos y al hacerlo reconoce la existencia de una deuda con la finalidad de promover su cumplimiento. Una vez declarados, y como será desarrollado más adelante, procede a regularlos y concretarlos, de modo que su labor no solo es de declaración de algo preexistente, sino también de creación jurídica.

El Constituyente reconoce los bienes humanos debidos para regularlos de modo básico con la finalidad de promover su más pleno goce por parte de sus titulares. De esta manera la persona se convierte en el punto de llegada del concepto de

11 En palabras del Tribunal Constitucional (2005c), «los derechos fundamentales se derivan del principio-derecho de dignidad de la persona humana» (fundamento 7).

12 Según el Tribunal Constitucional (2007b), «la persona humana, por su dignidad, tiene derechos anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal» (fundamento 45).

derechos fundamentales propuesto arriba. Así, a mayor vigencia de los derechos humanos constitucionalizados, mayor realización de la persona. Si el bien perfecciona al ser, entonces, a mayores bienes humanos esenciales, menos necesidades esenciales por satisfacer, y mayor realización de la persona. Por eso los poderes públicos —que valen como instrumentos— sirven a la plena vigencia de sus derechos humanos. El Constituyente peruano lo ha dicho de esta manera: es un deber primordial del Estado promover la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44).

Si los derechos humanos constitucionalizados son bienes humanos esenciales, que adquieren la condición de debidos a causa de la dignidad humana, entonces, se entiende perfectamente que «en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano» (Tribunal Constitucional, 2006b, fundamento 8). De este modo, los derechos fundamentales son no solo «bienes jurídicos identificables» (Tribunal Constitucional, 2005a, fundamento 15), sino también «bien jurídico susceptible de protección» (Tribunal Constitucional, 2005b, fundamento 10). Esto reclama, y como se justificará más adelante, asumir que los bienes humanos esenciales debidos no son contradictorios entre sí, de forma que se promueva la plena realización de todas las personas, sin sacrificar los derechos fundamentales de nadie¹³.

13 En relación con el derecho fundamental a la huelga, y en aplicación de la teoría armonizadora de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional (2009) ha manifestado «una interpretación acorde con la protección debida al derecho fundamental a la huelga, como una realidad no contradictoria y coherente con los otros bienes constitucionales

1.3. Un concepto de Constitución

En este escenario conceptual, la Constitución no crea los derechos fundamentales, sino que los reconoce para regularlos de modo básico. Este es el punto de partida de un concepto también material de Constitución. Aquí no interesarán las definiciones de tipo formal que se limitan a ver en la Constitución a la norma suprema del ordenamiento jurídico¹⁴; ni aquellas que, siendo de tipo material, se limitan a tenerla como un límite al poder público¹⁵. Sin duda que la consideración de la Constitución como norma suprema que limita al poder público debe formar parte de una definición de Constitución, sin embargo, ni es lo único ni es lo decisivo. Es necesaria una definición material integradora¹⁶. Tal definición solo puede construirse tomando en cuenta el fin de la Constitución, tanto remoto como próximo.

El *fin remoto* de la Constitución es servir a la persona. Esta, por el solo hecho de *ser* y sin atender a elementos distintos, tiene el máximo valor posible de ser atribuido en una comunidad política: fin supremo de la sociedad y del Estado, para el Constituyente peruano. Todas las demás realidades tienen la condición de medio a su servicio, particularmente los poderes públicos, incluido el poder constituyente. Si el poder constituyente es el primero de los poderes en una comunidad

consagrados en la Constitución, y para una plena realización de la persona humana y su dignidad (artículo 1º de la Constitución)» (fundamento 32).

14 Véase Kelsen (2005, p. 332).

15 Históricamente la Constitución nace con la pretensión de frenar el poder político. Véase Loewenstein (1986, p. 150).

16 Lo tengo justificado en Castillo (2020, pp. 31-35).

política¹⁷, y además tiene naturaleza de medio, entonces su obra, la Constitución, está llamada a convertirse en el primer y más importante instrumento jurídico y político al servicio de la persona.

El *fin próximo* atañe al modo que tiene la Constitución de servir a la persona. La Constitución se pone al servicio de la persona, primero, reconociendo su valor de fin o dignidad humana, para inmediatamente reconocer y luego regular de modo básico sus derechos humanos. Y la Constitución sirve a la persona, segundo, a través de la creación y la regulación básica de los distintos órganos que ejercerán el poder público, para ponerlos al servicio de la plena vigencia de los derechos humanos como una manera efectiva de promover la plena realización de todas las personas¹⁸.

Consecuentemente, una definición de tipo material de la Constitución que se construye desde y para la persona, puede ser puesta en estos términos: es el instrumento jurídico y político más importante con el que cuenta una comunidad política para servir a la persona a través del reconocimiento y la regulación básica de la dignidad humana y de los derechos

17 Es un poder que representa la «suprema capacidad y dominio del pueblo sobre sí mismo» (Sánchez, 1957, p. 564).

18 Por lo que está justificado interpretar las disposiciones de la parte orgánica a la luz de las exigencias de justicia material (los derechos humanos) constitucionalizados en la parte dogmática. En palabras del Tribunal Constitucional (2005f), «en última instancia, todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada “Constitución orgánica” se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana» (fundamento 12.b).

humanos, y a través de la creación y la organización básica de los poderes públicos de la manera que más y mejor sirvan a la plena realización de todas las personas.

Así definida la Constitución, dos consecuencias aparecen como irremediables. Primera, la Constitución será la primera norma de un sistema jurídico, o si se quiere, será su norma suprema; y, segunda, será una norma que limitará formal y materialmente, positiva y negativamente, el ejercicio de los poderes públicos. La calidad de norma suprema que limita al poder son elementos que singularizan a la Constitución solo si se la considera como instrumento que sirve a la persona de la manera explicada. Por lo demás, los contenidos de la Constitución peruana de 1993 permiten concluir que el poder constituyente le ha asignado tanto el fin remoto como el próximo referidos, de modo que ella encaja en la definición que ha sido aquí propuesta¹⁹.

Con base en estas esenciales definiciones, corresponde abordar la cuestión de cuáles son las fuentes de derecho constitucional relacionadas con los derechos fundamentales. Empecemos a indagarlo desde la Constitución misma.

19 Véase Castillo (2021, pp. 255-256).

2. El derecho constitucional estatuido por el Constituyente

2.1. Los tipos de normas constitucionales directamente estatuidas

En relación con los bienes humanos esenciales debidos, el Constituyente realiza dos acciones: los reconoce para luego regularlos de modo básico. Tanto una como otra acción las exterioriza a través de enunciados lingüísticos desde los que brotan normas (Guastini, 2011, pp. 133-156) que aquí se denominarán como normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente (Alexy, 1993, p. 66). Estas representan la voluntad del legislador constituyente, y son consecuencia de una interpretación literal (Bernal, 2003, p. 155), pero no aislada, sino sistemática (Castillo, 2018, p. 33) de las disposiciones constitucionales como conformantes «de un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto» (Tribunal Constitucional, 2005f, fundamento 12a). La voluntad del Constituyente puede dirigirse a reconocer la deuda y a regular su cumplimiento. Una y otra voluntad darán como consecuencias normas constitucionales directamente estatuidas de tipo distinto. Una clasificación de ellas se formula respecto a su grado de indeterminación.

2.1.1. Las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa

El reconocimiento de la deuda se lleva a cabo a través de un enunciado lingüístico que se limita a mencionar el nombre del

bien humano como *la cosa debida* a toda persona. Son enunciados del tipo «toda persona tiene derecho a» y a continuación el nombre del bien humano adeudado. Este tipo de enunciados plantea relevantes cuestiones. Una de ellas es, ¿qué se constitucionaliza con un enunciado de esas características? Con base en la aquí justificada definición de derechos humanos, deberá ser sostenido que con esas fórmulas lingüísticas se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano.

En efecto, si el derecho humano se define como un bien humano debido, entonces, el bien humano hace a la esencia del derecho humano. A esta esencia se le llamará aquí «contenido esencial». La norma que brota de las disposiciones constitucionales que se limitan a mencionar el nombre del bien humano, nada dice acerca del contenido esencial, solo reconoce su existencia. Para saber lo que el contenido esencial constitucionalizado significa, habrá que acudir a normas constitucionales de otro tipo. Por lo que a la norma que se limita a reconocer el contenido esencial del derecho humano se le llamará norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa.

Pongamos un ejemplo. El Constituyente peruano ha declarado:

«Artículo 2.— Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales».

Se trata de una disposición que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido: libertad y seguridad personales. La norma que brota de ella puede ser enunciada de esta manera:

N2.24 CP: Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la libertad personal y a la seguridad personales.

Esta es una norma constitucional directamente estatuida con máximo grado de indeterminación normativa que reconoce una deuda. Y lo hace en términos máximamente abiertos, pues se limita a reconocer el contenido esencial de un derecho humano. Para saber en qué consiste la deuda e incluso cómo ha de ser pagada, debe acudirse a otro tipo de normas.

2.1.2. Las normas con relevante grado de indeterminación normativa

Además de reconocer la deuda, se ha dicho atrás, el Constituyente la regula de modo básico para ayudar a su pago o cumplimiento. Esta regulación del bien humano reconocido consiste en establecer concreciones del contenido esencial del derecho humano constitucionalizado. Las concreciones se formulan a través de enunciados con algún grado relevante de indeterminación lingüística, desde los cuales se concluyen normas constitucionales directamente estatuidas con algún grado relevante de indeterminación normativa. A diferencia de las anteriores, estas no son normas que se limitan a declarar algo preexistente, sino que representan una verdadera creación normativa por parte del Constituyente.

Veamos este ejemplo. El Constituyente peruano ha dispuesto:

«Artículo 2.

24. [...]

d. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez [...].».

La disposición constitucional 2.24.d permite concluir una norma constitucional directamente estatuida en los siguientes términos deónticos:

N2.24.d CP: Está prohibido ser detenido sin mandato escrito y motivado del juez.

Esta norma constitucional directamente estatuida significa una regulación del bien humano debido libertad y seguridad personal, que concreta la norma constitucional con máximo grado de indeterminación normativa N2.24 CP antes formulada. La concreción resultante es una de relevante grado de indeterminación normativa porque se compone de al menos un elemento normativo abierto que reclama concreción: *mandato motivado del juez*. ¿Cuándo un mandato judicial se ha de considerar motivado?, es una pregunta que permite varias respuestas igualmente razonables, pero la voluntad del Constituyente nada ha dicho al respecto. Para identificar una añadida concreción habrá que acudir a normas de otro tipo, no dispuestas por el Constituyente sino por otras fuentes jurídicas.

2.1.3. Las normas sin grado relevante de indeterminación normativa

Las regulaciones del bien humano que establece el legislador constituyente para concretar el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado pueden recogerse también a través de enunciados sin relevante grado de indeterminación lingüística, desde los que es posible concluir normas constitucionales directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa. Son contenidos normativos que no necesitan de

una concreción posterior para permitir su plena operatividad, de forma tal que, aunque contengan algún elemento indeterminado, este será irrelevante y el mandato será preciso²⁰.

Un ejemplo es la siguiente disposición constitucional:

«Artículo 2.

24. [...]

f. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las cuarenta y ocho horas [...]».

Desde esta disposición se concluye la siguiente norma constitucional directamente estatuida:

N2.24.f CP: Está ordenado poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las cuarenta y ocho horas.

Esta norma constitucional directamente estatuida también concreta el contenido esencial del derecho humano a la libertad y seguridad personales reconocido a través de la norma constitucional con máximo grado de indeterminación normativa N2.24 CP antes formulada. Su enunciado no tiene elemento indeterminado alguno, no por lo menos de modo relevante, por lo que puede operar acabadamente, sin necesidad de una adicional concreción.

De las normas constitucionales con máximo grado de indeterminación normativa es posible reconocer una mayor jerarquía material y axiológica respecto de las normas con relevante

20 Así entendidas, estas normas se acercan al concepto de reglas, de las que es posible reconocer que «contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible» (Alexy, 1993, p. 87).

y sin relevante grado de indeterminación normativa²¹, pues las normas de máximo grado «brinda[n] fundamento axiológico, justificación» (Guastini, 2019, p. 59) a las de relevante y sin relevante grado de indeterminación, en la medida que estas son concreciones de aquellas²². La jerarquía normativa entre ellas, sin embargo, es la misma. De entre estos tres tipos de normas constitucionales directamente estatuidas, las normas sin relevante grado de indeterminación normativas son las más escasas en la parte de la Constitución destinada a los derechos humanos. De estos, normalmente, el Constituyente manifiesta su voluntad a través de normas con máximo y con relevante grado de indeterminación normativa.

3. El derecho constitucional estatuido por los intérpretes de la Constitución

3.1. El derecho constitucional adscripto de origen nacional

Hasta ahora se ha hecho referencia a la voluntad, declarativa y creadora, del legislador constituyente que se recoge en las normas constitucionales directamente estatuidas. Pero estas normas constitucionales no conforman la única fuente de derecho constitucional sobre derechos humanos. Junto a ellas existen otras

21 Sobre jerarquía material y axiológica, véase Pino (2014, pp. 86-101).

22 Esto permitirá reconocer, como más adelante se explicará, la posibilidad de que existan normas formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales.

que son mayores en número y tienen una innegable importancia práctica. Me refiero a las llamadas normas constitucionales adscriptas²³. Aquí se diferenciarán las normas constitucionales adscriptas de origen nacional de las de origen internacional o convencional. En este apartado serán tratadas las primeras, y las segundas se abordarán en el siguiente.

Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional son interpretaciones de la Constitución que concretan directa y no sucesivamente las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, y que llevan a cabo órganos públicos nacionales a la hora de ejercer la función pública que tienen constitucionalmente asignada. Estas interpretaciones tienen carácter normativo al menos por las dos siguientes razones. Primera, porque se trata de una interpretación vinculante y la vinculatoriedad hace a la esencia de la normatividad. Es vinculante porque se establece en el ejercicio de la función pública asignada (Bernal, 2003, p. 127). La segunda razón es porque son interpretaciones que concretan las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente²⁴, y la concreción sigue la naturaleza del objeto concretado, de modo que si este es norma, norma será también la concreción resultante. Al ser concreciones directas y necesarias para la plena operatividad de las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, irremediamente la concreción tendrá valor constitucional, por lo que le corresponderá rango constitucional, salvo que el Constituyente decidiese algo distinto.

23 La nomenclatura, aunque no la definición, la presto de Alexy (1993, p. 70).

24 Esta segunda razón bien puede asemejarse a la «relación de precisión» y a la «relación de fundamentación», a las que se refiere Alexy (1993, pp. 69-70).

3.2. Órganos productores de derecho constitucional adscripto de origen nacional

En el sistema jurídico peruano, los órganos productores de este derecho constitucional adscripto son el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo a través de las leyes de desarrollo constitucional²⁵; y la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional a través de las sentencias de desarrollo constitucional. Nadie dudaría en reconocer como normas con valor constitucional a las interpretaciones vinculantes y concretadoras de la Constitución recogidas en las leyes de desarrollo constitucional. Y ello porque emplean dos mecanismos de producción normativa previstos en la Constitución: las leyes en el artículo 102.1, y los decretos legislativos en el artículo 104, ambos de la Constitución. Al ser normas que concretan directamente la Constitución, les corresponde un valor normativo constitucional y, consecuentemente, un rango normativo también constitucional. Sin embargo, en el sistema jurídico peruano, a las leyes de desarrollo constitucional se les ha asignado el rango legal, pero con la única finalidad de hacerlas pasibles de control constitucional a través de una acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución)²⁶. Esto en nada debería menoscabar

25 Las leyes a las que se refiere la octava disposición final y transitoria de la Constitución no solo son las leyes del Congreso, sino también los decretos legislativos del Ejecutivo. Véase Tribunal Constitucional (2000, fundamento 6).

26 En palabras del Tribunal Constitucional (2006d), la enumeración que de las normas se realiza en el artículo 200.4 de la Constitución «tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la “acción” de inconstitucionalidad» (fundamento 32).

su valor constitucional, y por tal razón se las debe considerar como parte del bloque de constitucionalidad (Hakansson, 2019, pp. 184-191).

Más difícil puede resultar la aceptación de que las interpretaciones vinculantes que de la Constitución establecen la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional sean normas. Sin embargo, frente a esas dudas habrá que insistir en que las interpretaciones que de la Constitución realiza la Corte Suprema como órgano de cierre de los procesos judiciales cuando enfrenta problemas constitucionales, y el Tribunal Constitucional como órgano de cierre o instancia única de los procesos constitucionales, son vinculantes y concretadoras de normas, por lo que comparten el carácter normativo de esta. Son, pues, verdaderas normas. Esta fuente de derecho, a diferencia de las leyes y los decretos legislativos, «no requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura» (Tribunal Constitucional, 2006c, fundamento 34). Y no solo porque «es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia» (Tribunal Constitucional, 2006d, fundamento 34), sino también porque «la interpretación es una actividad creadora de normas» (Grandez, 2016, p. 75).

Las interpretaciones vinculantes establecidas por estos órganos jurisdiccionales concretan directa y necesariamente las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, por lo que les corresponde un valor constitucional y un consiguiente rango constitucional, el cual mantienen debido a que el Constituyente peruano no ha decidido nada en sentido contrario. Por esta razón, al igual que las leyes de desarrollo constitucional,

las interpretaciones directas que de la Constitución realizan la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en sus sentencias de desarrollo constitucional, conforman el bloque de constitucionalidad (Castillo, 2018, pp. 47-52).

Una vez nacida al mundo jurídico la norma constitucional establecida por la ley o la sentencia de desarrollo constitucional, y debido a que son concreciones directas y no sucesivas, es atraída fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida que concreta, a la que se pega de manera irremediable. Adherida a ella existe y es eficaz, por lo que se le denominará como norma constitucional adscripta. Adscripta a la norma constitucional directamente estatuida, comparte su valor y rango constitucional. Es norma constitucional adscripta a la norma constitucional directamente estatuida. Una y otra conforman el derecho constitucional vigente de una comunidad política e integran su bloque de constitucionalidad. Esto vale tanto para las normas constitucionales dogmáticas (referidas a derechos fundamentales) como para las orgánicas (referidas de los poderes públicos). Aquí solamente interesa hacer referencia a las primeras.

3.3. Un ejemplo

Conviene ejemplificar lo que se lleva dicho. Como se recordará, desde las disposiciones de la Constitución fue posible concluir la siguiente norma constitucional directamente estatuida en estos términos deónticos:

N2.24.d CP: Está prohibido ser detenido sin mandato escrito y motivado del juez.

Otra manera de formular esta norma es la siguiente:

N2.24.d CP: Está permitido ser detenido con mandato escrito y motivado del juez.

Esta es una norma constitucional directamente estatuida que tiene en el elemento «mandato motivado», uno de relevante grado de indeterminación normativa y que reclama concreción para su plena operatividad. La Constitución ha sido interpretada para concretar esta norma abierta. Lo ha hecho el legislador ejecutivo a través del artículo 268 del Decreto Legislativo n.º 957, desde el cual es posible concluir la norma siguiente:

N268 Decreto Legislativo 957: Está permitido al juez, a solicitud del Ministerio Público, dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos es posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización).

Una interpretación concretadora de la norma N2.24.d CP también ha sido efectuada por la Corte Suprema. Lo ha hecho, entre otras, en la Casación n.º 626-2013, en la que estableció el deber del juez de fundamentar, además de los requisitos previstos en la norma N268 Decreto Legislativo n.º 957, la proporcionalidad (entiéndase razonabilidad) y la duración de la medida cautelar. No se habrá cumplido con el exigido «mandato

motivado» si es que en la resolución judicial que dispone la prisión preventiva no existe también una justificación referida a estos dos requisitos establecidos por la Corte Suprema. Así, del fundamento 22 de la mencionada casación, puede ser reconocida la siguiente regla jurídica:

N22 CAS 626-2013: Está ordenado al juez fundamentar la proporcionalidad de la medida cautelar solicitada, así como su duración.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional tiene formuladas reglas jurídicas que concretan la norma constitucional directamente estatuida N2.24d. Por ejemplo, del fundamento 59 de la sentencia al Expediente n.º 04780-2017-PHC se concluye la siguiente norma:

N59 STC 04780-2017-PHC: Está prohibido, en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional, tomar en cuenta solamente los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no los que se aporten para justificar su rechazo.

Estos tres son ejemplos de interpretaciones vinculantes de la Constitución llevadas a cabo por una ley de desarrollo constitucional (el Decreto Legislativo n.º 957) y por dos sentencias de desarrollo constitucional (una de la Corte Suprema y la otra del Tribunal Constitucional). Estas interpretaciones vinculantes han concretado directamente (no sucesivamente) a la norma constitucional N2.24.d CP en su elemento abierto «mandato motivado». Nacidas al mundo jurídico son atraídas fuertemente por esta norma constitucional directamente estatuida, de modo que a ella permanecen adheridas. Son tres ejemplos de normas constitucionales adscriptas.

4. El derecho constitucional de origen convencional

4.1. Las normas convencionales directamente estatuidas

4.1.1. Definición

Para un mayor aseguramiento del valor (dignidad) de la persona y de los derechos humanos que se sostienen en tal valor, se han creado sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Se trata de sistemas de protección subsidiarios respecto del derecho y de la jurisdicción nacionales (García, 2011, p. 147), pues es al Estado nacional al que le corresponde el papel de «principal garante de los derechos humanos de las personas» (Corte IDH, 2006b, párr. 66). Al sistema universal liderado por las Naciones Unidas se han sumado sistemas regionales. Todos ellos se componen de tratados o convenciones internacionales sobre derechos humanos, los que prevén la creación de tribunales encargados de velar por su plena vigencia. Los Estados nacionales normalmente, y mediante el procedimiento previsto en sus textos constitucionales, se han incorporado a un sistema u otro, a través de la vinculación al tratado o a la convención internacional respectiva y, consecuentemente, a través de la incorporación de la norma internacional al sistema jurídico nacional²⁷.

27 Las dos grandes tradiciones de incorporación del derecho internacional al nacional son la monista y la dualista. Si bien es posible reconocer una mayor idoneidad justificativa en la teoría monista, esta no deja de tener deficiencias. Véase González (2017, pp. 724-ss.).

Con las convenciones sobre derechos humanos pasa lo mismo que con la Constitución en relación con los derechos humanos, de modo que le es aplicable el modo arriba propuesto de entender la positivación de tales derechos. Así, a través de los tratados y las convenciones sobre derechos humanos, el legislador convencional, al igual como lo hace el legislador constituyente, positiva las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Con base en la definición material de derechos humanos arriba justificada, puede ser sostenido que la convencionalización de los derechos humanos se produce a través del reconocimiento del bien humano debido respectivo y de su regulación básica. La voluntad del legislador convencional de reconocer y regular de modo básico el bien humano debido se recoge en disposiciones convencionales distintas, de las que brotan normas. A estas normas se les llamará normas convencionales directamente estatuidas.

Estas normas, lo mismo que las normas constitucionales directamente estatuidas, pueden ser de tres tipos según el grado de indeterminación normativa de la voluntad expresada. El legislador convencional expresa su voluntad de reconocimiento del bien humano debido a través de disposiciones convencionales que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido y que dan como resultado normas convencionales directamente estatuidas con máximo grado de indeterminación normativa. Mientras que su voluntad de básica regulación del bien humano debido se produce de la mano de disposiciones convencionales que dan como consecuencia normas convencionales de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa, destinadas a concretar las normas de máximo grado de indeterminación normativa. Por ser estas concreciones de aquellas, se ha de

reconocer una mayor jerarquía material y axiológica a favor de las normas convencionales de máximo grado de indeterminación. Esto permitirá reconocer la posibilidad, extraordinaria pero real, de que las normas convencionales de relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa sean materialmente inconvenientes por ser concreciones desajustadas de las normas de máximo grado de indeterminación normativa.

Tal y como ocurría con el legislador constituyente, con las normas que reconocen el bien humano debido, el legislador convencional muestra una voluntad que declara algo que preexiste; mientras que con las normas que regulan y concretan el bien humano debido, se pone de manifiesto una voluntad creadora de derecho convencional.

4.1.2. Ejemplo de norma convencional directamente estatuida

Ejemplifiquemos lo que se lleva dicho desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)²⁸ en relación con la libertad personal. En el artículo 7.1 de la mencionada convención, se ha establecido lo siguiente: «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales». Desde esta disposición convencional es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N7.1 CADH: Está ordenado respetar a toda persona el contenido esencial del derecho a la libertad y seguridad personales.

28 En adelante, la alusión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluye también a los protocolos adicionales respectivos.

Esta es una norma de máximo grado de indeterminación normativa que se limita a mencionar el nombre del bien humano debido para ordenar su cumplimiento. En esta norma, el legislador convencional nada ha dicho acerca del contenido esencial del derecho humano que convencionaliza. Para saberlo hay que acudir a normas convencionales de otro tipo, como por ejemplo a las dos que a continuación se refieren.

En el artículo 7.3 de la CADH, el legislador convencional ha establecido que «nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios». Desde esta disposición convencional es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N7.3 CADH: Está prohibida la detención o el encarcelamiento arbitrarios.

Y, en el artículo 7.5 CADH, también ha dispuesto que «toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales». Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma convencional directamente estatuida:

N7.5 CADH: Está ordenado llevar sin demora a una persona detenida o retenida ante un juez u otro funcionario con función judicial.

La norma N7.3 CADH es una norma de relevante grado de indeterminación normativa. Uno de sus elementos es abierto y necesita ser concretado. Tal elemento es «detención o encarcelamiento arbitrario». El legislador convencional nada ha dicho acerca de cuándo se incurre en arbitrariedad, sino que su significado deberá ser encontrado en otro tipo de normas. Por su

parte, la norma N7.5 CADH es una norma convencional sin relevante grado de indeterminación normativa porque la expresión «sin demora» puede ser entendida como «de inmediato», lo que permite operar acabadamente con tal norma, sin necesidad de una concreción normativa previa.

4.2. Las normas convencionales adscriptas

4.2.1. Definición

Junto a las normas convencionales directamente estatuidas se encuentran las normas convencionales a ellas adscriptas. Las normas convencionales adscriptas pueden ser definidas como el conjunto de interpretaciones vinculantes que del tratado o la convención sobre derechos humanos y para concretar las normas convencionales directamente estatuidas formulan los tribunales de justicia internacional creados para la defensa y el aseguramiento del tratado internacional respectivo.

Tales interpretaciones tienen naturaleza normativa por las dos mismas razones arriba mostradas para justificar a la norma constitucional adscripta. La primera es el carácter vinculante de la interpretación que lleva a cabo el órgano internacional, y será vinculante por ser realizada en ejercicio de la función pública convencional que se le ha encargado por el legislador convencional: la defensa del tratado o la convención y, por tanto, la defensa de la plena vigencia de las normas convencionales directamente estatuidas. La segunda razón es que esa interpretación vinculante está destinada a concretar la norma convencional directamente estatuida a fin de hacer posible la solución del concreto problema jurídico que se le ha presentado

al tribunal internacional de justicia, por lo que comparte la naturaleza normativa del objeto concretado. Así, si el objeto concretado —la norma convencional directamente estatuida— tiene naturaleza normativa, entonces, la concreción también la tiene.

Al ser concreciones directas y no sucesivas de la norma convencional, tienen valor convencional, al que le sigue rango convencional. En efecto, las normas convencionales creadas por el tribunal internacional nacen al derecho convencional, y por ser concreciones directas, son inmediata y fuertemente atraídas por la norma convencional directamente estatuida que concretan. En consecuencia, la norma adscripta además de compartir la naturaleza del objeto concretado, comparte también su valor normativo. Son normas de valor convencional. Y como al valor le sigue el rango, se les debe reconocer rango convencional. De modo que en el sistema jurídico convencional será posible diferenciar, por un lado, a las normas de rango convencional conformadas por las normas convencionales directamente estatuidas y por las normas a ellas adscriptas; y, por otro, a las normas de rango infraconvencional que puedan emitir otros órganos de apoyo o administrativos en el sistema internacional que corresponda, creados por el tratado o la convención respectiva.

La norma convencional adscripta adherida a la norma convencional directamente estatuida que concreta, la acompaña en su viaje hacia todos los sistemas jurídicos nacionales a los que ingresa por haberse vinculado el Estado respectivo al tratado, y por haber reconocido competencias al tribunal internacional correspondiente. Antes de estudiar cómo acontece este ingreso del derecho convencional al derecho interno, se ejemplificará la creación de normas convencionales adscriptas.

4.2.2. Ejemplo de norma convencional adscripta

El ejemplo de norma convencional adscripta conviene ponerlo desde las interpretaciones vinculantes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a fin de concretar las normas convencionales directamente estatuidas. Esta creación normativa acontece como consecuencia del ejercicio de las funciones tanto contenciosa como consultiva que tiene atribuidas. Así, en ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte IDH interpretó el artículo 7.1 CADH en el párrafo 140 del caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000²⁹. Desde esa interpretación es posible reconocer la siguiente norma convencional:

N140 CASO BÁMACA VELÁSQUEZ VS. GUATEMALA: Está ordenado liberar o poner inmediatamente a disposición del juez al individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial.

Del mismo modo, la Corte IDH, en el párrafo 40 de la Opinión Consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987, «El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)»³⁰,

29 Dijo la Corte IDH (2000) en el mencionado párrafo de la referida sentencia: «Un individuo que ha sido privado de su libertad sin ningún tipo de control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez, pues el cometido esencial del artículo 7 de la Convención es la protección de la libertad del individuo contra la interferencia del Estado».

30 Sostuvo la Corte IDH (1987): «Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control

recogió una interpretación vinculante del artículo 7.6 CADH. Desde tal interpretación es posible concluir la siguiente regla convencional:

N40 OC-8/87: Está permitido el ejercicio del control de legalidad por parte de un órgano judicial autónomo e independiente, de las medidas que se adoptan en un estado de excepción en relación con la libertad personal.

Estas dos interpretaciones son vinculantes en la medida que han sido producidas en ejercicio de la función pública convencional contenciosa y consultiva respectivamente. Además, concretan de modo directo, no sucesivo, la norma convencional N7.1 CADH y N7.6 CADH respectivamente. Son verdaderas normas, además de valor y rango convencional. Con ellas se comprueba que las resoluciones contenciosas y consultivas de la Corte IDH son efectivas fuentes de derecho convencional. Estas dos normas convencionales producidas por la Corte IDH han sido atraídas fuertemente por la norma convencional directamente estatuida que concretan, y adheridas a ellas existen, viajan e ingresan a los distintos sistemas jurídicos nacionales a los que viaja e ingresa la norma convencional directamente estatuida.

de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental» (párr. 40).

4.3. El ingreso del contenido convencional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional

Cuando un Estado se obliga a un tratado internacional, este ingresa a su sistema jurídico interno para conformarlo. El ingreso abre una serie de interrogantes, algunas de las cuales aquí serán planteadas y resueltas respecto a la CADH y respecto al Estado peruano. Una vez que el Estado peruano firmó la CADH, las normas convencionales directamente estatuidas se introdujeron en el sistema jurídico nacional, e irremediamente a ellas adheridas ingresaron las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH. Unas y otras, como se justificó, representan el reconocimiento y la concreción básica de bienes humanos esenciales, es decir, representan el contenido esencial de los derechos humanos. Este dato es relevante para advertir que, una vez ingresado el derecho convencional sobre derechos humanos, es fuertemente atraído por las normas de la Constitución que también reconocen y regulan de modo básico los derechos humanos en su contenido esencial.

Esta atracción se produce por dos razones. La primera porque la Constitución es la norma suprema del derecho receptor del derecho convencional que actúa como derecho incorporado; y, la segunda, porque tanto las normas constitucionales como las convencionales tratan de lo mismo: del reconocimiento y la regulación básica del contenido esencial de los derechos humanos. Si el Constituyente no ha interferido en esa fuerza de atracción, las normas convencionales sobre derechos humanos están destinadas a conformar el derecho constitucional en el sistema jurídico nacional al que ingresan.

El Constituyente peruano no ha interferido con este destino natural de las normas convencionales. Así, ha decidido que

las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (cuarta disposición).

El Constituyente ordena al intérprete tomar en cuenta las normas convencionales sobre derechos humanos a la hora de definir el alcance del contenido constitucional de los derechos humanos constitucionalizados, es decir, de los derechos fundamentales. Y se lo ordena porque el Constituyente acepta que todas ellas conforman un mismo nivel normativo, el constitucional. Así ha sido interpretado no solo por la doctrina³¹, sino también por el Tribunal Constitucional (2006d), que ha sostenido que «los tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional» (fundamento 26).

El rango o nivel constitucional del sistema jurídico peruano, no obstante, está conformado por dos compartimentos, según se explicó atrás. Uno de ellos es el derecho constitucional directamente estatuido, y el otro es el derecho constitucional adscripto. ¿A cuál de estos dos compartimentos ingresa? No puede ingresar

31 Véase por todos, Rubio (1998, p. 109). En contra de quienes sostienen que «no es posible dotar de un rango constitucional a los TIDH [Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos] porque así no lo formuló el constituyente, quien sin embargo le ha dotado de un posicionamiento en el espectro constitucional digno de resaltar» (Montoya y Feijóo, 2015, p. 342).

al compartimento del derecho constitucional directamente estatuido, porque, como aquí ha sido definido, está conformado por normas que representan la voluntad del Constituyente, y el derecho convencional no es voluntad del Constituyente, sino que lo es del legislador convencional, aun cuando ambas voluntades puedan coincidir.

Descartado que el destino del derecho convencional sea el compartimento ocupado por las normas constitucionales directamente estatuidas, hay que reconocer que está destinado a conformar el compartimento del derecho constitucional adscripto. En efecto, atraídas por las normas constitucionales directamente estatuidas, todas las normas convencionales se adhieren a estas y adscriptas a ellas existen. Así, las normas convencionales que regulan y concretan un determinado bien humano debido, serán atraídas por las normas convencionales directamente estatuidas que regulan y concretan el mismo bien humano debido, y adheridas a ellas existen. Por esta razón se las llamará como normas constitucionales adscriptas.

Ocurre, sin embargo —y como fue explicado páginas atrás—, que el compartimento del derecho constitucional adscripto está conformado por las normas constitucionales adscriptas creadas por las leyes y las sentencias de desarrollo constitucional. El derecho convencional, por tener fuente distinta, no puede simplemente sumarse a esas normas convencionales; sino que abre su propio espacio para conformar un ámbito distinto de normas constitucionales adscriptas, singularizadas por su origen convencional. Se convierten en normas constitucionales adscriptas de origen convencional. Así el compartimento del derecho constitucional adscripto queda dividido en un ámbito nacional y en otro convencional.

De esta manera, el derecho constitucional sobre derechos fundamentales está compuesto por las normas constitucionales directamente estatuidas, cuya fuente es la Constitución; las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, cuya fuente son las leyes y las sentencias de desarrollo constitucional; y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional, cuya fuente es el derecho convencional. Es importante tomar conciencia de que una vez que el derecho convencional sobre derechos humanos ingresa al sistema jurídico nacional, deja de ser derecho convencional a secas, para pasar a ser derecho convencional constitucionalizado o, si se quiere, derecho constitucional de origen convencional. Más precisamente, derecho constitucional adscripto de origen convencional.

5. Las normas constitucionales y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

5.1. Las normas constitucionales directamente estatuidas y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

Según la definición de derechos humanos propuesta al inicio, el bien humano debido hace a la esencia del derecho humano, es decir, representa su contenido esencial. Así, la libertad personal hace a la esencia del derecho humano a la libertad personal. De modo que, y como fue advertido también atrás, cuando el Constituyente reconoce el bien humano debido limitándose a

mencionar su nombre, constitucionaliza de un modo máximamente abierto la esencia del derecho humano o, si se quiere, el contenido esencial del derecho humano. Si los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, entonces, el constitucionalizado contenido esencial del derecho humano de un modo máximamente abierto puede ser tenido como contenido constitucional máximamente abierto del derecho fundamental.

Pero, como se explicó, el reconocimiento del bien humano debido que lleva a cabo no es la única declaración de voluntad que realiza el Constituyente. Ella es acompañada de una voluntad destinada a regular el bien humano debido reconocido para concretar el contenido esencial del derecho humano que representa. Estas regulaciones significan concreciones directas del contenido esencial del derecho humano. Al estar constitucionalizadas a través de normas de relevante y (más excepcionalmente) sin relevante grado de indeterminación normativa, estas concreciones conforman el contenido constitucional del derecho fundamental.

De esta manera, debe ser sostenida la siguiente regla general: el contenido esencial del derecho humano equivale al contenido constitucional del derecho fundamental, el cual está conformado por normas constitucionales directamente estatuidas, tanto de máximo grado como de relevante y (más escasamente) sin relevante grado de indeterminación normativa. Sin embargo, es posible que esta regla general de equivalencia no siempre se cumpla. En efecto, puede ocurrir que el Constituyente constitucionalice un bien humano no esencial; o puede que el Constituyente haya constitucionalizado una concreción no directa sino sucesiva del bien humano esencial constitucionalizado. En

uno y otro caso, su destino no debería haber sido la Constitución, sino una norma infraconstitucional, como la ley. Cuando esto ocurra, la norma constitucional conformará el contenido constitucional del derecho fundamental, pero solo de manera formal, pues materialmente tendrá valor infraconstitucional. Tales normas pueden ser llamadas como normas constitucionales infraconstitucionales. Por ser casos excepcionales, aquí solo se dará cuenta de la posibilidad de que ocurran, pero no serán objeto de análisis.

En relación con el derecho fundamental a la libertad personal, se graficará lo que se lleva dicho sosteniendo que el contenido esencial del derecho humano a la libertad personal equivale al contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal, el cual estará conformado, entre otras, por la norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa N2.24 CP, y sus concreciones, las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24.d CP y N2.24.f CP.

5.2. Las normas constitucionales adscriptas de origen nacional y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

La constitucionalización del contenido esencial de los derechos humanos acontece principalmente a través de normas de máximo y de relevante grado de indeterminación normativa. Son normas que reclaman concreciones, las cuales —como se explicó— son establecidas a través de las leyes de desarrollo constitucional (leyes y decretos legislativos), y a través de sentencias de

desarrollo constitucional (sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional). Son interpretaciones vinculantes de la Constitución que concretan directa y no sucesivamente las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, por lo que existen adheridas a estas y que aquí se les ha denominado como normas constitucionales adscriptas de origen nacional. Consecuentemente, y como regla general, el contenido constitucional de los derechos fundamentales no solo se conforma por las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente, sino también por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional creadas por las leyes y las sentencias de desarrollo constitucional.

Esta regla general puede tener excepciones, sin embargo. Será este el caso cuando la interpretación vinculante que de la Constitución formulen los órganos nacionales destinados a crear normas constitucionales adscriptas, concrete de modo indirecto, sucesivo y no esencial a las normas constitucionales directamente estatuidas. Si así ocurriese, se obtendrá una norma solo formalmente constitucional, materialmente será una norma infraconstitucional (una norma legal adscripta o, más excepcionalmente, una norma reglamentaria adscripta). Aquí interesará razonar solo desde la regla general, por lo que de este otro supuesto de norma constitucional infraconstitucional nada más será dicho.

En cuanto al derecho fundamental a la libertad personal, lo que se lleva sostenido quedará graficado afirmando que el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal está conformado, entre otras, por las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24 CP, N2.24.d CP y

N2.24.f CP; así como por las normas constitucionales a ellas adscriptas N268 Decreto Legislativo 957, N22 CAS 626-2013 y N59 STC 04780-2017-PHC.

5.3. Las normas constitucionales adscriptas de origen convencional y el contenido constitucional de los derechos fundamentales

Como fue explicado, el contenido esencial de los derechos humanos es convencionalizado a través de normas convencionales directamente estatuidas por el legislador convencional. A estas normas se adhieren las interpretaciones vinculantes y concretadoras para las que ha sido creado el tribunal internacional para la defensa de un tratado internacional. A estas normas se les ha llamado como normas convencionales adscriptas. Más precisamente en relación con el sistema interamericano de derechos humanos, el contenido esencial de los derechos humanos ha sido convencionalizado por las normas directamente estatuidas en la CADH, a las que se han adscripto las interpretaciones vinculantes y concretadoras establecidas por la Corte IDH en ejercicio de su función contenciosa y consultiva.

También, como se justificó, una vez ingresadas al sistema jurídico nacional, estas normas convencionales se adhieren a las normas de la Constitución y existen adscriptas a ellas. Como normas constitucionales adscriptas de origen convencional, reconocen y regulan los bienes humanos debidos que significan los derechos humanos constitucionalizados que son los derechos fundamentales. Conformen, por tanto, el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

El contenido constitucional de los derechos fundamentales, por tanto, estará conformado por la sumatoria de normas constitucionales directamente estatuidas por el legislador constituyente; más las interpretaciones vinculantes que de ellas se han formulado a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional para conformar el derecho constitucional adscripto de origen nacional; y más el derecho convencional constitucionalizado que conforman las normas constitucionales adscriptas de origen convencional.

Así, y respecto al derecho fundamental a la libertad personal, el contenido constitucional del derecho fundamental a la libertad personal está conformado, entre otras, por las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24 CP, N2.24.d CP y N2.24.f CP; por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional N268 Decreto Legislativo 957, N22 CAS 626-2013 y N59 STC 04780-2017-PHC; y por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional N7.1 CADH, N7.3 CADH, N140 Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, N40 OC-8/87, entre otras.

6. Consecuencias

Así entendido el contenido constitucional de los derechos fundamentales, varias consecuencias pueden ser mostradas. Aquí solo hay espacio para algunas de ellas.

6.1. La necesidad de conocer el derecho constitucional adscripto

La primera consecuencia es que el derecho constitucional vigente en un sistema jurídico nacional no es más solamente el derecho de la Constitución, es decir, no es más solo el derecho de las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente. En particular, el derecho constitucional de los derechos fundamentales no se agota en las normas iusfundamentales recogidas en la Constitución; sino que a ellas se deben sumar las normas constitucionales adscriptas, tanto las de origen nacional como las de origen convencional.

Para resolver los distintos problemas jurídicos que puedan presentarse en relación con los derechos fundamentales, no es suficiente con conocer y acudir a la parte dogmática de la Constitución, sino que debe conocerse y acudirse al resto de fuentes constitucionales que conforman el derecho de los derechos fundamentales. Así, a las leyes y los decretos legislativos que desarrollan el contenido constitucional de los derechos fundamentales. También a las sentencias de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que a través de las *ratios decidendi* de sus respectivas sentencias concretan el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Y también a los tratados internacionales sobre derechos humanos y a las resoluciones de los tribunales internacionales, en particular a la CADH y a las resoluciones de la Corte IDH.

Irremediablemente esto reclama que toda solución de un problema jurídico iusfundamental se sostenga sobre razones que se construyen no solo desde la Constitución, sino también, y particularmente, desde las interpretaciones vinculantes que

de la Constitución se ha establecido en las leyes y las sentencias de desarrollo constitucional, así como desde el derecho convencional constitucionalizado³². La garantía de la motivación de decisiones se asegura más plenamente si el órgano de decisión toma en cuenta y emplea las normas de distinto tipo que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

6.2. Más operaciones jurídicas de subsunción

La segunda consecuencia puede ser presentada en estos términos: mientras más normas constitucionales adscriptas puedan ser identificadas como formal y materialmente válidas y conformadoras del contenido constitucional de un derecho fundamental, la labor del operador jurídico nacional, particularmente la del juez como controlador de la constitucionalidad de las decisiones públicas y privadas, se parecerá cada vez más a una labor subsuntiva antes que a una labor delimitadora o ponderativa del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Cuando a un operador jurídico se le presenta un problema referido a derechos fundamentales, luego de determinar el problema jurídico que debe resolver, se enfrenta a la cuestión de identificar el derecho relevante para solucionar el caso (cuestiones de relevancia). En esta labor de identificación acudirá a las distintas fuentes del derecho constitucional sobre derechos fundamentales: a la Constitución, a las leyes y las sentencias

32 Se lleva razón cuando se afirma que «con relación a la teoría iuspositivista de las fuentes, con sus jerarquías fijadas por el legislador interno, esta parece resquebrajada por las jurisprudencias constitucional [...] e internacional» (Barberis, 2019, p. 27).

de desarrollo constitucional, y al derecho convencional constitucionalizado. Luego de identificar las disposiciones normativas y/o los fundamentos jurídicos de las sentencias respectivas, formulará las normas constitucionales correspondientes con las que resolverá el caso (cuestiones de interpretación).

Es posible que una o más de las normas identificadas resuelva el problema jurídico presentado al operador jurídico. Si así fuese, este deberá asegurarse de que la norma identificada será materialmente válida (cuestiones de validez) para a continuación proceder a aplicarla y resolver el problema presentado. Cuando esto ocurra, el operador jurídico no necesitará emplear metodologías delimitadoras o ponderativas del contenido esencial de los derechos fundamentales para justificar la regla jurídica que emplea para construir la premisa normativa con la que dará solución al problema jurídico. Tal metodología ya la habrá empleado el órgano productor de la norma constitucional aplicable, lo que exime que vuelva a ser aplicada. Habrá necesidad de delimitar o ponderar derechos fundamentales para construir una regla jurídica que resuelva el problema que se enfrenta en caso no exista una norma constitucional que resuelva el problema jurídico presentado; o en caso se pretenda inaplicar la norma constitucional que regula el caso por ser materialmente inválida.

6.3. El bloque de constitucionalidad iusfundamental

La tercera consecuencia puede ser formulada así: las normas constitucionales sobre derechos fundamentales, tanto las directamente estatuidas por el Constituyente como las normas constitucionales a ellas adscriptas, ya sean estas de origen nacional

o convencional, conforman la parte dogmática del bloque de constitucionalidad³³. Como tales se convierten en parámetro de validez material de las distintas decisiones públicas o privadas, en la medida que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Asumida la validez material de las normas constitucionales que conforman el bloque de constitucionalidad, cada vez que una decisión pública o privada lo contraviene, incurre en inconstitucionalidad. Si así ocurriese, los procesos constitucionales que podrán ser activados son el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*. La razón es que estos procesos constitucionales están especialmente pensados para neutralizar agresiones (violaciones efectivas o amenazas ciertas e inminentes) al contenido constitucional de los derechos fundamentales³⁴; no están para atender

33 El Tribunal Constitucional (2005b) ha hecho referencia a la mayoría de los componentes normativos del contenido constitucional de un derecho fundamental como integrantes del bloque de constitucionalidad, de la siguiente manera: «La noción de “sustento constitucional directo” a que hace referencia el artículo 38º del CPConst., no se reduce a una tutela normativa del texto constitucional formal. Alude, antes bien, a una protección de la Constitución en sentido material (*pro homine*), en el que se integra la Norma Fundamental con los tratados de derechos humanos, tanto a nivel positivo (artículo 55º de la Constitución), como a nivel interpretativo (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución); y con las disposiciones legales que desarrollan directamente el contenido esencial de los derechos fundamentales que así lo requieran. Tales disposiciones conforman el denominado canon de control constitucional o “bloque de constitucionalidad”» (fundamento 9).

34 El legislador peruano lo ha dispuesto en estos términos: «No proceden los procesos constitucionales cuando: 1. Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado» (artículo 7.1 del Código Procesal Constitucional).

agresiones del contenido infraconstitucional de los derechos fundamentales³⁵. El bloque de constitucionalidad también podrá ser empleado cuando la agresión a las normas que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales proviene de una norma con rango de ley. En este caso, se acudirá a un proceso de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución). Y podrá ser empleado también cuando la agresión provenga de normas infralegales, en cuyo caso se deberá acudir al proceso popular (artículo 200.5 de la Constitución).

6.4. No es jurídicamente posible el control de convencionalidad, sino el de constitucionalidad

Según el modo de entender el contenido constitucional de los derechos fundamentales aquí propuesto y su relación con el bloque de constitucionalidad, es posible sostener una consecuencia más: en estricto, es jurídicamente imposible que los operadores jurídicos nacionales lleven a cabo un control de convencionalidad, solo podrán realizar un control de constitucionalidad. El derecho convencional sobre derechos humanos, tanto el directamente estatuido como el adscripto, vincula a los operadores jurídicos nacionales porque ha ingresado al sistema jurídico nacional. Si no hubiese ingresado, no vincularía y no podría ser empleado en la solución de los distintos problemas jurídicos en la jurisdicción nacional. Que haya ingresado necesariamente significa que el derecho convencional se ha constitucionalizado, es decir, que ya no es más derecho convencional a secas, sino que es —como se ha justificado— derecho

35 Lo explico en Castillo (2014).

constitucional de origen convencional, más precisamente derecho constitucional adscripto de origen convencional. Como tal ha pasado a integrar el contenido constitucional de los derechos fundamentales y a conformar el bloque de constitucionalidad. Con este bloque lo que se puede llevar a cabo es el control de constitucionalidad, no control de convencionalidad de las decisiones públicas y privadas.

El control de convencionalidad se lleva a cabo de la mano del bloque de convencionalidad, el cual no está —no podría estar— conformado por normas constitucionales, sino exclusivamente por normas convencionales, tanto las directamente estatuidas como las adscriptas. Las normas convencionales son tales antes de ingresar a un sistema jurídico nacional como el peruano; una vez ingresadas se convierten en normas constitucionales, que, aunque de origen convencional, no dejan de ser normas constitucionales. Si la norma convencional es tal cuando aún no ha ingresado al sistema jurídico nacional, y el operador jurídico nacional solo puede aplicar lo que forma parte del sistema jurídico interno; entonces, no es posible que tal operador jurídico aplique una norma convencional. Aplicará una norma convencional constitucionalizada, o si se quiere, una norma constitucional de origen convencional, pero no una norma convencional en estricto.

De modo que ningún operador nacional tiene a su disposición el bloque de convencionalidad, sí tiene a su disposición un bloque de constitucionalidad del cual forma parte también el derecho convencional constitucionalizado o, como aquí se le ha llamado, el derecho constitucional de origen convencional. En particular, los jueces nacionales no interpretan ni aplican disposiciones convencionales *a secas*, sino que interpretan y

aplican disposiciones convencionales constitucionalizadas. Por eso no crean derecho convencional adscripto. La única que puede hacerlo es la Corte IDH porque para el ejercicio de la competencia, contenciosa o consultiva, ella interpreta y aplica el derecho convencional no constitucionalizado o derecho convencional *a secas*.

Consecuentemente, si en los sistemas nacionales el control de validez jurídica es resultado de un control de constitucionalidad y no de convencionalidad, entonces, el control solo estará en manos de aquellos a los que el Constituyente nacional les haya atribuido el control de constitucionalidad, que en el caso peruano solamente son los jueces (órganos con jurisdicción: judicial, arbitral, militar, electoral) y el Tribunal Constitucional. Solo ellos podrán realizar control de constitucionalidad con un parámetro de control (un bloque de constitucionalidad como se ha explicado) conformado también por el derecho constitucional de origen convencional. Ningún otro funcionario público podrá llevar a cabo el control de constitucionalidad, no por lo menos sin contravenir a la Constitución misma; y mucho menos podrá aplicar control de convencionalidad.

En este modo de entender las cosas, la Corte IDH no es estricta cuando denomina como control de convencionalidad al control en manos de los jueces nacionales³⁶; y comete un error cuando obliga a todos los funcionarios nacionales a llevar a cabo

36 Según la Corte IDH (2010), «los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana» (párr. 225).

tal control de convencionalidad³⁷. En este modo de entender las cosas, el control de convencionalidad solo lo puede realizar un órgano convencional como la Corte IDH; los funcionarios nacionales solo pueden aplicar control de constitucionalidad, y no todos, sino solamente quienes tengan atribuida tal competencia por el Constituyente nacional³⁸.

6.5. La solución de las contradicciones entre el derecho constitucional de origen nacional y el de origen convencional

La quinta consecuencia a la que aquí se hará referencia puede ser formulada de esta manera: si el contenido constitucional de un derecho fundamental está conformado por normas constitucionales, tanto de origen nacional (las directamente estatuidas y las adscriptas) como las de origen convencional, entonces, todas tendrán un mismo valor normativo, de modo que en caso de antinomia la solución no puede provenir del rango normativo, sino del ajustamiento al bien humano esencial debido que reconocen o concretan. Esta consecuencia es particularmente relevante para cuando las normas en contradicción son una constitucional de origen nacional, y otra constitucional de origen convencional. Generada la contradicción, esta no se

37 Según la Corte IDH (2012), «todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”» (párr. 142).

38 Por eso no se puede compartir la afirmación según la cual «la directriz de la Corte Interamericana obliga al juez local a practicar *directamente* el control de convencionalidad, [pues] ese oficio no necesita estar autorizado por el Constituyente» (Sagüés, 2010, p. 123).

resuelve haciendo prevalecer siempre y en todo caso la de origen convencional sobre la de origen nacional, como erróneamente ha propuesto tanto la doctrina³⁹ como la misma Corte IDH⁴⁰, y no solo en referencia a la CADH, sino también respecto del derecho convencional adscripto⁴¹. En el caso peruano ayuda a superar este error el artículo VIII del actual Código Procesal Constitucional, al disponer que «en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos». Esta consecuencia es de una envergadura relevante, por lo que conviene explicarla más detalladamente, como se hará a continuación.

39 Por todos, véase Sagüés (2010), quien propone una superioridad del derecho convencional sobre el derecho nacional (pp. 124-125).

40 La misma que ha establecido «cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también *están sometidos* a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención *no se vean mermad[o]s por la aplicación de leyes contrarias* a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos» (Corte IDH, 2006a, párr. 124; las cursivas son añadidas).

41 En palabras de la Corte IDH (2013), «el órgano judicial tiene la función de *hacer prevalecer* la Convención Americana y *los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna*, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso» (párr. 73; las cursivas son añadidas). Aunque se menciona el fallo, en realidad «deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana» (párr. 66).

7. La posible inconstitucionalidad de las normas constitucionales

7.1. Planteamiento de la cuestión

La Constitución peruana es una Constitución propia del Estado constitucional de derecho⁴². Esto significa que para reconocer validez a las distintas decisiones (normativas y no normativas) públicas y privadas, no es suficiente que se cumplan los requisitos formales de competencia y procedimiento previsto, sino que es necesario que también se cumplan, y además prevalentemente, las exigencias de justicia material representadas por los bienes humanos debidos que son los derechos humanos. De modo que una decisión formalmente válida puede ser materialmente inválida, en cuyo caso está llamada a ser ineficaz, cuando no a dejar de existir jurídicamente.

En particular referencia a los jueces: si de lo que se trata es de resolver las distintas controversias a través de soluciones justas, entonces, es una regla esencial que emplee para ello solo normas que además de ser formalmente válidas, de ellas también pueda ser dicho que son materialmente justas. Esto vale, de igual modo, y además de forma significativa, para resolver problemas jurídicos con relación a los derechos fundamentales. De manera que, en esos casos, las normas que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental no solo deben ser formalmente válidas, sino también deben ser materialmente válidas para ser empleadas en la solución de un problema jurídico. Esto abre la siguiente cuestión: ¿es posible que las normas que

⁴² Véase Castillo (2020, pp. 37-43).

conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental puedan ser materialmente inválidas? Examinémoslo por partes.

7.2. La inconstitucionalidad de las normas constitucionales directamente estatuidas

En primer lugar, se planteará la cuestión de la validez material respecto de las decisiones del Constituyente. Aquí se asumirá que todas las decisiones del Constituyente son siempre constitucionales desde un punto de vista formal, porque pertenecen a la Constitución y la pertenencia es un elemento formal, y porque llegan a pertenecer a ella debido a que han sido cumplidas las exigencias básicas formales (órgano competente y procedimiento previsto) para su expedición. Sin embargo, pueden ser dadas al menos dos razones para sostener que materialmente pueden ser injustas o inconstitucionales que, en un Estado constitucional de derecho, es otro modo de llamar a lo injusto al contravenir una exigencia de justicia constitucionalizada.

La primera razón atañe a las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa. Con base en el concepto de derecho humano arriba expresado, el legislador constituyente no crea el bien humano esencial, solo lo reconoce, consecuentemente, y aunque no debiera, puede errar en el reconocimiento. Así acontecerá si el legislador constituyente mencionase el nombre del bien humano para negarlo a todos. Este será el caso, por ejemplo, si el Constituyente decidiese que «nadie tiene derecho a la libertad personal».

Si así ocurriese, el Constituyente incurre en injusticia porque incumple lo *debido* a la persona. La norma, además de injusta,

podrá ser calificada de inconstitucional si es que se hubiese constitucionalizado el valor de la persona o su dignidad humana, en la medida que se niega un bien humano esencial que, como se explicó, es debido por valer lo que vale la persona. Por tratarse de la negación plena de un bien humano esencial, la injusticia o inconstitucionalidad deberá ser considerada como manifiesta⁴³ e insoportablemente injusta o inconstitucional y, por tanto, como no nacida al mundo jurídico⁴⁴. Estas son situaciones posibles, aunque extremadamente improbables, por lo que de ellas nada más será dicho aquí.

La segunda razón atañe a las normas con relevante o sin relevante grado de indeterminación normativa que, cumpliendo las exigencias de forma, ha establecido el Constituyente, y a través de las cuales regula el bien humano debido para concretar el contenido esencial del derecho humano reconocido. Por tratarse de una concreción, el Constituyente puede —aunque no debiera— hacerlo desajustándose del bien humano que pretende concretar. Si se desajustase, la norma deberá ser tenida como injusta, al ser contraria a la exigencia de justicia que representa el bien humano debido; y en la medida que el bien humano a concretar está constitucionalizado, la norma también deberá ser tenida como materialmente inconstitucional.

43 Una norma es manifiestamente inconstitucional «cuando no es posible mostrar ninguna razón a favor de la constitucionalidad de la norma, y si alguna es mostrada resulta tan débil que se convierte en una razón aparente» (Castillo, 2017, p. 54).

44 En palabras de Radbruch (1990), «la contradicción entre la ley “positiva” y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como “Derecho injusto” ante la justicia. [...] ahí la ley no es solo “Derecho injusto”, sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica» (p. 89).

Aunque excepcionales, estas inconstitucionalidades materiales tienen mayor probabilidad de ocurrir que el supuesto de las normas de máximo grado de indeterminación normativa antes explicado. Por ejemplo, el Constituyente ha reconocido el bien humano vida con la expresión «todos tienen derecho a la vida» (artículo 2.1), pero a la hora de concretarlo ha decidido que está permitido desenvolver una voluntad consciente para matar por delito de traición a la patria en caso de guerra y de terrorismo (artículo 140). No parece que esta concreción se ajuste al bien humano vida como objeto concretado.

En la sentencia del Expediente n.º 01333-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional creyó estar ante un caso de norma directamente estatuida (formalmente) constitucional (materialmente) inconstitucional. El caso fue que un juez no ratificado fue separado de la magistratura. Años después pretendió postular a una plaza de juez supremo convocada por el entonces Consejo Nacional de la Magistratura. Sin embargo, no se le permitió postular porque el artículo 154.2 de la Constitución prohibía (y prohíbe) al juez no ratificado reingresar al Poder Judicial.

Planteada la demanda de amparo, esta llegó al Tribunal Constitucional, el cual luego de advertir un trato distinto entre el juez no ratificado y el juez destituido por medida disciplinaria⁴⁵, sostuvo que ese trato era discriminatorio:

45 Lo hizo en estos términos: «la no ratificación judicial es un acto de consecuencias aún más graves que la destitución por medidas disciplinarias, ya que, a diferencia de esta última, el inciso 2) del artículo 154.º de la Constitución dispone, literalmente, que “Los no ratificados no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”, mientras que los destituidos por medidas disciplinarias sí pueden reingresar» (Tribunal Constitucional, 2006a, fundamento 5).

la Constitución garantiza el derecho a la igualdad y no discriminación por ningún motivo en el artículo 2.2°, de modo que *no cabe el tratamiento discriminatorio* que da a los que fueron destituidos por medida disciplinaria, para quienes no rige tal prohibición (Tribunal Constitucional, 2006a, fundamento 5; las cursivas son añadidas).

Según el Tribunal Constitucional fue el Constituyente el que incurrió en trato discriminatorio y, por ello, en inconstitucionalidad de tipo material⁴⁶. Aunque este es un caso en el que quien incurre en inconstitucionalidad fue el Tribunal Constitucional⁴⁷, sirve para graficar la posibilidad de que en la Constitución existan normas materialmente inconstitucionales.

De esta manera se ha de concluir que, aunque son situaciones excepcionales, es posible que existan normas constitucionales directamente estatuidas que sean formalmente constitucionales, pero que por concretar desajustadamente el bien humano debido reconocido, son materialmente inconstitucionales.

7.3. La inconstitucionalidad de las normas constitucionales adscriptas de origen nacional

Algo parecido ocurre con las normas constitucionales adscriptas de origen nacional. Aun habiendo cumplido tanto la ley y

46 Por eso «exhorta al órgano de la reforma constitucional a que sea este el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución, permitiendo hacer compatibles los derechos de los magistrados no ratificados con las funciones que cumple la ratificación» (Tribunal Constitucional, 2006a, fundamento 7).

47 Lo tengo justificado en Castillo (2018, pp. 401-411).

los decretos legislativos, así como las sentencias de la Corte Suprema y las del Tribunal Constitucional, todas las exigencias procedimentales para ser reconocidas como existentes y, por tal razón, ser tenidas como formalmente constitucionales, pueden ser materialmente inconstitucionales por transgredir alguna exigencia de justicia material constitucionalizada a través de una norma constitucional estatuida por el Constituyente. Al menos dos razones pueden ser mostradas como justificación.

La primera es el carácter de poder constituido que tienen los órganos públicos productores de derecho constitucional adscripto: el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo, la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Todos ellos tienen a la Constitución, más precisamente, a las normas constitucionales directamente estatuidas, como un límite efectivo; lo que a su vez significa que, aunque no debieran, es posible jurídicamente que lo transgredan. La otra razón es que, tal y como aquí fue definida, la norma constitucional adscripta concreta una norma constitucional directamente estatuida, y la concreción puede ajustarse o desajustarse del objeto concretado. Cuando la norma constitucional directamente estatuida formal y materialmente constitucional es concretada desajustadamente por alguno de los referidos poderes constituidos, la norma constitucional adscripta resultante será materialmente inconstitucional.

De esta manera, asumida su constitucionalidad formal, es posible que la interpretación vinculante y concretadora de la Constitución establecida en una ley o en una sentencia de desarrollo constitucional, sea materialmente inconstitucional. Por ejemplo, en la sentencia del Expediente n.º 03741-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional concretó la norma

constitucional directamente estatuida N138 CP⁴⁸ en su elemento abierto «jueces», de esta manera:

50. [...] A) [...] Regla sustancial: Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución⁴⁹.

La norma constitucional adscripta N50A STC 03741-2004-AA nació al mundo jurídico y se adscribió a la norma directamente estatuida N138 CP. Sin embargo, pocos años después el Alto Tribunal, con una composición distinta, la dejó sin efecto⁵⁰. La razón fue que «tal precedente [la norma N50A STC 03741-2004-AA] *desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución*» (fundamento 34), «*afecta el sistema*

48 Esta norma puede ser formulada en estos términos:

N138 CP: Está ordenado a los jueces que, en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, prefieran la primera. Igualmente, deben preferir la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

49 Mediante resolución aclaratoria, el Tribunal Constitucional decidió que no todo tribunal administrativo tenía atribuido control difuso, sino solamente aquellos «*que imparten “justicia administrativa” con carácter nacional, adscritos al Poder Ejecutivo y que tengan por finalidad la declaración de derechos fundamentales de los administrados*».

50 Así dijo: «4. DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo» (Tribunal Constitucional, 2014, punto 4 del fallo).

de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución [...], incluso afecta al principio de división de poderes» (fundamento 33a), y «lleva a quebrar el equilibrio entre democracia y constitucionalismo, al permitir que quien por imperio de la Constitución no posee legitimidad directa y expresa pueda hacer ineficaces las normas jurídicas vigentes» (fundamento 35). Es decir, la deja sin efecto por ser contraria a la Constitución.

7.4. La inconstitucionalidad de las normas constitucionales adscriptas de origen convencional

El derecho convencional también puede ser contrario a un bien humano esencial debido. Hagamos el razonamiento desde el derecho convencional interamericano sobre derechos humanos. La contradicción puede ocurrir no tanto a la hora en que la CADH reconoce el bien humano, sino a la hora en que el legislador convencional o la Corte IDH lo concreta. Nuevamente el concepto de concreción como una realidad que puede estar ajustada o desajustada respecto del objeto concretado es relevante para justificar la posibilidad de contradicción. Si un bien humano es reconocido en la CADH y, por ello, se convencionaliza el contenido esencial del derecho humano, y a la vez se le concreta de manera desajustada, entonces, la norma convencional directamente estatuida o adscripta resultante será materialmente inconvencional. Es posible, pues, que existan normas formalmente convencionales y materialmente inconvencionales por ser contrarias a un bien humano debido.

Cuando la norma convencional inconvencional ingresa al sistema jurídico peruano, el bien humano que concreta ya se

encuentra expresa o implícitamente constitucionalizado en la Constitución peruana. De modo que la contradicción del bien humano que la norma convencional significa, supone la contradicción de un bien humano constitucionalizado, lo que la convierte en una norma materialmente inconstitucional. De esta manera, la norma materialmente inconventional se convierte en una norma materialmente inconstitucional.

7.5. La inaplicación de las normas constitucionales inconstitucionales

El conjunto de normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental, siendo todas ellas formalmente constitucionales, puede ser materialmente inconstitucional. Esto provoca que en el referido conjunto puedan existir antinomias. Serán extremadamente improbables entre normas constitucionales directamente estatuidas y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional que tienen su fuente en el legislador convencional, en uno y otro caso de máximo grado de indeterminación normativa. Entre este tipo de normas por lo general habrá coincidencia. De modo que ordinariamente la voluntad del legislador constituyente es compatible con la voluntad del legislador convencional cuando se trata de reconocer los derechos humanos.

Esta compatibilidad puede empezar a romperse cuando el legislador constituyente y el legislador convencional concretan el bien humano reconocido. Aunque serán situaciones improbables, puede acontecer que un mismo bien humano sea concretado por la CADH de modo contrario a como lo ha

hecho la Constitución peruana. Y aunque excepcionales, aumentan las probabilidades de contradicción entre las concreciones que formulen los intérpretes vinculantes tanto de la Constitución peruana (el Congreso de la República y el Ejecutivo a través de leyes de desarrollo constitucional, y la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional a través de las sentencias de desarrollo constitucional), como de la CADH (la Corte IDH a través de sus sentencias contenciosas y resoluciones consultivas).

Pues bien, cuando la antinomia entre normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental surge, la solución no debe ser consecuencia de consideraciones formales como el rango normativo, sino que debe provenir de criterios de justicia material. Saber cuál norma ha de aplicarse y cuál no en la solución del problema jurídico, dependerá de saber responder a la pregunta de cuál de las dos normas que componen el contenido constitucional de un derecho fundamental y que son contrarias entre sí, representa una concreción ajustada del bien humano debido. La razón es que no es posible, ni lógica ni jurídicamente, que siendo ambas concreciones de un mismo bien humano, ambas sean contrarias entre sí y a la vez hayan concretado ajustadamente el bien humano debido. Una de las dos normas en contradicción significará una concreción desajustada del bien humano debido, es decir, una de las dos será formalmente constitucional pero materialmente inconstitucional.

Si bien la tarea de identificar el derecho constitucional inconstitucional puede ser llevada a cabo por todos los operadores jurídicos, será respecto de los jueces (judiciales, arbitrales, militares, electorales y el Tribunal Constitucional) que cobre relevancia

en la medida que ellos, luego de identificarla podrán neutralizarla porque titularizan el control de constitucionalidad. Así, los jueces, una vez identificada la norma constitucional materialmente inconstitucional y justificada suficiente y debidamente la inconstitucionalidad material, procederán a hacer prevalecer en el caso concreto la norma materialmente constitucional y a inaplicar la norma contraria. No podrán ser derogadas, salvo el caso de las leyes de desarrollo constitucional que son declaradas materialmente inconstitucionales en una demanda de inconstitucionalidad; y salvo que el mismo órgano productor (Congreso de la República, Ejecutivo, Corte Suprema, Tribunal Constitucional o Corte IDH) la deje sin efecto a través de una ley o una sentencia posterior.

8. Metodologías de solución de problemas jurídicos para cuando no exista norma materialmente válida

Si planteado un determinado problema jurídico referido a derechos fundamentales, no existe una norma constitucional, directamente estatuida o adscripta, de origen nacional o convencional, materialmente válida que lo resuelva, la tarea del operador jurídico será la de construir tal regla jurídica a través de la interpretación vinculante de la Constitución que concrete normas constitucionales directamente estatuidas. Para llevar a cabo dicha construcción, el juez tiene a su disposición dos metodologías: la conflictivista, que propone ponderar derechos

fundamentales; y la armonizadora, que propone delimitar el alcance razonable de los derechos fundamentales, como a continuación se pasa a mostrar brevemente.

8.1. La metodología conflictivista

La metodología conflictivista, sobre la base de unos presupuestos teóricos de la modernidad⁵¹, propone que los derechos fundamentales son realidades que colisionan en su contenido constitucional. Para ello parte de un concepto de derecho fundamental que propicia el conflicto. Tal concepto equipara los derechos fundamentales a los principios, y a estos los define como «mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas» (Alexy, 1993, p. 86).

Así definidos, los derechos fundamentales tendrán un ámbito constitucional de protección ilimitado conformado por «todo el espectro de normas y de posiciones jurídicas que sea posible relacionar en principio semánticamente con el derecho tipificado en la Constitución» (Bernal, 2003, p. 460). Esta conformación o adscripción ilimitada tiene carácter *prima facie*⁵² y se lleva a cabo con base en criterios muy laxos. Así, «basta que la norma o la posición jurídica correspondiente tenga por

51 Una explicación de los presupuestos teóricos del conflictivismo se encuentra en Cianciardo (2000, pp. 123-175).

52 Es la traslación de la categoría deber *prima facie* que formulara Ross (1994, pp. 35-ss.).

lo menos una propiedad que la relacione con la disposición iusfundamental, para que se le pueda considerar como una norma o posición adscrita *prima facie*» (Bernal, 2003, p. 460). En este contexto conceptual el resultado es inevitable: el contenido constitucional *prima facie* ilimitado de un derecho fundamental puede ser contrapuesto y entrar en conflicto con el contenido constitucional *prima facie* ilimitado de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional⁵³.

Así las cosas, irremediablemente surge la necesidad metodológica de crear una zona *restringible* en el contenido constitucional del derecho fundamental: así, propone esta teoría asumir que todo derecho fundamental tiene una parte restringible o sacrificable en su contenido constitucional⁵⁴. La restricción o el sacrificio serán permitidos solo cuando y en la medida que sea necesario para posibilitar el ejercicio de otro derecho fundamental o bien jurídico constitucional. Aquí surge la necesidad de una herramienta que permita establecer cuál de los dos contenidos constitucionales *prima facie* ilimitado de los derechos fundamentales en conflicto ha de restringirse y en qué medida. La teoría conflictivista propone el llamado principio de proporcionalidad, de cuya aplicación se obtiene, en cada caso concreto, una *relación de precedencia condicionada* (Alexy, 1993, p. 92),

53 El conflicto constitucional es definido por Alexy (1993) de este modo: «dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio» (p. 87).

54 Se trata de «la periferia [que] puede ser restringida, según las necesidades que se deriven de otros derechos, bienes o intereses que aparezcan tipificados en la Constitución o que sean relevantes en la vida social» (Bernal, 2003, p. 405).

a través de la cual —y con base en la fórmula del peso (Alexy, 2004, p. 67)— se identifica el derecho fundamental prevalente y el sacrificado.

8.2. Deficiencias de la metodología conflictivista

La metodología conflictivista tiene una serie de dificultades que han sido puestas de relieve por autores como Jürgen Habermas (2005, pp. 328-ss.), Aulis Aarnio (2000, pp. 596-ss.) y Luis Prieto (2003, pp. 180-ss.). A ellas se han de añadir al menos las siguientes objeciones. Primera, que el alcance *prima facie* de un derecho fundamental no es derecho, es una mera expectativa o pretensión que finalmente se puede o no adeudar. Esto significa que, en estricto, el conflicto se plantea entre pretensiones o expectativas, no entre contenidos constitucionales de derechos fundamentales.

Segunda, considerar que los derechos fundamentales tienen en su contenido constitucional una parte sacrificable es una mera opción metodológica que viene exigida por un determinado concepto de derecho fundamental. De hecho, las razones formales y materiales apuntan a reconocer que el contenido constitucional de los derechos fundamentales ni es ilimitado ni es sacrificable. De modo que si es posible justificar un concepto de derecho fundamental distinto que no requiera construirse sobre el sacrificio de su contenido constitucional, habrá desaparecido la necesidad de sostener que los derechos tienen una parte sacrificable.

Tercera, es un hecho objetivo que las disposiciones y las consecuentes normas iusfundamentales son mandatos abiertos que

requieren de concreciones. Sin embargo, de la incuestionable exigencia de concreciones de la norma constitucional directamente estatuida abierta (de máximo grado y de relevante grado de indeterminación) que se desprende del texto constitucional, no se sigue necesariamente que los derechos fundamentales deban concebirse como realidades que se expanden ilimitadamente en su contenido constitucional, para chocar y luego ser sacrificada y restringida la que «pese menos». Indeterminación normativa no equivale a alcance ilimitado del contenido constitucional, ni tan siquiera *prima facie*.

Cuarta, la metodología conflictivista, al proponer la existencia de contenidos constitucionales contrarios entre sí, rompe básicos principios de interpretación constitucional. Por lo menos el principio de unidad de la Constitución⁵⁵, porque los conflictos entre derechos presuponen concluir dos normas contrarias a partir de dos disposiciones constitucionales distintas; y el principio de normatividad de la Constitución⁵⁶, porque permite el sacrificio del contenido constitucional del derecho fundamental que, por «pesar menos», debe ser restringido (Castillo, 2007, pp. 329-331).

55 Conforme al cual «la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto» (Tribunal Constitucional, 2005f, fundamento 12.a).

56 Para el Tribunal Constitucional (2005f): «*El principio de fuerza normativa de la Constitución*: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto» (fundamento 12.e).

Todas estas deficiencias justifican preguntarse si es posible una metodología alternativa que se condiga más y mejor con la posición jurídica de la persona como fin supremo que proscribe el sacrificio de sus fundamentales derechos, y con la posición jurídica de la Constitución como norma suprema que proscribe el sacrificio de sus contenidos normativos.

8.3. La metodología armonizadora

Una metodología alternativa es posible y parte del concepto de derecho fundamental que aquí se ha propuesto: bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es (naturaleza humana) y valer lo que vale (dignidad humana), y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización. Los bienes humanos esenciales, si realmente son tales, no pueden ser contrarios entre sí (Serna y Toller, 2000, p. 93), de modo que no podrá ocurrir que el contenido esencial de un derecho humano sea contradictorio con el contenido esencial de otro derecho humano⁵⁷. Si, además, la Constitución como norma fundamental está destinada a constitucionalizar el contenido esencial de los derechos humanos, de modo que conforma el contenido constitucional del derecho fundamental, entonces, tampoco podrá ser sostenido que el contenido constitucional de un derecho fundamental entra en colisión con el contenido constitucional de otro derecho fundamental (Castillo, 2007, pp. 333-ss.).

57 Si los bienes humanos conforman la finalidad de cada derecho humano, entonces, «la imposibilidad de conflicto entre los fines se traduce en una imposibilidad de conflicto entre los derechos que los persiguen» (Desantes y Soria, 1991, p. 66).

Según esta metodología no conflictivista o armonizadora, los derechos fundamentales no entran en conflicto en su contenido constitucional (Serna, 1994). Ello porque el contenido constitucional es esencialmente limitado (está limitado en su esencia por el bien humano debido), que ha de ser delimitado en las concretas circunstancias; y que comparte el valor de la persona, de modo que, como ella, vale de modo absoluto, es decir, no se le puede sacrificar. El conflicto o contradicción se da entre las pretensiones de un caso concreto, no en el nivel de los derechos fundamentales invocados como sustento de cada una de las pretensiones (Serna y Toller, 2000, p. 37).

En este modo de ver las cosas, es decisiva la advertencia de que al no existir conflicto entre contenidos constitucionales de derechos fundamentales, no hay necesidad de ponderar derechos para hacer prevalecer uno y sacrificar el otro, sino que lo requerido es determinar su alcance razonable (delimitar) en las concretas circunstancias, para así determinar cuál de las pretensiones planteadas cae efectivamente dentro del contenido constitucional del derecho fundamental invocado como justificación (Martínez-Pujalte, 2000, p. 126), desde que al ser contrarias no es posible que ambas estén justificadas a la vez por los derechos fundamentales invocados. Para ello el operador jurídico tiene a su disposición una serie de criterios de interpretación constitucional, en particular, la interpretación sistemática o unitaria de la Constitución, el principio de normatividad de la Constitución, el principio de concordancia práctica⁵⁸, el principio

58 En 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» (Tribunal Constitucional, 2005f, fundamento 12.b).

teleológico, y el principio de razonabilidad en sus componentes de idoneidad y de necesidad (Castillo, 2010, pp. 297-319).

A esta metodología armonizadora sirve entender el contenido constitucional de los derechos fundamentales como un conjunto de normas constitucionales que provienen de fuentes distintas, tal y como aquí ha sido propuesto en las páginas anteriores. En efecto, si el conjunto de normas constitucionales, directamente estatuidas y adscriptas, que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental son formal y materialmente válidas, todas ellas delimitan el alcance razonable del derecho fundamental. Este conjunto de normas será compatible y no contradictorio con el conjunto de normas formal y materialmente válidas que conforman el contenido constitucional de los demás derechos fundamentales. De modo que los contenidos constitucionales estarán destinados a coexistir unos con otros sin necesidad de sacrificarlos. Y si alguna contradicción apareciese, no se resuelve a través de la ponderación, sino por medio de los criterios de justicia material tal y como se ha explicado atrás.

8.4. La metodología empleada por el Tribunal Constitucional peruano

Los tribunales de justicia de cierre, como la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional e incluso la misma Corte IDH, no pueden imponer a las instancias inferiores una determinada metodología iusfundamental. Cada operador jurídico empleará la metodología que más le persuada. Lo único exigido es que conozca bien la metodología que va a utilizar, no solo para evitar errores en su aplicación, sino también para evitar decir que

emplea una metodología cuando en realidad usa la otra. Como no podía ser de otro modo, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano es posible encontrar la aplicación de ambas metodologías (Castillo, 2007, pp. 356-ss.), aunque en determinados momentos ha predominado la metodología conflictivista (Castillo, 2005). Sin embargo, no han sido pocos los casos en los que la aplicación de la metodología conflictivista ha sido solamente nominal porque luego de emplear un lenguaje conflictivista, el Alto Tribunal resolvía el problema jurídico a través de una lógica delimitadora propia de la metodología armonizadora.

Fue este el caso en el que el Tribunal Constitucional contrapuso la libertad de información con el derecho al honor, justificó la posición preferente de la mencionada libertad por contribuir al sistema democrático, y admitió que «cada vez que con su ejercicio se contribuya con el debate sobre las cosas que interesan a todos, deban contar con un margen de optimización más intenso, aun cuando con ello se pudiera afectar otros derechos constitucionales» (Tribunal Constitucional, 2002, fundamento 14); para inmediatamente después afirmar que

solo en apariencia, en el caso de autos se presenta un conflicto entre dos derechos constitucionales (el derecho a la buena reputación y las libertades informativas) que debe ser resuelto conforme a la técnica de la ponderación de bienes, derechos e intereses constitucionalmente protegidos, esto es, aquella según la cual ha de prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene significación pública, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas o, pese a ser falsa,

sin embargo, esta no se ha propalado animada por objetivos ilícitos o socialmente incorrectos del informante (Tribunal Constitucional, 2002, fundamento 15).

En este caso, bien vistas las cosas, que la información tenga relevancia pública, que no se sustente en expresiones ofensivas y que sea veraz, no son condiciones de ejercicio prevalente de la libertad de información sobre el derecho al honor (o cualquier otro derecho fundamental), sino que son condiciones de ejercicio razonable del contenido constitucional, la mencionada libertad fundamental.

Referencias

- Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, (4), 593-602.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- (2004). *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- Aristóteles (2002). *Ética a Nicómaco* (J. Marías y M. Araujo, trads.). [Edición bilingüe]. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barberis, M. (2019). *Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo*. Zela.
- Bernal, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (R. A. Serrano, trad.). Trotta.

- Bonet, J. (2008). Historia y evolución de la protección de los derechos humanos. En Bonet, J. y Sánchez, V. M. (coords.), *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios* (pp. 33-72). Huygens.
- Castillo, L. (2005, julio-diciembre). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Peruana de Derecho Público*, (11), 127-151.
- _____. (2007). *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general* (3.^a ed.). Palestra Editores.
- _____. (2010). Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. En Carbonell, M. y Grandez, P. (coords.), *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo* (pp. 297-319). Palestra del Tribunal Constitucional; Palestra Editores.
- _____. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, (16), 805-838.
- _____. (2014). Ser y deber ser en los procesos constitucionales de la libertad. *Pensamiento Constitucional*, 19(19), 265-284.
- _____. (2017). *El derecho al trabajo y proceso de amparo*. Universidad de Piura; Palestra Editores.
- _____. (2018). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (3.^a ed.). Gaceta Jurídica.
- _____. (2020). Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos. En Zagrebelsky, G., Marcenò, V. y Pallante, F., *Manual de derecho constitucional* (pp. 25-106). Zela.
- _____. (2021). *Constitución y Tribunal Constitucional*. Zela.

Cianciardo, J. (2000). *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. EUNSA.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (1987). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. «El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)».

_____ (2000). Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (Fondo).

_____ (2006a). Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

_____ (2006b). Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

_____ (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

_____ (2012). Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Sentencia de 30 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo y reparaciones).

_____ (2013). Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento. Resolución 20 de marzo de 2013.

Desantes, J. M. y Soria, C. (1991). *Los límites de la información. La información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: las 100 primeras sentencias*. Asociación de la Prensa de Madrid.

- Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de derecho. En Carbonell, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 13-30). Trotta.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(28), 123-159.
- Grandez, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Palestra Editores.
- González, P. (2017). Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVII, 717-748.
- Guastini, R. (2011). Disposición vs. norma. En Pozzolo, S. y Escudero, R. (eds.), *Disposición vs. norma* (pp. 133-156). Palestra.
- _____. (2019). *Primera lección de interpretación*. Zela.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez* (4.^a ed.; M. Jiménez Redondo, trad.). Trotta.
- Hakansson, C. (2019). *Curso de Derecho Constitucional* (3.^a ed.). Universidad de Piura; Palestra Editores.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría general del Estado* (2.^a ed.). Ediciones Coyoacán.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Ariel.

- Martínez-Pujalte, A.-L. (2000). Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, (32), 125-144.
- Montoya, V. y Feijóo, R. (2015, julio). El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos. *Revista Ius et Veritas*, 24(50), 314-343.
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Radbruch, G. (1990). Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. En Kaufmann, A. (ed.), *G. Radbruch, Gesamtausgabe* (vol. 3). C. F. Müller.
- Ross, W. D. (1994). *Lo correcto y lo bueno* (L. Rodríguez, trad.). Ediciones Sígueme.
- Rubio, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento Constitucional*, 5(5), 99-113.
- Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 117-136.
- Sánchez, C. (1957). *El poder constituyente*. Bibliográfica Argentina.
- Schiavello, A. (2019). *Repensar el tiempo de los derechos*. Zela.

- Serna, P. (1994). Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información. *Humana Iura*, (4), 197-234.
- _____. (1995). La dignidad de la persona como principio de derecho público. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, (4), 287-306.
- Serna, P. y Toller, F. (2000). *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. La Ley.
- Tribunal Constitucional (2000). Expediente n.º 1115-99-AA/TC. Chiclayo: 21 de enero de 2000.
- _____. (2002). Expediente n.º 0905-2001-AA/TC. Lima: 14 de agosto de 2002.
- _____. (2003). Expediente n.º 0008-2003-AI/TC. Lima: 11 de noviembre de 2003.
- _____. (2005a). Expediente n.º 3179-2004-AA/TC. Lima: 18 de febrero de 2005.
- _____. (2005b). Expediente n.º 1417-2005-AA/TC. Lima: 8 de julio de 2005.
- _____. (2005c). Expediente n.º 4903-2005-PHC/TC. Lima: 8 de agosto de 2005.
- _____. (2005d). Expediente n.º 008-2005-PI/TC. Lima: 12 de agosto de 2005.
- _____. (2005e). Expediente n.º 2446-2003-AA/TC. Lima: 30 de septiembre de 2005.
- _____. (2005f). Expediente n.º 5854-2005-PA/TC. Lima: 8 de noviembre de 2005.
- _____. (2005g). Expediente n.º 3741-2004-PA/TC. Lima: 14 de noviembre de 2005.

- _____ (2006a). Expediente n.º 1333-2006-PA/TC. Lima: 8 de enero de 2006.
- _____ (2006b). Expediente n.º 2273-2005-PHC/TC. Lima: 20 de abril de 2006.
- _____ (2006c). Expediente n.º 047-2004-AI/TC. Lima: 24 de abril de 2006.
- _____ (2006d). Expediente n.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC. Lima: 25 de abril de 2006.
- _____ (2007a). Expediente n.º 0489-2006-PHC/TC. Lima: 25 de enero de 2007.
- _____ (2007b). Expediente n.º 4637-2006-PA/TC. Lima: 18 de abril de 2007.
- _____ (2009). Expediente n.º 00008-2008-PI/TC. Lima: 22 de abril de 2009.
- _____ (2014). Expediente n.º 04293-2012-PA/TC. Lima: 18 de marzo de 2014.
- Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia* (7.ª ed.). Trotta.

El presente texto de Luis Castillo Córdova nos permite ver una manera distinta de concebir al derecho; el papel de las leyes y las sentencias de desarrollo constitucional, los tratados de los que el Perú es parte, así como las interpretaciones vinculantes del sistema universal e interamericano de derechos humanos, para la realización de los derechos fundamentales; al igual que el rol de los operadores jurídicos para su respeto y protección en el país.

DRA. ELVIA BARRIOS ALVARADO
Presidenta del Poder Judicial
y de la Corte Suprema de Justicia de la República

ISBN: 978-612-4484-36-0

