

La Constitución del Estado Constitucional



LUIS CASTILLO CORDOVA

Doctor en Derecho por la Universidad de La Coruña,
Licenciado en Derecho por la Universidad de Piura,
Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Piura.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Constitución y Persona.
- III. Constitución y Poderes Públicos.
- IV. La Constitución y su posición jerárquica.
- V. Un concepto básico de Constitución.
- VI. Constitución y contenido esencial de los Derechos Fundamentales.
- VII. Constitución y normas constitucionales directamente estatuidas y normas constitucionales adscriptas:
 1. Tipo de normas constitucionales;
 2. El Tribunal Constitucional como creador de normas constitucionales;
 3. El carácter adscripto de las normas creadas por el Tribunal Constitucional.
- VIII. Constitución y normas constitucionales materialmente inconstitucionales.
- IX. Un juicio de cierre.



I. INTRODUCCIÓN

Según la tradición jurídica en la que nos coloquemos, si del *Common Law* o del *Civil Law*, será posible definir modalidades distintas de sometimiento del poder (público y privado) al Derecho. En el primer caso, el imperio del Derecho o *rule of law* se ha mantenido esencialmente el mismo desde sus orígenes, y para lo que aquí interesa destacar, se ha definido a través de una vinculación fuerte a criterios de justicia natural, equidad y juego limpio¹. El Estado de Derecho continental, por el contrario, no se ha mantenido el mismo, y con el tiempo ha permitido diferenciar dos modalidades: el Estado Legal de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho. Nuevamente para lo que aquí interesa destacar, la diferenciación se ha formulado esencialmente según se haya negado o acogido como Derecho válido y vinculante exigencias de justicia pre-estatales. Corresponde preguntarse por un concepto de Constitución dentro de las coordenadas del Estado Constitucional de Derecho. Consecuentemente, el análisis que a continuación se formulará de la Constitución, tiene su contexto dogmático en la tradición del Derecho continental y no en la del Derecho anglosajón.

II. CONSTITUCIÓN Y PERSONA

Así como una incorrecta concepción de la Ley (primera fuente de normatividad en el Estado Legal) permitió la construcción jurídica y política del Estado legalista como una modalidad que desnaturalizó al Estado de Derecho al posibilitar (y promover) la sujeción del poder a mandatos abiertamente injustos; solo una correcta concepción de lo que es y del papel que está llamada a cumplir la Constitución (primera fuente

de normatividad en el Estado Constitucional) permitirá la superación de tal desnaturalización y promoverá con ello la efectiva sujeción de los poderes públicos (y privados) a contenidos verdaderamente jurídicos. Una correcta concepción dependerá de su ajustamiento a la naturaleza o esencia de la Constitución.

¿Qué es aquello que hace que la Constitución sea Constitución y no otra cosa distinta? Dicho de otro modo, ¿cuál es la naturaleza o esencia de la Constitución? Mucho se ha dicho y escrito sobre esta cuestión y ahora no es mi finalidad hacer un recuento doctrinario de las respuestas dadas². Solo corresponde apuntar aquello que desde la Persona puede ser atribuido como conformante de la esencia de la Constitución. La dignidad de la Persona necesariamente alude a su valor. El valor de la Persona consiste en ser fin en sí misma, lo que permite tenerla como una realidad absoluta, es decir, su valor no se formula en relación a nada diferente a ella misma³.

En la medida que se tiene un determinado valor porque antes se "es" de una determinada manera, corresponde preguntarse por el "ser" de la Persona. Tampoco es mi intención en este punto referir un estudio antropológico acabado. Solamente interesa afirmar que la Persona "es" una realidad imperfecta que tiende a la perfección⁴, para inmediatamente sostener que el primer deber de justicia que respecto de ella se formula es promover su máxima realización posible. En efecto, precisamente por tener la condición de fin está ordenado (le es debido) promover las condiciones para que logre el máximo grado de perfeccionamiento o realización posible. Esta realización se conseguirá logrando el máximo grado de satisfacción de aquellas necesidades que se formulan desde su naturaleza o esencia

1. PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. *El ejemplo constitucional de Inglaterra*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010, p. 217.
2. Al respecto, véase PEREIRA MENAUT, Antonio Carlos. *En defensa de la Constitución*. Lima: Palestra, 2011, pp. 35-52.
3. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "El valor jurídico de la persona humana". *Revista Galega de Cooperación científica iberoamericana*. Edición Nº 11. 2005, pp. 31-40.
4. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*. Tercera edición, Lima: Palestra, 2007, p. 30.

humana; es decir, logrando el máximo grado de consecución o goce del mayor número posible de bienes humanos esenciales⁵. La deuda que respecto de estos bienes humanos se predica, permite reconocer en cada uno de ellos a verdaderos Derechos Humanos o Naturales⁶, vale decir, lo debido a la Persona por tener la naturaleza y el valor (dignidad) que tiene⁷.

De esta forma, un concepto básico de Derechos Humanos es el siguiente: conjunto de bienes humanos debidos a la Persona y cuyo goce y/o adquisición le permite lograr grados de realización en la medida que con ellos logra satisfacer necesidades esenciales⁸. Estos bienes humanos significan espacios de libertad para la Persona, a la vez que deberes —principalmente estatales—, de promover tales espacios de libertad. Libertad y justicia son las dos caras de una misma moneda⁹ que están llamadas a converger en la Constitución como elementos de su dimensión material¹⁰. En un Estado Constitucional de Derecho, ni la libertad puede ser injusta ni generar injusticia, ni hay justicia con opresión, debido no solo a que la libertad en sí misma es una exigencia de justicia, sino también a que la libertad jurídica no es una libertad desbocada sino una libertad orientada al servicio del desarrollo pleno de la Persona.

Los Derechos Humanos significan la primera expresión jurídica que es posible concluir desde la Persona, por lo que está exigido que la Constitución —como primera fuente de juridicidad positiva reconocida en una comunidad política— los recoja. Positivados en la Constitución, los derechos humanos pasan a ser denominados como Derechos Fundamentales¹¹. De esta manera, aquello que puede ser atribuido como esencia de la Constitución, puede ser formulado en los términos siguientes: primer nivel de reconocimiento expreso o tácito del valor de la Persona y de las consiguientes exigencias de justicia que como Derechos Fundamentales se formulan en torno a ella. Esto es lo que hace que la Constitución sea tal y a la vez define su contenido material desde un plano jurídico¹²: la fijación de principios de justicia material¹³.

III. CONSTITUCIÓN Y PODERES PÚBLICOS

A partir de este elemento esencial se derivan otros dos más que para el caso de la Constitución del Estado Constitucional se han integrado a su esencia y pueden ser tenidos por ello como elementos esenciales también. El primero de esos dos elementos es de tipo material aunque de naturaleza predominantemente política. Se trata de la creación y de la consiguiente regu-

5. En la teoría aristotélica el bien se define como aquello que perfecciona al ser. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1094a–1103a. Con base en esta definición, bien humano será aquello que perfecciona al ser humano.
6. HERVADA, Javier. *Introducción crítica al derecho natural*. Piura: Universidad de Piura, 1999, pp. 100 y ss.
7. GONZÁLEZ, Ana Marta. *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann*, Pamplona: EUNSA, 1996, p. 214.
8. 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*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 42.
9. Esta es la base para reconocer luego en el contenido esencial de los Derechos Fundamentales, tanto una dimensión de libertad o subjetiva a la vez que una dimensión prestacional u objetiva.
10. Sobre la contraposición entre libertad y justicia, véase ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Séptima edición. Madrid: Trotta, 2007, pp. 75–89.
11. MESSNER, Johannes. *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik. Staatsethik und Wirtschaftsethik*, 4. Auflage, Tyrolia–Wien–München: 1960, p. 386. PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Séptima edición, Madrid: Tecnos, 1998, p. 44.
12. Este elemento, por ser esencial a la idea de Constitución, ha de verificarse en toda Constitución que sea verdaderamente tal. Así, es un elemento que puede y debe predicarse de la Constitución tanto en el Sistema Jurídico inglés como en el europeo continental.
13. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 93.

lación de los distintos órganos públicos que se consideran necesarios para la dirección de la comunidad política, los cuales no se limitan a los clásicos Legislativo, Ejecutivo y Judicial¹⁴. Los órganos públicos se organizan y regulan en la Constitución, aunque sea básicamente, porque son una realidad necesaria para gestionar los asuntos de la comunidad política de modo que más y mejor promuevan la plena realización de la Persona. En este marco, la limitación de los poderes públicos a través del Derecho, significa principalmente la limitación del poder a través de los Derechos Fundamentales. El Estado es un medio al servicio de la Persona, consecuentemente los distintos poderes y órganos estatales son instrumentos que se legitiman según el grado de utilidad que como medio presta a la consecución del fin que es la máxima realización posible de la Persona a través de la máxima realización de sus Derechos Fundamentales. De esta forma, la limitación jurídica del poder público es una consecuencia de haber reconocido antes

que los contenidos de justicia que se formulan en torno a la Persona, sin estos contenidos la limitación del poder se desnaturaliza¹⁵.

IV. LA CONSTITUCIÓN Y SU POSICIÓN JERÁRQUICA

El segundo de los elementos que se derivan de la esencia de la Constitución es uno de tipo formal y alude al nivel normativo. En la medida que la Constitución significa el primer nivel de reconocimiento expreso o tácito de las exigencias de justicia natural que se formulan en torno a la Persona, exige desde su esencia que los demás productos normativos positivados se sujeten a ella. Lograrlo demanda reconocer que la Constitución no es un mero documento político-guía¹⁶ que proscibía interpretación jurídica¹⁷, o una realidad solo parcialmente normativa¹⁸ tal y como ocurrió en la dogmática del Estado Legal de Derecho¹⁹, sino que ella es una realidad normativa plena y como tal genera vinculación

14. Aquí es relevante la clásica institución de división de poderes, a través de la cual se establecen los poderes públicos y se les organiza aunque sea básicamente definiendo —incluso— las relaciones entre ellos.
15. El hecho que históricamente la Constitución (y el constitucionalismo) haya surgido con la finalidad de limitar el poder, no permite concluir que la limitación al poder es la finalidad de la Constitución. Se limita el poder como medio para conseguir el fin de la Constitución: la plena vigencia de las exigencias de justicia que existen en torno a la Persona. De hecho, si fuese un dato comprobado que el poder sin limitación favorece más y mejor la plena realización de la Persona, lo ordenado —por ser lo justo y debido a ella— sería que el poder no tuviese limitación alguna. Pero se le ha limitado precisamente porque el dato comprobado es que el poder ilimitado atenta contra el valor de la Persona.
16. LANCHEROS-GAMÉZ, Juan Carlos. "Del Estado liberal al Estado constitucional. implicaciones en la comprensión de la Dignidad Humana". En: *Dikaion*, Año 23, Edición N° 18, 2009, p. 252.
17. MORA-DONATTO, Cecilia. *El valor de la Constitución normativa*. México: Instituto de investigaciones jurídicas - UNAM, 2002, p. 59.
18. La Constitución del Estado Legal de Derecho era, en el mejor de los casos, una realidad normativa solo parcialmente. Basado en la Teoría pura del Derecho de Kelsen, los derechos de la Persona no eran tenidos como mandatos jurídicos sino como directrices políticas que adquirían juridicidad una vez que la Ley los desarrollase. Basados también en la doctrina kelseniana, la Constitución era concebida como la norma que regulaba la producción de las demás normas. Era la que decía el órgano competente y el procedimiento correspondiente para reconocer a un producto normativo como ley. En esta parte a la Constitución se le reconocía normatividad y, por ello, vinculaba. Con acierto ha dicho Rubio Llorente que existe en Kelsen "una repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación del contenido material de la ley". RUBIO LLORENTE, Francisco. "Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional". En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Edición N° 4, 1982, p. 40.
19. En el Estado legalista, si bien el derecho consistía en lo que la ley decidiese, no dejaba de existir Constitución. A ésta, no obstante, no se le reconocía —no al menos plenamente— existencia jurídica y consecuente normatividad. Los contenidos constitucionales adquirían naturaleza jurídica a través de la ley. Cfr. FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 1996, pp. 63 y ss.

a todos sus destinatarios: los poderes públicos y los privados²⁰.

Lograrlo demanda también que, una vez reconocido el carácter normativo de la Constitución, se opte por cualquiera de los dos caminos siguientes. Uno es colocar en el primer nivel normativo positivado, de modo que la Constitución sea tenida como la primera norma del Sistema Jurídico positivado en el seno de una comunidad política concreta. Así, se encontrará por encima de la Ley y por encima de los Reglamentos; también se encontrará por encima de las sentencias jurisdiccionales. El otro es, sin colocarla en el primer nivel normativo positivado, reconocer la existencia de una fuerte adhesión a los contenidos normativos de la Constitución por aquella fuente a la que se le reconocería el primer nivel normativo, la Ley, de modo que aunque nada impediría que ésta contradijese a la Constitución, el Parlamento nunca decidiría en su contra debido a su altísima fidelidad y gran compromiso con los mandatos constitucionales²¹. Los sistemas que optan por el primer camino, son los que corresponden a los sistemas propios del Estado Constitucional de Derecho.

Teóricamente, cuando ocurre una traslación plena y fiel de las exigencias de justicia desde el Derecho natural hacia la Constitución, será posible incluso reconocer a la Constitución como el primer nivel de juridicidad (positiva y no positiva). Esto mismo se predicará, inclusive,

a nivel internacional cuando teóricamente la Convención o Tratado sobre Derechos Humanos y la Constitución nacional hayan reconocido de modo pleno y fiel las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona. Pero en la medida que esta situación teórica puede no siempre darse en la práctica, es mejor reconocer que la Constitución es el primer nivel de normatividad positiva. Esto significará admitir como posible, aunque poco probable, la existencia de normas constitucionales injustas. Si esto llega a darse, y como más adelante será expresado, la norma en realidad solo será constitucional desde un punto de vista formal, pues materialmente no habrá llegado a conformar la Constitución al ser contraria a su esencia²².

De esta manera, el segundo elemento que brota de la esencia de la Constitución y que para los sistemas continentales del llamado Estado Constitucional de Derecho se ha integrado en el nivel de la esencia de la Constitución, es la consideración de la Constitución como norma suprema del Sistema Jurídico nacional²³.

V. UN CONCEPTO BÁSICO DE CONSTITUCIÓN

El Estado Legal de Derecho no se supera con solo la sustitución de la Ley por la Constitución como primera referencia normativa en la comunidad estatal²⁴. Sino que, como se ha estudiado, exige un determinado concepto

20. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 197 y ss.

21. Este es el caso del sistema inglés, en el que —como se advirtió ya— el Parlamento es el soberano, pero no parece probable que legisle en contra de la Constitución. En este sistema, la Constitución no es rígida sino flexible y, como se sabe, una Constitución flexible no la tiene cualquier comunidad que lo desee, sino solamente quien pueda tenerla. La razón es que el funcionamiento de una Constitución flexible exige necesariamente de una gran madurez institucional.

22. Este razonamiento formulado de la Constitución y el Derecho natural es posible extenderlo a la relación entre Convención o Tratado sobre Derechos Humanos y Derecho Natural.

23. Para el caso peruano Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. "El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana". En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo II. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 879-901.

24. Aquí vale lo expresado por Zagrebelsky, si se propusiese simplemente la sustitución de la ley por la Constitución "[e]staríamos proponiendo de nuevo un esquema que simplemente sustituye la soberanía concreta del soberano (un monarca o una asamblea parlamentaria), que se expresaba en la ley, por una soberanía abstracta de la Constitución". ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 40.

de Constitución. La Constitución del Estado Constitucional de Derecho se construye desde parámetros materiales vinculados estrechamente a las exigencias de justicia natural que significan los Derechos Fundamentales. Si no hubiese acontecido así, y la Constitución se construyese sobre bases esencialmente formales, no podrían haber sido superadas las aporías del Estado legalista. Piénsese, por un momento, en un concepto formal de Constitución. Un tal concepto podría ser formulado así: la Constitución es aquella norma emitida por el órgano competente (el órgano constituyente) a través del procedimiento constituyente (no regulado previamente pero manifestación de la soberanía del pueblo). En virtud de este concepto de Constitución, debería ser tenido como constitucional cualquier contenido normativo que cumpliera la exigencia formal/procedimental del órgano competente y del procedimiento previsto para aprobar la Constitución. Así, si el órgano constituyente a través del proceso constituyente decidiese contenidos manifiestamente injustos, tales decisiones necesariamente tendrían que ser reconocidas como constitucionales y, por ello, como jurídicas y plenamente exigibles. Si esto ocurriese, y si se aprecia bien las cosas, se llegaría a la misma situación deficitaria a la que se arribó en el Estado legalista: a pasar como derecho exigible y sancionable su desobediencia, verdaderos mandatos injustos que contradecían las más básicas reclamaciones de justicia de dignidad de las Personas.

Por esta razón, lo trascendente en el cambio de paradigma jurídico no es la posición de la Constitución en el sistema de fuentes, sino el

concepto de Constitución: norma jurídica que en una comunidad política constituye el primer nivel de reconocimiento expreso o tácito de las exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona. La Constitución no es Derecho natural, sino Derecho positivo; pero lo que se positiva en ella no dejan de ser exigencias de justicia que se formulan en torno a la Persona que por ser de justicia son derechos y que por brotar de la Persona al margen de la voluntad estatal, han de ser tenidos como pre estatales y supra positivos²⁵. Los Derechos Humanos constitucionalizados, y con ellos los principios y valores jurídicos constitucionalizados, son el elemento decisivo para hablar de Constitución, y a partir de allí, el elemento imprescindible para lograr la superación de las deficiencias jurídicas y políticas del Estado legalista.

VI. CONSTITUCIÓN Y CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como se ha justificado arriba, 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 apuntado antes, los Derechos Fundamentales pueden ser definidos así: conjunto de bienes humanos debidos²⁶ a la Persona que han sido recogidos expresa o tácitamente en la Constitución²⁷. Los Derechos Fundamentales son, pues, exigencias de justicia constitucionalizadas 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"²⁸.

25. Como refiere Zagrebelsky, "los principios establecidos por la Constitución no son, desde luego, derecho natural. Tales principios representan, por el contrario, el mayor rasgo de orgullo del derecho positivo, por cuanto constituyen el intento de 'positivizar' lo que durante siglos se habla considerado prerrogativa del derecho natural, a saber: la determinación de la justicia y de los derechos humanos". ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 114.

26. 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° 1417-2005-PA/TC, Fundamento 10.

27. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. "Justificación y significación de los derechos constitucionales implícitos". En *Gaceta Constitucional*. Tomo 5. Mayo 2008, pp. 31-48.

28. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Op. cit.*, p. 94.

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 humana²⁹. A la vez, la Persona es un absoluto porque es fin en sí misma, no es un medio³⁰; su valor no es relativo, no vale en relación a nada diferente a su naturaleza 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 perfeccio-

namiento 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 Fundamentales³¹. 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 de sus Derechos Fundamentales, se logrará no en abstracto sino en las singulares circunstancias en las que exista la concreta Persona³². 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 contextualizadas³³. Y significa también, tal y como lo ha reconocido la doctrina³⁴ y jurisprudencia³⁵ 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

29. 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° 0008-2003-AI/TC, Fundamento 26.a); con el derecho al trabajo (Exp. N° 008-2005-PI/TC, Fundamento 18); con el derecho a la intimidad en las relaciones entre un hombre y una mujer (Exp. N° 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° 2273-2005-PHC/TC, Fundamento 9).
30. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Segunda edición. Barcelona: Ariel Filosofía, 1996, p. 187.
31. 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*. Edición N° 4, 1995, p. 294.
32. 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*. Madrid: CEC, 1989, especialmente el capítulo I, pp. 25-43.
33. 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. *Op. cit.*, p. 115.
34. 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.
35. El Tribunal Constitucional peruano ha manifestado que “*los derechos fundamentales no sólo tienen una vertiente*

su dimensión objetiva o institucional, de modo que ésta consolida y no amenaza a aquélla³⁶.

En este contexto corresponde preguntarse por la parte del contenido del Derecho Fundamental que es constitucionalizado. Todo Derecho Fundamental tiene un contenido jurídico que puede ser diferenciado en contenido esencial y contenido no esencial. El primero puede ser definido como aquel que está estrechamente enlazado al bien humano que justifica el Derecho Fundamental. Es decir, sería aquel conjunto de facultades o atribuciones que el Derecho depara a su titular y sin las cuales no sería posible reconocer como logrado al bien humano respectivo. En la medida que el Derecho Fundamental es un bien humano debido, el bien humano forma parte de la esencia del Derecho Fundamental, y el contenido a él amarrado conforma el contenido esencial del Derecho Fundamental. Mientras que el contenido no esencial, es un contenido jurídico cuyo origen puede reconducirse al bien humano en que consiste el respectivo Derecho Fundamental, pero derivativamente, es decir, indirectamente, de modo que puede faltar sin que la consecución del bien humano se resienta.

Normalmente el constituyente recoge la exigencia de justicia mencionando el nombre del bien humano que justifica el respectivo Derecho Fundamental. Así, por ejemplo, cuando reconoce que todos tenemos derecho a la vida, o que todos tenemos derecho a la libertad personal. En este tipo de disposiciones lo constitucionalizado es el contenido constitucional del derecho a la vida o del derecho a la intimidad. Adicionalmente, el Constituyente recoge expresiones directas del

contenido esencial de los Derechos Fundamentales, que resultan siendo concreciones de las mismas. Así, por ejemplo, cuando proscribire la prisión por deudas (artículo 2.24c de la Constitución), o cuando dispone que nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del Juez (artículo 2.24.f de la Constitución). Estas concreciones se concluyen directamente del bien humano constitucionalizado, por lo que han de ser tenidas también como contenido esencial. Esto significa que en la Constitución se constitucionaliza contenido esencial del Derecho Fundamental, ya sea genérico, ya sea concretado³⁷. Por esta razón otro modo de llamar al contenido constitucional de un Derecho Fundamental es contenido constitucional. El contenido no esencial queda a disposición de las normas infraconstitucionales como las leyes o los reglamentos.

Estos contenidos recogidos en la Constitución conforman las llamadas normas constitucionales directamente estatuidas que han de ser diferenciadas de las normas constitucionales adscriptas, como a continuación se pasa a tratar.

VII. CONSTITUCIÓN Y NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS Y NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS

1. Tipo de normas constitucionales

Con base en la ya clásica diferenciación entre disposición y norma³⁸, y con base también en la definición de interpretación como mecanismo por el cual a partir de disposiciones se concluyen normas³⁹, es posible abrazar la diferenciación de

*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* (...) Op. cit., pp. 290-302.*

36. HÄBERLE, Peter. *Die Wesengehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Auflage, CF Müller, Heidelberg, 1983, p. 98.
37. CASTILLO CORDOVA, Luis. "El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo". En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*. Edición N° 14. 2010, pp. 89-118.
38. GUASTINI, Riccardo. "Disposición vs. Norma". En POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael. *Disposición vs. Norma*, Lima: Palestra, 2011, pp. 133-156.
39. GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México: Porrúa - UNAM, 2008, pp. 3-6.

normas constitucionales propuesta por R. Alexy. Según este reconocido filósofo alemán, las normas constitucionales pueden ser o directamente estatuidas o normas adscriptas⁴⁰. Las primeras son las que se concluyen desde la literalidad del texto de la disposición individualmente considerada. Esta definición, no obstante, debe ser precisada de la manera siguiente. Cuando se trate de definir una norma constitucional directamente estatuida, no solamente hay que tomar en consideración el texto de la disposición que se interpreta, sino también aquellos otros textos con el primero relacionados⁴¹. Esto será de especial relevancia seguir, como se tendrá oportunidad de hacer ver más adelante.

Las segundas han sido definidas por el profesor de Kiel en los términos siguientes: “[u]na norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una fundamentación iusfundamental correcta”⁴². Esta es una definición de norma iusfundamental adscripta. Con base en ella es posible sostener una definición más general en los términos que siguen: una norma adscripta vale y es una norma de Derecho Constitucional, si para su adscripción a una norma constitucional directamente estatuida, es posible dar una fundamentación constitucionalmente correcta. Esta es una definición de norma constitucional adscripta válida no solamente para normas constitucionales referidas a Derechos Fundamentales.

2. El Tribunal Constitucional como creador de normas constitucionales

Las normas constitucionales directamente estatuidas son decisiones del constituyente que se concluyen directamente de las disposiciones constitucionales sistemáticamente consideradas. Las normas constitucionales adscriptas ya no son mérito del constituyente, sino de la interpretación que lleve a cabo alguno de los órganos encargados de interpretar vinculadamente a la Constitución⁴³. Si bien todos podemos interpretar la Constitución⁴⁴, no todos podemos hacerlo vinculadamente. De entre los órganos públicos que en ejercicio de una función pública interpretan vinculadamente a la Constitución destaca el Tribunal Constitucional por su posición de supremo intérprete de la Constitución⁴⁵.

La labor de interpretación de disposiciones constitucionales que realiza el Tribunal Constitucional, siempre terminará en la formulación de una concreción de una norma constitucional directamente estatuida. Tal concreción puede ser formulada en grados distintos pero será una concreción al fin. La concreción, bien vistas las cosas, compartirá la naturaleza del objeto concretado. Así, si el objeto concretado es una norma, la concreción necesariamente será una norma también.

Estas dos son las razones por las que se ha de reconocer que las interpretaciones que formula el Tribunal Constitucional de una disposición constitucional será siempre una norma: primero, porque su interpretación tiene carácter vinculante, lo cual es un efecto propio de una norma⁴⁶; y segundo, porque al ser una concreción de una norma directamente estatuida, compartirá la

40. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 63-73.

41. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos(…) Op. cit.*, pp. 238-240.

42. ALEXY, Robert. *Op. cit.*, p. 71.

43. CASTILLO CORDOVA, Luis. *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 574.

44. Cfr. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*, primera reimpression. México: UNAM, 2003, pp. 149-162.

45. Cfr. CASTILLO CORDOVA, Luis. “Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional”. En: *Gaceta Constitucional*. Tomo 37. Enero 2011, pp. 23-25.

46. En este mismo sentido BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Tercera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 127.

naturaleza de ésta. Esta es la manera como tiene el Tribunal Constitucional para crear normas: a través de sus interpretaciones.

A las normas así creadas se les ha de reconocer rango constitucional. La razón es doble. Primero, el rango que tiene la norma concretada es constitucional, de modo que la concreción tendrá ese mismo rango; y, segundo, porque si el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete y controlador de la Constitución, las cuestiones que deba decidir necesariamente deben tener relevancia constitucional. Esta segunda razón impide reconocer como interpretaciones propias del Tribunal Constitucional aquellas que sean tan sucesivas que terminen desprendiéndose del rango constitucional. De esta forma, se ha de reconocer que el Tribunal Constitucional es creador de Derecho Constitucional.

3. El carácter adscripto de las normas creadas por el Tribunal Constitucional

Estas normas constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional han de ser tenidas como normas adscriptas a una norma constitucional directamente estatuida. Una vez que son creadas por el Tribunal Constitucional pasan a formar parte del Sistema Jurídico y lo integran en el nivel normativo constitucional. Existen pegadas a la norma constitucional directamente estatuida, de la cual son una concreción. Desde ese momento, la norma directamente estatuida existe a la vez que existe la concreción normativa formulada.

La concreción tiene dos modos de existir. Uno es de conformidad con el objeto concretado, y el otro es en contradicción al objeto concretado. Esto mismo es predicable de la norma constitucional adscripta en relación a la norma constitucional directamente estatuida. Si

la norma adscripta es una concreción de la norma directamente estatuida, aquella puede ser formulada ajustándose a ésta, o puede ser formulada oponiéndosele. Resulta necesario analizar estas dos posibilidades.

Si la norma constitucional adscripta se formula en consonancia con la norma constitucional directamente estatuida, quiere decir que existen buenas razones para sostener y justificar la interpretación (concreción normativa) que ha formulado el Tribunal Constitucional. Esta situación coincidiría con el concepto de norma constitucional adscripta que antes se concluyó desde la definición de norma iusfundamental adscripta planteada por Alexy.

Algo bien distinto ocurre desde la orilla opuesta. Si la interpretación que se recoge en la norma adscripta es contraria al contenido jurídico de la norma directamente estatuida concretada, significará que no existen razones para ser sostenida. Si aplicásemos el concepto de norma adscripta concluida desde la definición alexyana, tendríamos que admitir necesariamente que al no ser posible dar razones constitucionales correctas para sostener tal interpretación, entonces realmente no ha nacido la norma constitucional adscripta. Esto sin embargo no es así. En efecto, debido a la fuerza con la que el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, formula las interpretaciones de la Constitución, tales interpretaciones siempre se pegan a la norma directamente estatuida. Nunca dejan de nacer verdaderas normas adscriptas por las dos razones dadas anteriormente: por el carácter vinculante de la interpretación, y por la naturaleza normativa del objeto concretado a través de la interpretación⁴⁷.

Esta advertencia reclama formular una precisión al concepto alexyano de norma constitucional

47. Recientemente esto quedó de manifiesto en la sentencia al Exp. N° 04293-2012-PA/TC, en la que se dejó sin efecto el precedente vinculante creado por el mismo Tribunal en la sentencia al Exp. N° 3741-2004-PA/TC. Este precedente vinculante fue una interpretación que se sostenía en razones incorrectas, por lo que —aplicando la definición de Alexy— no debió ser reconocida como norma constitucional adscripta. No obstante, fue una norma que rigió plenamente algunos años, hasta que en la segunda de las mencionadas sentencias, se dejó sin efecto por contrariar a la Constitución.

adscripta, la cual se desenvuelve de la manera siguiente. De toda interpretación que de la Constitución formule el Tribunal Constitucional, siempre nace una norma constitucional que, por la fuerza jurídica de quien la estatuye, se adscribe irremediabilmente a la norma directamente estatuida de la disposición constitucional que se interpreta. La norma así nacida es siempre una norma constitucional desde el punto de vista formal, porque el criterio empleado para definir su constitucionalidad es uno formal: la fuerza del órgano que la estatuye es de tal intensidad que la interpretación llega a pegarse a la norma directamente estatuida.

Las normas constitucionales, tanto directamente estatuidas como las adscriptas, pueden ser tenidas como materialmente constitucionales o inconstitucionales, como a continuación se pasa a explicar.

VIII. CONSTITUCIÓN Y NORMAS CONSTITUCIONALES MATERIALMENTE INCONSTITUCIONALES

Respecto de las exigencias de justicia, el constituyente cumple una labor de reconocimiento, en ningún caso de creación. Afirmar lo contrario exigiría sostener que es el constituyente quien decide lo que es o no debido, lo que a su vez supondría admitir que si el constituyente no ha reconocido o ha negado una verdadera exigencia de justicia, tal no existe. En la medida que la labor del constituyente es una de reconocimiento de la exigencia de justicia, tal reconocimiento tiene dos modos de existir. Uno es de conformidad con la exigencia de justicia, el otro es contradiciéndola. En el primer caso nos hallaremos ante mandatos justos y por ello materialmente constitucionales que conforman normas directamente estatuidas formal y materialmente constitucionales; y en el segundo, nos encontraremos ante mandatos injustos y por esa razón ante normas directamente estatuidas formalmente constitucionales (se encuentran recogidas en la Constitución), pero material-

mente inconstitucionales. Esto que se predica de las normas directamente estatuidas de la Constitución, es predicable también de las normas constitucionales adscriptas, singularmente de las creadas por el Tribunal Constitucional.

En efecto, una norma adscripta formalmente constitucional, puede ser inconstitucional desde un punto de vista material cuando contradice a la norma constitucional directamente estatuida (y que positiva una exigencia de justicia), a la cual se adscribe. En este caso, las razones dadas por el Tribunal Constitucional necesariamente serán incorrectas, porque justifican la trasgresión de la norma directamente estatuida. Así, razones incorrectas que sostienen una norma adscripta formalmente constitucional, la convierten en una norma materialmente inconstitucional. Esta es una modalidad de norma constitucional inconstitucional⁴⁸. De esta forma habrá que sostener que la definición que formula Alexy no es de una norma constitucional adscripta, sino de una norma adscripta materialmente constitucional; su definición no alcanza a cubrir a las normas adscriptas solo formalmente constitucionales y materialmente inconstitucionales.

La posibilidad de que existan normas directamente estatuidas y normas adscriptas formalmente constitucionales pero materialmente inconstitucionales, exige formular la pregunta acerca de su validez jurídica y consecuente vinculación. Aquí ha de ser sostenida una regla general válida para unas y otras: si la norma (directamente estatuida o adscripta) es manifiestamente inconstitucional no ha de ser tenida como derecho y, consecuentemente, no vinculará a nadie, sin esperar el pronunciamiento previo de ningún órgano de control constitucional. Una norma manifiestamente inconstitucional es una norma respecto de la cual no puede ser formulada ninguna razón a favor de su constitucionalidad, y si alguna es formulada, es tan débil que es fácilmente derrotable. En la medida que la esencia de la Constitución, como se justificó antes, es la positivación

48. Cfr. BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*. Lima: Palestra editores, 2008, pp. 65 y ss.

de exigencias de justicia pre estatales y supra positivas, podrá ser sostenido que una norma manifiestamente inconstitucional es una norma manifiestamente injusta⁴⁹. Si por el contrario, la norma (directamente estatuida o adscripta) formalmente constitucional es materialmente inconstitucional pero no manifiestamente, entonces, tal norma será válida y surtirá sus efectos hasta que el órgano con competencia, el Tribunal Constitucional⁵⁰, se pronuncie y la declare inconstitucional⁵¹.

IX. UN JUICIO DE CIERRE

La superación de las aporías que representó el Estado Legal de Derecho tiene su punto de decisivo apoyo en el concepto de Constitución que se formule. Ésta no puede ser entendida más como una mera realidad formal o procedimental; sino que exige acudir a contenidos materiales para su definición. Si se asume que la Constitución es el primer nivel normativo que reconoce (no crea) exigencias de justicia que se desprenden de la Persona como fin en sí misma que es, entonces —por un lado— no podrá serle

reconocida validez jurídica a las decisiones del constituyente por el solo hecho de provenir del constituyente. Dicho de otro modo, lo que está recogido en la Constitución no ha de ser tenido como justo y, por ello vinculante, por el solo hecho de estar recogido en la Constitución. Sino que ha de ser tenido como constitucionalmente válido por ser manifestación de una exigencia de justicia que se formula en torno a la Persona. Esto mismo se ha de aplicar a los órganos que, como el Tribunal Constitucional, están destinados a concretar de modo vinculante los mandatos de la Constitución. De esta manera, ninguna decisión será jurídicamente válida por el solo hecho —formal, por lo demás—, del órgano decisor; sino por la justicia de su contenido. La Constitución no tiene más como primera finalidad la limitación del poder; la Constitución del Estado Constitucional persigue primera y esencialmente la plena realización de la Persona a través de la plena vigencia de (el contenido constitucional de) sus Derechos Fundamentales por ser lo debido desde el punto de vista pre estatal y supra positivo. De esta manera, se asegura más y mejor la justicia del Sistema Jurídico.

49. VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extrema no es Derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

50. Es en este marco que cobra significado la definición del Tribunal Constitucional como órgano de control de la Constitución (artículo 201 de la Constitución).

51. Esta declaración siempre será en el marco de un caso concreto y para su inaplicación; en ningún caso tendrá efectos derogatorios, porque no está en manos del Tribunal Constitucional la capacidad de derogar contenidos constitucionales.