

EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO CONJUNTO DE NORMAS CONSTITUCIONAL

THE CONSTITUTIONAL CONTENT OF FUNDAMENTAL RIGHTS AS A SET
OF CONSTITUTIONAL NORMS

Luis Castillo Córdova*

Resumen:

La solución de problemas jurídicos referidos a los derechos fundamentales, reclama un concepto material de derecho fundamental. Un tal concepto es compatible con el modo de entender al contenido constitucional de los derechos fundamentales como un conjunto de normas constitucionales producidas por las distintas fuentes de derecho constitucional existentes en nuestro ordenamiento jurídico. Este trabajo de destina a justificar y mostrar cuáles son esas fuentes y cómo llegan a conformar el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Derecho fundamental, contenido constitucional, derecho convencional, interpretación constitucional.

Abstract:

The solution of legal problems related to fundamental rights calls for a material concept of fundamental right. Such concept is compatible with the way of understanding the constitutional content of fundamental rights as a set of constitutional norms produced by the different sources of constitutional law existing in our legal system. This work is intended to justify and show what these sources are and how they come to shape the constitutional content of fundamental rights.

Keywords: *Fundamental right, constitutional content, conventional law, constitutional interpretation.*

*Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Consejero externo en Rodrigo, Elías & Medrano.

1. Introducción

En las páginas siguientes se propondrá un modo de entender el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Este consiste en un conjunto de normas de valor y rango constitucional que han sido establecidas a través de fuentes constitucionales distintas. Sin embargo, necesita para su construcción y empleo un concepto de derecho fundamental. Esta construcción no debe perder de vista que está llamada a operar en el seno de un Estado constitucional de derecho que tiene como pretensión superar las aporías y nefastas consecuencias del Estado legal de derecho.

Para conseguirlo resultó necesario 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)¹. 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 horrores de la segunda guerra mundial volvieran a producirse². Este “nuevo” concepto de Derecho estaba destinado a marcar la esencia del Estado constitucional de derecho, como una realidad no solo formal, sino también material³. Así, en el Estado constitucional de derecho son decisivas las exigencias de justicia material⁴ que vienen representadas por la dignidad humana y por los derechos humanos, las que se convertirán “en virtualmente relevantes para la interpretación de toda disposición, y para la solución de todo caso”⁵. En este escenario quedan descartados los conceptos de tipo formal y se deben buscar los de tipo material porque se adaptan mejor a la base dogmática del Estado constitucional de derecho.

2. Un concepto material de derecho fundamental

En relación a los derechos fundamentales se descartan conceptos meramente formales, como aquel que define al derecho fundamental como principio y al principio como un mandato de optimización⁶.

1 Desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos humanos, “la afirmación de los derechos [humanos], al mismo tiempo, es positiva y universal”. SCHIAVELLO, Aldo, Repensar el tiempo de los derechos, Editorial Zela, Puno 2019, p. 19.

2 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 PÉREZ, Jordi, “Historia y evolución de la protección de los derechos humanos”, en BONET PÉREZ, Jordi y SÁNCHEZ, Víctor M. (coordinadores), Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios, Huygens Editorial, Barcelona, 2008, p. 61.

3 BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, traducción de Rafael Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 34.

4 ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, 7ª edición, Trotta, Madrid 2007, p. 93.

5 BARBERIS, Mauro, Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo, Editorial Zela, Puno, 2019, p. 29.

6 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

Se descarta porque nada dice acerca del contenido del derecho, pues centra su interés en una (supuesta) propiedad del mismo: su fuerza expansiva, *prima facie* ilimitada⁷. Por el contrario, deben ser abrazados conceptos de tipo material.

Son tales, los conceptos que se formulan en relación a la persona. Aquí se propondrá que los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados. Y los derechos humanos se definirán como el conjunto de 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 realización⁸.

La fuente 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 humana⁹, tiene determinada dignidad humana¹⁰. Ella nunca vale como medio¹¹, siempre vale como fin¹², “fin supremo”, dice el Constituyente peruano (artículo 1), por lo que está ordenado promover su máxima realización posible¹³. En la medida que el bien perfecciona al ser¹⁴, la persona encontrará su realización a través de los bienes humanos esenciales con los que precisamente satisface sus necesidades humanas esenciales¹⁵.

7 BERNAL PULIDO, Carlos, El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2003, p. 460.

8 Lo tengo justificado en “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña; número 16, año 2012, ps. 820–852.

9 No ha sido extraño a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional el empleo de la naturaleza humana en su actividad argumentativa. Así, en relación al 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” (EXP. N.º 0008–2003–AI/TC, fundamento 26.a). Sobre el derecho al trabajo: “la importancia del trabajo descansa en tres aspectos sustantivos: (...) –Vocación y exigencia de la naturaleza humana” (EXP. N.º 008–2005–PI/TC, fundamento 18). Y, en fin, tiene dicho que “la cadena perpetua, en sí misma considerada, es repulsiva con la naturaleza del ser humano”. EXP. N.º 0489–2006–PHC/TC, fundamento 11.

10 Como siempre tendrá la misma naturaleza humana, siempre valdrá como fin supremo. Es decir, su valor es absoluto, no dependen de las circunstancias. Dirá el Tribunal Constitucional 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”. EXP. N.º 02446–2003–AA/TC, fundamento 9.

11 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”. EXP. N.º 4903–2005–PHC/TC, fundamento 7.

12 KANT, Immanuel, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, 2ª edición, 1996, p. 187.

13 Según el Tribunal Constitucional, “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”. EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC, fundamento 8.

14 ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, I, 1094a–1103a.

15 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–, la sirven sirviendo 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).



Estos bienes humanos esenciales se convierten en la cosa debida a la persona precisamente por tener el valor (dignidad humana) que tiene¹⁶. La dignidad humana se convierte en la fuente de exigibilidad de los derechos humanos¹⁷. Los derechos humanos son realidades anteriores y superiores al Legislador¹⁸.

El bien humano esencial debido hace a la esencia del derecho humano, de modo que define su contenido esencial. Consecuentemente, un tal contenido es irremediablemente limitado: solamente tendrá el alcance que el bien humano esencial permita justificarle. Y en la medida que el bien humano representa la cosa debida que debe ser cumplida y que es tal por la dignidad humana, entonces, un tal contenido esencial no podrá ser sacrificado. Es así que el contenido esencial de los derechos humanos es un contenido limitado y absoluto.

La Constitución del Estado constitucional de derecho está destinada a reconocer (no ha crear), los bienes humanos esenciales debidos. Cuando lo hace, los derechos humanos pasan a ser tenidos como derechos fundamentales, de modo que estos pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es (naturaleza humana) y valer lo que vale (dignidad humana), cuyo goce o adquisición le depara grados de realización y que ha sido reconocido expresa o tácitamente en la Constitución, para regularlos de modo básico.

Con el reconocimiento de los bienes humanos debidos, se constitucionaliza el contenido esencial de los derechos humanos que representan. De modo que el contenido esencial del derecho humano pasa a ser el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Este contenido constitucional será un contenido limitado y de valor absoluto. A las razones mostradas desde el contenido esencial de los derechos humanos, se han de sumar las siguientes dos. Primera, que la Constitución ha de ser tenida como una unidad¹⁹, lo que significa que los contenidos constitucionales no pueden ser tenidos como contradictorios entre sí; y segunda,

16 En palabras del Tribunal Constitucional, “los derechos fundamentales se derivan del principio-derecho de dignidad de la persona humana”. EXP. N.º 4903-2005-HC/TC, fundamento 7.

17 SERNA, Pedro, “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Número 4, Madrid, 1995, p. 294.

18 Según el Tribunal Constitucional, “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”. EXP. N.º 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.

19 Conforme al principio de unidad, “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”. EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.a.

que la Constitución ha de ser tenida como una realidad plenamente normativa²⁰ por lo que sus contenidos no podrán ser sacrificados²¹.

Al carácter limitado y absoluto del contenido constitucional de los derechos fundamentales sirve entenderlo como un conjunto de normas constitucionales, las cuales no solo no abarcan todo el espectro de posiciones jurídicas posibles, sino solamente las jurídicamente justificadas; y precisamente por su carácter normativo deben ser cumplidas plenamente. ¿de qué tipo son esas normas constitucionales que conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales? A continuación, se responderá esta pregunta.

3. Normas constitucionales establecidas por el Constituyente

En relación a los bienes humanos esenciales debidos, el Constituyente realiza dos acciones: los reconoce para luego regularlos de modo básico. Tanto una como otra acción la exterioriza a través de enunciados lingüísticos desde los que brotan normas²² por lo que han de ser tenidas como normas constitucionales directamente establecidas por el Constituyente²³. Son normas que representan la voluntad del Legislador constituyente, y son consecuencia de una interpretación literal²⁴, pero no aislada, sino sistemática²⁵ de las disposiciones constitucionales como conformantes “de un todo armónico y sistemático, a partir del cual se organiza el sistema jurídico en su conjunto”²⁶. La voluntad del Constituyente puede dirigirse a reconocer la deuda y a regular su cumplimiento lo que dará como consecuencia normas constitucionales directamente estatuidas de tipo distinto. Una clasificación de ellas, se formula en relación a su grado de indeterminación.

20 Para el Tribunal Constitucional, “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 sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”. EXP. N.º 5854-2005-PA, fundamento 12.e.

21 Según el principio de concordancia práctica, “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”. EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento 12.b.

22 GUASTINI, Riccardo, “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael, *Disposición vs. Norma*, Palestra, Lima, 2011, ps. 133-156.

23 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., p. 66.

24 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 115.

25 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2018, p. 33.

26 EXP. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento 12a.



3.1. 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. Con base en la aquí propuesta definición de derechos humanos, deberá ser sostenido que con esas fórmulas lingüísticas se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano al que se hizo referencia atrás. La norma que brota de estas disposiciones nada dice acerca del contenido esencial, se limita a reconocer su existencia. Para saber lo que el contenido esencial constitucionalizado significa, habrá que acudir a disposiciones y normas constitucionales de otro tipo. 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 este ejemplo. El Constituyente peruano ha declarado que: “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.

N2.24 CP es una norma constitucional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa que reconoce una deuda en términos máximamente abiertos: 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 acudir a otro tipo de normas.

3.2. Las normas constitucionales de relevante grado de indeterminación normativa

Además de reconocer la deuda, 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.

Por ejemplo, el Constituyente peruano ha dispuesto: “Artículo 2.24. (...) d. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez (...)”. Desde aquí se concluye esta norma:

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 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.

3.3. Normas constitucionales 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 contenga algún elemento indeterminado, éste será irrelevante y el mandato será preciso²⁷.

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:

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

²⁷ 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”. ALEXANDER, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, ob. cit., p. 87.



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. 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 y sin relevante grado de indeterminación normativa²⁸, pues las normas de máximo grado “brinda fundamento axiológico, justificación”²⁹ a las de relevante y sin relevante grado de indeterminación, en la medida que estas son concreciones de aquellas³⁰. 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 normativa 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.

4. Las normas constitucionales adscriptas a las establecidas por el Constituyente

Hasta ahora se ha hecho referencia a la voluntad, declarativa y creadora, del Legislador constituyente que se recoge en las normas constitucionales directamente estatuidas. Junto a ellas existen otras normas que son mayor en número y tienen una innegable importancia práctica. Me refiero a las llamadas normas constitucionales adscriptas³¹ a las establecidas por el Constituyente. Aquí se diferenciarán las normas constitucionales adscriptas de origen nacional, de las de origen internacional o convencional.

4.1. Normas constitucionales adscriptas de origen nacional

4.1.1. Definición

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

28 Sobre jerarquía material y axiológica véase PINO, Giorgio, *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, ps. 86-101.

29 GUASTINI, Riccardo, *Primera lección de interpretación*, Editorial Zela, Lima 2019, p. 59.

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

31 La nomenclatura, aunque no la definición, la presto de ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales...*, ob. cit., p. 70.

nacionales a la hora de ejercer la función pública que tienen constitucionalmente asignadas. 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 asignada³². La segunda razón es porque son interpretaciones que concretan las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente³³, y la concreción sigue la naturaleza del objeto concretado, de modo que, si éste 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.

4.1.2. Órganos productores

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 constitucional³⁴; 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)³⁵. Esto en nada debería menoscabar su valor constitucional, y por tal razón se las debe considerar como parte del bloque de constitucionalidad³⁶.

32 BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad...*, ob. cit., p. 127.

33 Esta segunda razón bien puede asemejarse a la “relación de precisión” y a la “relación de fundamentación”, a las que se refiere Alexy. Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, ob. cit., ps. 69 y 70.

34 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. Cfr. EXP. N.º 1115-1999-AA/TC, fundamento 6.

35 En palabras del Tribunal Constitucional, 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”. EXP. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 32.

36 HAKANSSON NIETO, Carlos, *Curso de Derecho Constitucional*, Universidad de Piura – Palestra editores, 3ª edición, Lima 2019, ps. 184-191.



Más difícil puede resultar la aceptación de que las interpretaciones vinculantes que de la Constitución establece 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 ésta. Son pues, verdaderas normas. Esta fuente de derecho, a diferencia de las leyes y decretos legislativos, “[n]o 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”³⁷. Y no solo porque “es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia”³⁸, sino también porque “la interpretación es una actividad creadora de normas”³⁹.

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 nada en sentido contrario ha decidido. Por esta razón, al igual que las leyes de desarrollo constitucional, las interpretaciones directas que de la Constitución realiza la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en sus sentencias de desarrollo constitucional, conforman el bloque de constitucionalidad⁴⁰.

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 irremediabilmente se pega. 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 conforma 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 orgánicas (referidas de los poderes públicos). Aquí solamente interesa hacer referencia a las primeras.

37 EXP. N.º 00047-2004-AI/TC, fundamento 34.

38 Ibidem.

39 GRANDEZ CASTRO, Pedro, *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*, Palestra editores, Lima 2016, p. 75.

40 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, ob. cit., ps. 47-52.

4.1.3. 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 de 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 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 626-2013 en la que estableció el deber del Juez de fundamentar, además de los requisitos previstos en la norma N268 Decreto legislativo 957, la proporcionalidad (entiéndase razonabilidad) y la duración de la medida.

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 EXP. 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 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”, por lo que tienen valor constitucional y les corresponde rango constitucional. 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.

5. Normas constitucionales adscriptas de origen convencional

5.1. Las normas convencionales directamente estatuidas

5.1.1. Definición

Para un mayor aseguramiento del valor (dignidad) de la persona y de los derechos humanos que se sostienen en tal valor, existen los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Son sistemas subsidiarios respecto del derecho y de la jurisdicción nacional⁴¹, pues es al Estado nacional al que le corresponde el papel de “principal garante de los derechos humanos de las personas”⁴². Al sistema universal liderado por 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 órganos o tribunales encargados de velar por su plena vigencia.

41 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, en IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México (Año V, número 28), 2011, p. 147.

42 CORTE IDH. Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009, párrafo 66.

Los Estados nacionales normalmente, y mediante el procedimiento previsto en sus textos constitucionales, se han incorporado a un sistema u otro, con la firma del tratado o convención internacional respectiva y, consecuentemente, a través de la incorporación de la norma internacional al sistema jurídico nacional⁴³.

Con las Convenciones sobre derechos humanos pasa lo mismo que con la Constitución en relación a los derechos humanos: a través de los tratados y convenciones sobre derechos humanos, el Legislador convencional al igual que 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 en el tratado o convención respectiva. 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, al igual 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 reguladora del bien humano debido se expresa a través 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 inconventionales por ser concreciones desajustadas de las normas de máximo grado de indeterminación normativa.

43 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, ésta no deja de tener deficiencias. Cfr. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo, “Reconfiguración de la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho nacional sobre la base del principio de subsidiariedad”, en Anuario Mexicano de Derecho Internacional, volumen XVII, 2017, ps. 724 y ss.



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.

5.1.2. Ejemplo de norma convencional directamente estatuida

Ejemplifiquemos lo que se lleva dicho desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁴⁴ en relación a 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.

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 hace referencia.

En el artículo 7.3 de la CADH, el Legislador convencional ha establecido que “[n]adie 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 “[t]oda 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”.

44 En adelante, la referencia a la Convención americana sobre derechos humanos incluye también a los protocolos adicionales respectivos.

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” es posible de ser entendida como “inmediatamente”, lo que permite operar acabadamente con una tal norma, sin necesidad de una concreción normativa previa.

5.2. Las normas convencionales adscriptas

5.2.1. 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 convención sobre derechos humanos y para concretar las normas convencionales directamente estatuidas, formulan los tribunales de justicia internacional creados para la defensa y 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 le ha encargado el Legislador convencional: la defensa del tratado o 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. 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. Consecuentemente, la norma adscripta además de compartir la naturaleza del objeto concretado, comparten también su valor normativo. 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.



5.2.2. 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 7.1CADH en el párrafo 140 del caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, sentencia de 25 de noviembre de 2000⁴⁵. 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)”⁴⁶, recogió una interpretación vinculante del artículo 7.6 CADH. Desde una 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 a 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 directamente, no sucesivamente, la norma convencional N7.1 CADH y N7.6 CADH respectivamente. Estas dos normas convencionales 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 viajan e ingresa la norma convencional directamente estatuida.

⁴⁵ Dijo la Corte IDH 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”.

⁴⁶ Dijo la Corte IDH: “Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control 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”.

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

Cuando un Estado se obliga a un tratado internacional, éste ingresa a su sistema jurídico interno para conformarlo. El ingreso abre una serie de interrogantes, algunas de las cuales aquí serán planteadas respecto de la CADH y el Estado peruano. Una vez que firmó la CADH, las normas convencionales directamente estatuidas se introdujeron en el sistema jurídico nacional, e irremediablemente a ellas adheridas ingresaron las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH. Unas y otras representan el reconocimiento y concreción básica de bienes humanos esenciales, es decir, representan el contenido esencial de 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 mismos derechos humanos en su contenido esencial.

Esta atracción se produce por dos razones. Primera, porque la Constitución es la norma suprema del derecho receptor del derecho convencional que actúa como derecho incorporado; y segunda, porque tanto las normas constitucionales como las convencionales tratan de lo mismo: del reconocimiento y regulación básica del contenido esencial de los derechos humanos. Si el Constituyente no ha interferido en esa fuerza de atracción con una decisión distinta, 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 “[l]as 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 final y transitoria).

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. 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 doctrina⁴⁷, sino también por el Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que

⁴⁷ Cfr. por todos, RUBIO CORREA, Marcial, “La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993”, en *Pensamiento Constitucional*, volumen 5, p. 109. En contra 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 CHÁVEZ, Victorhugo, FEIJÓO CAMBIASO, Raúl, “El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos”, en *Revista Ius et Veritas*, N° 50, Julio 2015, p. 342.



“[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional”⁴⁸.

El rango o nivel constitucional del sistema jurídico peruano, no obstante, está conformado por dos compartimentos según se explicó atrás. Uno es el derecho constitucional directamente estatuido, y el otro es el derecho constitucional adscripto.

El derecho convencional no puede ingresar 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 del Legislador convencional, aun cuando ambas voluntades puedan coincidir.

Ingresará al compartimento del derecho constitucional adscripto: atraídas por las normas constitucionales directamente estatuidas, las normas convencionales se adhieren a éstas 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, que el compartimento del derecho constitucional adscripto está conformado por las normas constitucionales adscriptas creadas por las leyes y 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.

De esta manera el derecho constitucional sobre derechos fundamentales queda 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 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.

48 EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y 0026–2005–PI/TC, fundamento 26.

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

6.1. 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 contenido esencial del derecho humano constitucionalizado 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 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 normativa⁴⁹. En relación al 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

49 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.



de indeterminación normativa N2.24 CP, y sus concreciones, las normas constitucionales directamente estatuidas N2.24.d CP y N2.24.f CP.

6.2. 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 de 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 éstas 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 sentencias de desarrollo constitucional⁵⁰.

En relación 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.

6.4. 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 que el tribunal internacional creado para la defensa de un tratado internacional ha sido creado.

⁵⁰ Esta regla general puede tener excepciones, sin embargo. Será éste el caso cuando la interpretación vinculante que de la Constitución formulan los órganos nacionales destinados a crear normas constitucionales adscriptas, concreten 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 solamente desde la regla general, por lo que de este otro supuesto de norma constitucional infraconstitucional nada más será dicho.

A estas normas se las ha llamado normas convencionales adscriptas. Más precisamente en relación al 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 ingresado al sistema jurídico nacional, estas normas convencionales se adhieren a las normas constitucionales 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. Conforman, 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 en relación 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. Este conjunto de normas servirá de parámetro para controlar la constitucionalidad de toda decisión, pública o privada, en relación a la libertad personal.

7. El cierre

Planteado un problema jurídico en relación a los derechos fundamentales, el primer paso en el proceso de su solución es la identificación del derecho relevante para el caso, es decir, el conjunto de normas que conforman el contenido constitucional del derecho fundamental concernido. Para ello debe buscar no solo en la Constitución, la que normalmente dice de modo abierto e indeterminado, sino también, y principalmente, en las sentencias y leyes de desarrollo constitucional, así como en el derecho convencional (directamente estatuido y adscripto) constitucionalizado.

Puede ocurrir que el operador jurídico encuentre una norma constitucional que resuelva directamente el problema jurídico planteado.



En ese caso, luego de comprobar su validez formal y material, procede a formular la premisa normativa con base en esa norma. Puede ocurrir también que encuentre una norma que, comprobada su validez formal y material, y con base en una aplicación analógica, le permita construir una premisa normativa que resuelva el caso. Solo si no existiese norma que resuelva el problema, será necesario justificar la creación de una nueva norma constitucional con la cual resolver el caso. Tal norma representará la concreción de alguna norma constitucional directamente estatuida, para lo cual podrá emplear las metodologías distintas existentes⁵¹.

Las normas constitucionales iusfundamentales, comprobada su validez formal y material, representarán el alcance razonable delimitado del contenido constitucional de un derecho fundamental. Esto significará más subsunción a normas constitucionales delimitadoras, y menos ponderación.

8. Bibliografía

ALEXY, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I, 1094a–1103^a

BARBERIS, Mauro. (2019). *Estado constitucional. Acerca del nuevo constitucionalismo*. Editorial Zela, Puno.

BERNAL PULIDO, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

BÖCKENFÖRDE, E. W. (2000) *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Traducción de Rafael Agapito Serrano. Trotta, Madrid.

BONET PÉREZ, J. y SÁNCHEZ, V. (coordinadores). (2008). *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*. Huygens Editorial, Barcelona.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2020). Estudio introductorio: “Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos”. En ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria y PALLANTE, Francesco, *Manual de derecho constitucional*. Editorial Zela, Puno.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (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*; número 16.

51 En particular, la metodología conflictivista o la metodología armonizadora. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Estudio introductorio: “Lineamientos del derecho constitucional de los derechos humanos”. En ZAGREBELSKY, Gustavo, MARCENÒ, Valeria y PALLANTE, Francesco, *Manual de derecho constitucional*, Zela editores, Puno 2020, ps. 53-59.

CASTILLO CÓRDOVA, L. (2018). *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, 3ª edición. Gaceta Jurídica, Lima.

CORTE IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

GARCÍA RAMÍREZ, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad, en IUS, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* (Año V, número 28).

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, 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. En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XVII.

GRANDEZ CASTRO, P. (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Palestra Editores, Lima.

GUASTINI, R. (2011). *Disposición vs. Norma*. Palestra Editores, Lima.

GUASTINI, R. (2019). *Primera lección de interpretación*. Editorial Zela, Lima.

HAKANSSON NIETO, C. (2019). *Curso de Derecho Constitucional*. Universidad de Piura – Palestra editores, 3ª edición, Lima.

KANT, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. 2ª edición.

MONTOYA CHÁVEZ, V., y FEIJÓO CAMBIASO, R. (2015). El rango de los Tratados sobre Derechos Humanos, en *Revista Ius et Veritas*, N° 50.

PINO, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado Constitucional*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

RUBIO CORREA, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993, en *Pensamiento Constitucional*, volumen 5.

SCHIAVELLO, A. (2019). *Repensar el tiempo de los derechos*. Editorial Zela, Puno.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 00047–2004–AI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0025–2005–PI/TC.



Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 0026–2005–PI/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 02446–2003–AA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 2273–2005–PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 4637–2006–PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 4903–2005–PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 5854–2005–PA/TC.

SERNA, P. (1995). La dignidad de la persona como principio de derecho público, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Número 4, Madrid.

ZAGREBELSKY, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. 7ª edición, Trotta, Madrid.

