



UNIVERSIDAD  
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL  
**PIRHUA**

# ANÁLISIS DE LAS DECISIONES CONSTITUYENTES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Luis Castillo-Córdova

Perú, septiembre de 2013

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

## ANÁLISIS DE LAS DECISIONES CONSTITUYENTES SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

LUIS CASTILLO CÓRDOVA\*

### I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA DIMENSIÓN MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN

Los derechos fundamentales pueden ser definidos como los derechos humanos constitucionalizados y conforman la dimensión material de la Constitución. Con base en el concepto de derechos humanos<sup>1</sup>, los derechos fundamentales pueden ser definidos así: conjunto de bienes humanos debidos<sup>2</sup> a la Persona que han sido constitucionalizados expresa o tácitamente<sup>3</sup>. Los derechos fundamentales son, pues, exigencias de justicia constitucionalizada que conforman “el conjunto de condiciones en las que necesariamente deben moverse las actividades públicas y privadas para la salvaguardia de intereses materiales no disponibles”<sup>4</sup>.

De esta forma, que detrás de cada derecho fundamental esté la Persona adquiere un significado redimensionado desde el bien humano debido. La Persona es una realidad con una serie de carencias, necesidades o exigencias que son esenciales porque brotan de la esencia o naturaleza humana<sup>5</sup>. A la vez, la Persona es un absoluto porque es fin en sí misma, no es un medio<sup>6</sup>; su valor no es relativo, no vale en relación a nada diferente a su naturaleza

---

\* Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> El Tribunal Constitucional peruano denomina bien jurídico al bien humano. Así, ha dicho que: “Un derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección”. EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, fundamento 10.

<sup>3</sup> DÍAZ REVORIO, Javier, “Tribunal Constitucional y derechos constitucionales ‘no escritos’”, en ESPÍN TEMPLADO, Eduardo y DÍAZ REVORIO, Javier, *Justicia Constitucional en el Estado democrático*; Tirant lo Blanch, Valencia 2000, ps. 231

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 94.

<sup>5</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano se ha vinculado los derechos de la Persona desde la naturaleza humana. Así, por ejemplo, con el derecho a la propiedad (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, fundamento 26.a); con el derecho al trabajo (EXP. N.º 008–2005–PI/TC, fundamento 18); con el derecho a la intimidad en las relaciones entre un hombre y una mujer (EXP. N.º 01575–2007–PHC/TC, fundamento 2), entre otros. De la misma forma, se ha hecho referencia a las necesidades humanas vinculadas a los derechos humanos; por ejemplo cuando manifestó que “[e]ste despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, (...), también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica”. EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, fundamento 9.

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Segunda edición, Ariel Filosofía, Barcelona, 1996, p. 187.



o esencia misma. Debido a su valor está ordenado alcanzar su máxima realización, es decir, está ordenado que satisfaga el mayor número y en la mayor medida posible sus distintas carencias, necesidades o exigencias esenciales. Y en la medida que *bien* se define como aquello que perfecciona al ser, el perfeccionamiento humano se logra a través de los bienes humanos. El *perfeccionamiento humano debido* a la Persona por ser lo que es, se obtiene a través de la consecución o goce de los *bienes humanos debidos*.

Como detrás de cada derecho fundamental hay un *bien humano debido*, entonces el *perfeccionamiento humano debido* se logrará a través del respeto y aseguramiento del debido ejercicio de los derechos fundamentales. Así, otro modo de decir que desde el valor o dignidad humana está ordenada la máxima realización de la Persona, es que desde la dignidad humana está ordenada la plena vigencia de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Por eso, y como se justificó anteriormente, el contenido material de la Constitución hace a su esencia. Ahora bien, la realización plena de la Persona o, dicho de otro modo, el pleno ejercicio (del contenido esencial) de sus derechos fundamentales, se logrará no en abstracto sino en las singulares circunstancias en las que exista la concreta Persona<sup>8</sup>. Esto significa que el contenido material de la Constitución no es reflejo de un derecho natural racionalista, sino que lo es de unas exigencias de justicia contextualizadas<sup>9</sup>. Y significa también, tal y como lo ha reconocido la doctrina<sup>10</sup> y jurisprudencia<sup>11</sup> constitucional, que a la dimensión de libertad que se reconoce en los derechos fundamentales, se le ha de añadir deberes de promoción y favorecimiento del cumplimiento pleno del contenido de libertad que conforman su dimensión objetiva o institucional, de modo que ésta consolida y no amenaza a aquélla<sup>12</sup>.

Corresponde ahora preguntarse acerca de la manera en la que el constituyente positiva las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona. Con base en la diferenciación entre disposición (D) y norma (N)<sup>13</sup>, por la que la primera es definida como el texto lingüístico en el que consiste el enunciado normativo), y la segunda es tenida como el significado jurídico de la disposición, es posible formular tanto un análisis formal como

---

<sup>7</sup> El valor de la Persona alude a su dignidad; y es su dignidad (su valor) el que justifica “la obligatoriedad moral o jurídica, de realizar aquellas conductas o de respetar aquellos bienes en que consisten los derechos humanos”. SERNA, Pedro. “La dignidad de la persona como principio de derecho público”. En: *Derechos y Libertades*. N° 4, 1995, p. 294.

<sup>8</sup> Esta exigencia de mirar la concreta realidad y apreciar desde ellas las dificultades que la realidad significaba para la plena realización de la Persona, está en la base del paso del Estado liberal de derecho al Estado social de derecho. Cfr. COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, especialmente el capítulo I, ps. 25–43.

<sup>9</sup> Las Constituciones “reflejan el ‘orden natural’ histórico–concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas, en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un derecho natural con fundamento teológico ni racionalista”. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, ob. cit., p. 115.

<sup>10</sup> Por todas, las conocidas obras del Profesor Dreier: DREIER, Horst. “Subjektive–rechtliche und objektive–rechtliche Grundrechtsgehalte”, en *Jura*, Oktober 1994; y DREIER, Horst, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover, 2003.

<sup>11</sup> Por todas, el Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que “los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente subjetiva, sino también una dimensión objetiva, pues representan los valores materiales de todo el sistema jurídico nacional”. Para un estudio del principio de la doble dimensión de los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano véase mi libro *Los derechos constitucionales. Elementos...*, ob. cit., ps. 290–302.

<sup>12</sup> HÄBERLE, Peter, *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983, p. 98.

<sup>13</sup> GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima 2011, ps. 133–156.

material<sup>14</sup>. A continuación se desarrolla este análisis, para el cual se empleará las expresiones “disposición iusfundamental” y “norma iusfundamental” para hacer referencia a las disposiciones y normas constitucionales sobre derechos fundamentales; asimismo, en el desarrollo de éste análisis se formularán las normas iusfundamentales empleando alguna de las modalidades deónticas: orden, prohibición y permisión<sup>15</sup>.

## II. ANÁLISIS FORMAL DE LAS DECISIONES DEL CONSTITUYENTE SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Las exigencias de justicia se constitucionalizan en diferentes tipos de disposiciones. Desde un punto de vista formal, éstas pueden diferenciarse según el grado de generalidad lingüística. Cada tipo de disposición constitucional dará origen a su vez a una clase de normas constitucionales. Así, las normas constitucionales podrán diferenciarse según el grado de indeterminación normativa.

### A. Disposiciones de máximo grado de generalidad lingüística y normas de máximo grado de indeterminación normativa

El primer tipo se conforma por las 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 iusfundamentales consiguientes, el Constituyente se limita a reconocer el bien humano que está detrás del derecho humano constitucionalizado.

Así, por ejemplo en el artículo 2.24 de la Constitución peruana se ha recogido la siguiente disposición:

D<sub>2.24</sub>: Toda persona tiene derecho a la libertad personal.

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

N<sub>2.24</sub>: Está ordenado respetar (el contenido esencial del derecho a) la libertad personal.

En este supuesto la indeterminación normativa es máxima, lo que podría llevar a pensar que se ha constitucionalizado una fórmula jurídica hueca. No es así, estas fórmulas constitucionalizan la esencia del derecho humano, conformando así el contenido esencial del derecho fundamental respectivo. Si se preguntase qué es lo que se constitucionaliza cuando se reconoce el derecho humano a la libertad personal a través de una fórmula de máximo grado de generalidad, habrá que reconocer que se ha constitucionalizado al menos

---

<sup>14</sup> Aquí no se seguirá la clasificación de las normas según principios y reglas. Sobre esta diferenciación la literatura es abundante. Por todos Cfr. DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2ª reimpresión, Ariel, Barcelona 1995, ps. 61–145; ALEXI, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, ps. 81–172; y AARNIO, Aulis, “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 4, 2000, ps. 593–602.

<sup>15</sup> Georg H. von Wright en su célebre artículo “Deontic Logic” publicado en 1951 la revista británica *Mind*, introdujo los conceptos modales deónticos: lo obligatorio, lo permitido, lo prohibido.



aquello que hace que el derecho a la libertad personal sea ese derecho y no otro derecho diferente; es decir, se ha constitucionalizado su esencia o contenido esencial. Este contenido constitucionalizado significará a su vez el contenido esencial del derecho fundamental desde que éstos se definen como los derechos humanos constitucionalizados. Cuál sea este contenido esencial es indeterminado de modo máximo, porque no existe expresado ningún elemento que lo concrete; esto no significa, no obstante, que no pueda ser determinado, y lo así determinado ser exigible a los poderes públicos y a los particulares.

B. Disposiciones con algún grado de generalidad lingüística y normas con algún grado de interminación normativa

El segundo tipo son las disposiciones iusfundamentales con algún grado de generalidad lingüística, las mismas que dan origen a normas con algún grado de indeterminación normativa. Habrá algún grado de indeterminación normativa cuando sea necesaria una concreción (determinación o precisión) de alguno de los elementos que conforman el mandato jurídico. Este tipo de normas son siempre una concreción de las normas con máximo grado de indeterminación normativa. Son, por ello, concreciones del contenido esencial del derecho humano, estas concreciones conforman también el contenido esencial del derecho fundamental.

Ahora conviene proponer un ejemplo. Es una disposición de este segundo tipo el artículo 2.24.f de la Constitución:

D<sub>2.24.f</sub>: Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito.

Desde aquí es posible concluir la norma constitucional siguiente:

N<sub>2.24.f</sub>: Está prohibido ser detenido sin mandamiento escrito y motivado del Juez ni por las autoridades policiales salvo en caso de flagrante delito.

Esta norma iusfundamental concreta la norma N<sub>2.24</sub> a través de la cual se constitucionaliza el (contenido esencial del) derecho a la libertad personal. Pero siendo una concreción no pierde completamente su grado de generalidad, sino que lo conserva en alguna medida. Así, en el ejemplo mostrado, existen expresiones normativamente indeterminadas como “mandamiento motivado” o “flagrante delito”, que exigen ser precisadas para la ejecución de lo prohibido. Esta concreción es manifestación directa del contenido esencial del derecho humano a la libertad personal, razón por la cual ha de ser considerada como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal.

C. Disposiciones sin grado de generalidad lingüística y normas sin grado de interminación normativa

Finalmente, el tercer tipo de disposiciones se conforma por aquellas que se formulan sin grado alguno de generalidad lingüística y, consecuentemente, dan origen a normas sin grado de indeterminación normativa o, dicho de otro modo, normas de máximo grado de determinación normativa. Este tipo de (disposiciones y consiguientes) normas iusfundamentales son siempre concreciones de los dos tipos de normas estudiadas antes: de las de algún grado de indeterminación normativa serán concreciones directas; y serán indirectas respecto de las de máximo grado de indeterminación normativa. En uno y otro caso, las normas con irrelevante grado de indeterminación normativa están llamadas a conformar el contenido esencial del derecho humano respectivo, siempre que venga exigida por el bien humano que le da justificación<sup>16</sup>, lo que supondrá que estas normas conforman el contenido esencial del derecho fundamental correspondiente.

Hay que reconocer que este tipo de disposiciones y normas son escasas en la parte dogmática de la Constitución, siendo más numerosas en su parte orgánica. Puede ser dado como ejemplo el siguiente:

D<sub>2.24.f</sub>: El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas.

Desde esta disposición es posible formular la norma iusfundamental siguiente:

N<sub>2.24.f</sub>: Está ordenado poner al detenido a disposición del juzgado correspondiente dentro de las veinticuatro horas.

En este tipo de normas la orden es precisa y no requiere de una adicional concreción para determinar el contenido de la prohibición. En el ejemplo propuesto la orden es precisa: nadie puede permanecer más de 24 horas detenido sin ser puesto a disposición del juzgado correspondiente. Es verdad que la Constitución no precisa cuál es el juzgado correspondiente, pero sí establece todos los elementos jurídicos del mandato que permite su ejecución por parte del obligado. Esta concreción es manifestación directa del bien humano que define el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal, razón por la cual ha de ser considerada como parte de su contenido esencial.

#### D. Contenido esencial y contenido constitucional. Principios y reglas

Las normas iusfundamentales de máximo grado de indeterminación normativa constitucionaliza el contenido esencial de un derecho humano. Este contenido esencial con indeterminación normativa máxima, puede ser tenido como contenido esencial del derecho fundamental respectivo. Las normas iusfundamentales con algún grado de indeterminación normativa constitucionalizan una concreción directa del contenido esencial del derecho humano, por lo que la concreción es también contenido esencial del derecho fundamental mencionado. Y las normas iusfundamentales sin grado alguno de indeterminación

<sup>16</sup> De no ser así, estaríamos ante una norma formalmente constitucional por estar recogida en la onstitución; pero materialmente infraconstitucional por non venir exigida por el bien humano que hace al contenido esencial del derecho fundamental respectivo.



normativa constitucionalizan también una concreción directa del contenido esencial del derecho humano, por lo que tal concreción es contenido esencial del derecho fundamental. De esta manera, cuando se constitucionaliza el contenido esencial de un derecho humano a través de estos tres tipos de normas constitucionales, se llega a conformar el contenido esencial del derecho fundamental. Este contenido esencial del derecho fundamental bien acepta la denominación de contenido constitucional porque es un contenido esencial constitucionalizado<sup>17</sup>. De manera que es posible referir indistintamente el contenido esencial o constitucional de un derecho fundamental<sup>18</sup>.

Las normas iusfundamentales con máximo o con algún grado de indeterminación normativa, exigen que quien tenga el encargo de concretarlas para su aplicación, lo haga sin olvidar que hay por cumplir una orden primera y fundamental: porque la Persona es un absoluto está ordenado alcanzar su máxima realización posible. Esto significa que no vale cualquier concreción, sino que la concreción debida será aquella que permita más y mejor el goce del bien humano que da sentido al derecho humano constitucionalizado. La concreción debida se definirá a partir de dos elementos. Uno es jurídico: desde el significado del bien humano que subyace al derecho humano constitucionalizado o, dicho de otro modo, desde el contenido esencial del derecho fundamental. Y otro es fáctico: desde el significado de las circunstancias reales a las que se ha de aplicar la norma iusfundamental. Solo en este contexto puede tener sentido asemejar estos dos tipos de normas a los principios y definirlos como *mandatos de optimización*<sup>19</sup>. Las concreciones iusfundamentales que se desprendan desde estos dos tipos de normas, han de optimizar el contenido esencial del derecho fundamental en el sentido de permitir que en una concreta realidad se goce del bien humano (o bien jurídico) todo lo que las circunstancias lo permitan<sup>20</sup>.

Mientras que las normas iusfundamentales sin grado de indeterminación normativa, en la medida que contienen un mandato normativamente acabado y preciso, y que no demanda – aunque pueda luego existir – ninguna concreción adicional para su cumplimiento, se asemejan a las reglas, entendidas como determinaciones precisas concluidas desde lo fáctica y jurídicamente posible; es decir, determinaciones que se justifican como las debidas desde

---

<sup>17</sup> Con acierto, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “todo ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental se reconduce en mayor o menor grado a su contenido esencial”. EXP. N.º 1417–2005–AA/TC, fundamento 21.

<sup>18</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, ¿Qué protege el amparo, contenido constitucional o contenido esencial del derecho fundamental?, en Revista Jurídica Thomson Reuters, número 25, junio 2013, ps. 5–12.

<sup>19</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, p. 86.

<sup>20</sup> La pregunta correcta que hay que resolver no es cuál derecho fundamental ha de prevalecer frente a otro invocado derecho fundamental o frente a un bien jurídico constitucional; sino que la pregunta que la hay que resolver es a qué da derecho un derecho dentro de unas concretas circunstancias. La primera pregunta es propia de las llamadas teorías conflictivistas que pretenden optimizar (el contenido esencial de) un derecho fundamental en desmedro de (el contenido esencial de) otro derecho fundamental o de (el contenido esencial de) un bien jurídico constitucional. Mientras que la segunda pregunta es propia de la teoría que negando como real el conflicto entre derechos fundamentales, se propone emplear criterios de interpretación – particularmente materiales como el teleológico –, para justificar el alcance razonable de (el contenido esencial de) un derecho fundamental en el caso concreto. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, tercera edición, Palestra 2007, capítulos VI y VIII.

el bien humano que define la esencia del derecho fundamental, en el marco de unas concretas circunstancias<sup>21</sup>.

### III. ANÁLISIS MATERIAL DE LAS DECISIONES DEL CONSTITUYENTE SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

La estudiada clasificación formal necesita de un criterio material que la complemente. Un tal criterio se define a partir de la esencia de la Constitución del Estado constitucional: positivización de las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona. Estas exigencias de justicia significan los bienes humanos que son debidos no por decisión convencional sino por el ser de la Persona y su consiguiente valor o dignidad., es decir, por título natural. Esto tiene varias consecuencias. Ahora se destacarán las siguientes: primero, que el derecho natural o humano existe antes e incluso en contra de lo que pueda decidir el constituyente<sup>22</sup>; y la segunda, que la constitucionalización de los derechos humanos tiene un carácter de reconocimiento y no de creación. Estas consecuencias permiten formular un criterio material de clasificación de las normas constitucionales que se concluyen de disposiciones recogidas en la Constitución.

#### A. Normas constitucionales justas y normas constitucionales manifiestamente injustas

El primer tipo de normas constitucionales que puede establecerse desde un punto de vista material está relacionado con las disposiciones de máximo grado de generalidad lingüística y las consecuentes normas de máximo grado de indeterminación normativa. Desde un punto de vista material estas normas constitucionales pueden ser de dos tipos: o justas o manifiestamente injustas, según recojan o nieguen una exigencia de justicia natural.

Cuando el Constituyente decide reconocer una exigencia de justicia natural refiriendo el nombre del bien humano debido, está dando origen a una norma constitucional justa. Así, por ejemplo, cuando decide la disposición “Todos tienen derecho al honor”, está constitucionalizando una norma por la que se establece que “Está ordenado el cumplimiento del contenido esencial del derecho al honor”. Esta norma es una norma justa porque coincide con el contenido de la exigencia de justicia debida a la Persona.

Por el contrario, cuando el constituyente decide negar una exigencia de justicia dará lugar a una norma injusta. La injusticia de esta norma no tiene otro modo de ser más que manifiestamente injusta porque está negando por completo el bien humano debido y con ello, está negando el contenido esencial del derecho humano respectivo. Así, por ejemplo, si el constituyente decidiese que “Nadie tiene derecho al honor”, estaría constitucionalizando una norma que establece que “Está prohibido cumplir con el contenido esencial del derecho al honor”. Esta norma es injusta, pero además lo es de modo manifiesto debido a que ha negado con carácter general la esencia del bien humano *debido* honor. Sería éste un caso de

<sup>21</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 87.

<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional ha sido muy claro al manifestar que “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales 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”. EXP. N.º 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.



norma formalmente constitucional por estar recogida en la Constitución, pero desde un punto de vista material sería manifiestamente injusta.

## B. Normas constitucionales y normas constitucionales inconstitucionales

### B.1. Justificación

Por su parte, el segundo tipo de normas constitucionales que puede establecerse desde un punto de vista material está relacionado con las disposiciones y consecuentes normas con algún grado o sin grado relevante de indeterminación normativa. Las normas que de esas disposiciones se concluyan serán concreciones directas o indirectas de una norma de máximo grado de indeterminación normativa<sup>23</sup>. Como se ha visto, la norma de máximo grado de indeterminación normativa puede ser justa o puede ser manifiestamente injusta. Aunque el razonamiento puede también trasladarse para las normas constitucionales manifiestamente injustas, aquí sólo se formulará de las normas constitucionales justas porque será el supuesto normal.

Las normas constitucionales justas de máximo grado de indeterminación normativa necesitan ser concretadas. Un camino de concreción es las disposiciones constitucionales mismas<sup>24</sup>. La concreción tiene dos modos de existir: o de acuerdo o en contradicción con el objeto concretado. En el primer caso, la norma constitucional concretadora será una norma constitucional justa; quiere decir que tanto desde el punto de vista formal por pertenecer a la Constitución, como desde el punto de vista material por estar de acuerdo con una exigencia de justicia constitucionalizada a través de una norma de máximo grado de indeterminación normativa, la norma concretadora será una norma constitucional. Y como tal, el contenido de la norma pasará a conformar el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado.

Por el contrario, y en referencia al segundo caso, si la concreción contradice a la norma constitucional justa, ha de ser tenida como una concreción inconstitucional e injusta. De esta forma, las normas constitucionales con algún grado o con irrelevante grado de indeterminación normativa que contravengan una norma de máximo grado de indeterminación normativa que constitucionaliza una exigencia de justicia, serán normas constitucionales solo desde un punto de vista formal por estar contenidas en la Constitución, pero serán inconstitucionales desde un punto de vista material porque contravienen la exigencia de justicia constitucionalizada en la norma de máximo grado de indeterminación normativa. Conformarán, pues, un tipo de normas constitucionales inconstitucionales<sup>25</sup>; las

---

<sup>23</sup> Así, las normas con algún grado de indeterminación normativa será concreción directa de las normas con máximo grado de indeterminación normativa; y las normas con irrelevante grado de indeterminación normativa concretarán indirectamente a las de máximo grado de indeterminación normativa porque concretarán directamente a las normas con algún grado de indeterminación normativa.

<sup>24</sup> Las concreciones pueden provenir no solo del Constituyente mismo, sino también de órganos públicos como el Parlamento, los Jueces, el Tribunal Constitucional. Sobre esto se volverá más adelante.

<sup>25</sup> 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.

mismas que no llegarán a conformar el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado.

La categoría “norma constitucional inconstitucional” no puede ser tenida como una contradicción, porque la exigencia de razonabilidad afirma que nada puede ser y no ser al mismo tiempo y en el mismo sentido. Cuando se habla de normas constitucionales inconstitucionales se habla de planos diferentes y, por ello, de sentidos distintos. 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 serán tenidas como formalmente constitucionales. A su vez, estas normas son inconstitucionales por negar una exigencia de justicia constitucionalizada a través del contenido esencial de un derecho fundamental. Esta razón es una de tipo material, por lo que estas normas son materialmente inconstitucionales.

## B.2. Ejemplos de normas constitucionales inconstitucionales

Conviene avanzar con un ejemplo. Proviene éste desde la Constitución española, en cuyo artículo 14 se ha dispuesto lo siguiente:

D57.1: La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores: en la misma línea, el grado más próximo al más remoto en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.

Desde esta disposición y en relación a la diferenciación por el sexo, es posible concluir una única norma en los términos deónticos siguientes:

N57.1: Está ordenado preferir al varón que a la mujer en la sucesión hereditaria de la Corona de España.

En la Constitución española está recogida también la disposición siguiente:

D14: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La norma que desde aquí se concluye tiene contenido complejo; pero interesa singularizar la parte siguiente:

N14: Está prohibido discriminar por razón de sexo.

La norma N14 es una norma de relevante grado de indeterminación normativa, indeterminación que viene conformada por la conducta prohibida: discriminar por razón del sexo. Esta norma a su vez es concreción de aquella primera parte de N14 que



constitucionaliza para la comunidad política española una exigencia de justicia natural: está ordenado considerar a todos los españoles como iguales ante la ley<sup>26</sup>. Con esta orden se constitucionaliza el derecho fundamental a la igualdad. La parte singularizada de N14 conforma el contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad. Pues bien, esta parte singularizada ha sido concretada por la norma N57.1.

La norma N57.1 de la Constitución española, a su vez, es una norma con irrelevante grado de generalidad, manda una cosa muy concreta: el varón es preferido a la mujer al heredar la Corona de España. Este mandato concreto significa una autorización para discriminar por razón del sexo a la hora de heredar la Corona de España; es decir, N57.1 es contraria a N14. Como N14 es una norma constitucional que hace al contenido esencial del derecho a la igualdad (y consecuentemente, es una norma justa), la contradicción contenida en N57.1 es inconstitucional y supone una injusticia. Puede concluirse, de esta manera, que N57.1 es una norma que al estar contenida en la Constitución formalmente ha de ser tenida como norma constitucional; pero que al contradecir una exigencia de justicia natural constitucionalizada (al contradecir el contenido esencial del derecho a la igualdad), materialmente ha de ser tenida como inconstitucional. N57.1 es, pues, un ejemplo de norma constitucional inconstitucional.

En el ordenamiento constitucional peruano es posible formular razones para justificar que del artículo 140 de la Constitución se desprende una norma constitucional inconstitucional respecto del contenido esencial del derecho a la vida (artículo 2.1 de la Constitución). Pero ahora interesa mostrar que esta misma lógica argumentativa no ha sido extraña en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Éste Tribunal se ha preguntado por la constitucionalidad del artículo 154.2 de la Constitución, el cual dispone –para lo que aquí interesa destacar–, que los jueces y fiscales no ratificados, “no pueden reingresar al Poder Judicial ni al Ministerio Público”. Y luego de reconocer su *incongruencia* con otras normas constitucionales<sup>27</sup>, ha concluido que “una lectura razonable del artículo 154.º inciso 2), no puede impedir en modo alguno el derecho del demandante a postular nuevamente a la Magistratura”<sup>28</sup>; al punto que decide “exhortar al órgano de la reforma constitucional a que sea éste el que, en ejercicio de sus labores extraordinarias, defina mejor los contornos de la institución”<sup>29</sup>. Si bien se ve, del artículo 154.2 mencionado es posible concluir una sola norma en los términos deónticos siguientes: Está prohibido el regreso al Poder Judicial o al Ministerio Público de los Jueces y Fiscales no ratificados. Para el Tribunal Constitucional, se trata de una norma no razonable, en estricto, se trata de una norma inconstitucional. No voy a justificar aquí las deficiencias en la argumentación del Tribunal Constitucional<sup>30</sup>, solo

---

<sup>26</sup> Bien vistas las cosas N14 en su contenido complejo es una norma con relevante grado de indeterminación normativa que concreta una norma constitucional de máximo grado de generalidad positivada solo implícitamente. Tal norma es la siguiente: N: Está ordenado tratar a todas las personas como iguales.

<sup>27</sup> El Tribunal Constitucional llama incongruencia lo que en realidad es una inconstitucionalidad. Esta inconstitucionalidad se formula en referencia a otras normas constitucionales como la que reconoce la igualdad (artículo 2.2 de la Constitución). EXP. N.º 1333–2006–PA/TC, fundamento 5.

<sup>28</sup> Idem., fundamento 8.

<sup>29</sup> Idem., fundamento 7.

<sup>30</sup> Lo tengo hecho en *El Tribunal Constitucional y su dinámica jurisprudencial*, Palestra, Lima 2008, ps. 153–187.

se ha mostrado que aunque no lo trata como una norma constitucional inconstitucional, toda la lógica justificativa que la define, no ha sido extraña al Tribunal Constitucional.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS DEL ANÁLISIS DE LAS DECISIONES DEL CONSTITUYENTE SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

La clasificación de las disposiciones y consiguientes normas constitucionales desde una perspectiva formal, exigieron y permitieron formular una clasificación material. Corresponde dar un paso más y preguntarnos por sus consecuencias. Aquí serán examinadas las más relevantes de cara al objeto de estudio en este trabajo: la vinculación a las sentencias del Tribunal Constitucional.

##### A. Reformulación de la finalidad de la justicia constitucional

La jurisdicción constitucional ha sido una creación Kelseniana de la mano de los Tribunales Constitucionales. El pensamiento de Kelsen ha sido un pensamiento fuertemente formal, en cuyo seno la finalidad de la jurisdicción constitucional era mantener la coherencia y predictibilidad del sistema jurídico a través de la anulación de Leyes (o reglamentos) que se produjeran contradiciendo la forma de producción legislativa prevista en la Constitución. Con el advenimiento del Estado constitucional de derecho, la Constitución se reformula y con ella necesariamente también la finalidad de la jurisdicción constitucional.

La Constitución, como ya se justificó, no es más un documento político no vinculante o solo parcialmente vinculante que define la producción de todos los demás niveles normativos inferiores a ella. La Constitución del Estado constitucional es esencialmente el reconocimiento positivo de las exigencias de justicia que se formulan desde y para la Persona; se convierte así en un instrumento especialmente útil para lograr la plena vigencia de los derechos humanos y con ellos, la plena realización de la Persona. Desde esta perspectiva la finalidad de la jurisdicción constitucional es determinar y hacer efectivo lo justo desde la Constitución. La jurisdicción constitucional adquiere necesariamente un significado esencialmente material, sin perder su significado formal: es la norma fundamental a la que se han de sujetar todas las demás normas. De esta forma, la finalidad de la jurisdicción constitucional no es defender la Constitución por el simple hecho de ser la norma fundamental, sino que se defiende porque con su defensa se asegura la justicia constitucional, es decir, lo que es debido a la Persona por ser tal que se recoge expresa o implícitamente en la Constitución. Si la Constitución no recogiese exigencias de justicia y por el contrario las negase, no estaría ordenado defenderla. Las normas constitucionales inconstitucionales, consecuentemente, no se han de defender si asegurar su cumplimiento, sino que se ha de buscar su ineficacia.

Puede formularse, pues, la finalidad de la jurisdicción constitucional en los términos siguientes: controlar que las actuaciones (o decisiones) de los poderes públicos y privados se ajusten a los contenidos de justicia expresa o implícitamente constitucionalizados.



## B. Reformulación de la interpretación constitucional

Definir lo justo desde la Constitución exige de interpretación. La interpretación constitucional también se ha de formular esencialmente como instrumento al servicio de la Persona y de lo que le es debido por ser tal. Esto exige, en primer lugar, dejar de lado criterios de interpretación meramente formales. Son tales aquellos que definen un significado al margen de un contenido material de justicia. Son representativos los tres criterios que se formulan para resolver una antinomia. Frente a dos mandatos jurídicos opuestos, prevalece el que pertenezca a una jerarquía jurídica superior (criterio de la jerarquía); y si son de la misma jerarquía prevalece el más reciente sobre el más antiguo (criterio de temporalidad); y si son de la misma jerarquía y fueron emitidos al mismo tiempo, prevalece el que tenga carácter especial sobre el mandato general (criterio de la especialidad). Todos estos criterios definen la validez jurídica exclusivamente con base en criterios formales como la jerarquía, la fecha de entrada en vigor y la especialidad.

Pues bien, un mandato por el hecho de ser jerárquicamente superior no necesariamente prevalece sobre un mandato de carácter inferior. Solo lo hará en caso que el mandato superior se condiga con lo que le es debido a la Persona. Por ejemplo, una norma constitucional inconstitucional que ordena hacer algo, no se impone sobre una ley que prohíbe hacer ese mismo algo; sino que precisamente lo ordenado (lo justo por ser lo debido) es lo contrario: reconocer ineficacia al mandato de la constitución y hacer cumplir el mandato legal. Esto mismo puede razonarse para los otros dos criterios formales. Si solo nos basamos en criterios formales no nos habremos movido de las coordenadas del Estado legal de derecho con las consecuencias catastróficas ya apuntadas. En esencia porque habría que reconocer la validez jurídica a los mandatos solo con base en parámetros formales, con el riesgo de exigir el cumplimiento de mandatos incluso manifiestamente injustos.

Recuérdese el ejemplo apuntado antes desde la Constitución española. Por un lado el artículo 14 prohíbe la discriminación por razón de sexo, mientras que el artículo 57.1 ordena la discriminación por razón de sexo a la hora de heredar la Corona de España. Con base en criterios formales de interpretación constitucional habría que reconocer que se ha presentado una antinomia la cual se resolvería según el criterio de especialidad: la norma especial prevalece sobre la norma general; en este caso, sería constitucionalmente válido permitir que el hombre desplace a la mujer a la hora de heredar la Corona de España.

Por el contrario, se ha de apelar a criterios de interpretación que permitan dar razones fuertes para sostener el significado de una exigencia de justicia en las circunstancias de un caso concreto. Particularmente, se ha de apelar a criterios de interpretación que permitan determinar el contenido esencial o constitucional de los derechos fundamentales en las circunstancias del caso concreto, antes que justificar la prevalencia de un derecho fundamental sobre otro. En este punto resulta decisivo emplear el llamado principio de proporcionalidad no como un instrumento meramente formal que resuelva las cuestiones según grados –supuestos o reales– de afectación de un derecho fundamental y de satisfacción de otro; sino como un instrumento que permita determinar lo debido en cada

caso concreto, estableciendo quien tiene derecho y quien no lo tiene en las concretas circunstancias<sup>31</sup>.

---

<sup>31</sup> 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, ps. 297–319.

