



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA CONSTITUCIÓN COMO OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Luis Castillo-Córdova

Perú, julio de 2012

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2012). La Constitución como objeto de control constitucional. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (55), 273-283.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

LA CONSTITUCIÓN COMO OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

Hasta ahora es admitido pacíficamente que el Tribunal Constitucional es controlador de la constitucionalidad de los actos públicos y privados, normativos y no normativos, infraconstitucionales. En este modo de entender la función del Tribunal Constitucional quedaba descartada la posibilidad de que fuese la propia Constitución el objeto de la labor de control por parte del mencionado Tribunal. No obstante es posible preguntarse si el control de constitucionalidad puede ser igualmente predicado de la Constitución. Esta pregunta, que es válida formularla en el marco de cualquier sistema constitucional de derecho, adquiere especial relevancia en el ordenamiento constitucional peruano debido a que en su Constitución hay prevista la siguiente disposición:

D₂₀₁: El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.

Desde esta decisión del Constituyente peruano es posible concluir una norma en los términos siguientes:

N₂₀₁: Está ordenado que el Tribunal Constitucional controle la constitucionalidad de la Constitución.

Sostener que el Tribunal Constitucional no sólo es controlador de la constitucionalidad sino que es controlador también de la Constitución, depende de la manera cómo se conteste las dos preguntas siguientes. Primera, ¿es posible controlar a la Constitución?; y si se responde afirmativamente esta pregunta, se ha de plantear esta otra: ¿hay previsto algún mecanismo de control de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional? Estas son preguntas decisivas si de lo que se trata es de tener un parámetro jurídico justo como elemento de referencia para decidir lo jurídicamente válido. A responderlas se destinan las siguientes páginas.

LA CONSTITUCIÓN COMO REALIDAD ESENCIALMENTE VINCULADA A EXIGENCIAS DE JUSTICIA

¿Es posible sostener que la Constitución pueda ser objeto de control constitucional? Dicho con otras palabras, ¿es posible dar buenas razones que justifiquen suficientemente la posibilidad de que la Constitución se convierta en el objeto de la labor de control de validez jurídica en un ordenamiento jurídico nacional? La respuesta a esta pregunta, a su vez, depende de cómo se conteste a esta otra: ¿es posible que la Constitución se *descontrole*?

Una definición básica de “descontrol” es la siguiente: una situación tal en la que una determinada realidad que debiendo sujetarse a las determinaciones de una concreta fuerza,

* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).



se aleja de ella y actúa al margen o de manera contraria a lo que por tal fuerza viene exigido o determinado. Así, la Constitución se descontrolará si es que estando vinculada a unas determinadas exigencias, resulta que sus contenidos se han formulado al margen o en contra de ellas mismas. Con base en esta definición hay que saber determinar si la Constitución viene vinculada a algunas exigencias que ha de seguir necesariamente por así exigirlo su propia naturaleza de norma fundamental. Esto supone plantear un concepto de Constitución. Conviene aquí plantear el propio de un Estado constitucional de derecho y no el del Estado legal de derecho. La razón es doble. Por un lado, hoy las categorías jurídicas se plantean y operan en las coordenadas propias de un Estado constitucional; y segundo, porque las aporías y deficiencias del Estado legal de derecho precisamente intentan ser salvadas a través del Estado constitucional de derecho.

Si se preguntase por la esencia de la Constitución del Estado constitucional, tendríamos que admitir los dos elementos siguientes. Primero, que se trata de una realidad plenamente normativa¹: a diferencia de la Constitución del Estado legal de derecho en el que la Constitución era concebida como un documento político, lo que impedía verla como una norma plena; la Constitución del Estado constitucional es ante todo norma y, consecuentemente, vinculante a todos sus destinatarios. Y segundo, que se trata de una realidad que necesariamente se configura a partir de un contenido jurídico material². Conviene detenerse un poco más sobre este segundo elemento.

La Constitución del Estado constitucional no es una realidad meramente formal, sino principal y esencialmente material. Este contenido material está conformado por los derechos fundamentales (y el conjunto de valores y principios que les complementan)³. Sólo una definición material de los derechos fundamentales, será concordante con la Constitución del Estado constitucional. Hay que descartar, pues, como definición de derechos fundamentales, todas aquellas definiciones que hacen del legislador constituyente el creador de tales derechos; y abrazar aquellas que justifican que la labor del Constituyente es una reconocedora de los derechos.

¹ La Constitución del Estado legal de derecho no es plenamente normativa, porque antes que norma era tenida como documento político. La Ley, como primera fuente de juridicidad, era la encargada de dar vida jurídica a la Constitución a través de los desarrollos legislativos de las aspiraciones constitucionales. En este contexto, era sostenible que la Constitución valía en el marco de la Ley.

² La Constitución del Estado constitucional “no puede incorporar sólo –como diría Kelsen- el principio dinámico del Estado. No puede tener sólo como función la de hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político, sino la de hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos fines y valores asumidos. AGUILÓ, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Palestra – Temis, Lima – Bogotá 2004, p. 51.

³ Este modo (nuevo) de entender a la Constitución fue favorecido por una práctica jurisprudencial alemana que tiene en la sentencia al caso Lüth (BVerfGE 7,198) su punto de inicio relevante. Ha sido el constitucionalismo alemán el que más y mejor ha contribuido a una definición material de la Constitución. Como bien se ha apuntado, “la mayor reformulación del constitucionalismo alemán consistió en concebir a la Constitución no tanto como un límite al poder estatal respecto a la libertad de los ciudadanos, sino, sobre todo, como la proclamación jurídica de los valores fundamentales del orden de la vida de la sociedad, entre los que sobresalen los derechos humanos”. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada 2005, p. 130.

En este rubro de definiciones materiales es posible formular una desde y para la Persona⁴. Los derechos humanos han de ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona por ser tal y cuyo goce o adquisición efectiva supondrá que ella logre grados de realización⁵. Los derechos humanos recogidos en la Constitución son los derechos fundamentales. De modo que éstos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona por ser tal, de los que dependerá sus grados de realización y que han sido reconocidos expresa o implícitamente por el Constituyente. Así, los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados; y la plena realización de la Persona se logrará a través de la plena vigencia de sus derechos fundamentales.

Es posible dar una serie de razones para justificar la posición de fin que la Persona tiene; pero sólo referiré que en las Constituciones del Estado constitucional la Persona resulta siendo reconocida como fin, y como tal, resulta ordenada su plena realización a través de la promoción del cumplimiento pleno de sus derechos humanos. Así, el reconocimiento de los derechos humanos en las disposiciones distintas de la Constitución, tiene como finalidad el mayor aseguramiento posible de su cumplimiento. Esto significa que la Constitución es un medio para realizar, en la mayor medida de lo posible, la consecución de un fin: la plena realización de la Persona a través del pleno cumplimiento de sus derechos fundamentales. De esta forma la Persona no sólo es inicio del Derecho (de los derechos humanos), sino también su fin.

Con base en la definición material propuesta, los derechos humanos son exigencias de justicia que preexisten y son independientes de la decisión del Constituyente. Los bienes humanos son debidos por ser el titular quien es, no porque fueron o no reconocidos por el Constituyente. Es decir, lo justo (el *ius*) que se formula desde y para la Persona tiene existencia previa al acto constituyente positivador. De esta manera, pues, la Constitución viene necesariamente vinculada a exigencias de justicia. Si lo justo tiene que ver con dar a cada quien lo que le corresponde⁶, lo primero que le corresponde a la Persona es el reconocimiento de lo que como absoluto que es (fin en sí misma)⁷ reclama: su máxima realización posible desde la consecución o el goce de una serie de bienes humanos a través de los cuales llegará a satisfacer exigencias y carencias esenciales, logrando con ello grados de perfeccionamiento y realización.

⁴ Como bien se ha dicho, “el fenómeno jurídico no es explicable sin la persona, entendida en su sentido ontológico”. HERVADA, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, 3ª edición, EUNSA, Pamplona 2000, p. 424.

⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en SOSA SACIO, Juan Manuel (Coordinador), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, ps. 31-72.

⁶ Para un breve y acertado análisis de la fórmula ulpiana, véase HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Universidad de Piura, Piura, ps. 46-57.

⁷ La posición de absoluto que se reconoce a la Persona alude a su dignidad, cuyo significado aún hoy se construye dogmática y jurisprudencialmente desde el significado kelseniano de que la persona no es medio sino fin. KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 2ª edición, Ariel Filosofía, Barcelona 1996, p. 187.



Dicho de otro modo, en la medida que lo justo tiene que ver con dar a cada quien lo suyo, lo justo con la Persona es el reconocimiento y protección de sus derechos humanos, en la medida que con ello se tiende a alcanzar grados cada vez mayores de perfeccionamiento y realización. Una Constitución que no reconozca y trate como fin a la Persona a través del reconocimiento y aseguramiento de sus derechos humanos (derechos fundamentales), no es una verdadera Constitución, aún cuando ella misma se (auto) denomine como Constitución, porque estaría negando la esencia de lo que la Constitución es: su contenido material representado por las exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona.

Las exigencias de justicia que significan los bienes humanos, son las exigencias normativas a las que se ha de sujetar las decisiones del Constituyente. Si su labor es de reconocimiento y no de conformación del contenido material que significan los derechos humanos constitucionalizados, entonces, los derechos humanos son ese parámetro normativo que marca una serie de exigencias a la labor decisora del Constituyente. Consecuentemente, la labor del Constituyente se descontrolará cuando la decisión normativa que recoja en una disposición, la formule en contra o como negación de las exigencias de justicia que significan los derechos humanos.

TIPO DE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

Justificado que las decisiones del constituyente tienen un parámetro respecto del cual se puede establecer si una decisión suya “se ha descontrolado” por contravenirlo, conviene preguntarse por la manera como se puede manifestar este descontrol. Para dar respuesta a esta cuestión es necesario examinar la forma como aparecen las distintas decisiones del Constituyente en la Constitución. Por eso, corresponde preguntarse por el tipo de disposiciones que pueden ser recogidas en la Constitución. Interesa referirse al tipo de disposiciones porque de ellas será posible concluir el tipo de normas constitucionales. Con base en la diferenciación entre disposición y norma⁸, es relevante analizar las normas constitucionales porque, en estricto, la disposición alude sólo al fenómeno lingüístico y como tal no puede ser calificada de justa o injusta, calificaciones que habrían de ser reservadas para la norma.

Disposiciones de máximo grado de generalidad lingüística y normas de máximo grado de indeterminación normativa

En las Constituciones del Estado constitucional es posible reconocer tres tipos de disposiciones con otros tantos tipos de normas constitucionales. El primer tipo son disposiciones de máximo grado de generalidad lingüística, de las que es posible concluir normas con máximo grado de indeterminación normativa. En este tipo de disposiciones y normas constitucionales consiguientes, el Constituyente se limita a reconocer el bien humano que está detrás del derecho humano constitucionalizado. Así, por ejemplo en el artículo 2.7 de la Constitución peruana se ha recogido la siguiente disposición:

⁸ Aquí se seguirá la ya clásica diferenciación proveniente de la doctrina italiana entre disposición y norma. Por todos, Cfr. GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

D_{2.7}: Toda persona tiene derecho: (...) Al honor y a la buena reputación.

De esta disposición de la Constitución es posible concluir la norma constitucional siguiente:

N_{2.7}: Está ordenado respetar (no agredir y promover la consecución del bien humano) el honor.

En este supuesto la indeterminación normativa es máxima. Esto podría llevar a pensar que no se ha constitucionalizado nada. Pero el constituyente en ningún caso constitucionaliza fórmulas jurídicas huecas. Por el contrario, estas normas son de un alto significado normativo en la medida que en ellas se está constitucionalizando la esencia del derecho humano respectivo o, dicho con otras palabras, el contenido esencial del derecho fundamental. En efecto, si nos preguntásemos qué es lo que se constitucionaliza cuando se reconoce el derecho humano al honor, por ejemplo, habrá que reconocer que si se ha constitucionalizado el derecho al honor al menos se ha reconocido aquello que hace que el derecho al honor sea ese derecho y no otro derecho diferente; es decir, se ha constitucionalizado su contenido esencial.

Qué está mandado desde este tipo de normas constitucionales es indeterminado de modo máximo, porque indeterminada de modo máximo es la norma que formula el reconocimiento del contenido esencial del derecho humano concernido. No existe en esta formulación ninguna determinación o concreción de lo que conforma el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado.

Disposiciones con algún grado de indeterminación normativa

El segundo tipo de disposiciones constitucionales son aquellas que se formulan con algún grado de generalidad lingüística. Estas disposiciones dan origen a normas con algún grado de indeterminación normativa. Este tipo de normas constitucionales son siempre una concreción de una norma de máximo grado de indeterminación normativa. Son, por ello, concreciones del contenido esencial del derecho humano constitucionalizado en normas de máximo grado de indeterminación normativa.

Es posible clasificar estas concreciones de dos maneras. La primera es según se derive de modo fuerte o no de la esencia del derecho fundamental concretado. De esta manera, la concreción puede ser directa, en cuyo caso pasa a integrar el contenido esencial del derecho fundamental concernido; o puede ser indirecta o derivativa, en cuyo caso la concreción aunque se encuentre recogida en la Constitución en estricto no pasa a formar parte del contenido esencial por lo que no tendrá aptitud material para ser contenido constitucional. Estrictamente, será un contenido constitucionalizado antes que un contenido constitucional. No interesa aquí referir a los contenidos constitucionalizados por ser en estricto contenidos infra constitucionales. Esto significa que el análisis que aquí se formulará, se desarrollará en torno a contenidos constitucionales estrictos.



Esta es una clasificación que mira al grado de derivación del contenido esencial, por lo que es un criterio estrictamente formal. Más decisivo que éste es un criterio material, el cual será referido más adelante.

Ahora conviene proponer un ejemplo de este tipo de disposiciones. Uno tal se encuentra también en el artículo 2.7 de la Constitución:

D_{2.7}: Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

Desde aquí es posible concluir la norma constitucional siguiente:

N_{2.7}: Está ordenado que cualquier medio de comunicación social que agrave a una persona con afirmaciones inexactas, se rectifique de forma gratuita, inmediata y proporcional.

Esta norma constitucional concreta la norma constitucional a través de la cual se reconoce el derecho al honor y se constitucionaliza su contenido esencial. Pero siendo una concreción no pierde completamente su grado de generalidad, sino que lo conserva en cierta medida. Así, en el ejemplo mostrado, aún hay expresiones normativamente indeterminadas como “agravio” y “proporcional”, que exigen ser determinadas aún más. La concreción que representa esta norma constitucional, es manifestación directa del contenido esencial del derecho fundamental al honor, razón por la cual ha de ser considerada la concreción como contenido esencial del referido derecho.

Disposiciones sin grado de indeterminación o de máximo grado de determinación normativa

Finalmente, el tercer tipo de disposiciones son aquellas que se formulan sin grado alguno de generalidad lingüística y, consecuentemente, dan origen a normas con máximo grado de determinación. Este tipo de normas constitucionales son siempre concreciones de una norma con máximo o con algún grado de generalidad, por lo que están llamadas a conformar el contenido esencial del derecho fundamental concretado. Al igual que ocurría en el supuesto anterior, estas normas pueden ser clasificadas según un criterio formal: normas directamente concretadoras del contenido esencial del derecho fundamental; y normas indirectamente o sucesivamente concretadoras del contenido esencial del derecho fundamental. En estricto, sólo del primer tipo conforman el contenido constitucional del derecho fundamental, el segundo conforma, más bien, el contenido constitucionalizado del derecho fundamental, por lo que aquí interesará referir sólo del primer tipo. También como ocurría en el supuesto anterior, es necesario una clasificación material que complete esta formal, a la cual se hará referencia más adelante.

Hay que reconocer que este tipo de disposiciones y normas constitucionales consiguientes, son escasas en la parte dogmática de la Constitución, siendo más numerosas en su parte orgánica. Esta situación, no obstante, no ha impedido que en nuestro

ordenamiento jurídico existan normas constitucionales con máximo grado de determinación. Esto es posible debido a la labor de creación de derecho constitucional que a través de la concreción de normas constitucionales con máximo grado de determinación normativa, han realizado órganos como el Tribunal Constitucional o el Legislador. Así, y para seguir con el ejemplo del derecho al honor, el Tribunal Constitucional se ha encargado de formular precedentes vinculantes que se definen como reglas jurídicas⁹, a través de las cuales se concreta el contenido esencial del derecho al honor. Por sólo mencionar un ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido como regla constitucional la siguiente:

N₂₇: Está ordenado que la rectificación se circunscriba al mensaje que la motiva. El medio de comunicación no podrá insertar nuevas apreciaciones, hechos o noticias no exigidas por la rectificación del mensaje mismo¹⁰.

Aunque escasas, en el texto constitucional es posible encontrar disposiciones de máximo grado de determinación normativa, como por ejemplo la recogida en el artículo 2.24.f de la Constitución:

D_{2.24.f}: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito. El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia.

En este artículo se recogen los tres tipos de disposiciones y consiguientes normas constitucionales, antes mencionadas. La de máximo grado de indeterminación normativa: “toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales”. También se recoge una disposición con algún grado de indeterminación normativa que es concreción de la de máximo grado de indeterminación: “Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito”. Y,

⁹ El Tribunal Constitucional ha definido el precedente vinculante como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga”. EXP. 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.

¹⁰ Esta regla se concluye del siguiente fundamento jurídico declarado precedente vinculante por el Tribunal Constitucional: “la rectificación debe estar circunscrita al objeto del mensaje inexacto que la motiva, separada de cualquier discurso agregado. Lo que podrá hacer el medio de comunicación de masas frente a un pedido realizado por el afectado está limitado a rectificar el mensaje equivocado; es decir, no podrá insertar en la misma nota rectificatoria, como titular o comentario, nuevas apreciaciones o noticias, pues al insistir, revertir o poner en duda la rectificación del reclamante, se desvirtuaría la naturaleza de la rectificación, anulando el contenido esencial de dicho derecho fundamental. Ello no quiere que el medio de comunicación no pueda emitir opiniones o seguir informando sobre el tema, pero lo que no puede es, en el acto mismo de rectificación, desdejar el objeto del ejercicio de este derecho fundamental. Por tal razón, debe exigirse a los medios de comunicación la mayor responsabilidad profesional y objetividad en su ejercicio informativo, y, por ende, también en la forma en que debe realizar la rectificación; léase en la forma publicada o analizada sin calificar ni evaluar el argumento o razones (las supuestas otras verdades) de quien busca la rectificación”. EXP. N.º 3362-2004-PA/TC, Fundamento 27.



finalmente, también existe una disposición sin grado de indeterminación alguno: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. De estas disposiciones se concluyen normas con máximo grado, con algún grado o sin ningún grado de indeterminación normativa, respectivamente. La primera recoge el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal; las otras dos concretan ese contenido esencial, conformándolo.

EL POSIBLE DESCONTROL DE LA CONSTITUCIÓN

Una vez justificado que el contenido material de la Constitución del Estado constitucional que significan los derechos fundamentales como derechos humanos constitucionalizados, viene a representar el reconocimiento de una serie de exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona, las cuales existen independientemente de la voluntad del Constituyente; y también una vez descrito los tipos de disposiciones constitucionales en las que pueden ser recogidos los derechos fundamentales, y el tipo de normas constitucionales que de ellas brota; se está en posición de analizar las posibles modalidades de descontrol en las que pueda incurrir el Constituyente.

Como antes fue analizado, el descontrol en el que puede incurrir el Constituyente significará siempre una negación de la exigencia de justicia que representa los derechos humanos. Esta negación puede manifestarse en cualesquiera de los tres tipos de disposiciones y normas constitucionales antes referidos.

Disposiciones y normas constitucionales manifestamente injustas

Así, el descontrol puede manifestarse a través de las disposiciones constitucionales de máximo grado de generalidad lingüística y consecuente normas de máximo grado de indeterminación normativa. Sería este el caso si, por ejemplo, el Constituyente hubiese decidido una disposición de máximo grado de generalidad de la que se concluyese la siguiente norma:

N: Está prohibido reconocer el honor a las Personas.

Una norma así es poco probable en la realidad y más es pensable en un plano teórico que en uno práctico. Pero si se llegase a dar, la decisión del Constituyente normativamente negaría la esencia misma del derecho humano que aparece reclamada como exigencia de justicia. Por eso es una disposición que da origen a una norma injusta. En estricto, esta norma no puede ser tenida como inconstitucional, como ocurrirá con los supuestos que se analizarán a continuación, porque la norma procede de una disposición de máximo grado de generalidad; es decir, el Constituyente ha proscrito la esencia del derecho humano, por lo que el contenido esencial del mismo no se ha constitucionalizado. Por lo que no hay parámetro constitucional transgredido, sino que lo trasgredido es una exigencia de justicia previa.

Ocurre, sin embargo, que si se aprecia bien todas las normas que nieguen una exigencia de justicia pueden ser calificadas como injustas. Pero ocurre, también, que al negarse la

esencia del derecho humano, tal injusticia resulta siendo manifiesta; es decir, será una injusticia que formulada en los términos que se presentan no permitirá formular ninguna razón a favor de su justicia. Esto diferencia este supuesto de los otros dos que a continuación se analizan, en los cuales si bien la inconstitucionalidad en la que incurrirán las normas tiene una base de injusticia, tal injusticia no necesariamente es una injusticia manifiesta.

Disposiciones y normas constitucionales inconstitucionales

El descontrol también puede ser manifestado a través de los otros dos tipos de disposiciones y consiguientes normas constitucionales. Las normas que de esas disposiciones se concluyan tendrán en común que serán siempre concreciones de una norma de máximo grado de indeterminación normativa. Como se ha visto, la norma de máximo grado de indeterminación normativa puede ser justa o puede ser manifiestamente injusta. Aquí sólo será tratado el supuesto de justicia, aunque el razonamiento pueda también trasladarse para las normas constitucionales manifiestamente injustas.

De las normas con algún grado de indeterminación o con máximo grado de determinación normativa, antes se refirió una clasificación formal, según se concluyesen directa o indirectamente del contenido esencial del derecho fundamental. Entonces se manifestó que estaba exigida la formulación de una clasificación de índole material. Es ahora el momento de hacer referencia a ella. Esta clasificación puede formularse según la concreción se ajuste o se desajuste con el objeto concretado, es decir, con el contenido esencial constitucionalizado de un derecho fundamental en una norma de máximo grado de indeterminación.

Si se ajusta, la concreción será una norma materialmente constitucional y se incorporará de modo efectivo al contenido esencial del derecho fundamental; si se desajusta, será una norma materialmente inconstitucional y no conformará el contenido esencial precisamente porque lo niega al desajustarse respecto de él. Será éste último el caso porque la norma contravendría el contenido esencial de un derecho humano constitucionalizado en una norma de máximo grado de indeterminación normativa. De esta manera, estas normas serían normas que por desprenderse de una disposición constitucional pertenecen al nivel constitucional y por esa razón podrían ser calificadas de constitucionales; pero que a la vez, por contravenir el contenido esencial de un derecho humano constitucionalizado en una norma de máximo grado de indeterminación normativa, han de ser tenidas estrictamente como inconstitucionales. Éstas concreciones, pues, serían normas constitucionales inconstitucionales¹¹.

En este caso, las concreciones son tenidas como constitucionales por la única razón de su rango normativo que les hace pertenecer al nivel constitucional. Esta razón es una de tipo formal, por lo que estas normas son formalmente constitucionales. A su vez, estas normas son tenidas como inconstitucionales por negar una exigencia de justicia constitucionalizada

¹¹ En la tipología de normas constitucionales inconstitucionales, esta sería una de “inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado”. BACHOFF, Otto, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Palestra, Lima 2008, p. 65.



a través del contenido esencial de un derecho fundamental. Esta razón es una de tipo material, por lo que estas normas son materialmente inconstitucionales. Consecuentemente, en la medida que la constitucionalidad se predica de planos distintos, es racionalmente posible sostener una constitucionalidad a la vez que una inconstitucionalidad, sin quebrar la exigencia básica de razonabilidad que afirma que algo no puede ser y no ser a la vez y en el mismo sentido.

Detengámonos un momento en la inconstitucionalidad material de este tipo de normas. Es posible sostener que la inconstitucionalidad material pueda ser manifiesta o no manifiesta. Será uno u otro el supuesto según no puedan formularse o sí puedan formularse razones a favor de la justicia de la norma, respectivamente. En caso sean manifiestamente inconstitucionales, y en la medida que se trata de la contravención de una exigencia de justicia constitucionalizada, estas disposiciones pueden ser tenidas también como manifiestamente injustas.

Una aclaración se impone en este punto. Cuando aquí se habla de normas constitucionales o inconstitucionales, son efectivamente tales normas, no normas en ciernes o normas *prima facie*. Lo *prima facie*, en cualquier caso, sólo existe como invento metodológico, pero no existe realmente en el ámbito normativo¹². Pueden ocurrir los casos en los que a las fórmulas lingüísticas que significan las disposiciones constitucionales, sea posible asignarle más de un significado interpretativo, incluso significados interpretativos contrapuestos entre sí. Estos significados interpretativos no son en estricto normas, por lo que está exigido emplear técnicas de interpretación correctas para determinar cuál es la norma que se concluye efectivamente de una disposición constitucional. Es sobre el significado interpretativo definitivo o simplemente norma, que se realizará el juicio de constitucionalidad material.

Si fuese el caso que de una disposición constitucional se concluyese más de un significado interpretativo y que al menos uno de ellos fuese compatible con las exigencias de justicia material recogidas en la Constitución; entonces, este significado interpretativo es el que se convierte en norma y los demás significados no. Esto bien puede ser reconocido como una exigencia de interpretación conforme a las exigencias de justicia, a través de la cual se obliga a interpretar a la Constitución según las exigencias de justicia a las que está llamada a servir, de modo que se han de descartar los significados interpretativos que contradijesen tales exigencias de justicia. Se incurre en error cuando de una disposición se concluye una norma que contraviene alguna exigencia de justicia que representa el contenido material de la Constitución, siendo posible la formulación de una norma ajustada a tal exigencia de justicia. Bien vistas las cosas, el Constituyente no se descontrola cuando de su disposición es posible concluir razonablemente una norma materialmente constitucional, y el intérprete ha concluido una norma materialmente inconstitucional. En este supuesto, el que se descontrola es el intérprete de la Constitución.

¹² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad", en CARBONELL, Miguel; GRANDEZ, Pedro (Coordinadores), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra del Tribunal Constitucional, Palestra editores, Lima 2010, p. 308.

Así que, en estricto sentido, el control de la Constitución sólo se realizará de modo efectivo desde disposiciones de las que es posible formular una única norma y tal norma ser injusta o inconstitucional; o siendo posible formular varias normas, todas ellas se desajustan de las exigencias de justicia constitucionalizadas o incluso no constitucionalizadas. El control de la Constitución ha de ser diferenciado del control de la interpretación constitucional que realice el intérprete de la Constitución.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CONTROLADOR DE LA CONSTITUCIÓN

Una vez comprobado que es posible que la Constitución se descontrola, corresponde preguntarse si acaso existe un órgano encargado de realizar el control exigido, y de haberlo, corresponderá determinar a través de qué instrumentos realizará tal control. Antes de resolver estas dos cuestiones finales, es necesario hacer notar que con base en las justificaciones hasta aquí presentadas, es posible concluir que en el Estado constitucional de derecho no sólo es posible que se descontrola la normatividad infra constitucional, sino también la constitucional. Ante tal situación cada Constituyente podrá decidir unos concretos controladores y unos concretos procedimientos de control de la Constitución. Uno y otros no son manifestación de ninguna exigencia de justicia, por lo que respecto de ellos el Constituyente no realiza una labor de reconocimiento sino de creación efectiva. Aquí interesa resolver estas dos presentadas cuestiones desde el ordenamiento jurídico peruano.

Para el caso peruano se facilita tremendamente la justificación a partir del artículo 201 de la Constitución en el que, como se recordará, se define al Tribunal Constitucional como *órgano de control de la Constitución*. De manera que todo el significado que aquí se ha desarrollado acerca de lo que significa controlar a la Constitución, es atribuible al Tribunal Constitucional. Este se convierte en el controlador de la Constitución. Consecuentemente, en ejercicio de tal encomendado control tendrá que determinar si en la Constitución peruana existen normas constitucionales manifiestamente injustas (correspondientes a las normas que se desprenden de las disposiciones de máximo grado de indeterminación normativa), o normas constitucionales inconstitucionales (correspondientes a las normas que se desprenden de las disposiciones constitucionales con algún o sin ningún grado de indeterminación normativa). Y en la determinación de unas y otras, correrá por su cuenta evaluar si el proceso interpretativo llevado a cabo por los operadores jurídicos, señaladamente el juez, se ha desenvuelto con corrección, de modo que a la disposición constitucional se le asigne la norma que efectivamente le corresponde, descartando significados normativos inconstitucionales, de ser el caso. De esta manera, la labor de control de la Constitución se ve complementada por una labor de control de la actividad interpretativa del intérprete constitucional. Con esto queda resuelta la primera de las cuestiones antes presentadas.

La segunda cuestión, por su parte, se resuelve atendiendo a las funciones que el Constituyente mismo ha reconocido al Tribunal Constitucional. Como se sabe, corresponde a éste “1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de



atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley” (artículo 202 de la Constitución). Así, el Tribunal Constitucional conoce de los procesos de inconstitucionalidad, de amparo, de hábeas corpus, de hábeas data, de cumplimiento y de conflicto de competencias. Consecuentemente, el control de la Constitución (y de su complemento que es el control de la actividad interpretativa constitucional), lo ha de llevar a cabo a través de estos procesos constitucionales.

Así, para determinar la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, para determinar si ha existido o no vulneración del contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y para determinar si los órganos constitucionales han ejercido sus correspondientes competencias, tendrá que valorar si la norma constitucional que toma como referencia para la resolución de las cuestiones en todos y cada uno de estos procesos, es una norma constitucional no sólo formal sino también materialmente. De modo que si encuentra que la norma es constitucional sólo formalmente, pero materialmente es inconstitucional, entonces, no sólo le estará permitido sino que tendrá la obligación jurídica de inaplicarla en el proceso constitucional es decir, le estará prohibido emplearla para construir la decisión que resuelva la controversia en el proceso constitucional que corresponda. En ningún caso le corresponderá derogarla, porque esta es una competencia que no le corresponde.

Consecuentemente, de ser el caso, será posible invocar la injusticia o inconstitucionalidad de una norma constitucional en cualquiera de los procesos constitucionales que sean de competencia del Tribunal Constitucional resolver. Particular relevancia tiene los procesos constitucionales de la libertad. En la medida que éstos defienden el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, y este contenido coincide con el contenido esencial (con máximo grado de indeterminación normativa o concretado a través de normas con algún o sin ningún grado de indeterminación normativa) del mismo derecho, entonces, será posible que en un amparo, en un hábeas corpus o en un hábeas data, se solicite la inaplicación de una norma constitucional. Esto redimensiona la categoría jurídica “amparo (hábeas corpus y hábeas data) contra leyes”, al incluirse dentro del significado de “leyes” también a la Ley fundamental, para buscar su inaplicación en una controversia concreta.

Estos procesos constitucionales de la libertad son conocidos por el Tribunal Constitucional en última instancia, pues en las dos primeras instancias se tramitan ante Jueces del Poder Judicial. Esto permite presentar ahora una de las razones que es posible sostener para afirmar que controlador de la Constitución también lo son los Jueces del Poder judicial. Este es el otro controlador de la Constitución y de la Constitucionalidad en el sistema jurídico peruano.

CONCLUSIONES

Las bases epistémicas y normativas del Estado legal de derecho permitieron grandes aberraciones contra el género humano. Sus aporías y deficiencias intentan ser resueltas y superadas por el Estado constitucional de derecho. Esta superación no se consigue simplemente cambiando al decisivo actor jurídico, es decir, reemplazando a la Ley por la

Constitución en la consideración normativa primaria. Se consigue, además, introduciendo principios y valores jurídicos en todos los niveles normativos¹³. Una consecuencia necesaria de esta introducción es que ni la Constitución ni los derechos fundamentales podrán definirse mediante categorías meramente formales o procedimentales. Así, no podrá definirse la Constitución como el conjunto de decisiones adoptadas por el órgano con competencia para ello siguiendo el procedimiento respectivo previsto; es decir, no podrá ser definida simplemente como el conjunto de decisiones que adopta el Poder constituyente siguiendo el procedimiento constituyente establecido. Una definición de Constitución ha de atender a contenidos materiales necesariamente, para definir a la Constitución (y con ella al mismo Poder Constituyente) como instrumento al servicio de la Persona. A ella le sirve cuando se muestra como mecanismo eficaz para lograr el máximo grado de realización posible de la Persona a través del máximo grado de vigencia de las exigencias de justicia que se formulan desde y para ella. Sólo si se considera que el Poder Constituyente y la Constitución son un medio y no se les trata como fin, será posible entender que incluso las decisiones del Constituyente pueden estar necesitadas de control como aquí se ha intentado justificar.

¹³ La constitucionalización del sistema jurídico debe de ser entendido como una comprobación de que todo él no contraviene las exigencias de justicia que se han constitucionalizado, expresa o implícitamente en la Constitución.

