



**ANEXO DE LECTURAS OBLIGATORIAS**

**CURSO**

**“JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL  
PERUANO Y DE LA CORTE INTERAMERICANA DE  
DERECHOS HUMANOS”**

## UNIDAD I: EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO CREADOR DE DERECHO CONSTITUCIONAL

### Lectura N° 1:

- AGUILÓ, Josep, “Sobre la Constitución del Estado Constitucional”, en DOXA, N.º 24, 2001, ps. 429 – 457

### Luego de leer la lectura responda las preguntas siguientes:

1. ¿Cuál es el concepto de Constitución que presenta el autor?  
¿Cuál le parece el más idóneo para la realidad peruana?
2. ¿A qué se refiere el autor cuando habla de Estados constitucionales? ¿A ud. le parece que el Estado peruano es un Estado constitucional?
3. ¿Cómo es la Constitución del Estado constitucional? ¿Ud. cree que la Constitución peruana es una Constitución propia del Estado constitucional de derecho?
4. ¿Cuáles son las concepciones de Constitución como fuente de derecho que plantea el autor? ¿Cuál es su opinión sobre la corrección de ambas concepciones?

# SOBRE LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL \*

Josep Aguiló Regla  
*Universidad de Alicante*

## 1. Introducción

**E**l propósito de este trabajo es introducir algunas reflexiones sobre el papel que la constitución juega como fuente del Derecho en los llamados Estados constitucionales. Para ello, en primer lugar, me propongo hacer una breve presentación de lo que podríamos llamar la doctrina estándar de las fuentes del Derecho construida desde los parámetros del normativismo. Una de las claves de dicha presentación consistirá en distinguir entre el problema interno y el problema externo de la doctrina de las fuentes. Ello permitirá mostrar la relevancia de la noción de constitución para la teoría del Derecho, pues la constitución acabará operando como el punto de conexión, la bisagra, entre uno y otro problema. A partir de ahí, en segundo lugar, voy a tratar de aislar y de presentar tres conceptos diferentes (aunque no excluyentes) de constitución, a saber, la constitución del positivismo normativista, la constitución formal y la constitución del constitucionalismo. La relevancia de estos tres conceptos de constitución vendrá dada por lo que será una de las tesis principales del trabajo: que todos ellos son necesarios para poder dar cuenta de esa realidad jurídico-política que llamamos «Estados constitucionales». Finalmente, me propongo exponer dos modelos de relación entre constitución regulativa y orden jurídico, en los Estados constitucionales, que conforman, me parece, las dos concepciones dominantes sobre la constitución como fuente del Derecho: en el primero, los deberes incorporados en la constitución se verán como deberes cerrados que imponen límites negativos a la ac-

---

\* Este artículo reproduce con algunas modificaciones no sólo de detalle la ponencia titulada «La constitución como fuente del Derecho» que fue presentada al «X Seminario Internacional de Teoría y Filosofía del Derecho» (celebrado en Vaquerías en septiembre de 2001 y organizado por la Universidad Nacional de Córdoba –Argentina–) y al «Primer Congreso Internacional de Teoría del Derecho» (celebrado en Bogotá los días 14, 15 y 16 de marzo de 2002 y organizado por la Universidad Nacional de Colombia).

ción estatal y al contenido del orden jurídico y cuyo cumplimiento requiere centralmente respeto y aplicación de lo prescrito por la constitución; en el segundo, los deberes constitucionales se interpretarán como deberes abiertos que ordenan un cierto modelo de acción estatal y un cierto proyecto de orden jurídico y cuyo cumplimiento requiere centralmente desarrollo y deliberación. La oposición entre estos dos modelos de concepción constitucional no es en realidad otra cosa que una proyección de la oposición general en la concepción del Derecho entre el modelo de las reglas y el modelo de los principios.

## **2. El normativismo y la teoría general de las fuentes del Derecho: el problema interno y el problema externo**

Es obvio que la expresión «normativismo» resulta equívoca y que su uso parece requerir muchas precisiones. Sin embargo, aquí no las voy a hacer; voy a tomarla en un sentido muy amplio, de forma que abarque a todas aquellas concepciones del Derecho que, si bien pueden considerar que la fenomenología del Derecho puede resultar extraordinariamente rica y variada (y abarcar sujetos, acciones, hechos, relaciones, instituciones, cosas, actos de fuerza, violencia, prácticas sociales, autoridades...), consideran que el Derecho se objetiva en normas. No presupone, pues, que el Derecho se reduce a normas, sino que las múltiples manifestaciones del Derecho se entienden, explican y enseñan por referencia a normas; de manera que el discurso jurídico es un discurso sobre toda esa rica y variada fenomenología del Derecho objetivada a través de normas.

Es relativamente común comenzar los estudios sobre las fuentes del Derecho poniendo de manifiesto el enredo conceptual que ha caracterizado a la doctrina tradicional de las fuentes; y, en no pocas ocasiones, se ha responsabilizado del mismo al uso metafórico de la palabra «fuente», pues –según se dice– habría consentido deslizamientos de significado que estarían en la génesis de la confusión conceptual. Pero, en mi opinión, ello es meramente anecdótico: el enredo conceptual es más bien el producto de la discusión entremezclada de dos problemas diferentes, aunque no independientes entre sí; y, por tanto, el orden conceptual se restablece distinguiendo lo que podríamos llamar el problema interno de la doctrina de las fuentes y el problema externo de la misma<sup>1</sup>.

El problema interno de la doctrina de las fuentes del Derecho no es otro que el del origen de las normas jurídicas. Para el normativismo este proble-

---

<sup>1</sup> El desarrollo de este apartado viene a ser un resumen de algunas tesis sostenidas en Aguiló Regla, Josep: *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona, 2000.

ma desemboca en un tipo de discurso que se asemeja mucho a los que generalmente se construyen cuando se trata de dar cuenta de las diferentes instituciones jurídicas; porque las fuentes, en este sentido, no son más que otras tantas instituciones jurídicas con la única especificidad de que versan sobre la producción de normas generales. Desde esta perspectiva, la doctrina de las fuentes presenta pocas peculiaridades en relación con el discurso jurídico en general y en torno a las fuentes puede construirse tanto una dogmática como una teoría general. El estudio de las fuentes como problema interno desemboca siempre en un estudio (bien dogmático, bien teórico) sobre las diversas formas de producir normas jurídicas (esto es, las condiciones de existencia de las normas jurídicas, la validez constitutiva de las normas jurídicas) y del régimen jurídico de las normas producidas (esto es, las condiciones de la validez regulativa y las consecuencias jurídicas que de ella se siguen). Es decir, se estudian categorías teóricas como las fuentes-acto, las fuentes-hecho, las normas de origen judicial, las normas implícitas, etc. o bien categorías dogmáticas como la ley, el reglamento, los convenios colectivos de trabajo, los tratados internacionales, la costumbre, la jurisprudencia, etc. Pero en todas ellas se tratará de estudiar, por un lado, las normas jurídicas vistas como el resultado de ciertos procesos y, por otro, el régimen jurídico de las normas producidas vinculado al proceso del que ellas son un resultado (centralmente, la jerarquía).

Desde esta perspectiva, la constitución presenta pocas peculiaridades en relación con las otras fuentes del Derecho; habrá, si se quiere, diferencias de grado, pero no diferencias cualitativas. La constitución es una fuente más; las normas constitucionales son el resultado de un cierto proceso (del proceso constituyente o del de reforma constitucional) y tienen su propio régimen jurídico (su propio lugar dentro de la jerarquía normativa). Obviamente, desde esta perspectiva puede construirse tanto una dogmática como una teoría general de la constitución como fuente del Derecho.

Ahora bien, la teoría de las fuentes del Derecho no es tan «inocente» o «ingenua» como lo anterior pudiera llevar a pensar, pues ella ha jugado un papel central dentro del discurso de la teoría del Derecho. En efecto, la teoría del Derecho normativista, en su tarea de construir un concepto de Derecho adecuado para dar cuenta de la práctica y de la doctrina jurídicas, ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. En realidad, ha tomado tres problemas básicos de la experiencia cotidiana de los juristas (el de la identificación del Derecho, el de la unidad del Derecho y el de la continuidad del Derecho), los ha vinculado con el problema del concepto de Derecho y en gran medida ha recurrido a la teoría de las fuentes para componer la imagen del Derecho. Este recurso a la teoría de las fuentes para construir el concepto de Derecho constituye lo que he llamado

el problema externo de la teoría de las fuentes: el del límite o el marco del problema interno. Pero vayamos por partes: detengámonos brevemente a explicar esos tres problemas básicos de la experiencia de los juristas, apuntando qué papel se ha atribuido a la teoría de las fuentes en relación con cada uno de ellos y mostrando cómo se ha resuelto generalmente la cuestión del límite o del marco.

Desde el normativismo, el problema de la identificación del Derecho no es otro que el de la identificación de las normas jurídicas. Forma parte de la experiencia básica de todo jurista el dato de que no toda norma socialmente existente es susceptible de ser usada en la resolución de casos jurídicos, sino sólo algunas, las jurídicas. Ello ha llevado a la teoría del Derecho a conceptualizar el Derecho como un conjunto específico de normas; de esta manera el Derecho aparece distinguido de su ambiente. No creo que resulte controvertida la afirmación de que el origen de las normas ha sido uno de los criterios más recurrentes en la determinación de ese conjunto de normas; y ello ha situado inevitablemente a la teoría de las fuentes en el centro de esa imagen del Derecho. Ahora bien, como es sobradamente conocido, la teoría de las fuentes como problema interno (es decir, respondiendo a la cuestión del origen de las normas jurídicas), llevada de forma recursiva a su límite, se muestra impotente. Por ello, la teoría del Derecho ha recurrido a la idea de norma última, suprema o independiente que determina los criterios últimos, supremos o independientes de pertenencia de una norma al conjunto de normas que es el Derecho<sup>2</sup>. Así, si la teoría de las fuentes como cuestión interna (al estudiar los procesos normativos de creación de las normas jurídicas) suministra los criterios no últimos, no supremos o no independientes (derivados) de pertenencia de las normas al conjunto; la teoría de las fuentes como cuestión externa desemboca en la determinación de los criterios últimos, supremos o independientes de pertenencia al conjunto de normas que es el Derecho.

El problema de la unidad del Derecho ha estado también permanentemente presente en la conceptualización del Derecho. En efecto, la idea de conjunto de normas no agota la imagen que los juristas tienen del Derecho, pues ella no es suficiente para dar cuenta de otro aspecto central de su quehacer cotidiano. Todo jurista sabe que la solución de un caso jurídico –aquella a la que se llega al final de un razonamiento jurídico– no es la solución

---

<sup>2</sup> En esta exposición voy a prescindir de bastantes matices internos al normativismo porque me interesa mostrar sobre todo sus rasgos comunes. Pero las nociones de norma última, suprema o independiente no son equivalentes entre sí. Así, por ejemplo, mientras que la noción de norma suprema es claramente intrasistemática, la de norma última es extrasistemática. Además, a su vez, pueden introducirse múltiples diferencias nada despreciables respecto de su naturaleza y función.

según la norma que da cobertura al caso, sino la solución según el Derecho. Las soluciones jurídicas, en este sentido, no tienen la fuerza de la norma usada, sino la fuerza del Derecho. Es decir, todo jurista sabe que al final de un razonamiento jurídico la diversidad de fuentes y de normas se reduce a la unidad del Derecho. Este dato obvio es el que explica la fortuna de las conceptualizaciones del Derecho no sólo como un conjunto de normas, sino como sistema de normas. Pues bien: la teoría de las fuentes del Derecho estudia —como se ha dicho— el régimen jurídico (básicamente la jerarquía) de las normas identificadas; y el régimen jurídico de las normas es una pieza clave en la construcción de la unidad del Derecho. Ello sitúa de nuevo a la teoría de las fuentes en el centro de la imagen del Derecho, en este caso de la imagen sistemática y unitaria del Derecho. Pero la teoría de las fuentes como problema interno (es decir, respondiendo a la cuestión del régimen jurídico de las normas producidas), llevada recursivamente a su límite, se muestra de nuevo impotente. Por ello, la teoría del Derecho ha recurrido también a la idea de norma última, suprema o independiente para dar cuenta de la unidad desde la perspectiva estática del Derecho.

El problema de la continuidad y la dinamicidad del Derecho ha acompañado también de manera recurrente a la conceptualización del Derecho. El Derecho no es sólo un conjunto de normas ni una unidad estática de normas. Forma parte de la experiencia de todo jurista el dato de que las normas jurídicas cambian con relativa frecuencia mientras que el orden jurídico sólo cambia muy excepcionalmente. La teoría de las fuentes como problema interno —al estudiar los procesos de creación de normas jurídicas— se halla una vez más en el centro de la imagen del Derecho, en este caso, de la explicación de la continuidad y la dinamicidad del Derecho. Pero nuevamente dicha teoría, llevada recursivamente al límite, se muestra impotente. Por ello, el normativismo ha recurrido a la noción de norma última, suprema o independiente para explicar esa combinación de permanencia y variabilidad: la permanencia se ha explicado por referencia a ciertas normas últimas y la variabilidad o dinamicidad por referencia a las diversas fuentes.

Estos roles que la teoría de las fuentes ha jugado en la composición de la imagen del Derecho constituyen lo que he llamado el problema externo de la misma. Internamente el discurso sobre las fuentes versa sobre la diversidad en la producción jurídica y el régimen jurídico de las normas producidas; externamente versa sobre la composición de la imagen del Derecho: la identificación, la unidad estática y la continuidad dinámica son tres problemas clásicos de la teoría del Derecho. Pues bien: si se es consciente de ello y de que la respuesta estándar del normativismo ha consistido en remitir estos tres problemas a la idea de norma(s) suprema(s), última(s) o independiente(s), entonces es fácil entender por qué desde el normativismo

las disputas teóricas a propósito del concepto y la naturaleza del Derecho se han canalizado en gran medida a través de la discusión sobre el concepto y la naturaleza de dicha(s) norma(s) última(s), suprema(s) o independiente(s). No hace falta detenerse ahora a explicar cuáles han sido las concepciones más relevantes al respecto. En este punto, simplemente me interesa llamar la atención sobre lo siguiente. Quien acepte *grosso modo* parámetros como los anteriores me parece que se ve comprometido a reconocer que la constitución como fuente del Derecho no presenta, en relación con las otras fuentes, tan pocas peculiaridades como, en principio, al haber tomado en consideración sólo la perspectiva interna, pudiera haber parecido. Entre la constitución y las otras fuentes tal vez no haya ya sólo diferencias de grado, sino también diferencias cualitativas; porque, entre otras cosas, desde estos parámetros la constitución se convierte en el punto de conexión entre el problema interno de las fuentes (la diversidad en la producción normativa y el régimen jurídico de las normas producidas) y el problema externo (la construcción de la imagen del Derecho, la respuesta a la pregunta por el concepto y la naturaleza del Derecho –por los componentes y los límites de lo jurídico–). Es decir, la constitución opera como el puente entre la diversidad en la producción normativa, por un lado, y la identificación, la unidad y la permanencia del orden jurídico, por otro. Si se acepta lo anterior entonces es fácil percatarse de que no puede haber mucha distancia entre una concepción del orden jurídico (el concepto y la naturaleza del Derecho) y una concepción de la constitución (el concepto y la naturaleza de la constitución). Si ello es así, entonces la teoría de la constitución se convierte en un fragmento central de la teoría del Derecho y sobre ella se proyectan directamente muchas de las disputas respecto de la naturaleza del Derecho<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> El planteamiento que trato de hacer está muy próximo al que propone Comanducci [en Comanducci, Paolo: «Modelos e interpretación de la Constitución», en Carbonell, Miguel (Compilador): *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2000, págs. 123 y ss.] en relación con la interpretación de la constitución, aunque creo que los alcances y los propósitos son diferentes. La especificidad de la interpretación de la constitución puede abordarse, por un lado, partiendo de lo que las constituciones tienen en común con las otras fuentes del Derecho (las leyes, los contratos, los actos administrativos, etc.) y que no es otra cosa que todas ellas son textos, documentos normativos. Esta forma de abordar la cuestión coincide básicamente con lo que yo he llamado el problema interno de las fuentes del Derecho y supone que las operaciones del método jurídico (y entre ellas la interpretación) recorren todas las fuentes. Ello desemboca en diferencias de grado entre la constitución y las otras fuentes, pero en nada más. Ahora bien, Comanducci viene a sostener que hay otra forma de abordar la cuestión y que ésa es la que ha seguido la discusión teórica sobre la constitución, donde el planteamiento más bien se invierte. La configuración del objeto constitución es el que condicionará en qué consiste la interpretación; de forma que según qué se entienda por constitución se derivarán diferentes modos de entender la interpretación. Este segundo aspecto de la cuestión coincide con lo que –desde planteamientos más generales– he llamado el problema

Todo lo anterior me parece que no presenta grandes dificultades y que, en consecuencia, resulta fácilmente aceptable. El problema mayor posiblemente radique en que las nociones clave, «normativismo» y «constitución», se han usado de manera muy genérica e imprecisa y ello puede llevar a pensar que lo dicho, si bien es aceptable, no es muy significativo. A continuación, trataré de aislar tres conceptos diferentes de constitución que nos permitirán, me parece, precisar bastante lo anterior.

### 3. Algunos conceptos de constitución

Naturalmente, el catálogo de conceptos de constitución y de concepciones constitucionales es prácticamente infinito y aquí no puedo siquiera hacer un esbozo del mismo. En este punto me interesa simplemente introducir algunos conceptos de constitución que más adelante me permitirán realizar algunas estipulaciones para poder dar cuenta de los llamados Estados constitucionales. Todo el discurso se va a vertebrar en torno a la oposición entre constitución necesaria y constitución contingente; lo que supone oponer aquellos conceptos de constitución que presuponen que todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución a aquellos otros conceptos que no lo presuponen. La necesidad será un producto de exigencias metodológicas derivadas de una cierta forma de aprehender los fenómenos jurídicos y políticos; y la contingencia será el producto de tomar en consideración bien algunos hechos, bien algunas exigencias normativas y valorativas.

#### 3.1. *La constitución necesaria: la constitución del positivismo normativista*

De entre los distintos conceptos de constitución necesaria me interesa detenerme exclusivamente en el del positivismo normativista. En términos muy generales puede decirse que el positivismo normativista sostiene que por constitución hay que entender «el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político»<sup>4</sup>. Caracterizar al positivismo jurídico, en general, y al normativista, en particular, es una cuestión compleja que está mucho más allá de los propósitos de este trabajo. Aquí me voy a referir a todo ello con trazos muy gruesos pero espero que significativos. El positivismo

---

externo de las fuentes del Derecho y que hace que la concepción de la constitución aparezca como un fragmento central de la concepción del Derecho y que afecte a todas las operaciones del método jurídico.

<sup>4</sup> Cfr. Guastini, Riccardo: *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 310 y ss.

jurídico, en general, o el positivismo como enfoque<sup>5</sup>, suele caracterizarse a partir de las dos siguientes tesis: la tesis de las fuentes sociales del Derecho y la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. La tesis de las fuentes sociales del Derecho, que constituye el elemento empirista o factualista del positivismo, viene a significar *grosso modo* que el Derecho es un orden social de la conducta y que, como tal, es artificial, no natural; de forma que el Derecho o es orden de la conducta (estabilización de la conducta social) o no es Derecho. Ello supone que el Derecho es un fenómeno social e histórico. La segunda tesis, la de la separación conceptual entre Derecho y moral, que puede verse como un corolario de la tesis de las fuentes sociales o como una tesis independiente, es que la determinación de lo que es el Derecho de una comunidad puede resolverse mediante la observación de hechos sociales complejos, básicamente de conducta social. Por ello, la determinación de lo que es el Derecho de una comunidad puede resolverse al margen de cuestiones valorativas o morales. En cualquier caso, lo que me interesa resaltar ahora es que para que la observación referida pueda tener lugar es condición necesaria la propia vigencia del Derecho, es decir, que se haya producido una cierta estabilización y/o estandarización de las conductas jurídicas y políticas; porque lo que se trata de observar son regularidades de conducta. Eso es lo que está implicado en la idea de que el Derecho o es orden de la conducta social (estabilización de conducta) o no es Derecho.

Ahora bien, lo anterior son las propiedades con las que suele caracterizarse al positivismo jurídico entendido como enfoque. Entendido como teoría, es decir, no ya como enfoque sino como respuesta, pueden distinguirse a su vez dos grandes modelos que son el resultado de interpretar de maneras diferentes las regularidades de conducta observadas: uno es el que podríamos llamar «positivismo predictivista» (que incluiría al realismo jurídico, pero no sólo a él: algunas concepciones imperativistas del Derecho comparten los rasgos aquí tomados como relevantes), y otro, el positivismo normativista. La clave para distinguir entre ellos está en cómo interpretan esas regularidades de conducta y las expectativas que de ellas se derivan. Si ellas permiten emitir simplemente juicios fácticos en términos de probabilidad de conducta; o si, por el contrario, dan lugar a juicios normativos en términos de conducta debida. Pues bien, lo que llamamos positivismo normativista se caracteriza por operar una peculiar combinación de juicios fácticos y normativos; de forma tal que los juicios jurídicos internos son juicios normati-

---

<sup>5</sup> Uso de un modo flexible la distinción bobbiana entre el positivismo como enfoque y como teoría. Cfr. Bobbio, Norberto: *El problema del positivismo jurídico* (trad. E. Garzón Valdés), Eudeba, Buenos Aires, 1965, cap. 2.

vos, donde las nociones centrales son las de deber y validez, y los juicios jurídicos externos, aquellos que versan sobre los límites de la racionalidad interna, son juicios fácticos relativos a regularidades y expectativas de conducta. En este sentido, el positivismo normativista asume una estructura de razonamiento interno normativo y recursivo y remite a la idea de norma última, suprema o independiente el elemento fáctico o empírico de efectividad del Derecho. Es decir, todo el positivismo normativista ha versado sobre la combinación de los principios de efectividad (o «facticidad») del Derecho y de normatividad (o «validez») del Derecho. No hace falta decir que las discusiones internas a este positivismo han sido múltiples y de lo más variado; sin embargo, aquí me interesa simplemente mostrar lo que serían sus rasgos comunes.

Volvamos ahora a la idea de constitución del positivismo normativista. Pues bien, el positivismo normativista ha operado con un concepto de constitución que vendría a ser el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político. Su carácter de «fundamentales» proviene del hecho de que a ellas se remiten los tres problemas básicos que se han enfrentado a la hora de conceptualizar el Derecho y a los que ya me he referido en el apartado anterior: el de la identificación del Derecho, el de la unidad del Derecho y el de la continuidad del Derecho. Su «fundamentalidad» proviene, en definitiva, de que se trata de normas que no remiten recursivamente a otras normas. La siguiente cita de Kelsen<sup>6</sup> me parece muy representativa de lo que se trata de expresar:

«A través de las múltiples transformaciones sufridas, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden [...] la Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate. Lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución [...] es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales [...] Esta regla sobre la creación de las normas jurídicas esenciales del Estado, sobre la determinación de los órganos y el procedimiento de la legislación forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra. Es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal [...] es decir, la base fundamental del ordenamiento estatal [...] De ahí surge la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas le-

---

<sup>6</sup> Kelsen, Hans: «La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)» (trad. de Juan Ruiz Manero), en Kelsen, Hans: *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid, 1988, págs. 114-115.

gales y sometiendo la revisión de las primeras a un procedimiento especial, que contemple condiciones más difíciles de reunir. Aparece así la distinción entre la forma constitucional y la forma legal ordinaria».

Conviene destacar algunas notas en relación con este concepto de constitución. En primer lugar, su carácter de concepto necesario. Todo sistema jurídico-político positivo (existente, estable) cuenta con un conjunto de normas a las que se remite la identificación, la unidad y la permanencia del mismo. Ello es una consecuencia de las tesis normativistas: el fenómeno jurídico puede ser muy variado y complejo, pero el discurso jurídico se objetiva en normas. En segundo lugar, dicho concepto de constitución opera *ex post*: una vez que se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de una comunidad, que se ha generado una práctica jurídica y política, que se puede hablar de expectativas fundadas de conducta, puede determinarse el conjunto de normas que de hecho operan como fundamentales en esa comunidad. O dicho en otras palabras y para evitar la crítica de la circularidad, sólo puede operar una vez que se ha producido una cierta estabilización de las conductas relativas al monopolio de la coacción. Ello no es más que una consecuencia de la tesis de la positividad, pues si no operase *ex post* se estarían traicionando los propios fundamentos empiristas del positivismo<sup>7</sup>.

Y finalmente, en tercer lugar, hay que resaltar algo que me parece de una importancia capital. Hablar de constitución en este sentido supone hablar de práctica social, de orden de la conducta, de estabilización de expectativas de

<sup>7</sup> Ernesto Garzón Valdés ha estudiado el concepto de estabilidad de los sistemas políticos y lo ha presentado como una propiedad disposicional de los mismos. Así, establece la siguiente definición: «Un determinado sistema político es estable si y sólo si en los casos vinculados con el ejercicio institucionalizado del poder, sean éstos ‘normales’ o ‘límites’, tiene la tendencia a reaccionar de forma tal que sus cambios son una explicación eficaz de su ‘regla de reconocimiento’ y esta tendencia se mantiene durante un lapso significativo desde el punto de vista de su contexto histórico y regional» [Garzón Valdés, E.: *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos*, CEC, Madrid, 1987, pág. 44.]. En mi opinión, este planteamiento presenta el siguiente problema. Como puede observarse, Garzón Valdés usa la regla de reconocimiento hartiana exclusivamente como el criterio conceptual que está en la base de la explicación de la identidad y la unidad de los sistemas políticos (págs. 15-16), pero no de su estabilidad (o perduración a lo largo del tiempo). El planteamiento de Hart obviamente es posible que resulte ambiguo pero, en mi opinión, la caracterización que él hace de la regla de reconocimiento como una regla social aceptada y que por tanto, como reconoce Garzón Valdés, «su constatación es una cuestión eminentemente empírica» (pág. 16), hace que la misma regla de reconocimiento comporte un elemento de explicación de la perdurabilidad a lo largo del tiempo de los sistemas jurídico-políticos, es decir, presupone la estabilidad de los mismos. En mi opinión, ello es así porque para que la regla de reconocimiento pueda servir –como dice Garzón Valdés– de criterio para la identificación de un sistema político, ella misma tiene que ser una manifestación de la estabilización de las conductas vinculadas con el ejercicio institucionalizado del poder.

conducta, etc. Por tanto, desde esta perspectiva interpretar la constitución no puede entenderse jamás como la tarea consistente en interpretar una norma en el sentido de una formulación normativa (este concepto de constitución es compatible con el de constitución formal, pero no lo presupone), sino más bien la de interpretar una práctica social con el fin de llegar a determinar la norma o normas que permitan dar cuenta de la misma<sup>8</sup>. Esta tarea reconstructiva enfrenta al positivismo con un dilema que en las últimas décadas ha sido puesto de manifiesto en infinidad de ocasiones. Si el positivismo se mantiene fiel a sus presupuestos empiristas entonces explica satisfactoriamente la socialidad (positividad) del Derecho, pero se muestra impotente a la hora de explicar otra nota que parece consustancial al Derecho cual es la pretensión de normatividad, que el Derecho pretende ser fuente de deberes genuinos. Ello es así, porque de la constatación de hechos sociales no parece que puedan inferirse deberes genuinos, sino sólo deberes entrecomillados o deberes «según». Estas dificultades están en la base del

---

<sup>8</sup> En esta exposición he prescindido de muchos detalles internos al positivismo normativista que resultan, sin duda, relevantes. Obviamente todo lo que se acaba de decir está más próximo a los planteamientos del positivismo hartiano que a los del kelseniano. En ambos encontramos claves para hablar de la constitución necesaria en el sentido de conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político, pero entre ellos hay diferencias muy importantes a la hora de dar cuenta del principio de efectividad del Derecho; diferencias que tienen una extraordinaria repercusión en la composición de la imagen del Derecho. Así, por ejemplo, mientras que en los planteamientos de Kelsen la cuestión de la efectividad aparece muy vinculada a la existencia del Estado y a la capacidad de imposición política (la constitución «expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas»), en los planteamientos hartianos el principio de efectividad se plasma en términos de regla o práctica social. Ello tiene hondas repercusiones pues mientras que para Kelsen el Derecho puede tener cualquier contenido (cualquier contenido es susceptible de ser impuesto), para Hart sólo son viables, estabilizables, susceptibles de ser practicados aquellos que respeten «el contenido mínimo de Derecho Natural». En cualquier caso y más allá de lo anterior, me parece esclarecedor reproducir aquí la conocida crítica de Hart a Kelsen a propósito de las relaciones entre constitución y regla de reconocimiento. Escribe Hart: «La norma básica de Kelsen tiene siempre, en cierto sentido, el mismo contenido; porque ella es simplemente en todos los sistemas jurídicos la regla que dice que debe obedecerse la constitución o a 'quienes establecieron la primera constitución'. Esta apariencia de uniformidad y simplicidad puede ser engañosa. Si una constitución que especifica las varias fuentes de derecho es una realidad viviente en el sentido de que los tribunales y los funcionarios del sistema efectivamente identifican el derecho con arreglo a los criterios que ella suministra, entonces la constitución es aceptada y efectivamente existente. Parece una duplicación innecesaria sugerir que hay otra regla más que dispone que la constitución (o quienes la 'establecieron') ha de ser obedecida. Esto es particularmente claro cuando, como ocurre en el Reino Unido, no hay constitución escrita: aquí parece no haber cabida para la regla 'la constitución debe ser obedecida' como cosa adicional a la regla de que deben usarse ciertos criterios de validez (p. ej. sanción por la Reina en Parlamento) para identificar el derecho. Esta es la regla aceptada y es un factor de confusión hablar de una regla que prescribe la obediencia a ella». Hart, H.L.A.: *El concepto de Derecho* (trad. de Genaro Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. (reimpresión), 1992, pág. 311.

auge de las teorías del participante (frente a las del observador). Pero a su vez las teorías del participante se enfrentan con un problema básico que hace quebrar los presupuestos empiristas del positivismo, porque las prácticas sociales nunca son tan homogéneas como para poder ser descritas completamente «sin más» y poder ser usadas «como sí». Participar en una práctica social no es sólo reproducir conducta, tiene también un componente constructivo de la propia práctica. Y si ello es así, entonces usar normativamente esa práctica (ese conjunto de normas fundamentales) supone necesariamente embarcarse en la tarea de dotarla de sentido. Y esa discusión supone abandonar la observación para entrar de lleno en la participación<sup>9</sup>. Pero no nos distraigamos de nuestro objetivo. Me interesa ahora, no tanto resaltar las dificultades internas del positivismo, sino más bien retener dos cosas: una, el concepto de constitución como conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político estable sólo es determinable *ex post*; y, dos, no puede cumplir funciones normativas en el sentido de que de ella no pueden inferirse deberes genuinos, es decir, cumple funciones explicativas, no normativas. En este sentido, puede usarse en términos predictivos, pero no justificativos.

### 3.2. *La constitución contingente: la constitución formal y la constitución del constitucionalismo*

Frente a la noción de constitución necesaria, la de constitución contingente está construida sobre la base de que no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución, sino sólo algunos de ellos. Las dos fuentes de contingencia constitucional más importantes son la forma constitucional (no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución formal) y los ideales del constitucionalismo político, es decir, el constitucionalismo como ideología (no todo sistema jurídico-político estable cuenta con una constitución en el sentido del constitucionalismo político). La contingencia de la constitución formal es obvia, pues depende de hechos que pueden ocurrir o no; y la contingencia de la constitución del constitucionalismo también, porque los hechos relevantes pueden satisfacer o no sus exigencias normativas y/o valorativas. Detengámonos brevemente en todo ello.

---

<sup>9</sup> Para una exposición de las dificultades de la «tesis de la identificación objetiva del Derecho» y de la distancia entre el Derecho identificado por el participante y el Derecho identificado por el observador, véase Bayón, Juan Carlos: «Partecipanti, osservatori, e identificazione del diritto», en Comanducci, P y Guastini, R (ed): *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Turín, 1996, págs. 47 y ss.

### 3.2.1. La constitución formal

La idea de constitución formal (o de forma constitucional como opuesta a la idea de forma legal) remite a la noción de constitución rígida<sup>10</sup>. Suele decirse que un sistema jurídico político cuenta con la forma constitucional cuando se dan las dos siguientes condiciones: 1. el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado; y 2. el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. De la conjunción de ambas se sigue una tercera y es que 3. la constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes<sup>11</sup>. La presencia de una constitución formal en el interior de un sistema jurídico-político tiene una trascendencia fundamental. De las múltiples consecuencias que de ello se derivan, voy a resaltar la que me parece más importante y de la que, en realidad, las demás son un corolario. La constitución formal presupone necesariamente una acción deliberada, un momento decisonal, un momento «ce-ro». Ello plantea inevitablemente en el interior de ese sistema político el problema de las relaciones entre poder constituyente (llamado a extinguirse) y poder soberano (permanente)<sup>12</sup>. En este sentido, la constitución formal

---

<sup>10</sup> Bryce, James: *Constituciones flexibles y constituciones rígidas* (Est. preliminar de Pablo Lucas Verdú), CEC, Madrid, 1988.

<sup>11</sup> Como ha resaltado Víctor Ferreres la rigidez efectiva de una constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destaca como factores de los que depende la rigidez los siguientes: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; y c) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico, social. Así, menciona como variables relevantes las siguientes: a) el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una constitución); b) el papel simbólico que desempeñe la constitución (por ejemplo, en España la reforma de la Constitución es una especie de tema «tabú»); c) el papel que juegan las tradiciones políticas (es posible que muchas de ellas pueden ser conservadoras, en el sentido de que las razones para proceder a la reforma deban ser de mucho peso); etc. Cfr. Ferreres Comella, Víctor: «Una defensa de la rigidez constitucional», en *Doxa*, nº 23, 2000, págs. 29 y ss.

<sup>12</sup> Aquí me interesa simplemente poner de manifiesto el problema (la tensión) que genera la relación entre un poder como el constituyente que en principio está llamado a intervenir en una situación excepcional dando una constitución y un poder soberano –entendido como auto-determinación colectiva– que no se agota jamás y cuya manifestación más importante *ad intra* del sistema es la potestad legislativa. No voy, sin embargo, a estudiar las diversas propuestas de solución al mismo entre las que pueden destacarse, por ejemplo, la idea schmittiana de que soberano es quien decide en la situación excepcional (Cfr. Estévez Araujo, José A.: *La crisis del Estado de Derecho liberal. Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989, págs 175 y ss.), las que optan por despersonalizar ambos poderes y prefieren hablar de soberanía de la constitución o las que introducen la *dualist democracy* como forma de superar la tensión entre consti-

tiene al menos un contenido mínimo que incluye el principio dinámico del sistema jurídico-político de forma que la constitución crea las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos), pues como es sabido la acción política en el marco del Estado no es acción natural o amorfa, sino acción institucional.

Este concepto de constitución formal es compatible con el concepto positivista de constitución pero entre ellos hay una diferencia capital. La constitución formal pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, pretende fundar o refundar (hacia el futuro) la identificación, la unidad y la permanencia (la estabilidad en definitiva) de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema. De ahí no se sigue, sin embargo, que transcurrido el tiempo ella opere de hecho como la constitución (en el sentido positivista de la expresión) de la comunidad de referencia. En este sentido, el éxito de una constitución formal se medirá *ex post* en función de que ella sea el factor principal en la explicación de la estabilización de la conducta jurídica y política de esa comunidad, en definitiva de su unidad y permanencia. Es decir, se medirá por su eficacia, por su capacidad de estabilizar la conducta social, por ser de hecho orden de la conducta. Si bien se considera, la famosa clasificación de las constituciones de Loewenstein que distinguía entre constituciones normativas (se practican), nominales (aspiran a ser practicadas) y semánticas (no se practican en absoluto) puede usarse para clasificar a las comunidades políticas que cuentan con una constitución formal en función de que la constitución opere *ex post* como el factor determinante, relevante o irrelevante en la explicación de la unidad y la dinámica política de esa comunidad<sup>13</sup>. Es decir, el éxito de una constitución formal se determinará en función de que ella sea practicada en el sentido positivista de la expresión.

---

tución y democracia, entre constituyente y soberano (Akerman, Bruce: *We the People. Foundations*, Harvard University Press, 1991, págs. 266 y ss).

<sup>13</sup> Como puede observarse hago un uso un tanto libre de la clasificación «ontológica» de Loewenstein. Su «punto de partida es la tesis de que una constitución escrita no funciona por sí misma [...] sino que una constitución es lo que los detentadores y los destinatarios del poder hacen de ella en la práctica [...] Solamente en este caso cabe hablar de constitución normativa: sus normas dominan el proceso político o, a la inversa, el proceso del poder se adapta a las normas de la constitución y se somete a ellas». Las constituciones son nominales cuando «la situación, de hecho, impide, o no permite por ahora la completa integración de las normas constitucionales en la dinámica de la vida política [...] La función primaria de la constitución nominal es educativa; su objetivo es, en un futuro más o menos lejano, convertirse en una constitución normativa y determinar realmente la dinámica del proceso del poder en lugar de estar sometida a ella». Y finalmente la noción de constitución semántica se refiere a aquellas situaciones en las que «si no hubiese en absoluto ninguna constitución formal, el desarrollo fáctico del proceso del poder no sería notablemente diferente». Cfr. Loewenstein, Karl: *Teoría de la Constitución* (trad. de A. Gallego), reimpresión de la 2ª ed., Barcelona, 1982, págs. 216- 219.

Esta clasificación, en realidad, no es más que el producto del cruce del concepto de constitución formal con el concepto positivista de constitución.

### 3.2.2. La constitución del constitucionalismo político

La otra gran fuente de contingencia constitucional son los ideales del constitucionalismo político. Es un lugar común considerar que dichos ideales quedaron plasmados en el art. 16 de la Declaración francesa de los derechos al establecer que «una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene una constitución». Pero es obvio que esta referencia al art. 16 no nos resuelve el problema de la determinación de dichos ideales y es obvio también que aquí no puedo detenerme mucho en ello: tenga en cuenta el lector que muchas veces se ha dicho que estos ideales coinciden con los del liberalismo democrático<sup>14</sup> y que, en este sentido, es obvio que gran parte de la discusión en la filosofía política y el Derecho constitucional de la modernidad ha versado sobre ellos. Ahora bien, en mi opinión, la clave para entender el constitucionalismo político es verlo como una ideología que ha pretendido una determinada configuración del poder político y el aseguramiento del respeto de los derechos; y, en este sentido, la constitución del constitucionalismo tiene que tener necesariamente un fuerte componente de liberación política, es decir, de erradicación de los males más característicos de las dominaciones políticas (o, si no, no es constitución)<sup>15</sup>. Aquí no puedo detenerme mucho en ello, pero piénsese simplemente que si la idealidad del Estado de Derecho, la del Estado liberal, la del Estado democrático y la del Estado social se consideran componentes agregados al constitucionalismo, es fácil darse cuenta de que el sentido de los mismos es respectivamente erradicar los males más característicos (y probados) de las dominaciones políticas: la arbitrariedad, el autoritarismo, la exclusión política

---

<sup>14</sup> Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 4.

<sup>15</sup> La idea de fondo es que el esclarecimiento del constitucionalismo como ideología es inseparable de la denuncia del pseudoconstitucionalismo. En este sentido, por ejemplo, me parece obvia la contradicción presente en la obra de Lassalle [Lassalle, Ferdinand: *¿Qué es una constitución?*, (Trad. de Wenceslao Roces), Ariel, Barcelona, 1984] puesto que, por un lado, opera con un concepto de constitución que acaba por ser una mera función del poder político efectivo (es poder desnudo) y, por otro, califica al pseudoconstitucionalismo –entendido como opuesto al constitucionalismo– de mero engaño del despotismo. Esto último sólo es posible, me parece, si se acepta que en la genuina constitución la cuestión primaria no es de poder, sino de valor, de fundamentación. Creo que tiene razón Kay cuando afirma que la función social central de una constitución es prevenir peligros probados [Kay, Richard S.: «Constitutional Chrononomy», en *Ratio Juris* Vol 13, n.º1 mayo 2000, págs. ] y, por tanto, que el constitucionalismo requiere una clara conciencia de ciertos males potenciales de los sistemas políticos.

y la exclusión social. En efecto, el Estado de Derecho entendido como imperio de la ley o gobierno de las leyes implica una relación de sujeción pero sólo a la voluntad del soberano expresada en normas generales; y ello se traduce en un conjunto de derechos –los propios del Estado de Derecho– destinados a erradicar la arbitrariedad en esa relación<sup>16</sup>. El componente liberal del constitucionalismo puede explicarse en términos de la transformación de la relación entre un soberano omnipotente y un súbdito sujeto en la relación entre un soberano competente/incompetente y un ciudadano sujeto/inmune; ése es el papel que tantas veces se ha atribuido a los derechos de libertad: generar esferas de inmunidad y, por tanto también, de incompetencia como forma de combatir el autoritarismo. Y, finalmente, el componente democrático y social de las constituciones puede verse como una transformación de la relación de representación de la comunidad que ejerce el soberano, y que siempre (y necesariamente) es una relación parte/todo. Así, la contradicción que en el seno de la comunidad produce la acción política del soberano, y que permite distinguir entre representados (o favorecidos) y excluidos, se transforma en la contradicción entre mayorías y minorías en todos sus sentidos relevantes. Esa transformación se traduce en el reconocimiento de los derechos de participación política y de igualdad como forma de combatir la exclusión política y social. Obviamente cuáles sean todos esos derechos, cómo se armonicen entre sí y qué papel deban desempeñar no es algo de lo que ahora me pueda ocupar. Lo interesante aquí es

<sup>16</sup> En este punto conviene introducir algunas aclaraciones en torno a la noción de «Estado de Derecho». En primer lugar, el concepto de Estado de Derecho es un concepto normativo y, por tanto, con él no se alude simplemente a una mera propiedad descriptiva del Derecho moderno; el Estado de Derecho no nace de la misma juridicidad. En consecuencia, se usa siempre como un concepto normativo, como una exigencia ético-política para evaluar los sistemas jurídicos positivos (Cfr. Laporta, Francisco: «Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz», en *Doxa*, nº 15-16 Vol. I, 1994, págs. 1994). Ahora bien, dentro de este uso normativo hay, por decirlo de algún modo, dos formas de entenderlo, según se tome como propiedad principal para su caracterización la idea de imperio de la ley (entendido como un conjunto exigencias éticas que se concretan en características jurídico-formales del orden jurídico y que son condición de posibilidad de la autonomía o la libertad personal) o la de reconocimiento de ciertos derechos sustantivos. La cuestión es de prioridad, no de exclusión. La expresión «Estado de Derecho» usada en ambos sentidos puede coincidir también con dos sentidos de la expresión «Estado constitucional»; así, por ejemplo, cuando Nino distingue entre «constitucionalismo mínimo» y «constitucionalismo pleno» se está refiriendo respectivamente a esas dos versiones del Estado de Derecho [Cfr. Nino, Carlos S.: *Fundamentos de Derecho constitucional*, Astrea-Depalma, Buenos Aires, 1992, págs. 2-3.]. La necesidad de romper esta ambigüedad está presente también en Ferrajoli cuando distingue entre lo que llama la «mera legalidad» y la «estricta legalidad» [Ferrajoli, Luigi: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, págs. 67 y 68]. Aquí uso la expresión «Estado de Derecho» en sentido normativo o valorativo (de forma que no todos los sistemas jurídico-positivos son Estados de Derecho) y en el de «imperio de la ley» o gobierno de las leyes (frente a gobierno de los hombres).

darse cuenta de que no todos los sistemas jurídico-políticos estables satisfacen dichos ideales (exigencias normativas) y que, en consecuencia, no cuentan con una constitución en este sentido.

En este punto, podemos preguntarnos por las relaciones entre la noción de constitución formal y la de constitución del constitucionalismo. Una primera cuestión que parece que hay que aclarar es si el constitucionalismo como ideología exige que se produzca una «legalización de toda acción de gobierno»<sup>17</sup> y, por tanto, exige la forma constitucional como opuesta a la forma legal ordinaria; o si, por el contrario, exige simplemente que dichos ideales sean practicados aunque no hayan sido «legalizados» o «codificados» en una constitución formal. Esta discusión, sin duda, da para mucho pero en relación con ella me interesa tan sólo decir lo siguiente: si se acepta *grosso modo* que, como decía Nino, los ideales del constitucionalismo coinciden básicamente con los del liberalismo democrático, entonces parece razonable afirmar que la constitución formal no es necesaria para su realización y que desde luego tampoco es suficiente. Para mostrarlo conviene introducir la distinción entre «tener una constitución» y «vivir en constitución»<sup>18</sup>: un sistema jurídico-político «tiene una constitución» cuando cuenta con la forma constitucional como garantía de dichos ideales; y «vive en constitución» cuando esos ideales son practicados. La metáfora de la que nos habla Nino de la «constitución como carta de navegación de un país»<sup>19</sup> muestra muy plásticamente la aspiración consistente en «darse o tener una constitución» para «llegar a vivir en constitución». Si tomamos en cuenta esto, entonces parece que el caso del Reino Unido ilustra claramente la tesis de que la constitución formal no es necesaria para la vigencia de los ideales del liberalismo democrático, es decir, que es posible «vivir en constitución» sin «tener una constitución»<sup>20</sup>. Y, como es obvio, «tener una constitución», por

<sup>17</sup> Bobbio, Norberto: *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pag. 203.

<sup>18</sup> Pablo Lucas Verdú [en *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, Dykinson, 1997, págs. 43 y ss] distingue entre «tener una constitución» y «estar en constitución».

<sup>19</sup> Nino, Carlos Santiago: *Fundamentos de Derecho constitucional...*, ob. cit. pág. 1

<sup>20</sup> En los últimos tiempos Jeremy Waldron se ha erigido en uno de los principales críticos del constitucionalismo. Su planteamiento consiste en realizar una crítica general al constitucionalismo (entendiendo por tal un movimiento filosófico-político que propugna la forma constitucional) y a la *judicial review* en particular. Básicamente sostiene que la cuestión política central es la de quién toma las decisiones; y la filosofía política debe construir teorías de la autoridad, más que teorías de la justicia. Conforme a ello sostendrá que la democracia es la teoría de la autoridad más justificada y, en consecuencia, afirmará que no tiene sentido instaurar mecanismos institucionales que le pongan límites; y eso precisamente es lo que hace el constitucionalismo. En este sentido, se opone incluso al «gambito» procedimentalista, es decir, a la constitucionalización del procedimiento. Cfr. Waldron, Jeremy: «A Rights-Based Critique of Constitutional Rights», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol 13, nº1, págs. 18-51.

más que en ella se hayan plasmado esos ideales, no es suficiente para afirmar que una comunidad «vive en constitución». La prueba de ello es, como antes dijimos, la necesidad que la teoría constitucional ha tenido de distinguir entre las constituciones formales que se cumplen (se practican) y las que no.

Ahora bien, más allá de la coincidencia de valores y fines entre el liberalismo democrático y el constitucionalismo como ideología, este último puede definirse como aquella ideología política que ha propugnado «darse una constitución» (una constitución rígida o formal) como garantía de «vivir en constitución» (de la práctica de esos ideales). Si se recuerda, al introducir la noción de constitución formal he dicho que ésta tiene que tener al menos un contenido mínimo que incorpore el principio dinámico del sistema jurídico-político. De manera que la constitución tiene que crear (constituir) las formas básicas de la acción política y jurídica (es decir, crear los órganos y procedimientos básicos), pues la acción política y jurídica en el marco del Estado no es una acción natural –o amorfa–, sino institucional. Pues bien, lo que me interesa ahora es mostrar que la constitución formal del constitucionalismo no sólo «crea» cosas, sino que también «reconoce» cosas; o lo que es lo mismo, además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa. Tratemos de explicarlo.

La dimensión constitutiva de toda constitución es obvia: los parlamentos (unicamerales o bicamerales), los tribunales constitucionales, las comunidades autónomas, las elecciones generales, las mayorías cualificadas, etc. son todas ellas realidades institucionales creadas por las constituciones. Ahora bien, las constituciones no sólo tienen esa dimensión constitutiva, no sólo crean órganos y procedimientos, sino que además tienen una dimensión valorativa<sup>21</sup>, reconocen estados de cosas como valiosos y, por tanto,

---

Ahora bien, la tesis de fondo de Waldron –más allá de los múltiples argumentos que despliega– creo que puede reducirse a la afirmación –que, por otro lado, me parece obvia– de que es preferible «vivir en constitución» que «tener una constitución»; ello se muestra con mucha claridad cuando al final de *Law and Disagreement* viene a sostener que en efecto en algunas nuevas democracias tiene sentido garantizar la libertad (pone el ejemplo de las nuevas democracias del Este de Europa y de la antigua Unión Soviética), pero que ese no es el caso de Estado Unidos ni del Reino Unido, que son países que al tener fuertes tradiciones de libertad política y debates vigorosos pueden proceder sin temor a que se ponga en peligro la libertad de las minorías. Waldron, Jeremy: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, págs.278 y ss.

<sup>21</sup> En este punto tal vez podría objetarse que lo que en realidad se opone (o complementa) a la dimensión constitutiva de las constituciones no es simplemente una dimensión valorativa, sino una dimensión regulativa, de guía de la conducta. Más adelante introduciré algunas precisiones al respecto, pero en este punto me limito a referirme a la dimensión valorativa porque me parece que ninguna concepción de la constitución ha negado esa dimensión, mientras

merecedores de ser protegidos y/o promocionados (es decir, de ser garantizados). La soberanía popular, la independencia de la nación, la libertad, la igualdad, la dignidad y la seguridad de las personas, el pluralismo político, la diversidad cultural, la educación, la salud pública, etc. etc. no son cosas creadas por la constitución (constituidas como valiosas por la constitución), sino reconocidas como valiosas por la constitución<sup>22</sup>. Son aquellos fragmentos de la constitución que permiten interpretar la acción de darse una constitución como una acción racional en el sentido weberiano de la expresión; es decir, «racional con arreglo a fines» (para el logro de fines racionalmente sopesados y perseguidos) y/o «racional con arreglo a valores» (determinada por la creencia consciente en el valor)<sup>23</sup>. En definitiva, las constituciones reconocen valores y fines que dotan de sentido a las formas de acción política (órganos y procedimientos) creadas por ellas mismas.

La aceptación de esta distinción es de una importancia y un alcance extraordinarios para la lectura de las constituciones, porque ella supone que los valores y los fines reconocidos por la constitución nunca son reducibles a las formas de acción política creadas por la propia constitución y, en este sentido, el ritualismo constitucional constituiría una forma de conducta desviada. En efecto, aunque haría falta introducir bastantes precisiones relativas a la distinción entre valores y fines, la idea de reconocimiento de valo-

---

que —como veremos en seguida— no han sido pocas las concepciones que han negado, ignorado o al menos se han mostrado escépticas en relación con la dimensión regulativa (de imposición de deberes) de las constituciones.

<sup>22</sup> Soy perfectamente consciente de las resonancias iusnaturalistas que muchos atribuirán a la expresión «reconocimiento» de valores y fines. Como inmediatamente se verá he recurrido a ella con la pretensión de establecer una prioridad interpretativa de éstos frente a las formas de acción (poder normativo) creadas por la constitución, pero no para abrir una brecha de suprapositividad frente a la constitución formal. En este sentido, he pretendido usar el término «reconocimiento» huyendo de la alternativa que, por ejemplo, formula Riccardo Guastini cuando se pregunta: «¿reconocimiento o creación de derechos? [...] la cuestión es si los derechos enunciados en la declaración son propiamente 'declarados'; es decir, simplemente reconocidos, o por el contrario 'constituidos'; es decir, creados *ex novo*. Como es claro —díces— la respuesta a esa cuestión depende de una previa adhesión a una determinada filosofía del derecho». Para a continuación añadir: «Los partidarios del iusnaturalismo reiteran que existen 'en la naturaleza' derechos (subjettivos), antecedentes a toda disciplina positiva e independientes de ella: derechos, por lo tanto, que la Constitución se limita a reconocer [...] Por el contrario, los partidarios del positivismo jurídico reiteran que no existen derechos (subjettivos) preexistentes al derecho positivo, y que, por tanto, los derechos en cuestión no son reconocidos, sino creados y adscritos a los ciudadanos originariamente por la Constitución». En Guastini, Riccardo: «¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?» (Trad. De Miguel Carbonell), en Guastini, Riccardo: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa-UNAM, México, 2000, págs. 125 y 126.

<sup>23</sup> Weber, Max: *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 10ª reimp., 1993, pág. 20

res supone que éstos son «anteriores» a las formas de acción política creadas por la constitución; y la idea de reconocimiento de fines supone que éstos son «externos» a las formas de acción política creadas por la constitución. Lo cual los convierte en un elemento de crítica y valoración de la conducta política efectiva realizada según las formas de acción política creadas por la constitución<sup>24</sup>. Quien entienda lo anterior está en condiciones de entender muchas de las discusiones –no siempre claras– que han acompañado al constitucionalismo político. Desde las discusiones sobre los «derechos prepolíticos» hasta las discusiones sobre cuál es el diseño institucional adecuado para realizar los ideales del constitucionalismo. En cualquier caso, el proceso del constitucionalismo político y la discusión filosófica que lo ha acompañado creo que sólo se entienden si se parte de la distinción entre formas de acción política «constituidas» por la constitución y valores y fines «reconocidos» por la constitución. Obviamente la necesidad de la distinción es independiente de la fortuna en la elección de las palabras.

En definitiva, todo lo anterior trata de mostrar que el sentido de «darse una constitución» es el de fundar o refundar la unidad de una comunidad política asegurando, frente a la política ordinaria, ciertas formas de acción política y ciertos criterios de legitimidad de las mismas, es decir, ciertos valores que la acción política y jurídica tiene que respetar y ciertos fines que la acción política y jurídica tiene que perseguir. Lo anterior me parece que es consustancial a todo el constitucionalismo. Ahora bien, dentro del constitucionalismo como ideología creo que pueden distinguirse algo así como dos grandes grupos de concepciones –que se hallan en una cierta oposición– relativas a la eficacia de la constitución, es decir, relativas a cómo hacer efectivos esos valores y fines, a cómo garantizarlos. Por un lado, hay con-

---

<sup>24</sup> Luigi Ferrajoli ha insistido particularmente en la idea de asumir lo que él llama un punto de vista únicamente externo a los fines de la legitimación y de la deslegitimación ético-política del Derecho y del Estado. Así se puede leer: «[...] la adopción de un punto de vista externo o político que no esté calcado sobre el interno o jurídico es el presupuesto de toda doctrina democrática de los poderes del estado [...] En un doble sentido: porque el punto de vista externo es el de abajo o ex parte populi, frente al interno, que es el punto de vista de arriba o ex parte principis; y porque el primero es el que expresa los valores extra –o meta– o pre-jurídicos ‘fundamentales’, o sea los intereses y las necesidades ‘naturales’ –individuales y colectivas– cuya satisfacción representa la justificación o razón de ser de esas cosas ‘artificiales’ que son las instituciones jurídicas y políticas. Mientras, la eliminación de un autónomo punto de vista externo o, peor aún, su explícita confusión con el interno son el rasgo específico de todas las culturas políticas autoritarias, unidas de formas diversas por la idea de la auto-fundamentación y la auto-justificación del derecho y del estado como valores en sí: no medios, sino fines en sí mismos. Añado que la carga de la justificación externa es idónea para fundamentar doctrinas políticas que admiten justificaciones no absolutas o totales, sino contingentes, parciales, a posteriori y condicionadas [...]» Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1997 (2ª ed.), págs. 853-854.

cepciones del constitucionalismo que se muestran escépticas hacia el papel regulativo (de guía de la conducta, de imposición de deberes) que pueda desempeñar la constitución. Estas concepciones tienden a pensar que la eficacia de la constitución (la efectividad de esos valores y fines) depende centralmente de un correcto diseño de las formas de acción jurídica y política y en consecuencia han puesto el énfasis en la dimensión constitutiva de las constituciones: las formas de acción política y jurídica tienen que ser correctas, equilibradas (pesos y contrapesos), compensatorias de pasiones, deliberativamente idóneas, etc. Han puesto el acento en la división de poderes, la inamovilidad de los jueces, la legalidad de la administración, el imperio de la ley, la regla de las mayorías, etc. Frente a estas corrientes, hay otro gran grupo de concepciones que, por el contrario, han pensado que la eficacia de la constitución (es decir, de los valores y fines del constitucionalismo) no depende sólo ni fundamentalmente de las formas de acción política y jurídica creadas por la constitución, que no es una cuestión de diseños institucionales «perfectos» pues la desviación siempre es posible. En consecuencia, han enfatizado la traducción de los valores y los fines en deberes, afirmando una dimensión regulativa de la constitución. De forma que la eficacia de la constitución dependerá centralmente –como ocurre con cualquier norma de conducta– de la adaptación de la conducta y de los controles frente a la desviación. En torno a estas dos actitudes básicas pueden vertebrarse (de forma graduada) muchas de las concepciones constitucionales<sup>25</sup>. Pero en cualquiera de ellas está siempre presente la prioridad de los valores y los fines, de los derechos. El constitucionalismo de los diseños institucionales justifica las diferentes formas de acción jurídica y política creadas por su idoneidad para asegurar los valores y los fines; y el constitucionalismo regulativo no ve los deberes constitucionales como una mera imposición política, sino que los ve en una conexión justificativa con esos valores y fines<sup>26</sup>. Un ejemplo tal vez ayude a entender mejor lo que se quie-

---

<sup>25</sup> Ahora no puedo detenerme a justificarlo, pero me parece que si se toman diferentes pares de concepciones opuestas de la constitución (por ejemplo, la concepción mecánica frente a la normativa, la procedimentalista –en sus diversas versiones– frente a la sustantivista o principialista, la concepción política frente a la jurídica y la concepción de la constitución como fuente de las fuentes del Derecho frente a la de fuente del Derecho) es fácil reconducir dichas oposiciones a la oposición entre el énfasis en la dimensión constitutiva de la constitución frente al énfasis en la dimensión regulativa.

<sup>26</sup> Si se admite la conexión necesaria entre constitución del constitucionalismo y reconocimiento de derechos de forma que estos cumplen una función de fundamentación, es fácil percatarse de que dentro del constitucionalismo político hay dos grandes corrientes a propósito del papel que deben jugar los derechos. Una viene a sostener que el papel de los derechos es centralmente el de fundamentar las formas legítimas de la acción (poder) jurídico y político (básicamente las formas de acción del Estado de Derecho y las del Estado democrático); la otra

re decir. Pensemos en el principio de independencia judicial que, no cabe duda, está en el centro del constitucionalismo. Si se repasa la literatura relativa a este principio es fácil observar que hay dos grandes formas de abordar la cuestión de la eficacia del mismo. Una pone el acento en el diseño de la posición institucional del juez, de forma que la eficacia del principio parece ser una variable dependiente de factores tales como la inamovilidad, la predeterminación, el autogobierno, la remuneración, la no asociación política, etc. Otra, sin embargo, interpreta centralmente el principio como un deber de independencia del juez que se traduce en la exigibilidad de ciertas actitudes con independencia del marco institucional en el que realice su función (aunque éste obviamente pueda facilitar o dificultar su cumplimiento). Como se ve, la oposición no es una cuestión de todo o nada, más bien es de acentos y prioridades<sup>27</sup>.

Pero no nos distraigamos más con el constitucionalismo y centrémonos ahora en el papel que la constitución juega como fuente del Derecho en el llamado Estado constitucional.

#### **4. La constitución de los Estados constitucionales**

¿A qué nos referimos cuando hablamos de Estados constitucionales? Una respuesta fácil (pero inútil) consistiría en afirmar que Estado constitucional es aquel que cuenta con una constitución; a estas alturas, sin embargo, la inutilidad de la misma ya es palmaria. Para usar de manera relevante la expresión «Estado constitucional» deben, me parece, tomarse en cuenta los tres sentidos de constitución antes destacados. Así, de manera tentativa, puede decirse que cuando hablamos de Estados constitucionales aludimos a sistemas jurídico-políticos que reúnen las siguientes características.

1. Son sistemas que cuentan con una constitución rígida o formal, es decir, con una constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente y superior al de las disposiciones legales. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por contar con una constitución formal y ello implica siempre –como mínimo– una diferencia de grado en relación con las otras fuentes del Derecho. Del mismo modo que pueden observarse diferencias de grado entre ley y reglamento (grado de generalidad

---

considera que la función de los derechos es fundamentar los límites normativos al poder político y jurídico (y, en consecuencia, enfatizan un sustantivismo vinculado al Estado liberal y al Estado social).

<sup>27</sup> Cfr. Aguiló Regla, J.: «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», en *Isonomía*, nº 6, abril 1997.

y abstracción, relación de dependencia tanto de la validez constitutiva como de la regulativa, mayor estabilidad de la ley que del reglamento, etc.), pueden detectarse entre la constitución formal y la ley ordinaria. La suprallegalidad de la constitución formal implica una ampliación de la doctrina de las fuentes, pero en principio no mucho más.

2. Dicha constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. En este sentido, la constitución formal del Estado constitucional no puede incorporar sólo —como diría Kelsen— el principio dinámico del Estado. No puede tener sólo como función la de hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político; sino la de hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos. En este sentido, las constituciones formales de los Estados constitucionales han incorporado las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de esos valores y fines. Se trata, pues, de constituciones constitutivas y regulativas. Así, incorporan las formas básicas de la acción jurídica y política que desde el constitucionalismo se consideran legítimas, es decir, idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos: básicamente han incorporado las formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la arbitrariedad) y las formas de acción política propias del Estado democrático y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la exclusión política). Pero, también, la constitución del Estado constitucional ha seguido la estrategia del constitucionalismo regulativo, de modo que sus valores y fines se han incorporado a la constitución en la forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las constituciones han incorporado los derechos y principios liberales (están comprometidas con la erradicación del autoritarismo) y los derechos y principios del Estado social (están comprometidas con la erradicación de la exclusión social). Todos estos elementos, en mayor o menor medida, son reconocibles, me parece, en las constituciones de los Estados que llamamos constitucionales. Ahora bien, si como traté de mostrar antes, la asunción ideológica del constitucionalismo presupone la consideración de que los valores son anteriores a las formas de acción jurídica y política constituidas (creadas) por la constitución y los fines son externos a las mismas, entonces el uso de la constitución como fuente del Derecho desde estos parámetros tiene que reflejar dicha prioridad axiológica y justificati-

va. Prioridad que se plasmará en los juicios normativos internos, en los juicios de validez, en las operaciones del método jurídico, etc.<sup>28</sup>

3. La constitución formal que responde a los parámetros normativos del constitucionalismo además tiene que ser practicada. En efecto, para hablar de Estado constitucional la constitución formal debe ser aceptada como conteniendo el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico y político. En otras palabras, para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental y, en consecuencia, jugar su papel en relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político. Es decir, para hablar de Estado constitucional la constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, tiene que ser usada desde los parámetros del constitucionalismo.

Llegados a este punto, conviene poner de manifiesto los límites del concepto de constitución. En realidad, lo anterior nos permite distinguir entre los sistemas jurídico-políticos que pueden ser considerados Estados constitucionales y los que no. Es decir, nos permite aislar unos sistemas de otros, pero poco más. Ciertamente no nos aclara demasiado el papel que la constitución juega como fuente del Derecho. Si se recuerda, antes dije que la peculiaridad central de la constitución como fuente del Derecho desde los parámetros del normativismo radicaba en que ella opera como el punto de conexión entre el problema interno y el problema externo de la teoría de las fuentes, que ello la convertía en un núcleo central de la teoría del Derecho y que, en este sentido, no podía haber mucha distancia entre la discusión sobre el concepto y la naturaleza del Derecho y la discusión sobre el concepto y la naturaleza de la constitución. Pues bien, no hace mucho leí una frase que me parece que resume muy bien lo que trato de decir: «El problema del Derecho constitucional es que nadie sabe qué cuenta como un argu-

---

<sup>28</sup> Como es sabido, la filosofía política se debate entre la teoría de la autoridad legítima y la teoría de la justicia. Dentro del constitucionalismo, esta tensión se muestra en el debate sobre la prioridad entre las formas institucionales de la acción política legítima (los procedimientos correctos: básicamente los del Estado de Derecho y los del Estado democrático) y los deberes prescritos (las sustancias que deben protegerse y promocionarse: básicamente las del Estado liberal y las del Estado social). Tanto unas como otros (las formas de acción institucional y los deberes prescritos) son el resultado de compromisos éticos básicos y, en este sentido, presentan la prioridad axiológica a la que he venido aludiendo. La cuestión difícil y de fondo es cómo se articulan entre sí unos y otros principios constitucionales.

mento»<sup>29</sup>. La idoneidad de la frase radica en que expresa con claridad los límites del concepto de constitución; aunque probablemente sea exagerada, porque una cosa es no saber qué cuenta como el mejor argumento y otra, qué cuenta como un argumento. Lo primero puede ser cierto, pero lo segundo claramente no lo es: es perfectamente posible aislar las diferentes concepciones relevantes y rivales. Antes dije que las prácticas jurídicas y políticas nunca eran tan homogéneas como para poder ser descritas sin más y en consecuencia poder ser usadas normativamente «como si». Ello en el ámbito constitucional es más radical si cabe: la operatividad de las constituciones formales pende directamente de las concepciones constitucionales. Ello es así porque la armonización normativa y operativa de las propiedades de las constituciones exige centralmente justificación, no descripción. Las concepciones constitucionales suministran criterios para la interpretación y aplicación de las constituciones y en este sentido aparentemente se produce una cierta confusión entre las concepciones constitucionales y las propiedades de las constituciones; pero estas últimas son susceptibles de ser descritas, aquéllas requieren justificación: obviamente no es lo mismo afirmar que nuestra constitución es una constitución democrática que proponer una lectura democrática de la constitución. Las disputas entre concepciones constitucionales no versan sobre las propiedades que caracterizan a una constitución, sino sobre la preeminencia (la ordenación) de unas sobre otras.

## **5. Dos concepciones de la constitución como fuente del Derecho o dos modelos de relación entre constitución regulativa y orden jurídico. De los derechos frente al Estado a la constitucionalización del orden jurídico**

A continuación trataré de exponer dos modelos opuestos relativos al papel que la constitución regulativa juega como fuente del Derecho dentro del Estado constitucional. Estos modelos responden a concepciones diferentes del Derecho y de la constitución y tienen su reflejo dentro de la teoría del Derecho. La clave para entender la cuestión está en cómo interpretar los deberes incorporados en las normas constitucionales regulativas, es decir, en cómo interpretar la dimensión regulativa de la constitución. Según un modelo, la constitución opera centralmente como un límite respecto del resto del orden jurídico; según el otro, el orden jurídico es un desarrollo de las

---

<sup>29</sup> Gerhardt, Michael J. y Rowe, Thomas D.: *Constitutional Theory: Arguments and Perspectives*, Charlottesville, VA: Michie Company, 1993, pág. 1; citado por Cooter, Robert D.: *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2000, pág. 1.

exigencias regulativas de la constitución. Naturalmente, todas las constituciones pueden contener normas cerradas que imponen límites y normas abiertas que requieren desarrollo, pero eso es algo obvio que ahora no nos interesa. Lo relevante es mostrar que dentro del constitucionalismo y de los Estados constitucionales se ha producido una cierta evolución que ha consistido en pasar de interpretar los derechos y los principios constitucionales como exigencias que centralmente imponen límites negativos a la acción política y jurídica legítimas a verlos como el contenido propio de la acción política y jurídica legítimas. Y ello ha tenido su reflejo en la teoría jurídica que ha pasado de establecer una conexión externa entre derechos constitucionales y orden jurídico a establecer entre ellos una conexión interna. La mejor manera de mostrar esa evolución probablemente sea explicar los dos modelos de relación entre derechos constitucionales y orden jurídico.

El modelo de la conexión externa concebirá los derechos constitucionales centralmente como límites negativos al contenido del orden jurídico, límites negativos a la acción del Estado (a la soberanía del Estado y a la acción política legítima). La legitimidad del orden jurídico dependerá fundamentalmente del «respeto» a dichos límites, a los derechos. Las exigencias normativas en términos de «límites» y «respeto» responden a la cuestión de qué no se puede ordenar, prohibir o sancionar legítimamente. Frente a él, el modelo de la conexión interna concebirá el orden jurídico básicamente como un desarrollo positivo de los derechos fundamentales, el contenido del orden jurídico será una concreción de las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales. Se otorgará a los derechos constitucionales una fuerza expansiva fundamental en la determinación del contenido del orden jurídico. Las exigencias normativas derivadas de los derechos constitucionales ya no se verán como límites negativos y deberes de respeto, sino como exigencias de «desarrollo» y «concreción» de los mismos: ellos serán la fuente central para determinar qué se debe ordenar, prohibir y sancionar. Esta evolución tal vez podría resumirse en la fórmula «de la consideración de la constitución como límite al orden jurídico a la consideración del orden jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales».

Estas dos formas de concebir el papel de los derechos constitucionales están hoy en el centro de la discusión constitucional y tienen una honda repercusión dentro de la teoría jurídica, pues es fácil mostrar su trascendencia para la concepción del Derecho y del método jurídico. Conforme al modelo del respeto de los derechos, el orden jurídico tiene un contenido relativamente autónomo en relación con la constitución. Los derechos son límites negativos al contenido del orden jurídico y a la acción política del Estado; en consecuencia, el control normativo que desempeña la constitución como fuente es un control negativo. La inconstitucionalidad puede canalizarse a

través de los principios de jerarquía y de inconsistencia normativas, esto es, a partir de la contradicción entre la normativa constitucional y la normativa jurídica. El contenido legítimo del orden jurídico es explicable a partir de una combinación de respeto a los derechos y discrecionalidad (entendida como libertad dentro de los límites establecidos por aquellos).

Pero hay otra forma de entender las relaciones entre constitución y orden jurídico; o mejor, entre derechos constitucionales y orden jurídico. Aquí el contenido del orden jurídico carecerá de autonomía en relación con las normas constitucionales. Estas normas regularán no sólo las relaciones de los ciudadanos con el Estado, sino también las relaciones entre los ciudadanos. El orden jurídico legítimo ya no será aquel que simplemente respeta los derechos, sino aquel que desarrolla en positivo todas las exigencias normativas derivadas de los derechos. El contenido del orden jurídico legítimo ya no resultará explicable en términos de respeto de los límites y discrecionalidad entendida como libertad; sino en términos de una concreción de los derechos a partir de una «razonable» ponderación de bienes y principios constitucionales; de forma que la discrecionalidad no podrá interpretarse ya como ausencia de guía normativa, sino más bien como ese tipo específico de deberes que denominamos «responsabilidades». En consecuencia, el control normativo que la constitución como fuente del Derecho ejerce en relación con el orden jurídico es mucho más expansivo. Las relaciones entre constitución regulativa y orden jurídico ya no se presentan en términos de una oposición en forma de límites; y, por tanto, los principios de consistencia y jerarquía normativas ya no serán suficientes para dar cuenta del rol normativo de la constitución, ni del método y el razonamiento jurídicos. El orden jurídico legítimo será expresivo de una «razonable» determinación y concreción de los derechos constitucionales; y de esta forma, junto a la exigencia de consistencia normativa por lo que se refiere a la unidad de contenidos del orden jurídico, hará aparición la exigencia de coherencia valorativa como test de corrección normativa. La noción de laguna normativa será desplazada por la de laguna axiológica y la de caso difícil, pues de la constatación de la falta de regulación (o de regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta en relación con el caso en cuestión. Todo ello ha desembocado en lo que se ha venido en llamar «la constitucionalización del orden jurídico»<sup>30</sup> y ha supuesto que en la teoría del Derecho se haya producido un desplazamiento desde la teoría de la autoridad a la teoría de la justicia.

---

<sup>30</sup> Cfr. Guastini, Riccardo: «La 'costituzionalizzazione' dell'ordinamento italiano», en *Ragion Pratica*, n° 11 1998, págs. 185 y ss.

Estos dos modelos me parece que son fácilmente reconocibles para todos aquellos que estén familiarizados con la teoría del Derecho; en realidad, tiene mucho que ver con la proyección al nivel constitucional de la confrontación entre el modelo de las reglas y el modelo de los principios en la concepción general del Derecho y del método jurídico. Pero en cualquier caso, estos dos modelos no valen para clasificar constituciones; no es posible realizar afirmaciones tales como, por ejemplo, que nuestra constitución responde al primero o al segundo de los modelos. Obviamente podrá reconocerse que la jurisprudencia actual de un tribunal constitucional y respecto de cierta materia se adapta más a uno que a otro; pero no valen para clasificar constituciones porque, en realidad, esos dos modelos no responden a rasgos estructurales (formales) de los sistemas constitucionales, sino más bien a rasgos de la cultura jurídica predominante en un sistema constitucional. La identificación mayor o menor con cada uno de los modelos será una función de la concepción constitucional dominante en la cultura jurídica de referencia, es decir, de la constitución como práctica. Es más, probablemente pueda observarse que dentro de un mismo sistema constitucional puede describirse una evolución desde el primero hacia el segundo de los modelos. En este sentido, no me resisto a reproducir por extenso unas palabras de Guastini críticas en relación con esta evolución pero que me parecen extraordinariamente representativas de la oposición entre estos dos modelos de teoría del Derecho. Escribe Guastini a propósito de lo que llama «el principio de razonabilidad» y «la máquina de fabricar lagunas»:

«En muchos sistemas constitucionales contemporáneos, el límite sustancial a la legislación más importante es el llamado principio de 'razonabilidad' [...] Se trata de un principio elaborado por diversos tribunales constitucionales a partir de la interpretación de las disposiciones [...] que establecen el principio de igualdad, es decir, la prohibición al legislador de distinguir (o discriminar) entre ciudadanos [...] En muchas constituciones el principio está formulado como una regla específica, que prohíbe no cualquier distinción [...] sino algunas particulares y determinadas: raza, sexo, opiniones políticas, etc. Por tanto, hay ciertas distinciones que están prohibidas [...] mientras que otras están permitidas [...] Sin embargo, diversos tribunales entienden el principio de igualdad como un principio genérico del tipo: 'los casos iguales deben ser tratados del mismo modo y los casos diferentes deben ser tratados de modos diferentes'. Este principio, así formulado, plantea el problema de decidir qué casos son iguales y cuáles no: dicho de otro modo, qué distinciones están justificadas y cuáles son discriminatorias. El principio de razonabilidad es precisamente una respuesta a esta pregunta. Desgraciadamente es una respuesta tautológica [...] según el principio de razonabilidad, una distinción está justificada cuando está justificada [...] En las manos de los tribunales constitucionales esta interpretación del principio de igualdad se convierte en un instrumento muy potente para revisar discrecionalmente las decisiones discrecionales del legislador.

«[...] Se llama ‘laguna axiológica’ a la falta no de una norma cualquiera, sino de una norma ‘justa’, es decir, de una norma que no está pero que ‘debería’ estar, porque es requerida por el sentido de justicia del intérprete o por una norma superior. El principio de igualdad, interpretado como principio de razonabilidad, es una fuente de lagunas axiológicas: podría decirse que es una máquina para producir lagunas [...] Cuando el legislador trata de modo diverso casos que al intérprete le parecen iguales [...], entonces el intérprete dirá que falta una norma igualadora. Cuando por el contrario el legislador trata en modo igual casos que al intérprete le parecen diferentes [...], entonces el intérprete sostendrá que falta una norma diferenciadora»<sup>31</sup>

Pues bien, para acabar, me interesa simplemente llamar la atención sobre lo siguiente: si es cierto que se ha producido dicha evolución y que ella no es explicable en términos de cambios estructurales o formales de los sistemas constitucionales, porque no es el producto de ninguna reforma o modificación de la constitución (del texto constitucional) sino que ella más bien es producto de un cambio de concepción constitucional dominante, es decir, de la interpretación de la propia práctica constitucional, del sentido atribuido a la constitución y a la práctica constitucional, entonces quien acepte las tesis positivistas de las fuentes sociales del Derecho tendrá que revisar la imagen interna del sistema jurídico construida a partir de un sistema de autoridades y una oposición fuerte entre los procesos de creación y aplicación del Derecho. Como es sabido, en los últimos tiempos se ha escrito mucho a propósito de si el constitucionalismo contemporáneo (rígido, regulativo y abierto) habría hecho entrar en crisis al positivismo jurídico; pues bien, mi opinión es que la tesis de las fuentes sociales del Derecho permanece inalterable: el Derecho o es orden de la conducta social o no es Derecho. Lo que ocurre es que esta tesis no da para vertebrar un movimiento porque en realidad nadie la niega. Lo que sí me parece que entra en crisis son las imágenes centralmente autoritativas del Derecho que han enfatizado mucho la oposición entre los procesos de creación y los procesos de aplicación del Derecho; y entran en crisis precisamente porque, como he tratado de mostrar, no son sustentables a partir de las tesis empiristas del positivismo. Esas imágenes del Derecho son el producto de esquemas conceptuales creados para dar cuenta de un modelo histórico del Derecho que la evolución política de nuestras sociedades está dejando atrás. En realidad, hoy en día, la insistencia en las mismas creo que poco tiene que ver con los presupuestos empiristas del positivismo, sino que más bien es el producto de ciertas tesis filosóficas vinculadas al escepticismo y al relativismo en el ámbito de la razón práctica.

---

<sup>31</sup> Guastini, Riccardo: «La costituzione come limite alla legislazione», en *Analisi e diritto*, 1998, págs. 111 y 112.

## **UNIDAD II: LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO CREADORA DE DERECHO CONVENCIONAL**

### **Lectura N° 2:**

- CASTILLO, Luis. “La relación entre el ámbito jurisprudencial internacional y nacional sobre derechos humanos”, en ÁLVAREZ LEDESMA, Mario y CIPPITANI, Roberto (Coordinadores), Derechos individuales e integración regional (Antología); ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey – Università degli studi di Perugia, Roma, Perugia, México, 2013, ps. 293-342.

### **Luego de leer la lectura responda las preguntas siguientes:**

1. ¿Cuál es la posición jurídica del Tribunal Constitucional?
2. ¿Cuál es la posición jurídica de la Corte IDH?
3. ¿Puede el Tribunal Constitucional realizar juicio de convencionalidad?
4. ¿Puede la Corte IDH realizar juicio de constitucionalidad?

LUIS CASTILLO CÓRDOVA<sup>(\*)</sup>

## LA RELACIÓN ENTRE EL ÁMBITO JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL Y NACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. El ámbito jurisprudencial nacional: La posición jurídica del TC. — 2.1. Contenido constitucional de los derechos fundamentales. — 3. El TC como comisionado del Poder constituyente. — 4. El TC como Supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad. — 4.1. Su papel de intérprete constitucional. — 4.2. Su papel de controlador constitucional. — 5. El TC como creador de derecho constitucional. — 6. La posición jurídica de la Corte IDH. — 7. La Corte IDH como Comisionada del Legislador internacional. — 8. La Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH. — 9. La Corte IDH como creadora de derecho convencional. — 10. La Corte IDH como controladora de convencionalidad. El juicio de convencionalidad. — 11. Las consecuencias de declarar inconvencional una actuación estatal. — 12. Implicancias de las posiciones jurídicas de la Corte IDH y del TC. — 13. ¿Puede la Corte IDH interpretar la Constitución nacional y realizar un juicio de constitucionalidad? — 14. ¿Puede el TC interpretar la CADH y realizar control convencional? — 15. A modo de conclusión: No es un mero juego de palabras.

### 1. — *Introducción.*

En el estudio del derecho internacional de los derechos humanos y su relación con el derecho nacional de los derechos fundamentales, es posible plantear dos ámbitos de análisis. El primero tiene que ver con el conjunto de decisiones normativas que los Legisladores internacional y nacional hayan adoptado para positivizar las exigencias de justicia que significan los derechos humanos; mientras que el segundo tiene que ver con el ámbito de las decisiones de los órganos internacionales y nacionales, destinados a la interpretación y aplicación de las disposiciones convencionales y constitucionales. Aquí se abordará el análisis del segundo de los ámbitos mencionados, para referirlo de las decisiones que adopte la Corte Interamericana de derechos

---

<sup>(\*)</sup> Universidad de Piura.

humanos (en adelante Corte IDH), y el TC (en adelante TC) de un Estado<sup>(1)</sup>. El análisis de las decisiones que sobre derechos humanos puedan adoptar tanto unos como otros, viene fuertemente influenciado por la posición jurídica que pueda serles reconocidos a ambos tribunales; de modo que las relaciones entre las decisiones que adopte la Corte IDH y las que adopte un TC, dependerá de las relaciones que puedan ser establecidas entre la posición jurídica de la Corte IDH y la del TC. Por esta razón, el punto de partida ha de ser las posiciones jurídicas que puedan ser determinadas respecto de uno y otro tribunal<sup>(2)</sup>.

## 2. — *El ámbito jurisprudencial nacional: La posición jurídica del TC.*

Se ha de empezar con el estudio del ámbito jurisprudencial nacional en materia del reconocimiento y protección de los derechos humanos. Los derechos humanos una vez recogidos en la Constitución, ya sea expresa o implícitamente, suelen denominarse derechos fundamentales o también derechos constitucionales. Aquí se optará por la primera expresión. En todo ordenamiento jurídico nacional existe siempre un órgano encargado de declarar el derecho sobre los derechos fundamentales en instancia última y definitiva. Tal órgano puede ser el TC o la Corte Suprema. En adelante, si bien se intentará formular el estudio en términos generales, el análisis se particularizará respecto del TC, aunque los juicios que de éste se expresen podrán también ser manifestados de la Corte Suprema.

### 2.1. — *Contenido constitucional de los derechos fundamentales.*

En el ámbito nacional, el primer nivel de positivización de los derechos humanos ocurre en la Constitución, por ser el Poder constituyente la mani-

---

<sup>(1)</sup> En los Estados en los que no ha sido previsto un TC, es posible hacer la referencia a la Corte Suprema.

<sup>(2)</sup> El análisis expreso se realizará respecto del sistema americano de protección de los derechos humanos, en el marco de la Convención Americana sobre derechos humanos. Las conclusiones a las que se arribe aquí, podrán ser aplicadas a otros sistemas regionales e incluso al universal de protección de derechos humanos.

festación jurídica (y política) primera y directa de la voluntad popular<sup>(3)</sup>. Los derechos humanos constitucionalizados o derechos fundamentales tienen un contenido jurídico conformado por el nivel constitucional y por el nivel infraconstitucional (contenido legal y contenido reglamentario)<sup>(4)</sup>. Aquí sólo interesa referir del contenido constitucional de un derecho fundamental.

El contenido constitucional de un derecho fundamental puede ser definido de modo básico como aquel contenido recogido en la Constitución. Este recogimiento se produce a través de disposiciones constitucionales de las que se desprenden normas de naturaleza distinta<sup>(5)</sup>. Una de ellas es la de máximo grado de generalidad lingüística que dan paso a normas de máximo grado de indeterminación normativa. Son tales normas aquellas que ordenan la protección de un derecho fundamental recogiendo el nombre del bien humano<sup>(6)</sup> que le da justificación<sup>(7)</sup>. Normas como, “está ordenado respetar el derecho a la vida”<sup>(8)</sup>, o “está ordenado respetar la libertad personal”<sup>(9)</sup>,

---

<sup>(3)</sup> C. SÁNCHEZ VIAMONTE, *El poder constituyente*, Buenos Aires, 1957. p. 564.

<sup>(4)</sup> L. CASTILLO CÓRDOVA, *El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo*, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 14, 2010, pp. 109-112.

<sup>(5)</sup> R. GUASTINI, *Disposición vs. Norma*, en S. POZZOLO, R. ESCUDERO, *Disposición vs. Norma*, Lima 2011, pp. 133-156.

<sup>(6)</sup> Los derechos humanos pueden ser definidos como “bienes humanos debidos a la persona”, por lo que es posible sostener que detrás de cada derecho humano hay un bien humano, porque detrás de cada derecho humano está la persona misma. Cfr. L. CASTILLO CÓRDOVA, *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*, en J. M. SOSA SACIO, (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*, Lima, 2009, pp. 35-43.

<sup>(7)</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “[u]n 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. Es decir, existe un baremo de delimitación de ese marco garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa”. EXP. N.º 1417-2005-PA/TC, fundamento 10.

<sup>(8)</sup> Esta norma, por ejemplo, se concluye desde el artículo 2.1 de la Constitución peruana: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

<sup>(9)</sup> Para el caso peruano, esta norma se concluye desde el artículo 2.24 de su Constitución: “Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales”.

son un ejemplo. Este tipo de normas son tan indeterminadas que parecen conformar fórmulas huecas, pero no es así, pues se constitucionaliza aquello que hace que tal derecho humano positivado sea reconocible como tal, es decir, su esencia o contenido esencial<sup>(10)</sup>.

Otras modalidades de normas en las que se constitucionaliza un derecho humano son aquellas que o tienen algún relevante grado de indeterminación normativa o no tienen grado relevante de indeterminación normativa. Así, por ejemplo, es un caso de norma con algún relevante grado de indeterminación normativa aquella que dispone que “está permitido matar a aquel que incurre en delito de traición a la patria en caso de guerra”<sup>(11)</sup>; y es un ejemplo de norma sin relevante grado de indeterminación normativa aquella que dispone que “está ordenado llevar al detenido ante el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a su detención”<sup>(12)</sup>. La particularidad de estos tipos de normas constitucionales es que son concreciones directas y necesarias de normas de máximo grado de indeterminación normativa, por lo que conforman el contenido esencial.

De esta manera se puede concluir que el contenido constitucional de un derecho fundamental viene conformado tanto por su contenido esencial constitucionalizado en normas de máximo grado de indeterminación normativa; como por las concreciones directas y necesarias de su contenido esencial constitucionalizadas en normas con algún o sin relevante grado de indeterminación normativa. Esto permite sostener que el contenido esencial de un derecho fundamental equivale a su contenido constitucionalmente

---

<sup>(10)</sup> El contenido esencial puede ser definido como aquel que traza las líneas constitutivas del derecho y, por tanto, viene conformado por el conjunto de facultades o atribuciones (posiciones jurídicas, en definitiva), que hacen que un derecho sea tal derecho y no otro distinto. Es ilustrativo, a este respecto, los dos caminos que para definir el contenido esencial manifestó el Tribunal Constitucional español en su temprana STC 11/1981, fundamento 8. Uno es “la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”; y el otro es “los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos”.

<sup>(11)</sup> Es una norma que se concluye del artículo 140 de la Constitución peruana: “La pena de muerte sólo puede aplicarse por el delito de Traición a la Patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada”.

<sup>(12)</sup> Esta norma procede del artículo 2.24 apartado f de la Constitución peruana: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”.

protegido<sup>(13)</sup>, consecuentemente la negación del contenido constitucional de un derecho fundamental siempre supondrá la desnaturalización del mismo, porque su negación supondrá a su vez la negación de aquello que hace al derecho fundamental reconocible como tal y, por tanto, negará la adquisición o goce del bien humano que anima y justifica todo derecho humano constitucionalizado<sup>(14)</sup>.

### 3. — *El TC como comisionado del Poder constituyente.*

La constitucionalización de los derechos humanos no asegura por sí misma la plena vigencia de su contenido esencial, sino que demanda la existencia tanto de órganos como de procedimientos destinados a su aseguramiento efectivo. Aquí interesa hacer referencia a los primeros. Entre los órganos creados por el Constituyente para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales, se encuentra el TC, y/o los jueces del Poder Judicial. Aquí solo se hará referencia al primero de ellos. Como creación *ex novo* por parte del Constituyente, preguntarse acerca de la posición jurídica del TC, implica necesariamente referirse a las concretas decisiones constituyentes que en cada ordenamiento jurídico se han adoptado respecto de él. Sin embargo, de modo general es posible poner de relieve algunos elementos configuradores de su naturaleza jurídica que definen su posición, tal y como se hará aquí.

Lo primero que, de modo general, hay que advertir respecto del TC, es que tiene una naturaleza instrumental. No tienen razón de ser por sí mismo, sino que es creado para conseguir una finalidad: asegurar la plena vigencia de la Constitución<sup>(15)</sup>. Cuando se manifiesta el Poder constituyente, lo hace con el propósito de dotar a la comunidad política de una base normativa fundamental, la cual hoy recibe el nombre de Constitución. La Asamblea

---

<sup>(13)</sup> L. CASTILLO CÓRDOVA, *La Constitución como objeto de control constitucional*, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 55, julio 2012, pp. 276-279.

<sup>(14)</sup> Esto no ocurre con el contenido infraconstitucional de los derechos fundamentales porque al representar derivaciones sucesivas y accesorias del contenido esencial, en ningún caso se pone en juego la adquisición y/o goce del bien humano que le da sustento.

<sup>(15)</sup> Cfr. H. KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Trad. Roberto Brie, Madrid 1995, pp. 27 y ss.

constituyente, manifestación del Poder constituyente, existirá como tal sólo hasta la aprobación de la Constitución, luego de lo cual se disuelve y se repliega. Al Poder constituyente le interesa que su obra rija de modo pleno el mayor tiempo posible, por lo que ha creado un órgano al que le encarga que en su ausencia, vele por la vigencia real y plena de su obra, la Constitución. En este contexto, la finalidad por la que existe el TC, tiene la naturaleza de encargo o comisión: se le encarga o comisiona velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones constituyentes recogidas en la Constitución. El TC es, en este sentido, un comisionado del poder constituyente<sup>(16)</sup>.

Como tal, el TC puede ser o no el único comisionado, dependerá de la decisión adoptada por el Poder constituyente en cada Constitución nacional. Si no lo fuese, surge una doble cuestión. Por una lado, la de determinar los otros órganos cuya finalidad atribuida es también la de asegurar la vigencia plena de la Constitución; y segundo, la de determinar la relación existente entre los distintos órganos que tengan atribuido esta misma comisión. Estas cuestiones se han de resolver en cada sistema constitucional concreto de la mano de las decisiones que el respectivo Poder constituyente haya adoptado. Cuando éste decide que la comisión no recaiga sólo en el TC, tiene la libertad de decidir encomendarla en cualquier otro órgano constitucional, normalmente en los Jueces del Poder Judicial. Si así lo hiciese, necesariamente resulta definiéndose una relación de preferencia del TC en el cumplimiento de la comisión.

Cuando esto ha ocurrido, no ha sido sencillo definir la relación entre el TC y los jueces del Poder Judicial, en el ejercicio del encargo, principalmente, en la parte referida a la protección de los derechos fundamentales. Esta relación necesariamente vendrá marcada por el hecho de que el Poder Judicial se organiza en varias unidades de decisión jurisdiccional interna, ordenadas según especialidades y según instancias. Esto no ocurre en la organización interna del TC, éste resuelve en una sola instancia sólo asuntos que tienen un significado constitucional, tanto por su contenido como por su nivel normativo. En este contexto de especialización constitucional que se le atribuye, resulta razonable que haya cuestiones constitucionales que sólo sean resueltas por el TC, normalmente las de significado constitucional que sean consideradas

---

<sup>(16)</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1991, p. 197.

como más trascendentes por el Constituyente. Del mismo modo, en este contexto de una sola instancia, resulta razonable que aquellas otras cuestiones constitucionales en las que intervienen tanto los jueces del Poder Judicial como el TC, éste lo haga como última y definitiva instancia.

Así, siempre desde una perspectiva general, es posible reconocer como elemento en la configuración de la naturaleza y posición jurídica del TC, su calidad de comisionado único o mayor del Poder constituyente.

#### 4. – *El TC como Supremo intérprete y controlador de la constitucionalidad.*

El TC, como comisionado del Poder constituyente, requiere contar con los medios necesarios para cumplir cabalmente con el encargo previsto. El encargo encomendado al TC se desenvuelve en dos momentos. Primero, al determinar cuándo ha habido incumplimiento de la Constitución para, en segundo lugar, decidir la desaparición o neutralización del mismo. Es en referencia a estos dos momentos en los que se han de localizar los medios necesarios para cumplir con la comisión encargada.

##### 4.1. – *Su papel de intérprete constitucional.*

Del primero de los mencionados momentos se formula el medio siguiente: la interpretación vinculante de las disposiciones constitucionales. Si la tarea encargada al TC consiste en velar por el cumplimiento pleno de la Constitución, necesariamente requiere de la capacidad para interpretarla. La razón sigue siendo la sencilla advertencia de que para determinar si una actuación pública o privada contraviene a la Constitución, antes se ha de tener la capacidad de determinar vinculantemente lo que ella manda. Tener esta posibilidad implica necesariamente reconocer la atribución de asignar significados normativos a las disposiciones distintas que componen la Constitución. Es lo que se conoce como interpretar<sup>(17)</sup>. El TC interpreta pues vinculantemente a la Constitución<sup>(18)</sup>.

---

<sup>(17)</sup> R. GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, 2008, pp. 3-6.

<sup>(18)</sup> La eficacia de la labor del TC exige reconocer fuerza vinculante a sus decisiones. Si vinculante es la decisión, vinculante ha de ser también la justificación que de modo nece-

Esta actividad interpretativa se manifiesta muy rica e intensa cuando se trata de establecer significados jurídicos a las disposiciones iusfundamentales. Como se dijo ya, las normas que recogen derechos fundamentales pueden ser o de máximo grado o de relevante grado o sin grado relevante de indeterminación normativa. Todas estas normas pueden ser tenidas como normas directamente estatuidas<sup>(19)</sup>. De todas ellas el TC puede formular interpretaciones.

De las normas con máximo o con algún grado de indeterminación normativa el TC formulará concreciones. Una concreción normativa puede ser definida como una determinación o estrechamiento del grado de indeterminación normativa. Así, por ejemplo, si la norma directamente estatuida por el constituyente afirmase que “está ordenado garantizar (el contenido esencial de) la libertad de expresión e información”<sup>(20)</sup>, la interpretación que de ella formule el TC puede manifestar que “está ordenado garantizar la libre difusión de información veraz”<sup>(21)</sup>. Esta interpretación significa una concreción del ámbito normativo de la norma directamente estatuida, al circunscribir la protección no a todo tipo de información, sino solamente a la información veraz.

Mientras que de las normas sin relevante grado de indeterminación normativa el TC no podrá formular concreciones sino ampliaciones normativas. A través de una interpretación inductiva, el TC puede formular una norma con algún grado o con máximo grado de indeterminación normativa no ma-

---

sario se une a ella; y la justificación necesaria viene conformada indefectiblemente por las interpretaciones que de la Constitución formula el TC, en la medida que ellas permitirán precisamente concluir la existencia o no de una infracción constitucional.

<sup>(19)</sup> R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 63-73.

<sup>(20)</sup> Para el caso peruano esta norma se concluye desde la disposición constitucional siguiente: “Toda persona tiene derecho: (...) 4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (artículo 2.4 de la Constitución).

<sup>(21)</sup> Este enunciado normativo puede ser concluido, por ejemplo, desde la siguiente afirmación del TC peruano: “la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz”. EXP. N.º 0905-2001-AA/TC, fundamento 9.

nifestada expresamente por el Constituyente. Así, por ejemplo, de la norma constitucional que dispone que “está ordenado poner al detenido a disposición judicial dentro de las veinticuatro horas”<sup>(22)</sup>, el TC puede interpretar que esta norma es una concreción de una norma más genérica: “está ordenado que la detención preventiva dure un plazo estrictamente necesario”<sup>(23)</sup>.

En aquellos ordenamientos jurídicos en los que la comisión de velar por el pleno cumplimiento de la Constitución no se ha circunscrito al TC, sino que se ha extendido también a los Jueces del Poder Judicial, el TC aparece como Supremo intérprete de la Constitución por la posición de comisionado mayor que se le ha de reconocer por las razones ya mencionadas anteriormente: si es comisionado mayor necesariamente será intérprete mayor o supremo. Por lo que este es un segundo elemento llamado a definir en general la posición jurídica del TC: único o supremo intérprete vinculante de la Constitución.

#### 4.2. – *Su papel de controlador constitucional.*

En relación al segundo de los referidos momentos se formula el medio siguiente: los instrumentos jurídicos para neutralizar eficazmente la agresión constitucional detectada. El TC, como comisionado del Poder constituyente, necesita tener reconocida una suerte de energía correctora, la suficiente para enfrentar los inconstitucionales excesos del poder público y privado y así neutralizar la vulneración de la Constitución<sup>(24)</sup>. Varios elementos pueden

---

<sup>(22)</sup> Como ya se advirtió, para el caso peruano esta norma se concluye desde la disposición constitucional siguiente: “El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia”. Artículo 2.24 apartado f.

<sup>(23)</sup> Para el caso peruano, así puede ser concluido desde la siguiente afirmación del TC: “resulta lesivo al derecho fundamental a la libertad personal, sea que ha transcurrido el plazo establecido para la detención, o porque, estando dentro de dicho plazo, ha rebasado el plazo estrictamente necesario. En suma, toda detención que supere el plazo estrictamente necesario, o el plazo preestablecido, queda privada de fundamento constitucional. En ambos casos, la consecuencia será la puesta inmediata de la persona detenida a disposición del juez competente”. EXP. N.º 06423–2007–PHC/TC, fundamento 9.

<sup>(24)</sup> L. CASTILLO CÓRDOVA, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Lima, 2007, pp. 207-209.

conformar esta energía correctora. Uno de ellos, y además decisivo, es el de declarar la invalidez jurídica de los actos públicos o privados que contravienen a la Constitución, ya sea para derogarlos y con ello expulsarlos del ordenamiento jurídico, ya sea para declarar su ineficacia en el marco de un caso concreto.

Un sistema jurídico interno se formula según distintos niveles de normatividad, la validez y consiguiente eficacia de las normas de un nivel dependen de su ajustamiento a las normas del nivel superior. Así, la validez y eficacia de las normas infra legales depende de su ajustamiento material y formal a la Ley y a la Constitución; mientras que la validez y eficacia de la Ley dependerá de su ajustamiento material y formal a la Constitución. En esta lógica organizativa, la validez jurídica de todas las normas infraconstitucionales, dependerá de su ajustamiento a las exigencias constitucionales. Si este ajustamiento no se produce, lo requerido es la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico. Normalmente, al TC se reserva la declaración de invalidez y consiguiente derogación de las normas con rango de ley, a través de un proceso que suele denominarse proceso de inconstitucionalidad<sup>(25)</sup>.

Las actuaciones no normativas del poder público, como las decisiones o resoluciones administrativas y las resoluciones judiciales, también podrán ser invalidadas jurídicamente por contravenir la Constitución, a través de los procedimientos (normalmente a través del amparo constitucional) y con los efectos que en cada ordenamiento jurídico se decida<sup>(26)</sup>.

Las actuaciones privadas también están sometidas a la Constitución, por lo que también son objeto de control de constitucionalidad. Normalmente, las actuaciones normativas (reglamentos de personas jurídicas y contratos), así como las actuaciones no normativas, son invalidadas a través del proceso de amparo constitucional cuando hay vulneración de la Constitución por agresión del contenido esencial de algún derecho fundamental.

El ejercicio de estas atribuciones es posible a través de la formulación

---

<sup>(25)</sup> Tal y como ocurre en el caso peruano, en los sistemas en los que los Jueces del Poder Judicial son concebidos también como comisionados, participan en la declaración de invalidez y consiguiente derogación de las normas infralegales.

<sup>(26)</sup> Respecto de estas actuaciones no normativas, y ahí donde existe más de un comisionado del Poder constituyente, la actuación del TC ocurre en última y definitiva instancia, tal y como acontece en el sistema constitucional peruano.

de un juicio de constitucionalidad. El TC compara por un lado el mandato contenido en una disposición constitucional con la acción pública o privada supuestamente inconstitucional. Si ésta no se ajusta a aquella, el TC así lo declara, perdiendo validez jurídica o perdiendo eficacia jurídica (según sea el proceso constitucional activado). Es el modo como realiza el control de constitucionalidad en el cumplimiento de la comisión encargada.

Consecuentemente, es posible concluir un elemento más que dibuja la posición jurídica del TC: es único o supremo controlador de la constitucionalidad de los actos públicos o privados, a fin de determinar su validez o eficacia jurídica.

##### 5. — *El TC como creador de derecho constitucional.*

Una vez justificada la posición jurídica del TC como único o supremo intérprete y controlador de la Constitución, corresponde analizar las consecuencias de esta posición. Ya se ha explicado que el TC formula concreciones de los ámbitos normativos indeterminados de las normas directamente estatuidas con máximo o con algún grado relevante de indeterminación normativa; y que formula ampliaciones de las normas directamente estatuidas sin relevante grado de indeterminación normativa. Corresponde ahora preguntarnos por la naturaleza jurídica de éstas interpretaciones.

Si la interpretación o es una concreción o es una ampliación del ámbito normativo de un derecho fundamental, su naturaleza necesariamente será normativa y, consecuentemente, vinculará<sup>(27)</sup> a todos los operadores jurídicos<sup>(28)</sup>. Estas normas no significan un mero reconocimiento de una norma

---

<sup>(27)</sup> De modo que “el hecho de que las normas adscritas concretadas (...) sean vinculantes para sus destinatarios, es sin embargo el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas”. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª edición, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 127.

<sup>(28)</sup> Y esto se condice con el reconocimiento formulado ya antes, de que la interpretación que formule el TC necesariamente ha de ser vinculante, de lo contrario su existencia como órgano de control constitucional pierde su razón de ser. Si el control es vinculante, la interpretación necesariamente lo ha de ser también, porque no hay control sin previa interpretación.

preexistente<sup>(29)</sup>, sino que ha de ser tenida como una verdadera creación jurídica<sup>(30)</sup>. El intérprete constitucional no crea la norma constitucional directamente estatuida, sino que parte de ella para formular una concreción o una ampliación normativa, por eso no estamos ante una actividad creadora *ex novo*, sino que está condicionada a la exigencia de justicia constitucionalizada que se recoge en la norma constitucional concretada o ampliada<sup>(31)</sup>. Esto genera dos consecuencias. La primera es que la norma creada por la interpretación pasa a adscribirse a la norma directamente estatuida y respecto de la cual representa una concreción o una ampliación del ámbito normativo. Son por esta razón normas adscriptas<sup>(32)</sup>. Y la segunda consecuencia es que todas estas interpretaciones se adscriben a la norma constitucional directamente estatuida como consecuencia de la fuerza del órgano que realiza la adscripción (el TC)<sup>(33)</sup>, por esta razón la norma adscripta es siempre constitucional desde el punto de vista de la adscripción o pertenencia. Al ser esta una razón formal, la norma adscripta será siempre formalmente constitucional. Desde el punto de vista material, es posible sostener que si no han sido dadas razones correctas para la adscripción, la norma que formalmente se adscribe puede ser materialmente contraria a (la exigencia de justicia que contiene) la norma directamente estatuida, de darse este caso, la norma adscripta será materialmente inconstitucional<sup>(34)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> Como lo proponen algunos autores. Cfr. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, cit., p. 120.

<sup>(30)</sup> Como lo propone Hesse, al afirmar que “la interpretación constitucional tiene carácter creativo”. K. HESSE, *Escritos de derecho constitucional*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1992, p. 40.

<sup>(31)</sup> P. SERNA, *Introducción*, en Idem (Director), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª edición, Granada, 2005, pp. 5-6.

<sup>(32)</sup> Entre la norma directamente estatuida y la norma adscripta que la concreta hay una relación de precisión y de fundamentación, que permiten tener a ésta como norma constitucional. En referencia a las normas (directamente estatuidas o adscriptas) iusfundamentales, véase R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 69 y 70.

<sup>(33)</sup> Repárese en que la interpretación de la disposición constitucional es formulada por el TC en su calidad de único o supremo comisionado del poder constituyente.

<sup>(34)</sup> En referencia a las normas de la Constitución referidas a derechos fundamentales, Alexy manifiesta que “[u]na norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente

Una norma adscripta puede ser formalmente constitucional y materialmente inconstitucional<sup>(35)</sup>.

Así queda justificada la calidad de creador de derecho constitucional adscrito que se le ha de reconocer al TC. En aquellos sistemas en los que además del TC existan otros controladores, como los jueces, el TC adquiere la calidad de máximo creador de derecho constitucional adscrito. Esto tiene al menos dos consecuencias. La primera es que su creación normativa no podrá ser cuestionada en su constitucionalidad por ningún órgano, ni nacional ni internacional<sup>(36)</sup>, lo cual no significa que no pueda ser anulada por ser contraria a una disposición convencional que positiva una exigencia de justicia<sup>(37)</sup>; y la segunda significa que su interpretación se impone a la interpretación constitucional que realicen los demás intérpretes vinculantes<sup>(38)</sup>, de modo que en caso de contradicción prevalecerá la de aquél. Así, las in-

---

es posible dar una *fundamentación insfundamental correcta*”. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 71. Esta definición ha de ser matizada con la siguiente afirmación: se trata de una definición que atañe a la adscripción material y no a la formal de la norma adscripta.

<sup>(35)</sup> En la tipología de normas constitucionales inconstitucionales, esta sería una de “inconstitucionalidad por la infracción del derecho constitucional metapositivo positivado”, O. BACHOFF, *Normas constitucionales inconstitucionales*, Lima 2008, p. 65.

<sup>(36)</sup> L. CASTILLO CÓRDOVA, *Las exigencias de racionalidad al Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución*, en *Gaceta Constitucional*, Tomo 39, Marzo 2011, pp. 28-30.

<sup>(37)</sup> Una interpretación de la Constitución que formule el TC será tenida como inválida cuando la Corte IDH la ha declarado contraria a la CADH. Sobre el juicio de convencionalidad que implica el control convencional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cfr. N. SAGÜÉS, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, en *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1, Madrid 2010; E. FERRER MC GREGOR, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Estudios Constitucionales*, Año 9, N° 2, 2011, pp. 531-622.

<sup>(38)</sup> Esta imposición acontecerá a través del control constitucional que el TC tiene asignado de modo supremo también. A través de un tal control se impedirá que la norma constitucional adscrita surja (por ejemplo, corrigiendo una interpretación constitucional formulada por un juez en un proceso de amparo, hábeas corpus, hábeas data o de cumplimiento que el Tribunal mencionado conoce en última instancia), o que habiendo surgido siga reconociéndosele validez (por ejemplo, cuando declara la inconstitucionalidad de una ley que concreta una disposición constitucional) o eficacia (cuando inaplica una ley que concreta una disposición constitucional).

interpretaciones que de la Constitución formula el TC han de ser tenidas no solo como fuente de derecho constitucional<sup>(39)</sup>, sino como fuente mayor<sup>(40)</sup>.

## 6. — *La posición jurídica de la Corte IDH.*

1. La CADH reconoce derechos humanos y crea órganos para su protección

El sistema de producción normativa en el ámbito internacional, ni está unificado ni centralizado de la misma forma que lo está en el seno de los Estados nacionales. No obstante, es posible reconocer un poder normativo en los Estados, ya sea individualmente considerados, ya sea agrupados en organizaciones internacionales. La CADH, y como resultado del progresivo desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos<sup>(41)</sup>, ve la luz en el marco de una de éstas organizaciones: la Organización de los Estados Americanos (OEA)<sup>(42)</sup>, en cuya Carta se hace referencia a ella<sup>(43)</sup>. La CADH tiene una clara finalidad: “la protección internacional de los derechos esenciales del hombre”<sup>(44)</sup>; y para lograrlo ha organizado “un

---

<sup>(39)</sup> En palabras del TC, “[l]as sentencias del TC, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado”. EXP. N.º 3741–2004–PA/TC, fundamento 42.

<sup>(40)</sup> L. CASTILLO CÓRDOVA, *Análisis de algunas recientes normas procesales constitucionales creadas por el TC*, cit., pp. 25-29. Una interpretación divergente en F. VELEZMORO PINTO, *El precedente constitucional vinculante según la jurisprudencia del TC peruano y el neoconstitucionalismo*, en *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 112, junio 2010, pp. 57-72.

<sup>(41)</sup> P. NIKKEN, *Los Derechos Humanos en el Sistema Regional Americano*, en *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 98.

<sup>(42)</sup> Como es sabido, la CADH se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos realizada en San José, Costa Rica; y entró en vigencia el 18 de julio de 1978, con el depósito de la undécima ratificación en cumplimiento del requisito exigido por el artículo 74.2 CADH.

<sup>(43)</sup> La referencia es a través de la expresión “Convención interamericana sobre derechos humanos”, en el Capítulo XV (artículo 106) y Capítulo XXII (artículo 145).

<sup>(44)</sup> Corte IDH, Asunto Viviana Gallardo y otras, decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 16 (en la web de la Corte IDH, aparece en la sección opiniones consultivas). Esta finalidad es posible de concluir del segundo considerando del preámbulo de la CADH: “Re-

sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse”<sup>(45)</sup>.

Tal finalidad y sistema organizado, vienen esencialmente manifestados en la primera parte de la CADH (que se denomina “Deberes del Estado y Derechos protegidos”), y en la que se recoge un conjunto de disposiciones que positiván los derechos humanos, es decir, en las que se recogen las exigencias de justicia que se formulan desde y a favor de la Persona<sup>(46)</sup>. Al cumplimiento de estos derechos humanos se obligan los Estados<sup>(47)</sup>, ya sea respetando<sup>(48)</sup> ya sea garantizando<sup>(49)</sup> los derechos humanos (artículo 1 CADH), particularmente adoptando las correspondientes disposiciones de derecho interno para favorecer tal respeto y garantía<sup>(50)</sup> (artículo 2 CADH),

---

conociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

<sup>(45)</sup> Corte IDH, asunto de Viviana Gallardo y otras, citado, párrafo 16.

<sup>(46)</sup> Estas exigencias de justicia que representan los derechos humanos, “son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”. Caso Velásquez Rodríguez / Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Fondo*), párrafo 165.

<sup>(47)</sup> J. C. HILERS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, 1991, pp. 83-85.

<sup>(48)</sup> Se trata de una “obligación de no hacer que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando éste pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus atributos inviolables”, A. AGUIAR, *Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Caracas 1997, p. 201.

<sup>(49)</sup> Este deber de garantizar, “implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”. Caso Velásquez Rodríguez / Honduras, citado, párrafo 166.

<sup>(50)</sup> En palabras de la Corte IDH, “[e]l deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a

y cuyo incumplimiento le genera responsabilidad internacional<sup>(51)</sup>.

En la segunda parte de la CADH, y que se denomina “Medios de la protección”, se regulan los órganos y mecanismos procedimentales a través de los cuales se intentará asegurar el cumplimiento estatal de los preceptos convencionales en los que se recogen los derechos humanos. Tales órganos regulados son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH), y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). En esencia, pues, la CADH reconoce los derechos humanos para plantear su cumplimiento como un deber estatal<sup>(52)</sup>, y crear los órganos encargados de velar por tal cumplimiento<sup>(53)</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con los derechos humanos, respecto de los cuales el Legislador internacional no realiza un acto de creación, sino que se limita a reconocerlos para asegurar su cumplimiento pleno<sup>(54)</sup>; la Comisión IDH y la Corte IDH, son órganos efectivamente creados por el mencionado Legislador: la primera a través de la Carta de la OEA, y la segunda en la CADH<sup>(55)</sup>. Si no se hubiese decidido que existiesen, no existirían. Esta advertida situación exige que el significado y la posición jurídica de la Corte IDH, que es lo que ahora interesa determinar, se ha de buscar en las decisiones que el Legislador internacional americano haya plasmado en el texto de la CADH, como a continuación se pasa a estudiar.

---

la efectiva observancia de dichas garantías. Caso *Castillo Petruzzi y otros / Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999 (*Fondo, Reparaciones y Costas*), párrafo 207.

<sup>(51)</sup> M. I. DEL TORO HUERTA, *La responsabilidad del Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en R. MÉNDEZ SILVA, (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México 2002, pp. 666-669.

<sup>(52)</sup> J. C. HETERS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., p. 83.

<sup>(53)</sup> La tercera parte no es relevante a los efectos de este análisis porque contiene una serie de disposiciones generales y transitorias que no son relevantes para las cuestiones aquí planteadas.

<sup>(54)</sup> En todo caso, puede ser tenido como creador de derecho convencional en el sentido que formula la concreta disposición convencional, pero no la exigencia de justicia en ella positivada y que como realidad jurídica preexiste al acto positivador.

<sup>(55)</sup> En la Carta de la OEA, en la relación de órganos previstos no se encontraba la Corte IDH, sino sólo la Comisión. La creación de aquella y el redimensionamiento funcional de ésta, vino de la mano de la CADH.

### 7. — *La Corte IDH como Comisionada del Legislador internacional.*

La primera referencia que se hace a la Corte IDH ocurre en el artículo 33 CADH. Y con el siguiente enunciado se dispone que la Corte IDH es competente “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención”. Esta referencia es general, y es precisada más adelante, al disponerse que la Corte IDH “tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención” (artículo 62.3 CADH). De modo que “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” (artículo 63.1 CADH).

De estas referencias normativas de la parte orgánica de la CADH, es posible formular varias conclusiones. Una primera es el carácter instrumental que se le ha de reconocer a la Corte IDH. Todo medio hace depender la legitimidad tanto de su existencia como de su actuación, de la efectiva consecución de una finalidad. Tal finalidad, para el caso de la Corte IDH, es velar por el ajustamiento cabal de la actuación estatal a las exigencias de los derechos humanos reconocidos en la CADH. Los Estados a ésta vinculados, “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (artículo 1.1 CADH).

La existencia de la Corte IDH, así como las distintas atribuciones que se le reconocen, sólo se justifican desde que se le ha asignado el encargo de velar por la plena realización de la Persona, a través de la verificación de la sujeción estatal a las normas y consecuentes posiciones jurídicas que razonablemente es posible concluir desde las disposiciones de la CADH y, con ella, de los protocolos adicionales y demás disposiciones internacionales del ámbito interamericano. Corresponde, “a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados”<sup>(56)</sup>, de modo que pueda ser considerada un órgano con una concreta misión que lo convierte en “contralor de la aplica-

---

<sup>(56)</sup> Corte IDH, asunto Viviana Gallardo y otras, citado, párrafo 16.

ción de los pactos que firmen los distintos Estados”<sup>(57)</sup>.

Esta existencia y actuación condicionada y por ello esencialmente limitada al cumplimiento de esta misión, hace posible que la Corte IDH pueda ser tenida como una comisionada del Legislador americano internacional. Éste le ha encargado velar por la correcta interpretación y aplicación estatal de la CADH y, en general, de todo el sistema jurídico interamericano de protección de los derechos humanos. En definitiva, existe para asegurar —en la mayor medida de lo posible—, la plena vigencia de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que en el marco de la OEA han firmado los Estados interamericanos. En el cumplimiento de este encargo, la Corte IDH encuentra su legitimidad tanto de origen, como de actuación: existe para esto, y para esto a de actuar. Este es el primer elemento de la posición jurídica de la Corte IDH: órgano que existe y actúa como comisionado del Legislador internacional interamericano.

Como se podrá comprender, resulta decisivo a la figura de un comisionado, no sólo la existencia de una determinada comisión o encargo, sino también la dación de instrumentos para cumplir con lo encargado. Del encargo se ha justificado hasta aquí, ahora corresponde tratar acerca de los medios para llevar a cabo el encargo.

#### 8. — *La Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH.*

Este primer elemento que define la posición jurídica de la Corte IDH, hace de ella una realidad cuya actuación es una esencialmente condicionada. Tiene una finalidad muy definida que cumplir, y los instrumentos (funciones y competencias) que se la haya previsto, sólo podrán ser empleados para el cumplimiento cabal de la misión encomendada. No es, pues, un empleo arbitrario el que viene exigido desde la posición jurídica de la Corte IDH. Este es el marco general dentro del cual se ha de analizar los medios que el Legislador interamericano, a través de la CADH, le ha deparado a la Corte IDH. La referencia a los medios previstos para la realización del encargo, nos lleva a la segunda conclusión que sobre la posición jurídica de la Corte

---

<sup>(57)</sup> J. C. HITEES, *Derecho internacional de los derechos humanos*, cit., p. 420.

IDH es posible formular desde la normatividad convencional anteriormente transcrita, y que a continuación se detalla.

– Interpretación convencional y competencia contenciosa.

Es razonable pensar que además del encargo, el Legislador internacional ha deparado a la Corte IDH unos instrumentos para cumplir eficientemente la comisión encomendada. La eficiencia no sólo tiene que ver con detectar incumplimientos estatales a los mandatos convencionales, sino también, de prevenir la realización de los mismos. Precisamente por esto es que a la Corte IDH se le ha reconocido tanto una competencia contenciosa, como una consultiva.

Respecto de la primera, se trata del reconocimiento de la competencia para resolver todo *caso* relativo a la *interpretación y aplicación* de las disposiciones convencionales (artículo 62.3 CADH). Con la expresión *caso*, se está haciendo alusión a las controversias que se originen en torno al cumplimiento o no de las obligaciones estatales sobre el respeto de los derechos humanos. Por eso, inmediatamente después se dispone lo que ha de hacer la Corte IDH si ésta decide que hubo violación de un derecho o libertad protegido por la CADH: disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conclucados (artículo 63.1). En este marco encaja bien la consideración de la Corte IDH como “una institución judicial del sistema interamericano”<sup>(58)</sup>, y la consideración de su labor como un control de convencionalidad de las actuaciones estatales<sup>(59)</sup>.

Estos casos o asuntos controversiales, se resolverán con base en la *interpretación y aplicación* de las disposiciones convencionales, como se dijo. Esta es una herramienta esencial para el cumplimiento de la comisión encomendada. Si ésta consiste en velar por el cumplimiento efectivo de la CADH, más precisamente, de las disposiciones en las que se recoge los derechos humanos, resulta necesario reconocer la capacidad de determinar cuándo

---

<sup>(58)</sup> OC 1/82, del 24 de septiembre de 1982, “otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 19.

<sup>(59)</sup> En esta lógica, se trata de la “competencia para determinar cuándo un acto u omisión de un Estado se contrapone a la obligación internacional adquirida por éste al firmar, ratificar o adherirse a un instrumento internacional”, K. CASTILLA, *El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 606.

ha habido o no un incumplimiento de las referidas disposiciones. Sólo se está en condiciones de determinar que ha ocurrido un incumplimiento o no de la CADH cuando antes se está en condiciones de saber cuál es el o los mandatos exigibles desde ella. Y para saber determinar estos, se tiene que estar en condiciones de asignar significados normativos a las disposiciones convencionales por cuyo cumplimiento se velará, es decir, se tiene que estar en condiciones de interpretar la Convención.

– Interpretación convencional y competencia consultiva.

Respecto de la competencia consultiva atribuida a la Corte IDH, se trata del reconocimiento de la competencia para resolver las consultas que sobre la interpretación de la CADH o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (artículo 64.1 CADH) –particularmente, sobre la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales (artículo 64.2 CADH)–, pueda formularle un Estado miembro o la Comisión IDH. A través de la absolución de estas consultas, y con base en el Derecho internacional de los derechos humanos en general, y en la CADH en particular, la Corte IDH presentará pautas normativas de actuación a las que se ha de sujetar el Estado a fin de cumplir con su deber de sujeción efectiva a las disposiciones convencionales sobre derechos humanos. Para tener la posibilidad real de presentar las mencionadas exigencias normativas de actuación estatal, la Corte IDH expresará mandatos a partir de las disposiciones convencionales, es decir, tiene que reconocérsele la posibilidad de interpretarlas. A partir de esta interpretación, la Corte IDH formulará interpretaciones convencionales en torno a un problema jurídico planteado sin que aún se halla generado controversia iusconvencional concreta.

– Carácter vinculante de la interpretación convencional.

Una vez justificado que tanto en su competencia contenciosa como en la consultiva, la Corte IDH realiza una actividad interpretativa de la Convención, corresponde determinar si los significados normativos que determine la Corte IDH son o no vinculantes.

*En referencia a la competencia contenciosa.*

En referencia a la competencia contenciosa, es posible sostener dos razones a favor de su carácter vinculante. La primera es el carácter vinculante de las decisiones que adopte en ejercicio de la competencia contenciosa.

El ejercicio de esta competencia solamente alcanza a los Estados que “hayan reconocido o reconozcan dicha competencia” (artículo 62.3 CADH). El reconocimiento de la competencia contenciosa por parte de un Estado significa la manifestación de una voluntad estatal que asume el compromiso internacional de cumplir las decisiones que la Corte IDH adopte en el ejercicio de tal competencia. Por esto, las decisiones en asuntos contenciosos serán siempre vinculantes porque solamente se despliega para Estados que le reconocen vinculatoriedad. Pues bien, las interpretaciones de las disposiciones convencionales en el ejercicio de la competencia contenciosa vienen a conformar las justificaciones o motivaciones (artículo 66.1 CADH) de un fallo que es definitivo e inapelable (artículo 67 CADH), por lo que tales interpretaciones aparecerán siempre como vinculantes.

En este punto conviene plantear la pregunta del alcance de la vinculación de las interpretaciones convencionales que elabore la Corte IDH. No cabe duda, por lo que se acaba de manifestar, que la vinculación ocurre respecto del Estado denunciado. Pero la vinculación se extiende también a todos los demás Estados firmantes de la CADH, hayan o no reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH. La justificación es la siguiente: las interpretaciones que de la CADH formule la mencionada Corte, se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, de manera que a partir de ese momento, las disposiciones de la CADH se han de entender según tales interpretaciones; así, los Estados vinculados a la CADH, se hallan vinculados también a las interpretaciones de sus disposiciones<sup>(60)</sup>. Y, adicionalmente, la vinculación se extiende también a la propia Corte IDH; pues, salvo un justificado cambio jurisprudencial, una elemental exigencia de razonabilidad y seguridad jurídica, vincula a la Corte IDH a sus propias interpretaciones iusfundamentales. Desde tales interpretaciones será posible esperar una misma decisión a casos sustancialmente iguales.

Y la segunda razón es que cuando se ejerce la competencia contenciosa, la Corte IDH deberá determinar si un determinado comportamiento estatal se ha ajustado o no a la CADH. Esto significa que la Corte IDH controlará la sujeción estatal a la CADH a fin de asegurar la plena vigencia del derecho

---

<sup>(60)</sup> Sobre esto se regresará más adelante cuando se trate acerca de la función de creación de derecho convencional adscrito que tiene la Corte IDH.

convencional. Este control de convencionalidad necesariamente ha de ser tenido como un control vinculante, de lo contrario sería imposible que la Corte IDH alcanzase a cumplir con el encargo que la CADH le ha asignado. Ocurre, adicionalmente, que solo será posible el control convencional si antes es posible realizar interpretación convencional. Así, si el control es un control vinculante, la interpretación convencional también ha de ser vinculante.

*En referencia a la competencia consultiva.*

En referencia a la competencia consultiva, también pueden ser dadas dos razones para justificar el carácter vinculante de las interpretaciones convencionales que formule la Corte IDH. La primera es una exigencia de razonabilidad. Cuando la mencionada Corte emite un fallo o resuelve una consulta, lo hace institucionalmente y según un determinado entendimiento jurídico de la disposición convencional interpretada. Esto significa que en uno u otro ámbito, la Corte IDH ha de manifestar una misma interpretación respecto de un precepto convencional. No es razonable esperar que a través de una competencia emita una interpretación que luego no seguirá en el ejercicio de la otra competencia. Por el contrario, una vez definido el alcance de una disposición convencional, lo hace de modo definitivo para ser presentada y/o recordada y exigida en todos los futuros asuntos sustancialmente iguales, sean contenciosos o consultivos, que deba resolver.

Y la segunda razón, muy vinculada a ésta primera, consiste en la exigencia de ordenación del sistema jurídico internacional americano sobre derechos humanos. La Corte IDH está llamada también a cumplir un papel ordenador dentro del sistema. Es en este marco, precisamente, que se ha de entender su función interpretativa en el ejercicio de la competencia consultiva y de la contenciosa. Las interpretaciones que de las disposiciones convencionales pueda formular, han de ser seguidas por la Corte misma, por los demás órganos internacionales como la Comisión IDH, y por las Cortes y Tribunales internos de los Estados respectivos cuando corresponda. Lo contrario sería sencillamente el caos jurídico, sin que se sepa bien a lo que habría que atenerse desde las disposiciones convencionales, dañando no sólo el bien humano seguridad jurídica, sino también la base institucional misma del edificio jurídico interamericano sobre derechos humanos.

Así, no es extraño que la Corte IDH invoque interpretaciones que de las

disposiciones convencionales ha formulado en opiniones consultivas, para resolver asuntos contenciosos. Por ejemplo, tiene dicho la Corte IDH que,

“Si bien es cierto que la libertad personal no está incluida expresamente entre aquellos derechos cuya suspensión no se autoriza en ningún caso, también lo es que esta Corte ha expresado que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el Artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática [y que] aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos Estados impone la Convención (*El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*), Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párrs. 42 y 43)”<sup>(61)</sup>.

Las interpretaciones que de la CADH pueda formular la Corte IDH tienen carácter vinculante, tanto en el ejercicio de la competencia contenciosa como en el de la consultiva. Como comisionada del Legislador internacional, se ha de estar en condiciones de interpretar vinculantemente la disposición convencional. No hay, por tanto, cumplimiento del encargo o comisión, sin previa actividad interpretativa convencional vinculante por parte de la Corte IDH. Corresponde ahora saber si la Corte IDH es o no la única intérprete vinculante de la CADH. La pregunta se puede formular tanto en el ámbito internacional como en el nacional. Ahora corresponde referirse sólo al primero.

– ¿Otros intérpretes internacionales de la CADH?

Así, la pregunta que se ha de intentar resolver ahora es la siguiente: ¿es posible sostener que en el ámbito internacional existe algún otro órgano con la competencia para interpretar vinculantemente las disposiciones de la CADH? Otro órgano internacional previsto por el Legislador internacional para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la CADH, es la Comisión IDH. La Comisión “tiene la función principal de promover la observancia y

---

<sup>(61)</sup> Caso *Loayza Tamayo / Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (*Fondo*), párrafo 50.

la defensa de los derechos humanos” (artículo 41 CADH). Esta promoción la efectuará en el marco de sus funciones y atribuciones, particularmente en la tramitación de las denuncias y quejas de violación de la Convención que se le haya presentado (artículo 44 CADH), y de modo especial cuando se deba decidir acerca de su admisibilidad (artículo 46 y 47 CADH) y del procedimiento previo que se ha de llevar a cabo a fin de decidir si presenta o no el caso ante la Corte IDH (artículos 48 a 51 CADH).

La Comisión IDH tiene la función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos, y la cumple tanto frente a asuntos contenciosos como no contenciosos. Respecto de los primeros, sus competencias no son jurisdiccionales porque no tiene atribuido un papel de decisión sobre la existencia o no de agresión a la norma convencional, sino que adopta más bien un carácter de tramitadora y promotora de una solución amistosa. Mientras que respecto de los segundos, se limita a atender las consultas que le formulen los Estados miembros para presentar recomendaciones a los mismos sobre asuntos relacionados a los derechos humanos<sup>(62)</sup>.

Pues bien, en este esquema operativo, la actuación de la Comisión IDH se desenvuelve según el marco interpretativo que de la CADH haya previamente desarrollado la Corte IDH. Tanto para la tramitación de una denuncia contra un Estado a fin de decidir si la presenta o no ante la Corte IDH, como para la formulación de recomendaciones y absolución de dudas, la Comisión IDH no interpreta la CADH, sino que aplica las interpretaciones que de ella haya efectuado con anterioridad la Corte IDH, en el ejercicio de sus competencias contenciosas o consultivas.

Teóricamente podría pensarse en el supuesto de denuncia contra un Estado por violación de una disposición de la CADH sobre la cual no existe un criterio jurisprudencial ni directo ni indirecto formulado por la Corte IDH que sea aplicable al caso por resolver. En este supuesto, si se reconociese capacidad interpretativa a la Comisión IDH, tal capacidad tendría las dos siguientes características. Primera, la interpretación se realizaría siempre con la finalidad de decidir la remisión o no del caso a la Corte IDH, nunca para resolver la cuestión de fondo planteada; y segunda, sería una interpretación que

---

<sup>(62)</sup> H. FAÚNDEZ LEDESMA, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, reimpresión de la tercera edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica 2009, pp. 141-166.

para la Corte IDH tendría carácter de meramente indicativo. De estas observaciones puede concluirse que la Comisión IDH no interpreta la CADH, y si en algún caso lo hiciera, tal interpretación no llega a ser vinculante.

Siempre en el ámbito internacional, la ausencia de otro órgano de interpretación vinculante de la CADH, hace que un elemento configurador de la posición jurídica de la Corte IDH quede formulado en los siguientes términos: único intérprete vinculante de la CADH<sup>(63)</sup>.

### 9. — *La Corte IDH como creadora de derecho convencional.*

-Tipo de disposiciones convencionales sobre derechos humanos.

Para diferenciar las disposiciones de la CADH en las que se reconoce los derechos humanos, es posible emplear las mismas categorías empleadas para el análisis de las disposiciones y normas constitucionales. Así, es posible reconocer normas convencionales con máximo grado, con relevante grado o sin relevante grado de indeterminación normativa. En las primeras, el legislador convencional se limita a reconocer el derecho humano mencionando el nombre del bien humano que le justifica. A través de estas normas se positiva en la CADH la esencia del derecho humano reconocido, es decir, su contenido esencial. Así, por ejemplo, la norma iusconvencional directamente estatuida desde el artículo 4.1 CADH, por la que se establece que “está ordenado respetar la vida de las personas”, positiva el contenido esencial del derecho humano a la vida.

Mientras que en las segundas y terceras, el legislador convencional decide concreciones de las normas convencionales del primer tipo, es decir, son determinaciones del contenido esencial del derecho humano que se positiva en la Convención. Así, es un ejemplo de norma convencional con relevante grado de indeterminación normativa aquella que concreta el contenido esencial del derecho humano a la libertad de reunión en los términos siguientes: “está ordenado que el ejercicio de la libertad de reunión sólo pueda

---

<sup>(63)</sup> Este elemento es válido al menos en el ámbito internacional. Más adelante se analizará si en los ámbitos nacionales existen órganos que puedan interpretar de modo vinculante la CADH. Según la respuesta a la que se arribe, este elemento configurador quedará o no matizado.

estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás” (artículo 15 CADH). El relevante grado de indeterminación normativa de esta norma se muestra con expresiones como “sociedad democrática”, “seguridad nacional”, “orden público”, entre otras. Mientras que un ejemplo de norma convencional sin grado de indeterminación relevante, es la norma que concreta el contenido esencial del derecho a la vida de la manera siguiente: “está prohibido imponer la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez” (artículo 4.5 CADH).

Los derechos humanos, pues, se positivizan en la CADH a través de fórmulas lingüísticas genéricas que dan lugar tanto a normas con un máximo grado de indeterminación normativa, como a normas con relevante grado de indeterminación normativa. La indeterminación normativa, aunque en grados distintos, debe ser superada para resolver asuntos (controversias o consultas) concretos. La Corte IDH se presenta, así, como un órgano que con la interpretación convencional que realiza en el ejercicio tanto de la competencia contenciosa como de la consultiva, intenta superar el grado de indeterminación normativa de las disposiciones convencionales sobre derechos humanos. Corresponde analizar la naturaleza de las interpretaciones convencionales que en ejercicio de ambas competencias, formula la Corte IDH.

– Creación de derecho convencional en el ejercicio de la competencia contenciosa.

En el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte IDH, la superación de la indeterminación normativa se logrará a través de la concreción de la norma convencional indeterminada que es concluida desde una disposición convencional genérica, y que se muestra eficaz para resolver una controversia concreta. Esta concreción tiene carácter normativo y por ello vinculante, por las siguientes razones. Primera, porque tanto la disposición convencional como la norma directamente estatuida desde tal disposición convencional, son vinculantes; segunda, porque la interpretación convencional se formula a través del ejercicio de una competencia cuyo resultado no solo vincula al Estado respecto del cual se resuelve un caso, sino de todos

los Estados vinculados a la CADH, porque ésta rige y vincula también con las interpretaciones que se adscriben a ella, tal y como será explicado inmediatamente; y tercero, porque está destinada a justificar una decisión que resuelve una controversia de modo vinculante.

La concreción normativa debe tener un grado de determinación tal que permita construir una solución a una concreta controversia. Tal concreción llegará a definir tanto un supuesto de hecho como una consecuencia jurídica con muy reducido o inexistente grado de indeterminación normativa, lo que acontecerá cuando uno y otro están formulados con precisión. De manera que a diferencia de lo que ocurre con el Legislador convencional que normalmente formula disposiciones que dan origen a normas de máximo o relevante grado de indeterminación normativa, la Corte IDH normalmente formulará concreciones con irrelevante o inexistente grado de indeterminación normativa o, si se quiere, con alto o máximo grado de determinación normativa<sup>(64)</sup>.

Este alto grado o máximo grado de determinación normativa es posible porque en la medida que se está ante un asunto contencioso, la concreción se formulará en referencia a un supuesto de hecho. Los elementos fácticos del supuesto de hecho permitirán una concreción tal que le dará operatividad a la disposición convencional, al punto de reducir notablemente o hacer desaparecer el grado de indeterminación normativa. Así, hay que sostener que fruto de la interpretación que de las disposiciones convencionales realiza la Corte IDH como intérprete vinculante de la CADH para resolver una concreta denuncia, formulará normas que tienen el carácter de reglas.

Estas reglas son una concreción directa de la disposición convencional interpretada y por esta razón se adscribe a su ámbito normativo. Se trata de una norma que nace al mundo jurídico necesariamente adscrita a la disposición convencional concretada, por lo que bien puede ser denominada como “norma convencional adscrita” (o “regla convencional adscrita”).

Es un ejemplo de este modo de concreción, el siguiente. El artículo 5.2 CADH es una disposición que concreta el contenido esencial del derecho humano a la integridad personal positivado en el artículo 5.1 CADH, a través de una disposición del máximo grado de indeterminación normativa.

---

<sup>(64)</sup> Por esta razón, podría ser llamada regla la concreción a través de la cual se resuelve la indeterminación normativa de una disposición convencional, que se formula en el marco y con la finalidad de dar solución a una concreta controversia.

El artículo 5.2 CADH, es una disposición de la que es posible concluir la siguiente norma directamente estatuida:

N: Está prohibido someter a alguien a torturas, a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Esta norma tiene, debido a las expresiones “tortura, penas, tratos crueles, inhumanos o degradantes”, un relevante grado de indeterminación normativa que requiere de precisión. Esta precisión ha sido formulada por la Corte IDH, al manifestar que:

“Sin embargo, los otros hechos alegados como la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos, las restricciones al régimen de visitas (*supra*, párr. 46 c., d., e., k. y l.), constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana”<sup>(65)</sup>.

De lo dicho por la Corte IDH es posible concluir la siguiente norma:

N1: Está prohibido la incomunicación durante la detención, la exhibición pública con un traje infamante a través de medios de comunicación, el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como el ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violentos y las restricciones al régimen de visitas.

Esta norma puede ser determinada aún más. La manifestación transcrita de la Corte IDH, ha sido formulada en relación a los hechos considerados probados por la mencionada Corte, y que los ha referido en el párrafo 46. De ellos, interesa los recogidos “*supra*, párr. 46 c., d., e., k. y l’”. Tomemos, por ejemplo, lo referido en el párrafo 46 apartado “d”. Ahí se da por probado que:

“la señora María Elena Loayza Tamayo, junto con otras personas, fue exhibida públicamente a través de medios de comunicación con un traje a rayas como terrorista, aún sin haber sido procesada ni condenada”<sup>(66)</sup>.

De esta manera, es posible formular una norma más concreta (casi con la

---

<sup>(65)</sup> Caso *Loayza Tamayo / Perú*, citada, párrafo 58.

<sup>(66)</sup> Caso *Loayza Tamayo / Perú*, citada, párrafo 46.d.

estructura de una regla), con un supuesto de hecho de irrelevante grado de indeterminación normativa, en los siguientes términos:

N2: Está prohibida la exhibición pública a través de medios de comunicación, de una persona con un traje a rayas como terrorista, aún sin haber sido procesa ni condenada, por constituir una forma de trato cruel, inhumano o degradante en el sentido del artículo 5.2. de la Convención Americana<sup>(67)</sup>.

Ni N1 ni N2 figuran en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición convencional recogida en el artículo 5.2 CADH. Estas normas han sido creadas por la Corte IDH, y surgen al mundo jurídico como concreciones de la mencionada disposición convencional concretada, de modo que existen adscritas a su ámbito normativo. De esta manera, en la normatividad internacional no sólo está vigente N (que es la norma genérica directamente estatuida que se concluye desde el texto abierto del artículo 5.2 CADH), sino que junto a ella está vigente N1 y N2 como normas convencionales adscritas.

– Creación de derecho convencional en el ejercicio de la competencia consultiva

Algo similar es posible de concluir en el ejercicio de la competencia consultiva atribuida a la Corte IDH. Así, cuando éste órgano internacional tenga que resolver una consulta, lo hará en aplicación de la CADH (y de cualquier otra Convención o Tratado sobre derechos humanos que componga el sistema regional americano sobre derechos humanos), de modo que interpretará las disposiciones convencionales para concretarlas y dar una respuesta a la cuestión presentada. Una tal concreción contendrá una precisión al sentido interpretativo de la disposición convencional concernida. El hecho de que

---

<sup>(67)</sup> Podría decirse que esta norma tiene aún un grado de indeterminación que viene provocado por expresiones imprecisas como “exhibición pública” o “traje a rayas”. Es verdad que en la formulación lingüística de la regla no se dice en que ha de consistir una exhibición para ser considerada como “exhibición pública”, ni cómo ni cuantas han de ser las rayas del traje, ni qué tipo de traje a de ser uno para ser considerado “traje a rayas”. Pero el contexto fáctico del caso y el normativo de las disposiciones y normas concernidas, permiten concluir con facilidad, primero, de que se trata de una presentación a la sociedad en general y a través de cualquier medio de comunicación, de una persona como delincuente; y segundo, de que se trata de un traje de presidiario con rayas gruesas horizontales que en el colectivo ciudadano identifica a un reo. Por estas razones, ese nivel de indeterminación es insignificante.

una consulta no vaya vinculada a una concreta controversia y, por tanto, a un plenamente definido supuesto fáctico, no impide que la Corte IDH formule una concreción normativa (incluso muy cercana al tipo regla: norma con un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica sin grado de indeterminación alguno, o con grado de indeterminación irrelevante), tal y como lo hace en el ejercicio de su competencia contenciosa.

Como ejemplo se mencionará el siguiente. El artículo 27 CADH tiene dispuesto que:

“2. La disposición precedente<sup>(68)</sup> no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

De esta disposición es posible concluir razonablemente, entre otras, la norma convencional directamente estatuida siguiente:

N: Está prohibida la suspensión de las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos mencionados en el artículo 27.2 CADH.

En esta norma existe un problema de indeterminación normativa provocado por la expresión “garantías judiciales indispensables” (artículo 27.2 CADH), que es resuelto por la Corte IDH, a la hora que, en ejercicio de su competencia consultiva, manifestó que

“los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática”<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(68)</sup> La disposición precedente establece que “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...)”.

<sup>(69)</sup> 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).

De esta afirmación de la Corte IDH es posible concluir una norma que es concreción del artículo 27.2 CADH. Tal norma es una del tipo de regla porque ha definido completamente el supuesto de hecho, y es posible de formularse en los términos siguientes:

N1: Está prohibida la suspensión de los procedimientos de hábeas corpus y de amparo para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 CADH.

N1 no está recogida en la fórmula lingüística en la que consiste la disposición convencional recogida en el artículo 27 CADH. N1 está vigente sólo a partir de la intervención de la Corte IDH. Ésta la ha formulado como una concreción normativa de la mencionada disposición convencional, por lo que se adscribe a su ámbito normativo. En adelante, el artículo 27 CADH estará vigente según N1.

– Vinculación a las normas convencionales adscritas

La consecuencia necesaria de esta naturaleza adscrita de la concreción es que ella indefectiblemente compartirá tanto la naturaleza jurídica como el nivel normativo de la disposición concretada. Esta norma–regla, por tanto, es de tipo y nivel normativo convencional, será por ello derecho convencional. Esta situación permite sostener que la Corte IDH es, junto con el Legislador internacional, creadora de derecho convencional. La primera, como ya se adelantó, normalmente formula concreciones normativas sin ningún o con irrelevante grado de indeterminación normativa, y excepcionalmente las formula con grado de indeterminación significativo; mientras que con el segundo ocurre precisamente al revés: formula normas con relevante o máximo grado de indeterminación normativa, y escasamente formula normas con irrelevante o nulo grado de indeterminación normativa.

De esta manera, hay que asumir que la fuente de derecho convencional no sólo es el Tratado o la Convención, sino también la jurisprudencia de los órganos internacionales creados para interpretar de modo vinculante la disposición convencional, ya sea a través de la resolución de controversias contenciosas o de respuesta a las consultas formuladas, porque en tal jurisprudencia se recogen las interpretaciones convencionales por las cuales se formulan normas convencionales adscritas a normas convencionales directamente estatuidas que se desprenden de las disposiciones convencionales. De modo que a partir de que se establece tal interpretación, la disposición

convencional existe inexorablemente vinculada a un determinado sentido normativo, y le acompañará en su existencia jurídica, como se pudo comprobar con los ejemplos propuestos anteriormente<sup>(70)</sup>.

Siendo esto así, es posible sostener que cuando una disposición de la CADH pasa a formar parte del ordenamiento jurídico nacional, necesariamente lo hace acompañada de las interpretaciones (las concreciones normativas) que de ella haya formulado la Corte IDH en el ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva. Por esta razón el Estado (más concretamente, todos los tribunales y juzgados nacionales), cumplirá la CADH también cuando respete las normas convencionales adscritas formuladas por la Corte IDH. Estas son verdaderas normas convencionales y por esta razón vinculan a todos los Estados. La vinculación no es sólo para el Estado que provoca la interpretación de la Corte, ya sea porque fue denunciado o porque planteó la consulta, sino que como norma adscrita a una disposición convencional, vinculará a todos los Estados a los que vincula tal disposición convencional. En efecto, las concreciones normativas de la Convención no se formulan en función del concreto Estado denunciado o consultor, y por ello exclusivamente para él; sino que las concreciones normativas se formulan en función de unas determinadas circunstancias que compondrán, precisamente, el supuesto de hecho en el que consistirá la regla normativa establecida desde la disposición convencional, de modo que serán aplicables cada vez que se formulen esas mismas circunstancias independientemente del Estado en el que se produzcan. Consecuentemente, una interpretación de una disposición convencional podrá ser exigida y aplicada a un Estado aunque tal interpretación haya sido establecida en un caso de consulta o denuncia contra un Estado distinto.

– La Corte IDH como creador derivado de derecho convencional

La Corte IDH, como se dijo arriba, es junto con el Legislador internacional el otro productor de derecho convencional<sup>(71)</sup>. Como creadores de derecho convencional, éste tiene carácter originario y aquélla carácter derivado. Las razones que pueden darse para justificarlo son las siguientes.

---

<sup>(70)</sup> Asunto diferente y que será abordado más adelante es si los órganos estatales pueden también crear derecho convencional.

<sup>(71)</sup> La Comisión IDH no tiene carácter creador de derecho convencional porque no puede interpretar vinculantemente a la CADH.

Primera, porque la existencia de la Corte IDH, así como su finalidad y los medios dispuestos para conseguirla, ha dependido de la decisión del Legislador internacional. Y segunda, porque – como se justificó ya –, el derecho convencional que crea tiene la naturaleza de concreción normativa, lo que presupone la existencia de la disposición y consecuente norma convencional a concretar; y ésta es la formulada por el Legislador internacional.

Este carácter derivado necesariamente exige que la actividad de concreción normativa se realice en el marco de lo razonablemente permitido por la decisión del Legislador convencional. Ésta normalmente, como se dijo ya, se recoge en disposiciones lingüísticamente ambiguas y normativamente indeterminadas, que dibujan un margen de lo jurídicamente posible por estar permitido. Las concreciones normativas no han de desnaturalizar las disposiciones y normas convencionales concretadas. La labor de la Corte IDH está limitada por la CADH en particular, y en general, toda decisión tomada por el Legislador internacional americano y recogida en los textos normativos internacionales que conforman el sistema interamericano de derechos humanos. La CADH es un límite externo al ejercicio de concreción normativa que lleva a cabo la Corte IDH. Como tal límite externo, viene justificado por el hecho cierto de que la Corte mencionada puede extralimitarse en el ejercicio de su función de concreción normativa. Si no fuese cierta esta posibilidad, no habría sido necesario limitarla. Incluso, aún si fuese el caso que la Corte IDH no se ha extralimitado hasta ahora en el ejercicio de la función, no quedaría negado su carácter “extralimitable” ni la necesidad de un límite.

Si las disposiciones convencionales positivadas el contenido esencial de un derecho humano recogiendo el nombre del bien humano que lo justifica, entonces, la norma convencional adscrita no ha de desnaturalizar tal contenido esencial, sino que ha de reconocer una posición jurídica concordante con aquél. Un elemento es decisivo para hablar de desnaturalización: la negación del bien humano que anima a todo derecho humano positivado en la disposición convencional. De manera que habrá extralimitación cuando la Corte IDH formule como una norma convencional adscrita una norma–regla contraria al contenido esencial del derecho humano positivado. Si éste fuese el caso, la norma convencional adscrita sería una norma convencional sólo desde un punto de vista formal, y a la vez tendría el carácter de inconvencional desde una perspectiva material. En efecto, sería convencional porque

vendría adscrita a una disposición y norma convencional y, por ello, pertenecería al ámbito normativo convencional; pero a la vez sería inconvencional porque estaría contraviniendo a la disposición y norma convencional a la hora que contraviene el contenido esencial de un derecho humano positivado en la Convención misma<sup>(72)</sup>. Una norma convencional inconvencional, no es jurídicamente válida porque siendo una fuente secundaria se ha desajustado de la fuente jurídica originaria.

Por lo que se lleva dicho, es posible sostener que otro elemento que conforma la posición jurídica de la Corte IDH es el siguiente: órgano derivado de creación de derecho convencional, que ha de sujetar su actuación formal y material a lo estipulado en la CADH para mantener su validez jurídica.

#### 10. — *La Corte IDH como controladora de convencionalidad. El juicio de convencionalidad.*

Pero la atribución por la cual se faculta a la Corte IDH para interpretar a la CADH y con ello, crear derecho convencional, no es el único medio que se le reconoce para lograr el cumplimiento del encargo o comisión que le ha formulado el Legislador internacional americano. Existe otro medio de al menos igual trascendencia que la interpretación vinculante y la concreción normativa, y cuyo empleo supone dar un paso más, el definitivo, en el cumplimiento de la comisión encargada. Ese otro medio consiste en la capacidad de controlar la validez jurídica de una determinada actuación estatal según se ajuste o no al derecho convencional vigente. Este segundo medio se recoge en el artículo 63.1 CADH, al mandarse que

“cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”.

Esta prescripción convencional tiene las siguientes dos partes. La primera parte consiste en el reconocimiento a favor de la Corte IDH de la capacidad de decidir si en un caso concreto ha habido o no violación de un

---

<sup>(72)</sup> Es posible trasladar al ámbito convencional lo que Bachof denominó para el ámbito nacional como “normas constitucionales inconstitucionales”. Cfr. O. BACHOF, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, cit., particularmente pp. 65-70.

derecho o libertad protegidos por la Convención. Esta atribución implica un juicio comparativo: el primer elemento de la comparación viene conformado por la norma que la Corte IDH ha concluido desde la disposición convencional concernida; mientras que la actuación (positiva o negativa) de un órgano público estatal (Legislador, Judicial o Ejecutivo) conforma el otro elemento de la comparación. El juicio comparativo consistirá en dar razones para justificar si la actuación estatal se ajusta o no a la norma convencional, particularmente, consistirá en determinar si la concreta actuación estatal ha cumplido o no los elementos del supuesto de hecho de la regla en que consiste la norma convencional adscrita creado por la Corte IDH. Alude, pues, esta primera parte, a las razones que conforman la sentencia (parte justificativa) que emite la Corte IDH en los asuntos contenciosos. Esta es la esencia del control de convencionalidad atribuido a este órgano internacional, a través del cual vigila la vigencia plena de la CADH, por medio del control del sometimiento efectivo de la actividad estatal a los mandatos convencionales.

En esta primera parte es posible formular la siguiente cuestión relevante. La justicia en el resultado comparativo dependerá de la corrección de las razones que sustentan la norma convencional adscrita con base en la cual la Corte IDH decidirá si ha habido o no cumplimiento de la Convención por parte del Estado denunciado. Si las razones son incorrectas, la norma convencional adscrita será inconventional, es decir, contraria a una norma convencional directamente estatuida que reconoce una exigencia de justicia (un derecho humano) y por lo que será tenida como injusta. A partir de aquí, es altamente probable que el juicio de convencionalidad concluya con una decisión también injusta.

En efecto, la formulación injusta de la norma convencional adscrita significará necesariamente que ella se formule en contra del contenido esencial del derecho humano positivado en la disposición convencional concretada, es decir, significará que ella niega una exigencia de justicia que se formula desde la Persona como derecho humano. Si éste llega a ser el caso, la norma formulada será formalmente convencional y materialmente inconventional, según se justificó antes. Una norma adscrita convencional inconventional, hace que la conclusión a la que se arribe en aplicación del juicio comparativo en el que consiste el control de convencionalidad, sea materialmente injusta, porque necesariamente declarará que una actuación estatal contraviene (materialmente)

la Convención cuando realmente no lo hace, o que no contraviene (materialmente) la Convención cuando realmente sí lo hace. En uno y otro caso, la decisión a la que se arribe será contraria a la exigencia de justicia, porque contraria a ella habrá sido la norma empleada como parámetro del control. Por tanto, no toda contravención de una norma convencional adscrita formulada por la Corte IDH supondrá la vulneración de la CADH, sólo habrá vulneración cuando la concreción normativa empleada como parámetro del control, sea convencional tanto desde un punto de vista formal como material.

11. — *Las consecuencias de declarar inconvencional una actuación estatal.*

La segunda parte del artículo 63.1 CADH dispone las consecuencias jurídicas de decidir la Corte IDH que determinada actuación estatal no se ha ajustado a la Convención. Cuando este es el caso, la CADH prescribe a la Corte IDH el *deber de disponer se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados*. La formulación de este deber tiene los dos componentes siguientes. El primero es la invalidez jurídica —expresa o tácita— de la actuación estatal declarada contraria a la Convención; y el segundo es la expresa mención de aquellas acciones que deberá cumplir el Estado a fin de hacer desaparecer la agresión al derecho humano y con ella la transgresión de la Convención, y asegurar al lesionado el pleno goce de su derecho vulnerado. Alude, pues, esta segunda parte a la decisión de la sentencia (parte resolutive).

Bien vistas las cosas, la parte resolutive de la sentencia se sostiene sobre unos fundamentos jurídicos. La parte medular de tales fundamentos viene constituida por las interpretaciones que de la CADH realiza la Corte IDH. Tales interpretaciones, como se ha justificado arriba, son concreciones normativas de las normas convencionales directamente estatuidas, por lo que pueden ser tenidas como normas convencionales adscritas. Estos fundamentos, pues, tienen naturaleza normativa. Esta misma naturaleza normativa es posible de concluir de la parte resolutive de una sentencia de la Corte IDH. La justificación es que con el fallo se crea, anula o consolida relaciones jurídicas entre el Estado denunciado y sus nacionales denunciantes, por lo que llega a crear una norma jurídica particular válida solamente para el caso y con efectos solo para las partes que intervinieron en el mismo. Formará

parte de esta norma particular las medidas que, de ser el caso, la Corte IDH ha dispuesto adopte el Estado perdedor para cumplir con el fallo.

Estas dos realidades normativas que crea la Corte IDH (tanto las normas convencionales adscritas como el contenido de la decisión), pueden ser examinadas desde las exigencias de justicia (los derechos humanos) recogidas en la CADH misma, es decir, pueden ser examinadas desde la convencionalidad material. Así, tanto la norma adscrita como la norma particular final pueden ser tenidas como materialmente convencionales o inconvencionales según se ajusten o no a las exigencias de justicia convencionalizadas. Normalmente ocurrirá que la norma particular final será contraria al contenido material de la CADH, cuando las normas convencionales adscritas que la sostienen sean también materialmente inconvencionales.

Particularmente delicado es el caso en el que la Corte IDH con base en normas formalmente convencionales y materialmente inconvencionales ha formulado una decisión también materialmente inconvencional. En este supuesto habrá ocurrido que no obstante no haber contravenido la CADH, se ha anulado una actuación estatal perfectamente válida desde cánones materiales de convencionalidad; y se le habrá obligado a realizar acciones que, en la medida que no se ajustan a una exigencia de justicia recogida en la CADH, no favorecerán – no al menos plenamente que es la exigencia que brota de la dignidad humana – a la Persona, negando así la finalidad esencial de la Convención.

En este contexto, es posible formular la pregunta siguiente: ¿qué puede hacer un Estado frente a una decisión condenatoria que se formula con base en una norma adscrita que materialmente contraviene la CADH? Si nos encontramos ante una decisión injusta por materialmente ser contraria a la Convención, e injusta también las obligaciones que a partir de esa decisión formule la Corte IDH, dos serían los escenarios posibles para el Estado denunciado y condenado. El primero es el caso en el que tal decisión fuese manifiesta e insoportablemente injusta, por ser incontrovertiblemente negadora de una exigencia de justicia, al ser contraria sin duda alguna, al contenido esencial de un derecho humano<sup>(73)</sup>. Cuando este es el caso, una

---

<sup>(73)</sup> Un estudio de la famosa fórmula de Radbruch actualizada por Alexy, en R. L. VIGO, *La injusticia extrema no es Derecho*, Buenos Aires, 2004.

tal decisión ha de ser tenida como inválida jurídicamente, por lo que frente a ella el Estado podrá válidamente negarse a cumplir con la decisión y demás consecuentes obligaciones que hubiese impuesto la Corte IDH en su fallo. Si así decidiese el Estado, no podría ser sujeto de reproche moral ni jurídico, no al menos válidamente. La consecuencia necesaria sería que tal Estado no podría ser sancionado con el apartamiento del sistema regional de protección de los derechos humanos.

El segundo escenario se presenta cuando una tal decisión adoptada por la Corte IDH, fuese no manifiestamente injusta. Es este el caso cuando es posible dar razones a favor de la justicia y a favor de la injusticia de la decisión de la Corte IDH. En este supuesto, aun habiendo el riesgo de injusticia en la decisión, el Estado condenado no puede negarse válidamente al cumplimiento del fallo, no al menos, si tiene la intención de seguir formando parte del concierto internacional regional de protección de los derechos humanos.

Finalmente es posible preguntarse si el control de convencionalidad y sus referidas consecuencias pueden ser predicables de la Comisión IDH. La respuesta puede ser formulada de la manera siguiente: la Comisión IDH no tiene atribuido el control de la convencionalidad de la actuación estatal porque, como ya se justificó anteriormente, no tiene competencia para decidir de modo vinculante ni acerca de la interpretación de la Convención, ni acerca de su cumplimiento o no por parte del Estado, pues en este tipo de asuntos su labor se circunscribe a tramitar la admisibilidad para resolver si el caso cumple una serie de exigencias para que sea examinado y resuelto por la Corte IDH; y a propiciar una solución amistosa entre la víctima de la violación del derecho y el Estado violador.

Por lo que se ha manifestado hasta aquí, un elemento más que configura la posición jurídica de la Corte IDH es el siguiente: es un órgano de control de la convencionalidad de las actuaciones estatales, a través del cual determina si una conducta estatal se ha ajustado o no a las disposiciones y normas convencionales a fin de decidir su validez jurídica, y a fin de decidir las medidas estatales que se han de ejecutar para hacer cesar o desaparecer la agresión del derecho humano.

## 12. — *Implicancias de las posiciones jurídicas de la Corte IDH y del TC.*

Una vez analizadas las posiciones jurídicas que el TC tiene en el sistema constitucional de protección de los derechos fundamentales, y la Corte IDH presenta en el sistema de protección regional americano de los derechos humanos, corresponde preguntarse por la relación entre una y otra. Determinar correctamente esta relación permitirá dar respuesta correcta a una serie de cuestiones especialmente relevantes en la dogmática iusfundamental contemporánea.

-Formulación de la relación. De modo general es posible expresar la relación entre la Corte IDH y el TC, a través de un elemento en común y a través de un elemento diferenciador. El elemento en común es de carácter material y prescribe que ambos son instrumentos al servicio de la realización de las exigencias de justicia positivadas tanto en el documento internacional como en el nacional. Ambos tribunales existen para asegurar la plena vigencia de la CADH o de la Constitución y, consecuentemente, su actuación será legítima en la medida que aseguren en la mayor medida de lo posible, el pleno ejercicio de los derechos humanos que son las exigencias de justicia positivadas.

El elemento diferenciador, por su parte, es de carácter formal. Afirma este elemento que si bien es cierto es posible entablar relaciones entre el orden jurídico internacional y el nacional sobre derechos humanos, no dejan de ser ámbitos jurídicos diferentes. Ambos tribunales actúan, pues, en ámbitos normativos diferentes, la Corte IDH actuará en el ámbito internacional, y el TC en el ámbito nacional.

-El elemento material de la relación. El elemento material en común permite la siguiente consecuencia: la actuación de la Corte IDH y la actuación del TC, han de caracterizarse por una misma voluntad institucional de promoción de la Persona a través del aseguramiento de sus derechos humanos que se consigue controlando la plena vigencia de la Convención y de la Constitución, respectivamente. Si se trata de la positivización (a nivel internacional o a nivel nacional) de unas mismas exigencias de justicia en torno a la Persona, y si se parte de la existencia de la misma voluntad institucional referida, entonces, lo que se espera es que ambos tribunales coincidan en dos momentos. Primero, en la determinación del contenido esencial de los

derechos humanos (a través de unas mismas concreciones convencionales o constitucionales, es decir, a través de la formulación de normas convencionales y constitucionales adscritas esencialmente iguales); y segundo, en la solución de las distintas controversias iusfundamentales que sobre la vigencia de los mismos pueda presentarse en las circunstancias concretas.

Esta coincidencia en ambos momentos será posible en la medida que tanto la Corte como el Tribunal apelen a unos mismos bienes humanos justificativos de los derechos humanos recogidos en la norma internacional y en la constitucional, y desde ahí intenten siempre favorecer en la mayor medida de lo posible la plena realización de la Persona. Una misma dogmática iusfundamental será posible construir y aplicar en torno a la Persona y sus exigencias de justicia (los derechos humanos) desde la Corte IDH y desde el TC nacional. Con base en esta dogmática y normatividad será posible construir unas mismas o coincidentes decisiones justas.

Desde este elemento material es posible esperar y exigir concreciones normativas y fallos sustancialmente iguales a casos también sustancialmente iguales. Si esto no ocurriese, significará que uno de los dos tribunales no está actuando conforme a la finalidad para la que ha sido creado<sup>(74)</sup>. Será este el caso cuando desde la Corte IDH se ha formulado una interpretación convencional y una respuesta diferente o contraria a la interpretación constitucional y respuesta que haya formulado el TC sobre el mismo caso.

-El elemento formal de la decisión. El manifestado elemento formal de la relación permite concluir que no es posible establecer una relación jerárquica entre uno y otro órgano: ni la Corte IDH es jerárquicamente superior que el TC, ni el TC está por encima de la Corte IDH. Consecuentemente, ni la jurisprudencia de la Corte IDH se superpone a la del TC ni viceversa. El internacional y el nacional conforman dos ámbitos jurídicos diferentes, y aunque están relacionados, las relaciones no alcanzan para asumir a la Corte IDH y a su jurisprudencia, como jerárquicamente superior del TC y su jurisprudencia. Las posiciones jurídicas de una y otro, justificadas en los apartados anteriores, no permiten sostener una relación jerárquica entre ambos.

La inexistencia de una relación jerárquica exige que cuando se acuda al

---

<sup>(74)</sup> Bien excepcional aunque desde luego no imposible, será el supuesto en el que ambas respuestas a un mismo caso, tanto de la Corte IDH como del TC, sean a la vez injustas.

ámbito internacional de protección de los derechos humanos, no se haga a través de un recurso que se interpone contra lo decidido por el TC. Por eso, hay corrección cuando lo concebido es que, primero, se accede ante la Corte IDH (previo filtro de la Comisión IDH) vía una denuncia que hace las veces de una demanda en el derecho interno; y segundo, que el denunciado (demandado) no sea el TC, sino el Estado mismo. Asimismo, la inexistencia de una relación jerárquica obliga a asumir que el TC (y con él todas las cortes nacionales), han de seguir una norma convencional adscrita y una norma particular convencional (el fallo de la sentencia), no porque hayan sido emitidas por un órgano superior, sino porque se reconoce que ambas normas son manifestación de las exigencias de justicia que representan los derechos humanos. Consecuentemente, si no son justas no vincularán. Y, en fin, la inexistencia de tal relación jerárquica obliga a la Corte IDH a aceptar como convencionalmente válida, una actuación estatal sobre la base de una sentencia del TC que es contraria a la jurisprudencia de la Corte IDH, cuando es posible sostener que la inaplicación de la jurisprudencia de la Corte ha permitido y favorecido una más y mejor protección de la Persona y sus derechos humanos.

Este elemento formal de la relación, permite plantear la pregunta de si la Corte IDH puede realizar un juicio de constitucionalidad, y si el TC puede realizar un juicio de convencionalidad. A continuación se intentará resolver ambas cuestiones.

13. — *¿Puede la Corte IDH interpretar la Constitución nacional y realizar un juicio de constitucionalidad?*

La primera cuestión significa preguntarse por la posibilidad de que la Corte IDH pueda formular interpretaciones vinculantes de la Constitución nacional a fin de realizar un juicio de constitucionalidad. Esta cuestión se responde recordando que la Corte IDH es comisionada del Legislador internacional americano y, como tal, se le ha encargado velar por la vigencia efectiva de la CADH (y con ella, la de todos los instrumentos regionales sobre derechos humanos), y no es comisionada de las Constituciones nacionales ni, consecuentemente, vela por su efectivo cumplimiento. Esto significa que

a la hora de llevar a cabo la comisión encargada, lo que le corresponderá es determinar lo mandado desde la CADH y no desde las constituciones nacionales, para a partir de allí decidir si una determinada actuación estatal se ha ajustado o no al derecho convencional vigente. Por esta razón, la Corte IDH no interpretará vinculantemente la Constitución nacional y, por tanto, no podrá realizar un juicio y consiguiente control de constitucionalidad.

Dicho esto, inmediatamente hay que afirmar que lo que define la relación entre el sistema internacional de los derechos humanos y el nacional de los derechos fundamentales, no es la superioridad jerárquica de uno sobre otro, sino el hecho de que uno y otro persiguen la consecución de una misma finalidad: la realización plena de la Persona. La consecuencia necesaria es doble. En primer lugar, obliga a la Corte IDH a tener por válida la interpretación que con base en un derecho fundamental ha formulado el TC, en la medida que desde ella, y no desde la disposición convencional que regula tal mismo derecho, es posible justificar una decisión que favorece más y mejor la realización plena de la Persona<sup>(75)</sup>. Y en segundo lugar, obliga a no condenar (menos aún a sancionar) a un Estado cuyo TC se ha desmarcado de una norma convencional (ya la haya previsto el mismo Legislador internacional, ya la haya formulado la Corte IDH), por encontrar que ella ofrecía una menor protección a la Persona que la ofrecida por sus normas constitucionales internas.

Esto presupone romper clara y definitivamente con aquél criterio que asume que en el nivel internacional siempre y en todo supuesto será posible encontrar una mejor protección a la Persona que desde el derecho nacional; y, por tanto, con aquel criterio que asume que hay que seguir siempre y en todo caso la jurisprudencia de la Corte IDH, por presuponer que ella siempre brindará una mayor protección que la brindada por la jurisprudencia nacional<sup>(76)</sup>. No se ha de aceptar que los Tribunales nacionales en general y

---

<sup>(75)</sup> Por otro lado, esto encuentra plena legitimidad a partir del artículo 29.b de la CADH.

<sup>(76)</sup> Así lo ha asumido, por ejemplo, el TC peruano, el cual en un caso acerca del derecho fundamental a la jornada laboral máxima, ha manifestado que “e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). EXP. N.º 4635–2004–AA/TC, fundamento 29.

los Tribunales constitucionales en particular, se conviertan en la boca muerta que repite las interpretaciones (normas) que formula la Corte IDH, sin reconocerles a éstos la capacidad de saber construir soluciones debidas y justas de promoción de la Persona desde su propio derecho interno<sup>(77)</sup>.

Aún en los casos en los que sea posible encontrar una mejor y más protección de la Persona y sus derechos humanos desde la Constitución que desde la CADH, la Corte IDH no interpretará a la Constitución nacional concernida, sino que se limitará a analizar las razones dadas para concluir objetivamente si efectivamente o no desde la interpretación de la Constitución presentada por el TC, es posible una mejor protección de la Persona que desde la interpretación que se formule a partir de la Convención<sup>(78)</sup>.

La reafirmación de que la Corte IDH no interpreta la Constitución nacional y, consecuentemente, no puede realizar control de constitucionalidad, permite consolidar la ya justificada afirmación de que el TC tiene como elemento configurador de su posición jurídica, la calidad de supremo intérprete y controlador de la Constitución. Por encima de este Tribunal no existe ningún otro órgano que interprete de modo vinculante a la Constitución nacional respectiva, ni existe órgano alguno que por encima de él realice control de constitucionalidad; si existiese, tal órgano, y no el TC, tendría la condición de intérprete y controlador supremo.

---

<sup>(77)</sup> Así, si fuese el caso que una norma convencional N1, adscrita o no, ha ingresado al orden constitucional interno, y de la Constitución es posible concluir una norma constitucional N2, adscrita o no, y N2 favorece más y mejor a la plena realización de la Persona que N1, entonces el TC (y en general todos los operadores jurídicos), han de resolver las cuestiones que se les presente según N2 y no según N1 aunque ésta provenga de la Corte IDH.

<sup>(78)</sup> Teóricamente, habría una sola situación en la que podría darse una excepción a esta regla. Sería una situación de solicitada protección de un derecho fundamental, rechazada por el TC sobre la base de N1, norma ésta que se formula desde las disposiciones constitucionales a la luz de la CADH y de la jurisprudencia de la Corte IDH; siendo posible formular N2 desde las mismas disposiciones constitucionales pero sin tomar en cuenta la CADH y sus normas convencionales adscritas, sobre cuya base es posible otorgar la protección constitucional solicitada. Adicionalmente, sería una tal situación si el caso llegase a la Corte IDH, y ésta en aplicación del artículo 29.b CADH, decidiese interpretar las disposiciones constitucionales según N2 para dar protección al derecho fundamental agredido. No deja de ser, de todos modos, un supuesto de difícil configuración práctica real.

14. — *¿Puede el TC interpretar la CADH y realizar control convencional?*

Corresponde adentrarnos a la segunda de las cuestiones planteadas desde el elemento formal de la relación entre TC y Corte IDH. La actividad interpretativa jurídica (judicial o no) que puedan desplegar los órganos estatales, como el TC, se desenvuelve siempre dentro de un contexto que tiene al menos los dos siguientes elementos. Uno es que exista una controversia iusfundamental nacional; y el otro es que la solución de la misma provenga de la aplicación del derecho nacional. La interpretación jurídica que lleven a cabo los órganos estatales, se realizará sólo desde el derecho interno para resolver cuestiones internas. Los órganos nacionales, como el TC, ni resolverán controversias iusfundamentales internacionales (que atañen a otros Estados), ni emplearán el derecho internacional no internalizado para resolverlas. De esta manera, si alguna posibilidad existe de que algún órgano estatal, como el TC, interprete disposiciones convencionales de modo vinculante, será sólo si tales disposiciones llegan a formar parte del derecho interno.

La CADH (y con ella toda Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos), nace a la vida jurídica una vez que determinado número de Estados decide vincularse a ella a través de la suscripción respectiva. Una exigencia básica de razonabilidad dispone que si un Estado se vincula internacionalmente a determinado contenido normativo, éste ha de ser introducido en la normatividad nacional a fin de otorgar legitimidad a las actuaciones estatales en orden al cumplimiento de la obligación internacional. Así, queda justificada la exigencia de que la Convención o Tratado internacional sobre derechos humanos sea recibido por el derecho interno nacional correspondiente. En este punto se plantea la cuestión de en qué nivel normativo interno se ha de colocar la referida convención o tratado. Los sistemas jurídicos nacionales se organizan en niveles normativos, normalmente el constitucional, el legal y el reglamentario. Como lo tengo justificado en otro lado<sup>(79)</sup>, el lugar que la CADH (y con ella todas las normas internacionales sobre derechos humanos) está llamada a ocupar cuando ingresa a un sistema

---

<sup>(79)</sup> *La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre Derechos Humanos*, en *Estudios Constitucionales*, Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, año 10, número 2 – 2012, pp. 249-252.

jurídico nacional solo puede ser uno: el constitucional<sup>(80)</sup>. Lo que el TC tiene ante sí no es la CADH, sino la Constitución, pero una Constitución a la que se le ha agregado los contenidos normativos de la CADH. Por lo que una Convención o Tratado sobre derechos humanos que ingresa al sistema jurídico constitucional de un Estado, ya no es derecho convencional sino que será derecho constitucional vigente.

Esto mismo es posible formularlo respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ahora no interesa referir a los fallos de las sentencias de la Corte IDH (a las normas convencionales particulares), sino a las interpretaciones de la Convención que en la sentencia formula la Corte IDH. Como fue justificado, las interpretaciones o concreciones convencionales son normas que se adscriben a las normas convencionales directamente estatuidas, son, pues, normas convencionales adscritas. Cuando la CADH ingresa al nivel constitucional de un sistema jurídico nacional, lo hace no solamente con las normas directamente estatuidas, sino también con las normas a ellas adscritas, es decir, con las interpretaciones que de la CADH ha presentado la Corte IDH. Cuando se produce este ingreso, el TC (y todos los tribunales nacionales) tienen ante sí la Constitución a la que se le ha agregado contenidos normativos convencionales, ya sea directamente estatuidos, ya sea adscritos).

El TC empleará siempre normas constitucionales a la hora de resolver las cuestiones iusfundamentales que se le presenten. Esto exige reconocer que el TC no aplica la CADH; o si se quiere, aplicará la CADH solamente si ha sido constitucionalizada, y la CADH constitucionalizada es derecho constitucional<sup>(81)</sup>. Si los juicios de validez jurídica no los formulará con base

---

<sup>(80)</sup> Aquí es oportuno recordar una sola razón: lo que positiva una Constitución es el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados; y el contenido constitucional equivale al contenido esencial de los derechos fundamentales. De modo que el nivel constitucional está destinado a positivizar el contenido esencial (o constitucional) de los derechos humanos (o fundamentales). La CADH (y con ella toda norma internacional sobre derechos humanos), positiva el contenido esencial de los derechos humanos. Si ese es su contenido, cuando ingresa al sistema jurídico nacional está destinado a ocupar el nivel constitucional.

<sup>(81)</sup> Más aún, solo podrán ser tenidas como normas constitucionales convencionales aquellas que no son posibles de concluir como normas directamente estatuidas o adscritas, desde las disposiciones convencionales. Esto reduce grandemente la existencia de normas constitucionales convencionales.

en la CADH sino con base en la Constitución, entonces, el TC no interpreta la CADH.

Las distintas disposiciones que conforman la Convención o Tratado, dejan de ser disposiciones convencionales para pasar a ser disposiciones constitucionales. Se trata de disposiciones convencionales vinculantes para un Estado que han sido constitucionalizadas y, con ello, han pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno. Estas disposiciones bien pueden ser llamadas disposiciones constitucionales de origen convencional, o simplemente disposiciones constitucionales convencionales. El nivel normativo constitucional de un sistema jurídico, también está conformado por las disposiciones que recogen las decisiones del Poder constituyente. Estas disposiciones son constitucionales desde su origen mismo, a diferencia de las anteriores que tuvieron origen convencional. Por esta razón, ellas bien pueden denominarse como disposiciones constitucionales originarias. Así, las disposiciones constitucionales pueden ser de dos tipos: unas serán disposiciones constitucionales convencionales, el otro serán disposiciones constitucionales originarias<sup>(82)</sup>.

En este marco justificativo se inserta la afirmación que aquí se sostiene: en estricto, el TC no realiza *interpretación convencional*, lo que podrá realizar y realiza siempre será *interpretación constitucional*. Aún en el estrecho margen que conforman las disposiciones convencionales no interpretadas por la Corte IDH<sup>(83)</sup>, que serían las únicas que necesitarían de interpretación, el TC no realiza respecto de ellas interpretación convencional, sino interpretación constitucional.

Aún más. Bien vistas las cosas, el TC (y con él todos los operadores

---

<sup>(82)</sup> Estas mismas denominaciones se emplearán para cuando haya que hacer referencia a los significados normativos que de manera vinculante se formulan de las disposiciones constitucionales en los dos tipos de disposiciones mencionadas anteriormente. Así, habrá que reconocer a las normas constitucionales convencionales, que son las normas convencionales (directamente estatuidas o adscritas creadas por la Corte IDH a la hora de interpretar la disposición convencional); y habrá también que reconocer a las normas constitucionales originarias, que son los significados normativos formulados por los órganos que interpretan vinculantemente a la Constitución, como es el TC.

<sup>(83)</sup> Incluso, las normas convencionales adscritas que llegan a formar parte de la Constitución, son interpretaciones ya hechas por la Corte IDH, de modo que el TC no la llega a formular sino que se limitará a aplicar una interpretación ya formulada de la CADH.

jurídicos nacionales), no podrá construir las decisiones a las controversias iusfundamentales, sólo con base en disposiciones y consecuentes normas constitucionales convencionales. La razón es que estas disposiciones estarán vigentes conjuntamente con las disposiciones y consecuentes normas constitucionales originarias, y en la medida que unas y otras regulan una misma realidad, todas ellas se implican y es necesario considerarlas también conjuntamente a fin de formular la norma–regla con base la cual el TC resolverá una controversia concreta.

De esta manera, la solución a la controversia iusfundamental que deba resolver el TC, se construye desde el material normativo constitucional exclusivamente, para lo que aquí interesa destacar: disposiciones constitucionales convencionales, decididas por el Legislador internacional; normas constitucionales convencionales, decididas por el órgano de interpretación vinculante del derecho internacional (como la Corte IDH); las disposiciones constitucionales originarias, decididas por el Constituyente; y las normas constitucionales originarias, decididas por el órgano de interpretación constitucional (como el TC). Ningún elemento de este material, como puede apreciarse, tiene mayor nivel normativo que otro, todos tienen un mismo nivel jerárquico: el constitucional. Por esta razón, la solución de las controversias, en ningún caso, podrá apoyarse en el criterio formal según el cual unas disposiciones y consecuentes normas prevalecen sobre las demás. Por el contrario, y en caso de incompatibilidad normativa, la decisión se ha de construir según el criterio material de cuál disposición y consecuente norma permite construir una decisión que proteja más y mejor a la Persona.

Si el TC, en estricto, no realiza interpretación convencional (y con él, ningún operador jurídico nacional), entonces no podrá llevar a cabo las dos siguientes actuaciones para las cuales precisamente la interpretación convencional es un requisito imprescindible. Una de ellas es la creación de derecho convencional: sólo a través de la concreción convencional que supone la interpretación convencional, será posible crear normas convencionales adscritas, tal y como se justificó anteriormente respecto de la Corte IDH. Consecuentemente, el TC no es creador de derecho convencional adscrito (obviamente, tampoco a título de Legislador internacional). Y la otra imposibilitada actuación es el control de convencionalidad, pues sin interpretación convencional previa no se podrá establecer si una determinada

conducta ha trasgredido o no un mandato convencional contenido en una disposición convencional, de modo que, sin interpretación convencional no se podrá realizar el juicio de convencionalidad que lleva ínsito todo control de convencionalidad. Consecuentemente, el TC no es controlador de la convencionalidad.

Estas respuestas a las cuestiones formuladas, permite confirmar, a su vez, uno de los elementos que conforman la posición jurídica de la Corte IDH: único intérprete vinculante de la CADH y, con ella, de todos los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos. Sólo el comisionado del Legislador internacional podrá realizar interpretación y control de convencionalidad, que para el sistema americano es solamente la Corte IDH, más no ningún órgano nacional; y sólo el comisionado del Poder constituyente podrá realizar control de constitucionalidad, cargo normalmente atribuido al TC cuando no también los jueces del Poder judicial.

15. — *A modo de conclusión: No es un mero juego de palabras.*

Se podría criticar este modo de ver las cosas diciendo que estamos sólo ante una irrelevante cuestión formal a la hora de denominar la actividad interpretativa del TC que recae sobre disposiciones convencionales, pues, ya se le llame como interpretación convencional o ya se le llame interpretación constitucional, lo cierto e incontestable, es que el TC está formulando de modo vinculante un significado normativo a partir de una disposición que es convencional porque proviene de la CADH. Esto sería lo único decisivo: determinar si los contenidos normativos previstos en la CADH (y en todas las convenciones sobre derechos humanos en general), pueden ser o no desentrañados y aplicados por el TC (y en general, por todos los operadores jurídicos). Todo no sería más que un juego de palabras que se resolvería con base en arbitrariedad terminológica, pues no existiría ninguna razón fuerte para decantarse por una u otra expresión.

A esto hay que responder diciendo que, en efecto, independientemente de cómo se le denomine, lo relevante es constatar que los contenidos normativos convencionales (provengan del Legislador convencional o de la Corte IDH), son tomados en consideración de modo obligatorio, primero,

para conducir las actuaciones públicas y privadas en el seno de un Estado; y, segundo, para evaluar la validez jurídica de tales actuaciones. Siendo esto relevante, lo es también la justificación que se presente para legitimar una y otra posibilidad.

Unas tales justificaciones pasan necesariamente por considerar las reales posiciones jurídicas tanto de la Corte IDH como del TC, y las consecuencias que de allí se desprendan para el orden jurídico internacional y para el interno. Unas y otras han sido objeto de análisis en las páginas anteriores. En este marco, exigido está que todo intérprete vinculante de la CADH pueda crear normas convencionales adscritas que conformen el sistema jurídico convencional. Un órgano que real y no sólo aparentemente, interpreta la CADH, crea de modo efectivo derecho convencional (normas convencionales adscritas). Así, la Corte IDH como intérprete de las disposiciones convencionales, crea derecho convencional adscrito. Este derecho convencional adscrito pasa a conformar parte de los contenidos normativos convencionales y serán vinculantes y exigibles a todos los destinatarios de la CADH. Por lo pronto, y sin que quepa duda alguna, son vinculantes para la Comisión IDH, para la Corte IDH misma, y para todos los Estados partes, incluidos sus tribunales y juzgados nacionales.

Así, si se admitiese que el TC de un Estado puede interpretar la CADH, tendría que admitirse necesariamente que sus interpretaciones conforman el derecho convencional vigente, es decir, que estaría en condiciones de crear normas convencionales adscritas, las mismas que vincularían a la Corte IDH, a la Comisión IDH y a los (órganos estatales y particulares de los) Estados parte. Si se reconociese la condición de intérprete de la CADH al TC, no existiría ninguna razón válida para justificar que las interpretaciones que formule sólo vincularían al propio Estado. Sin embargo, el TC como órgano nacional, sólo puede crear derecho válido para el sistema jurídico nacional.

En este marco, dos conclusiones son posibles de presentar ya. La primera es que si el TC en ningún caso está en condiciones de crear derecho convencional adscrito, no se entiende por qué ha de denominarse como interpretación convencional a la actividad hermenéutica que recae sobre las disposiciones que componen la CADH. Esto exige un intento de formulación de una dogmática distinta, como la que aquí se ha propuesto, y con base en la cual está justificado reconocer y llamar como interpretación con-

vencional a la referida actividad hermenéutica. La segunda conclusión es que en la medida que la denominación va estrechamente vinculada con una justificación y a la vez con unas consecuencias jurídicas, no estamos ante una mera cuestión formal o ante un mero juego de palabras porque estamos ante una situación que atañe a uno de los factores decisivos en la sostenibilidad y viabilidad del sistema jurídico internacional de los derechos humanos: sus fuentes y su exigibilidad. El TC no es fuente de derecho convencional y las interpretaciones que formule de las disposiciones constitucionales convencionales no vinculan ni a la Corte IDH ni a los demás Estados.

Consecuentemente, sólo la interpretación que de la CADH (y demás instrumentos normativos internacionales) realice la Corte IDH, será efectivamente una interpretación convencional a través de la cual se concretizan las disposiciones y normas convencionales abiertas, para crear derecho convencional adscrito. La interpretación que de las disposiciones convencionales pueda realizar el TC, no dejará de ser en ningún caso una interpretación constitucional, en la medida que sólo estará facultado para interpretar las disposiciones convencionales si es que han ingresado en el orden normativo interno al nivel constitucional.

## UNIDAD III: JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

### Lectura N° 3:

- CASTILLO CÓRDOVA Córdova, Luis, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, ps. 879–901.

### Luego de leer la lectura responda las preguntas siguientes:

1. ¿Qué significa que la Constitución sea norma jurídica?
2. ¿Qué significa que la Constitución sea norma fundamental?
3. ¿Cuál es la justificación de la vinculación de los poderes públicos a la Constitución?
4. ¿Cuál es la justificación de la vinculación de los particulares a la Constitución?
5. ¿Se aplican inmediatamente las normas constitucionales que reconocen derechos?

**Luis Castillo Córdova (Perú) \***

## **El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana**

### **1. Introducción**

La etapa previa al nacimiento del constitucionalismo se caracterizó por el ejercicio arbitrario y despótico del poder por los monarcas absolutos. El constitucionalismo en general y la Constitución en particular surgieron con la finalidad de evitar que el poder fuera ejercitado de modo que interfiriese en la esfera de autodeterminación individual de las personas. Se empezó, entonces, a hablar de la Constitución como un límite al poder político. Pero ¿qué valor tiene la Constitución en el logro de ésta su finalidad ontológica?

Preguntarse por el valor de una Constitución es preguntarse por su grado de vinculación y consecuente exigibilidad en la actuación de sus destinatarios. Aunque inicialmente se entendió que las disposiciones de la Constitución estaban previstas para regular las relaciones entre poder político y particulares, hoy en día es prácticamente unánime la aceptación de que los destinatarios de los distintos dispositivos de la Constitución no sólo son el poder público, sino también los particulares. En definitiva, todos los miembros de la comunidad política que organizada como Estado se ha dado una Constitución.

¿Qué grado de vinculación tiene una Constitución con sus destinatarios? El respeto que gobernantes y gobernados profesen por su Constitución, evidentemente, dependerá del grado de madurez de unos y otros. Más allá de esta constatación sociológica, lo importante aquí es preguntarse por los elementos jurídicos que se pueden predicar de la Constitución de modo que jurídicamente se pueda exigir su cumplimiento efectivo. Y esos elementos son al menos los dos siguientes: la consideración de la Constitución como una norma fundamental, base de todo el ordenamiento jurídico de

---

\* Profesor de Derecho Constitucional, de Protección Jurídica de Derechos Humanos y en el Máster de Derecho de la Universidad de Piura. <lfcastil@udep.edu.pe>.

un Estado; y la consideración de la Constitución como una realidad que nace y está destinada a normar efectivamente las relaciones entre particulares y poder político, y entre los particulares entre sí.

A estos dos elementos se dedica este estudio: la Constitución como norma fundamental y la Constitución como norma jurídica. Especial importancia tiene la referencia de este carácter normativo fundamental de los dispositivos constitucionales que recogen los derechos de las personas, porque defender y garantizar los derechos constitucionales significa proteger y garantizar a la persona humana como fin de toda realidad social y estatal. Igualmente, se hará referencia a la posición constitucional del Tribunal Constitucional como órgano encargado de resguardar los dos elementos antes mencionados, es decir, que la Constitución rija como norma jurídica fundamental. Como ya se puede advertir del título, este trabajo se realizará en referencia a la Constitución peruana (CP). Complementariamente se aludirá a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC) y al Código Procesal Constitucional (CPC).

## 2. La Constitución como norma fundamental

### 2.1. La Constitución como fundamento del ordenamiento jurídico

En sentido estricto, toda norma que quiera llamarse realmente Constitución debe ser concebida como un instrumento jurídico dirigido a limitar efectivamente el ejercicio del poder, en particular del poder político. Esta finalidad puede alcanzarse a través de dos medios. El primero es evitar la concentración del poder político en un solo titular y, por tanto, prever facultades a órganos constitucionales distintos, como pueden ser el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial (la constitucionalmente conocida *división de poderes*). El segundo es reconocer y garantizar a través de una lista, cerrada o abierta, los derechos de la persona en cuanto persona.<sup>1</sup>

Pero esta finalidad intrínseca a toda Constitución verdaderamente tal no podría ser posible si el texto constitucional no es considerado como un texto normativo, es decir, si es considerado como una simple declaración, sin que genere una necesaria y efectiva vinculación a sus destinatarios, particularmente al mismo poder político en sus distintas manifestaciones, ejecutiva, legislativa o judicial. A su vez, sólo podrá

---

<sup>1</sup> Como ha recordado Diez-Picazo, desde sus orígenes las declaraciones de derechos han tenido como finalidad dotar a los particulares de derechos, precisamente, frente a los poderes públicos; derechos en los que la acción de estos últimos debe hallar un tope jurídicamente insuperable. En este sentido, puede decirse que las declaraciones de derechos constituyen el estatuto jurídico-político básico de los ciudadanos y, más en general, de las personas. Las declaraciones de derechos recogen los principales límites sustantivos al poder político. Resulta comprensible, pues, por qué las declaraciones de derechos son uno de los dos grandes temas de todo el constitucionalismo: el otro es la búsqueda de una regulación equilibrada de los poderes públicos". Luis Marfá Diez-Picazo: "Aproximación a la idea de derechos fundamentales", en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 2, 2000, p. 221.

considerarse que la Constitución genera efectiva vinculación a sus destinatarios si se la concibe como norma fundamental, es decir, si se la coloca como fundamento de todo el ordenamiento jurídico.

La Constitución debe ser considerada como norma fundamental, como norma primera, que funciona como base sobre la cual descansa todo el restante ordenamiento jurídico, de modo que inspire el concreto contenido de éste, a la vez que define su validez jurídica en tanto se ajuste o no a todas las disposiciones de la norma constitucional. En este contexto se puede afirmar que “los derechos constitucionales informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”;<sup>2</sup> y que “[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico-estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella.”<sup>3</sup>

Si no se coloca la Constitución en la mencionada posición fundamental, entonces se abre la posibilidad de que tanto el Parlamento como la Administración pública, e incluso el mismo aparato Judicial, puedan actuar cualquiera de sus facultades de manera contraria a las exigencias constitucionales, de modo que queden habilitados para contradecir la norma constitucional. Si esto ocurriera, evidentemente, se vaciaría de contenido y se desnaturalizaría a la Constitución, en la medida en que su finalidad de limitar el poder político se haría inalcanzable. En estos casos, sólo formalmente se puede estar ante una Constitución, pero en ningún caso materialmente.

## 2.2. *El principio de supremacía constitucional*

La consideración de la Constitución como norma fundamental y como base del entero ordenamiento jurídico ha sido recogida en el texto de la Constitución peruana. En efecto, en ella se recoge el llamado *principio de supremacía constitucional*, por el cual se considera a la Constitución como la norma jerárquicamente superior, por encima de las demás normas que conformen el ordenamiento jurídico peruano. Así, ha dispuesto el constituyente peruano: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal, la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente” (artículo 51 CP).

Esto significa que la ley o la norma reglamentaria deberán ajustarse a la Constitución si pretenden ser válidas y regir efectivamente. Ninguna norma con rango de ley, ni mucho menos con rango de reglamento, podrán disponer de modo distinto a lo que dispone la Constitución. Sólo será posible considerar a la Constitución como norma fundamental cuando la ley no puede —y, consecuentemente, tampoco el reglamento—contraponérsele eficazmente, si es que se considera a la Constitución como una norma rígida. En palabras del Tribunal Constitucional: “es indubitable que en un

---

<sup>2</sup> Exp. 0976-2001-AA/TC, de 13 de marzo de 2003, f. j. 5.

<sup>3</sup> Exp. 2209-2002-AA/TC, de 12 de mayo de 2003, f. j. 7.

sistema jurídico que cuenta con una Constitución rígida, ninguna ley o norma con rango de ley (como las leyes orgánicas) tiene la capacidad para reformar, modificar o enmendar parte alguna de la Constitución”.<sup>4</sup>

Que la Constitución sea rígida significa que el procedimiento de reforma constitucional es distinto —más complicado— que el procedimiento legislativo. Uno es el camino previsto para reformar el texto constitucional y otro distinto es el mecanismo instituido para aprobar una ley el Parlamento. La Constitución peruana puede ser modificada mediante dos procedimientos. El primero es a través de un proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso por mayoría absoluta del número legal de sus miembros y ratificado mediante referéndum. El segundo es a través de la aprobación del proyecto de reforma constitucional por el Congreso en dos legislaturas ordinarias sucesivas, con una votación favorable, en cada caso, superior a los dos tercios del número legal de congresistas. En este último caso, se prescinde de la consulta popular a través del referéndum (artículo 206 CP).

A partir de la consideración de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional, con acierto, ha derivado la obligación de interpretar el ordenamiento jurídico entero *desde la Constitución y conforme con ella*: “el Tribunal Constitucional debe recordar que, en todo ordenamiento que cuenta con una Constitución rígida y, por tanto, donde ella es la fuente suprema, todas las leyes y disposiciones reglamentarias, a fin de ser válidamente aplicadas, deben necesariamente ser interpretadas ‘desde’ y ‘conforme’ con la Constitución”.<sup>5</sup>

### 2.3. *Sistemas de control de la constitucionalidad de las normas*

Precisamente por esta supremacía que supone considerar a la Constitución como norma fundamental, dentro del ordenamiento constitucional peruano se han previsto los dos principales sistemas de control de la constitucionalidad de las normas: el llamado *control difuso* y el llamado *control concentrado*. De esta manera, para el caso peruano, se trata de un modelo dual o paralelo que “es aquel que existe cuando en un mismo país, en un mismo ordenamiento jurídico, coexisten el modelo americano y el modelo europeo, pero sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse”.<sup>6</sup>

#### 2.3.1. *El llamado control difuso*

Como se sabe, la *judicial review*, o modelo norteamericano, o control difuso de la constitucionalidad de las leyes atribuye a todos los magistrados del sistema judicial

---

<sup>4</sup> Exp. 0014-2002-AI/TC, de 21 de enero de 2002, f. j. 4.

<sup>5</sup> Exp. 1230-2002-HC/TC, de 20 de junio de 2002, f. j. 4.

<sup>6</sup> Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, p. 133.

la potestad de inaplicar, al caso que resuelven, una ley que consideren inconstitucional. En el momento de aplicar el derecho, los jueces deben aplicar en primer lugar la Constitución, y sólo después las demás normas. Esto significa que, si en su labor jurisdiccional concluyen que una norma contraviene la Constitución, tienen el deber de preferir la norma constitucional antes que la norma legal y, consecuentemente, inaplicar ésta al caso que resuelven.

Este modelo o sistema se define a partir de tres características. La primera es el ser *difuso*; es decir, se trata de una facultad atribuida a todos los jueces y magistrados del Poder Judicial (además del propio Tribunal Constitucional). La segunda característica es que es *incidental*, es decir, el pronunciamiento de inaplicación de la norma por inconstitucional sólo es posible si existe previamente un caso concreto que esté siendo conocido por los jueces o magistrados. Y la tercera característica es que el pronunciamiento sólo tiene efectos para el caso concreto, de modo que la norma considerada inconstitucional mantiene su vigencia, hasta el punto de que puede ser aplicada por otro juez que no considere inconstitucional a la norma cuestionada.

La Constitución peruana ha recogido este sistema de control de la constitucionalidad de las normas cuando ha dispuesto que “[e]n todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera” (artículo 138 CP). Todos los magistrados del Poder Judicial y los magistrados del Tribunal Constitucional, en la medida en que estos últimos deban resolver casos concretos (como última instancia en los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data, y de ser el caso en los conflictos de competencia), tienen la obligación de preferir la norma constitucional antes que la legal en la solución de la concreta litis que deben resolver.

Con acierto ha establecido el Supremo intérprete de la Constitución: “El control difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que habilita el artículo 138.º de la Constitución”.<sup>7</sup> No es una simple facultad que el juez decidirá emplear o no, arbitrariamente, sino que, ahí donde considere que una norma contraviene la Constitución, tiene el deber de inaplicarla y preferir la norma constitucional. El Tribunal Constitucional incluso ha ligado el cumplimiento de este *poder-deber* con la configuración de un proceso judicial como debido, de modo que se estará frente a un proceso judicial indebido cuando el juez haya resuelto el caso aplicando la norma inconstitucional. Ha dicho el Alto Tribunal:

Este control es el poder-deber consubstancial a la función jurisdiccional a efectos de garantizar que el proceso sea debido, en el sentido que sea un proceso constitucional, es decir, que una causa ha de conducirse procesalmente y ser resuelta, en cuanto al fondo, conforme a normas de indubitable constitucionalidad, pues no puede reputarse como debido proceso a aquél en el que, o es resuelto conforme a

---

<sup>7</sup> Exp. 1109-2002-AA/TC, de 6 de agosto de 2002, f. j. 22.

normas procesales de cuestionable constitucionalidad, o el fondo de él es resuelto en aplicación de normas sustantivas cuya inconstitucionalidad resulta evidente. Por ello, además, desde tal perspectiva, el control de inaplicabilidad también viene a ser un principio de la función jurisdiccional en el sentido del artículo 139.º de nuestra Constitución.<sup>8</sup>

Tómese en consideración que, en todo caso, la inconstitucionalidad de la norma debe ser manifiesta. No debe haber habido duda sobre la inconstitucionalidad de la norma preferida por el juez en la solución del caso para argumentar la configuración de un proceso judicial indebido, el cual incluso puede dar lugar a la interposición de un proceso constitucional de amparo o de hábeas corpus (artículo 4 CPC).

Por tanto, el control difuso de la constitucionalidad de las normas está previsto para asegurar la vigencia efectiva de la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, es decir, está pensado “como mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51.º de nuestra Norma Fundamental”.<sup>9</sup>

### 2.3.2. *El llamado control concentrado*

Pero la Constitución peruana no sólo ha recogido el mencionado control difuso, sino que prevé también el llamado modelo europeo o control concentrado de la constitucionalidad de las leyes. Este sistema también se define a partir de tres características que se formulan en contraposición al sistema americano comentado anteriormente. A diferencia de este sistema de control, que es atribuido a todos los jueces, el encargo de revisar la constitucionalidad de las leyes está fijado en un solo órgano, en el caso peruano, en el Tribunal Constitucional. La primera característica que define este sistema, por tanto, es la de ser concentrado, en contraposición al anterior, que era difuso.

La segunda característica es ser principal, a diferencia del anterior sistema, que era incidental. Esto significa que para la procedencia de este sistema de control no se necesita que previamente exista un litigio concreto que esté siendo conocido por —en este caso— el Tribunal Constitucional, sino que el sistema mismo prevé la existencia de una acción pensada para iniciar el proceso destinado a intentar arrojar del ordenamiento jurídico una ley inconstitucional. Esa acción comúnmente —como en el caso peruano— se denomina *acción de inconstitucionalidad* (artículo 200.4 CP).

Y, como tercera característica, es que se trata de un sistema con efectos *erga omnes*. Quiere decir que, si la norma con rango de ley es encontrada inconstitucional y así lo declara el Tribunal Constitucional, esa declaración produce sobre la ley efectos derogatorios. La ley, entonces, deja de formar parte del ordenamiento jurídico, pierde su vigencia.

---

<sup>8</sup> Exp. 0145-1999-AA/TC, de 8 de septiembre de 1999, f. j. 3.

<sup>9</sup> Exp. 2737-2002-AA/TC, de 25 de marzo de 2004, f. j. 17.

En el caso peruano, el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes está exclusivamente depositado en el Tribunal Constitucional, el cual es definido como “el órgano de control de la Constitución” (primer párrafo del artículo 201 CP). Y esta labor de control la realiza, entre otras formas, resolviendo “en instancia única, la acción de inconstitucionalidad” (artículo 202.1 CP). La acción de inconstitucionalidad “procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo” (artículo 200.4 CP).

Mediante la acción de inconstitucionalidad se pretende “la declaración, por parte del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalidad de una norma jurídica, en uso del control concentrado y con efectos *erga omnes*, para expulsarla definitivamente del sistema jurídico”.<sup>10</sup>

Interpuesta la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, éste podrá fallar declarando constitucional o inconstitucional la norma impugnada. Si declara esto último, “[l]a sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto” (primer párrafo del artículo 204 CP).

Pero no sólo normas con rango de ley pueden contravenir la Constitución, sino que también normas con rango inferior a la ley pueden expedirse en contradicción con la norma constitucional. Precisamente, el principio de que la Constitución es la norma fundamental exige que también pueda ser revisada la constitucionalidad de las normas que tengan rango inferior a la ley. En el caso peruano se ha previsto para ello la llamada acción popular “que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen” (artículo 200.5 CP) y que se presenta ante el Poder Judicial (salas superiores, según el artículo 85 CPC).

Tanto respecto de las normas con rango de ley como respecto de las normas reglamentarias, “[l]os procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo” (artículo 75 CPC, primer párrafo).

### **3. La constitución como norma jurídica**

#### **3.1. *Un mandato genérico***

Sólo si la Constitución está colocada en la base de todo el ordenamiento jurídico podrá hablarse de efectos vinculativos y, consecuentemente, se podrá estar ante una

---

<sup>10</sup> Exp. 1311-2000-AA/TC, de 19 de junio de 2001, f. j. 1.

norma jurídica, es decir, ante una norma que somete efectivamente a sus destinatarios, y cuyo cumplimiento puede ser sometido a control, ya sea mediante mecanismos jurídicos, ya mediante mecanismos políticos. Llegada la exposición a este punto, se hace necesario estudiar si la Constitución peruana recoge —y cómo lo hace, de ser el caso— el principio de normatividad. Resulta de especial interés el estudio de este principio porque todas las consecuencias que se deriven de él se predicarán igualmente de las normas constitucionales que reconocen derechos, pues se trata de normas que conforman el contenido básico, esencial en toda Constitución que pretenda ser una verdadera Constitución.

Existen disposiciones en la Constitución peruana que permiten concluir que se trata de una norma llamada a regir de modo efectivo, por cuanto está destinada a vincular a sus mandatos toda la actuación de cualquier persona, en particular de las que en cada momento determinado tengan atribuido el ejercicio del poder político. Al respecto existe un mandato genérico en el artículo 38 CP, que luego terminará por singularizarse. Dice el mencionado artículo: “Todos los peruanos tienen el deber de [...] respetar, cumplir y defender la Constitución”. Al decir “todos los peruanos”, este deber atañe al peruano en cuanto tal, independientemente de su condición de gobernante o gobernado.<sup>11</sup>

### **3.2. Vinculación del poder político a las normas constitucionales**

#### **3.2.1. Vinculación del Ejecutivo, del Legislativo y del Judicial**

Pero la Constitución peruana no sólo se limita a establecer un mandato genérico de cumplimiento de ella misma, sino que singulariza este mandato para cuando se trata de los gobernantes como ejercitadores del poder político. En efecto, la Constitución dispone que “[e]l poder político emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen” (artículo 45 CP). Como el poder político tiene varios ámbitos de desenvolvimiento —al menos tres— a través de sus correspondientes ejercitadores, se han de diferenciar, como lo hace la norma constitucional peruana, los ámbitos ejecutivo, legislativo y judicial.

En lo que se refiere al ámbito ejecutivo, se encuentra el dispositivo constitucional que establece: “Corresponde al Presidente de la República cumplir y hacer cumplir la Constitución” (artículo 118.1 CP). Si el presidente de la República es el jefe del Ejecu-

---

<sup>11</sup> Esto no se debe interpretar como si el deber de cumplimiento de la Constitución no involucrara a los extranjeros que habitan en el territorio peruano. Por una elemental consideración del principio de soberanía, es indudable que el ordenamiento jurídico peruano (y particularmente su Constitución) es exigible también a los extranjeros cuando se encuentren en territorio peruano.

tivo en la medida en que representa al Estado dentro y fuera de la República (artículo 118.2 CP) y en la medida en que dirige la política general del Gobierno (artículo 118.3 CP), entonces la obligación suya de cumplir la Constitución se hace extensiva igualmente al resto del cuerpo ejecutivo. Aunque es de lamentar la inexistencia de un mandato expreso de sometimiento de la administración pública a la Constitución, esta ausencia no debe interpretarse como si la Constitución no la vinculara, porque el vacío normativo se llena perfectamente con los enunciados generales contenidos en los artículos 38 CP y 45 CP ya mencionados.

En lo concerniente al ámbito legislativo, no existe disposición alguna que de manera clara y contundente exprese la vinculación del Parlamento a la Constitución. Sin embargo, la vinculación se puede deducir del inciso 2 del artículo 102 CP, que dispone: “Es atribución del Congreso velar por el respeto de la Constitución”. El razonamiento que con base en esta norma se puede formular es el siguiente: si la atribución constitucional es velar por el cumplimiento de la Constitución, necesariamente deberá también respetar aquello cuyo cuidado se le encarga. Nuevamente se ha de acudir a los enunciados generales de los artículos 38 CP y 45 CP antes citados, esta vez para no interpretar el término *atribución* como una facultad de la cual pueda prescindir el Parlamento, sino más bien en el sentido de deber que siempre ha de cumplir.

Y en lo que se refiere al ámbito judicial, en el primer párrafo del artículo 138 CP se proclama: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. El actuar judicial en todos los niveles está, pues, vinculado primordialmente a la norma constitucional, y luego a la ley.

El Tribunal Constitucional tiene manifestada expresamente la vinculación del Legislativo a la Constitución, vinculación referida especialmente a los derechos ahí reconocidos. Sin embargo, por la manera como se ha formulado, esta vinculación debe hacerse extensiva también al Ejecutivo y al Judicial. Así ha dicho el supremo intérprete de la Constitución:

[...] el Congreso de la República, en el ejercicio de su función legislativa, no puede “suprimir o disminuir los derechos fundamentales”, pues, en su condición de poder constituido, se encuentra vinculado no sólo por los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo primero del Título I de la Constitución, sino por todos los derechos de la persona reconocidos en dicho texto, independientemente del capítulo y título como éstos se hallen consagrados.<sup>12</sup>

Es decir, todos los derechos reconocidos en el texto constitucional —de manera expresa o que se deriven de los principios recogidos en el artículo 3 CP— vinculan al poder político. Esto se traduce en que la vinculación del poder político —en sus diversas manifestaciones— hacia los derechos constitucionales es una vinculación a su contenido constitucional, tema éste cuyo estudio se abordará en la sección siguiente.

---

<sup>12</sup> Exp. 0014-2002-AI/TC, citado, f. j. 92.c.1.

### 3.2.2. *Mecanismo de control de la vinculación*

Pero la norma constitucional peruana no sólo dispone una vinculación del poder político a ella misma, sino que también recoge una serie de mecanismos dirigidos a controlar el efectivo sometimiento del poder, tanto en su actuación política como en su actuación normativa. Así, en lo concerniente a su actividad política, en la Constitución peruana se han recogido el *antejuicio político* y el *juicio político*.

El antejuicio político viene recogido en el artículo 99 CP, en el que se dispone que corresponde a la Comisión permanente del Parlamento acusar ante el pleno del Congreso al presidente de la república<sup>13</sup> y a los ministros de Estado, a los parlamentarios y a los vocales de la Corte suprema y fiscales supremos “por infracción de la Constitución”.

Por su parte, el juicio político se recoge en el artículo 100 CP, cuando se establece que, una vez formulada la acusación, el pleno del Congreso puede decidir sancionar o no al acusado constitucionalmente. Si decide sancionarlo deberá escoger, según la gravedad de la falta, entre la suspensión, la destitución y la destitución seguida de inhabilitación para el ejercicio de la función pública hasta por diez años. Estas sanciones, que son de carácter político, se aplicarán independientemente de cualquier otra sanción penal o civil que establezca el Poder Judicial y que el funcionario pueda recibir derivada de la infracción constitucional (artículo 100 CP). En palabras del Tribunal Constitucional:

[...] la Constitución Política del Estado de 1993, a diferencia de las anteriores constituciones, ha consagrado la institución del llamado “Antejuicio Constitucional”, como un procedimiento destinado a determinar la procedencia de un juzgamiento penal de funcionarios de alto rango por ante el Poder Judicial, previa habilitación del Congreso de la República, y a su vez ha reconocido la existencia del “Juicio Político”, que supone la potestad de procesamiento y sanción de la que está investido el Congreso, en los casos de infracción de la Constitución por funcionarios de alto rango y en la que, en principio, no interviene en lo absoluto el Poder Judicial.<sup>14</sup>

En cuanto a la producción normativa tanto del Legislativo como del Ejecutivo, también se prevén mecanismos de control, esta vez de naturaleza jurídica. En lo concerniente a la producción normativa del Parlamento, como ya se tuvo la oportunidad de adelantar, pueden ser sometidas a acción de inconstitucionalidad las normas con rango de ley que corresponda emitir al Congreso: las leyes, los reglamentos del Congreso y los tratados cuando son aprobados por el Congreso, en los casos que contravengan la Constitución, ya sea en la forma o en el fondo (artículo 200.4 CP). Y en lo referido a las normas emanadas del Poder Ejecutivo, también procede impugnar vía acción de inconstitucionalidad las normas con rango de ley que emita el Ejecutivo: los

---

<sup>13</sup> Según el artículo 117.º de la Constitución peruana, el presidente de la República durante el ejercicio de sus funciones sólo puede ser acusado políticamente ante el Parlamento por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso en los casos no previstos por la Constitución, y por impedir su reunión y funcionamiento, o los del Jurado nacional de elecciones y otros organismos del sistema electoral.

<sup>14</sup> Exp. 0358-1998-AA/TC, de 16 de julio de 1998, f. j. 5.

decretos legislativos, los decretos de urgencia y los tratados cuando son aprobados directamente por el presidente de la república (artículo 200.4 CP). Así mismo, se prevé la acción popular, la que, como ya se dijo, está dirigida a impugnar reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general que infrinjan la Constitución y/o la ley (artículo 200.5 CP).

Queda clara, pues, la vinculación del poder político a la Constitución y, por tanto —y de modo principal—, a lo que ésta disponga sobre los derechos constitucionales. Por lo demás, así lo dispone el artículo 44 CP al establecer como deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, entre otros deberes; a su vez, el artículo 200 CP, en sus tres primeros incisos, recoge las llamadas acciones de garantía: hábeas corpus (inciso 1), acción de amparo (inciso 2) y hábeas data (inciso 3), dirigidas a proteger los derechos constitucionales contra toda acción u omisión cometida por cualquier autoridad o funcionario<sup>15</sup> que suponga una amenaza de violación o una violación efectiva de los respectivos derechos constitucionales.

### 3.3. Vinculación de los particulares a la norma constitucional

Como ya se dijo, el artículo 38 CP dispone que todos los peruanos tenemos la obligación de respetar, cumplir y defender la Constitución. Una consecuencia inmediata de esta disposición es que la Constitución peruana es (debe serlo) normativa y, por tanto, vincula también a los particulares. Esta vinculación tiene especial significación cuando se trata de disposiciones de la Constitución que reconocen derechos. Así, la Constitución en general, y los derechos constitucionales en particular, vinculan no sólo al poder político sino también a los particulares. Se habla entonces de lo que en la doctrina jurídica alemana se llama *Drittwirkung*, para significar la eficacia de los derechos constitucionales no sólo en las relaciones poder político-particular, sino también en las relaciones particular-particular.

En palabras del Tribunal Constitucional, “[l]a Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general”. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber [...] de respetar, cumplir [...] la Constitución [...]”. Esta norma establece que “la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares”.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> El artículo 39.º de la Constitución dispone: “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y el Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley”.

<sup>16</sup> Exp. 1124-2001-AA/TC, de 11 de julio de 2002, f. j. 6.

Así, la Constitución resulta ser una realidad normativa también para los particulares. Las disposiciones constitucionales que afecten las relaciones entre privados —especialmente las referidas a los derechos constitucionales, para lo que ahora interesa resaltar— deben ser respetadas de modo que ninguna actividad privada llegue a contravenir la Constitución. Si esta contravención ocurre, la relación es inconstitucional y el afectado por ella puede activar los mecanismos constitucionales correspondientes.

Por tanto, hay que diferenciar una doble esfera de consecuencias. La primera, referida a los efectos normativos de las disposiciones constitucionales que recogen derechos; la segunda, referida a los mecanismos de control de esta acción vinculante. En lo que respecta a lo primero, el Tribunal Constitucional ha mencionado:

[...] la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos [...], resulta inexorablemente inconstitucional.<sup>17</sup>

En particular sobre los derechos constitucionales, el supremo intérprete de la Constitución peruana ha manifestado que éstos no sólo vinculan al poder político sino que igualmente vinculan a los particulares:

[...] esta vinculación de los derechos fundamentales en la que se encuentran los organismos públicos, no significa que tales derechos sólo se puedan oponer a ellos, en tanto que las personas (naturales o jurídicas de derecho privado) se encuentren ajenas a su respeto. El Tribunal ha manifestado en múltiples ocasiones (algunas veces de manera implícita, otras de manera expresa) que, en nuestro sistema constitucional, los derechos fundamentales vinculan tanto al Estado como a los particulares.<sup>18</sup>

En lo que se refiere a los mecanismos de protección, el Tribunal Constitucional ha diferenciado entre los derechos constitucionales que directamente regulan las relaciones entre privados y los que sólo lo hacen indirectamente. Para cuando la regulación es directa, se podrá acudir a los mecanismos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data:

Los derechos fundamentales tienen eficacia directa en las relaciones *inter privatos* cuando esos derechos subjetivos vinculan y, por tanto, deben ser respetados, en cualesquiera de las relaciones que entre dos particulares se pueda presentar, por lo que ante la posibilidad de que éstos resulten vulnerados, el afectado puede promover su reclamación a través de cualquiera de los procesos constitucionales de la libertad.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> *Ibídem.*

<sup>18</sup> Exp. 0964-2002-AA/TC, de 17 de marzo de 2003, f. j. 3.

<sup>19</sup> Exp. 0976-2001-AA/TC, citado, f. j. 6.

Esta eficacia directa es posible concluirla del hecho de que las tres mencionadas garantías constitucionales proceden “ante el hecho u omisión, por parte de cualquier [...] persona, que vulnera o amenaza” un derecho constitucional (artículo 200 CP, incisos 1, 2 y 3). Así, por ejemplo:

Que cualquiera pueda interponer un amparo contra acciones u omisiones provenientes de una persona (natural o jurídica de derecho privado), quiere decir que los derechos constitucionales vinculan directamente esas relaciones *inter privatos* y, precisamente porque vinculan, su lesión es susceptible de repararse mediante esta clase de procesos.<sup>20</sup>

En cambio, cuando la regulación es sólo indirecta los problemas entre particulares no podrá resolverse mediante las mencionadas garantías constitucionales, sino a través de los mecanismos judiciales ordinarios:

[...] se dice que los derechos fundamentales sólo tienen eficacia indirecta cuando no tienen la capacidad de regular directamente las relaciones *inter privatos*, sino que tal eficacia se materializa [...] a través de su recepción por la ley y la protección de los jueces de la jurisdicción ordinaria, quienes están llamados a aplicar las leyes y reglamentos de conformidad con la Constitución y, en especial, con el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales [...]. Desde esta perspectiva, un problema entre privados en materia de derechos fundamentales no es resoluble, en principio, mediante los procesos de la justicia constitucional de la libertad, sino a través de los que existen en el ámbito de la jurisdicción ordinaria.<sup>21</sup>

#### **4. Aplicación inmediata de las normas constitucionales que reconocen derechos**

##### **4.1. La aplicación inmediata como regla general**

Si la Constitución es norma jurídica, y además fundamental, es necesario atribuirle un carácter adicional a efectos de que su finalidad de limitar al poder político no se vea desacreditada. Tal carácter, como regla general, es el de aplicabilidad inmediata, particularmente de las normas referidas a derechos constitucionales. Lo contrario supondría dejar su efectividad en manos (y al arbitrio) de aquel a cuyo control y limitación va precisamente dirigida la norma constitucional, pues se estaría supeditando el cumplimiento de las normas constitucionales en general, y las referidas a los derechos en particular, a una futura legislación o reglamentación, ya del órgano legislativo, ya de la administración pública.

Y es que no puede ser de otro modo, pues “una norma de tales caracteres [norma fundamental y fundamentadora del ordenamiento jurídico] no puede depender en

---

<sup>20</sup> Ídem, f. j. 8.

<sup>21</sup> Ídem, f. j. 7.

su eficacia de ninguna otra. Es por eso de aplicación inmediata”.<sup>22</sup> Y para lo concerniente a las normas sobre derechos constitucionales, debido al importante papel que juegan como límites del poder y, por tanto, como obligaciones estatales,<sup>23</sup> se “exige además que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado [...] que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia”.<sup>24</sup>

Dirijamos nuestra atención a lo que sobre este punto ha establecido la norma constitucional peruana, limitando el estudio a lo que realmente interesa ahora: los derechos constitucionales. La regla general de directa aplicabilidad de los derechos constitucionales no tiene problema alguno de verificarse cuando se trata de normas sobre derechos que, por su propia naturaleza o contenido, basta sean recogidos en el texto constitucional para que, a partir de ahí y sin ninguna dificultad, puedan desplegar toda su virtualidad normativa.

Normas acerca de derechos como el derecho a la vida (artículo 2.1 CP), a la igualdad ante la ley (artículo 2.2 CP), a la libertad de conciencia y religión (artículo 2.3 CP), a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento (artículo 2.4 CP) no requieren desarrollo legislativo para ser plenamente vinculantes, ni para ser invocadas ante un tribunal frente a su eventual desconocimiento por el poder político o los particulares, pues se trata de normas que reconocen verdaderos y plenos derechos subjetivos ejercitables y exigibles directamente. Estas normas constitucionales pueden ser objeto de desarrollo legislativo; sin embargo, su eficacia directa e inmediata no está condicionada a ese desarrollo.

#### 4.2. Algunos casos especiales

No es tan fácil de predicar la directa aplicabilidad cuando se trata de ciertos tipos de normas constitucionales que reconocen derechos y que presentan algunas particularidades que matizan la vigencia de la regla general de aplicación inmediata. Estas normas son al menos de tres tipos: primero, normas constitucionales que recogen derechos y limitaciones sujetos a ley; segundo, normas constitucionales que recogen derechos cuyo ejercicio efectivo exige una normativa adicional; y tercero, normas constitucionales que recogen derechos cuyo ejercicio efectivo está supeditado a que

---

<sup>22</sup> Antonio Torres del Moral: *Principios de derecho constitucional español*, 2.<sup>a</sup> edición, Madrid: Átomo, 1991, p. 65.

<sup>23</sup> Recuérdese que, según el artículo 44.º de la Constitución peruana, es un deber primordial del Estado peruano el garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

<sup>24</sup> Luis Prieto Sanchís: “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, marzo de 1983, Madrid: Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, p. 382.

el Estado cuente con recursos económicos suficientes. Formulada esta clasificación, es necesario advertir que estos tres grupos de derechos pueden actuar de manera combinada, de modo que un mismo derecho puede estar ubicado en más de un grupo.

#### 4.2.1. *Normas sobre derechos y limitaciones sujetos a ley*

Respecto del primer grupo, se trata de dispositivos constitucionales que reconocen derechos y que a la vez prevén expresamente que su contenido tiene unos límites que deben ser explicitados por la ley. Si bien en el siguiente capítulo se abundará en el contenido constitucional (también llamado *esencial*) de los derechos constitucionales, se puede ya decir que todos los derechos cuentan con un contenido limitado, cuyas fronteras o contornos deben ser puestos a la luz por —entre otros— el legislador. Se entiende que tales límites brotan de la propia naturaleza y significado del derecho de que se trate. El legislador, en el momento de definir esos contornos jurídicos que trae cada derecho, debe respetar lo que se ha dado en llamar el *contenido esencial del derecho constitucional*.

Así, el derecho a solicitar sin expresión de causa la información que se requiera de una entidad pública, exceptuando “las informaciones que afecten la intimidad personal y las que *expresamente se excluyan por ley*, o por razón de seguridad nacional” (artículo 2.5 CP).<sup>25</sup> Del mismo modo, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, por el que se prohíbe ingresar a un domicilio sin autorización de quien lo habita o sin mandato judicial, salvo delito flagrante, y “[l]as excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo *son reguladas por ley*” (artículo 2.9 CP).<sup>26</sup>

Este grupo de derechos es, de los tres mencionados, el menos problemático para el cumplimiento total de la regla general, en tanto sólo una parte o ámbito del cumplimiento del derecho ha quedado supeditado a una regulación posterior. En los ejemplos propuestos, mientras no se expidan las normas respectivas, no se habrá terminado de delimitar totalmente el contenido jurídico del derecho a solicitar y recibir información de alguna entidad pública, y del de inviolabilidad de domicilio. Pero ello no implica que desde un primer momento tales derechos no puedan ser invocados por sus titulares para exigir su cumplimiento. Podrán hacerlo, e incluso hasta se podría rechazar cualquier intento de sujetar al titular del derecho a alguna excepción o limitación que, sin desprenderse de la Constitución y debiendo haber sido formulada legislativamente, aún no se haya hecho o, si se ha hecho, se haya formulado de modo que desnaturalizan el derecho constitucional mismo.

---

<sup>25</sup> Para saber cuáles son las informaciones exceptuadas por ley debe acudir a la ley 27 806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (TUO, aprobada por 043-2003-PCM); especialmente los artículos 15 a 19.

<sup>26</sup> Cursivas añadidas.

#### 4.2.2. *Normas sobre derechos que necesitan de desarrollo legislativo*

En lo concerniente al segundo grupo, se trata de derechos que, si bien son reconocidos por la propia Constitución, necesitan de una legislación adicional para lograr su real y plena efectividad. Se trata de una legislación que regulando el derecho constitucional (normas de desarrollo constitucional) posibilita que su(s) titular(es) lo pueda(n) ejercitar de modo pleno.

Así, por ejemplo, los derechos de asociación y constitución de fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro *con arreglo a ley* (artículo 2.13 CP). Por sí sola, esta disposición no posibilitaba el ejercicio pleno del derecho reconocido, al no establecer ni los procedimientos ni las formas de crear las asociaciones o las demás organizaciones jurídicas para que pudieran ser reconocidas jurídicamente como tales. Se requerían necesariamente normas adicionales, como las del Código Civil, que normaran los referidos procedimientos y formas.

Otro ejemplo lo constituyen los derechos de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum, los cuales “tienen los ciudadanos *conforme a ley*” (artículo 2.17 CP).<sup>27</sup> Ninguno de estos derechos pudo ser ejercido sin que antes entrara en vigencia la ya comentada LPCC, ley de desarrollo del artículo 2.17 CP, la misma que regula los requisitos, procedimientos y efectos de cada uno de estos derechos.

#### 4.2.3. *Normas sobre derechos que suponen prestaciones estatales*

Y en cuanto al tercer grupo, se ha de recordar lo mencionado al referirse a los derechos sociales: que se trata de derechos constitucionales completamente identificados, y no de simples principios o declaraciones de buenas intenciones. Estos derechos, sin embargo, tienen la particularidad de que en algunos casos, al suponer el ejercicio pleno del derecho la obligación estatal de otorgar una serie de prestaciones que demandan sumas importantes del tesoro público, la propia Constitución ha posibilitado que determinadas prestaciones no lleguen a formar parte del contenido constitucional del derecho y, por tanto, que no sean exigibles sino hasta un momento futuro en el que se cuente con los recursos suficientes para que el poder político cumpla con otorgar las prestaciones correspondientes.

Sobre este punto se ha tratado al estudiar los derechos constitucionales llamados *derechos sociales*. Ahora simplemente conviene mencionar, a título de ejemplo, algunos de los dispositivos constitucionales que recogen estos derechos: la obligación del Estado de proteger especialmente al niño y al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono (artículo 4 CP), el derecho de todos a la salud (artículo 7 CP) y el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social (artículo 10 CP).

---

<sup>27</sup> Cursivas añadidas.

### 4.3. *¿Ineficacia total de las normas constitucionales referidas a los casos especiales?*

Ni el segundo ni el tercer grupo de derechos de los casos especiales antes mencionados suponen la ineficacia total de la regla general de aplicación inmediata de los derechos constitucionales. Es decir, la vinculación efectiva de los obligados por los derechos constitucionales no queda suspendida, postergada y supeditada a la promulgación de la respectiva legislación o a la obtención de los recursos correspondientes. La regla general de aplicación inmediata de las normas constitucionales sobre derechos, en estos dos supuestos, se mantiene vigente, aunque de modo matizado, de manera que genera un doble ámbito de vinculación.

#### 4.3.1. *Vinculación negativa*

En primer lugar, una vinculación que se puede llamar *negativa*. Esto significa que las normas constitucionales que reconocen derechos y que necesitan de una legislación posterior o de recursos públicos suficientes para su plena efectividad obligan a los titulares del poder político —mientras se da la ley o se consiguen los recursos— a no actuar o legislar en contra de los derechos constitucionales ahí reconocidos. Es decir, puede ser legítimo que por razones justificadas aún no se expida la ley que desarrolle y permita el ejercicio pleno de un derecho, o que por la falta de recursos no se pueda exigir al Gobierno el otorgamiento de determinadas prestaciones. Pero lo que no es legítimo por ningún motivo es que, mientras se expida la ley o se obtengan los recursos, el poder político efectúe actos positivos (normativos o no) en contra de los derechos constitucionales.

#### 4.3.2. *Vinculación positiva*

En segundo lugar, una vinculación que se puede llamar *positiva*. Mediante ésta se obliga al poder político, en su función legislativa, a que apruebe lo antes posible las correspondientes normas de desarrollo de preceptos constitucionales que reconocen derechos, a fin de posibilitar su pleno ejercicio.<sup>28</sup> Obliga además a que el poder político asuma como

---

<sup>28</sup> En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, se habla de un “contenido mínimo” de los derechos fundamentales para significar que, aunque exista un derecho contenido en una disposición constitucional y que necesita de desarrollo legislativo, el derecho tendrá vigencia aun a pesar de que la ley de desarrollo no haya sido todavía expedida. Se habla entonces de “contenido mínimo” de los derechos fundamentales, exigible ante los tribunales de justicia. Así por ejemplo, ha declarado el Tribunal Constitucional español que “cuando se opera con una ‘reserva de configuración legal’ es posible que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido, que ha de verse desarrollado y complementado por el legislador”. STC 254/1993, de 20 de julio, f. j. 6.

una de sus prioridades la satisfacción de las demandas generadas por los derechos sociales, a fin de que ahí vayan destinados los recursos públicos. En uno u otro caso, se requiere de una verdadera conciencia constitucional y de un sincero compromiso con la promoción de los derechos constitucionales de la persona que, recordémoslo una vez más, es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1 CP).

## 5. El Tribunal Constitucional

### 5.1. *Órgano de control de la constitucionalidad*

No se puede dar por finalizado este artículo sin hacer referencia al Tribunal Constitucional peruano, guardián y órgano supremo de interpretación de la Constitución, al que corresponde —no exclusivamente pero sí de modo destacado— la función de velar por hacer de la Constitución una verdadera norma fundamental de vigencia plena. El Tribunal Constitucional es un órgano cuya regulación se encuentra en los artículos 201, 202, 203 y 204 CP, y desarrollada en la LOTC, ley 28 301. Se trata de un órgano autónomo e independiente compuesto por siete miembros, quienes son elegidos por el Parlamento con una votación de al menos dos tercios del número legal de congresistas, es decir, como mínimo 80 votos (cuarto párrafo del artículo 201 CP).

El Tribunal Constitucional se define como el *órgano de control de la Constitución* (primer párrafo del artículo 201 CP). En sentido estricto, lo que se controla no es la Constitución, sino las diferentes situaciones o actos que tienen la potencialidad de atacarla. De ahí que la referida definición sea equívoca y el Tribunal deba entenderse como *órgano supremo de control de la constitucionalidad* (artículo 1 LOTC) o utilizando alguna otra frase que signifique *controlar para que la Constitución exista realmente como norma jurídica suprema*.

### 5.2. *Órgano supremo de interpretación constitucional*

Precisamente por ser el máximo órgano de control de la vigencia efectiva de la Constitución, deben atribuírsele al Tribunal Constitucional especiales funciones de interpretación de la norma fundamental. La mencionada LOTC ha definido al Tribunal Constitucional como “el órgano supremo de interpretación [...] de la constitucionalidad” (artículo 1 LOTC). De hecho, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que, entre los llamados a interpretar la Constitución,<sup>29</sup> es él el máximo intérprete: “corresponde a los intérpretes de la Constitución, y en especial, al Tribunal Constitucional como Supremo Intérprete de la misma ponderar los bienes y derechos en con-

---

<sup>29</sup> En este sentido, Quispe Correa ha escrito que “existe una pluralidad de intérpretes constitucionales. No hay más el intérprete único”. Alfredo Quispe Correa: “Los intérpretes de la Constitución”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, n.º 2, 2000, p. 181.

flicto”.<sup>30</sup> Y como supremo intérprete de la Constitución “y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional”.<sup>31</sup>

Es el máximo intérprete de la Constitución, hasta el punto de que “deviene en imposible que sus resoluciones sean inconstitucionales”.<sup>32</sup> Sin embargo, el que sus resoluciones no puedan ser calificadas de inconstitucionales no debe confundirse con una no admitida situación de infalibilidad de sus magistrados. Sus resoluciones no pueden ser calificadas de inconstitucionales por la sencilla razón de que no hay una instancia por encima de él en el ordenamiento jurídico interno a la cual pueda apelarse. La posible impugnación ante un tribunal internacional de alguna de las resoluciones del Tribunal Constitucional se formulará argumentando violación del tratado internacional respectivo.

### 5.3. *Funciones del Tribunal Constitucional y energía correctora*

Las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas el Tribunal Constitucional lo colocan en un lugar predominante dentro del ordenamiento jurídico peruano. Su propia definición constitucional lleva a pensar en una *energía correctora* capaz de detener o revertir una situación que resulte atentatoria contra la normatividad de la Constitución, provenga tanto de los particulares como del propio poder político.

Efectivamente, según el artículo 202 CP, tres son las funciones del Tribunal Constitucional. En primer lugar, la ya mencionada atribución de conocer, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad (artículo 202.1 CP). En virtud de esta atribución, el Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional —con los consiguientes efectos derogatorios— cualquier norma con rango de ley, provenga ésta del Parlamento (leyes, los tratados aprobados por el Parlamento y reglamentos internos), del Ejecutivo (decretos legislativos, los tratados aprobados por el Presidente de la república y decretos de urgencia), de los gobiernos regionales (normas regionales de carácter general) o de los gobiernos locales (ordenanzas municipales). Deberá hacerlo solamente cuando las referidas normas contravengan la Constitución, sea en la forma o en el fondo.

Pero el Tribunal Constitucional no sólo está facultado para controlar la actividad normativa del poder político, sino que eso que aquí se ha llamado *energía correctora* se extiende también a actos de naturaleza distinta, provengan de particulares o de quienes ejercen el poder, siempre que lesionen derechos recogidos en el texto constitucional.

---

<sup>30</sup> Exp. 2790-2002-AA/TC, de 30 de enero de 2003, f. j. 4.

<sup>31</sup> Exp. 1752-2002-AA/TC, de 28 de marzo de 2003, f. j. 1.

<sup>32</sup> Exp. 0200-2002-AA/TC, de 15 de octubre de 2002, f. j. 2.

Así, la segunda competencia del Tribunal Constitucional, recogida en el inciso 2 del mencionado artículo 202 CP, es conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo y hábeas data. Se trata de acciones de garantía previstas constitucionalmente para la defensa de cualquier derecho con rango constitucional, pues proceden cuando éstos son vulnerados o amenazados por cualquier hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona.

Y la tercera competencia recogida en el inciso 3 del citado artículo 202 CP consiste en conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución a los distintos órganos del Estado, pudiendo incluso, como lo dispone el artículo 52 LOTC, anular las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. En palabras del mismo Tribunal Constitucional:

[...] el Tribunal Constitucional tiene como tareas la racionalización del ejercicio del poder, el cual se expresa en los actos de los operadores del Estado, el mismo que debe encontrarse conforme con las asignaciones competenciales establecidas por la Constitución; asimismo, vela por la preeminencia del texto fundamental de la República sobre el resto de las normas del ordenamiento jurídico del Estado; igualmente se encarga de velar por el respeto y la protección de los derechos fundamentales de la persona, así como de ejercer la tarea de intérprete supremo de los alcances y contenidos de la Constitución.<sup>33</sup>

Por ello:

Es evidente que el Tribunal Constitucional, por su condición de ente guardián y supremo intérprete de la Constitución, y mediante la acción hermenéutica e integradora de ella, se encarga de declarar y establecer los contenidos de los valores, principios y normas consignados en el corpus constitucional.<sup>34</sup>

Consecuentemente:

[...] el Tribunal Constitucional [...] se encarga de resguardar la sujeción del ejercicio del poder estatal al plexo del sistema constitucional, la supremacía del texto constitucional y la vigencia plena e irrestricta de los derechos esenciales de la persona. De ahí que formen parte de su accionar, la defensa *in toto* de la Constitución y de los derechos humanos ante cualquier forma de abuso y arbitrariedad estatal.<sup>35</sup>

## ***5.4. Posición constitucional del Tribunal Constitucional***

### ***5.4.1. El Tribunal Constitucional no retiene la soberanía***

El Tribunal Constitucional puede, por todo lo dicho, controlar la actividad normativa del poder político, produciendo la derogación de normas e incluso inaplicándolas

---

<sup>33</sup> Exp. 2409-2002-AA/TC, de 7 de noviembre de 2002, f. j. 1. a.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

cuando conoce de un caso distinto a una acción de inconstitucionalidad. Controla también los demás actos del poder y de los ciudadanos y los declara ineficaces en la medida en que contravengan la Constitución por agredir derechos constitucionales. Así las cosas, puede —con García de Enterría— plantearse la siguiente cuestión:

[...] ¿hay que concluir entonces que al sobreponerse en sus decisiones a todos los órganos constitucionales y al poder fijar finalmente el papel y ámbito de desenvolvimiento de cada uno de ellos es entre todos los órganos el Tribunal Constitucional el superior, del que por tanto, podría decirse que retiene la nota de la soberanía?<sup>36</sup>

La respuesta, perfectamente aplicable al caso peruano, la formula el mismo autor:

[...] el Tribunal Constitucional es un *pouvoir neutre*, que se limita a sostener la efectividad del sistema constitucional.<sup>37</sup>

La soberanía sigue residiendo en el poder constituyente (manifestación directa del pueblo), ya sea en su versión de originario o constituido. De ahí, por ejemplo, que las funciones del Tribunal Constitucional vengan decidida por el propio poder constituyente, el cual incluso podría decidir la desaparición del Tribunal Constitucional, pues para el caso peruano éste no es un tema vedado a la reforma constitucional. Y es que el referido Tribunal tiene un límite preciso: la Constitución, que debe interpretar para determinar la inconstitucionalidad o no de los actos del poder y de los particulares sometidos a su control.

#### 5.4.2. *El Tribunal Constitucional como comisionado del poder constituyente*

##### *Justificación como comisionado*

El Tribunal Constitucional es comisionado del poder constituyente por la sencilla razón, ya apuntada, de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento peruano y, por tanto, vinculante para todos, y con mayor razón para el Tribunal Constitucional. Éste no retiene la soberanía porque no es el poder constituyente; por el contrario, está sujeto a lo que éste haya dispuesto en el texto constitucional.

Pero el Tribunal Constitucional sí cumple la función de comisionado del poder constituyente, como afirma García de Enterría.<sup>38</sup> El poder constituyente le ha dado el encargo de velar por el sostenimiento y aseguramiento de la Constitución, tanto para su garantía y protección, como para su desarrollo y adaptación a lo largo del tiempo. En definitiva, para aquello que significa controlar la constitucionalidad: velar por que la Constitución exista realmente como norma jurídica suprema plenamente efectiva y vinculante.

---

<sup>36</sup> Eduardo García de Enterría: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1991, p. 197.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> *Ibíd.*

*¿El Tribunal Constitucional es el único comisionado?*

La cuestión que convendría plantear ahora es si para el caso peruano el Tribunal Constitucional es el único comisionado del poder constituyente. Entendida la Constitución como norma jurídica suprema, el control de la constitucionalidad no debía organizarse como control político, sino como control jurídico, y encargársele a un tribunal especial, a los jueces ordinarios o a ambos, como ocurre en el ordenamiento jurídico peruano, donde tanto los jueces ordinarios del Poder Judicial como el Tribunal Constitucional tienen asignada la tarea de controlar la plena vigencia de la Constitución.

Con respecto a los actos normativos, como se apuntó, los jueces ordinarios tienen la obligación de preferir la norma constitucional antes que la legal y, evidentemente, antes que la norma reglamentaria; del mismo modo, tienen la competencia para declarar inconstitucional o ilegal una norma reglamentaria cuando sea impugnada mediante acción popular. El Tribunal Constitucional, en cambio, tiene atribuida la derogación de normas con rango de ley a través de su declaración de inconstitucionalidad en un fallo que resuelve la acción de inconstitucionalidad, y la tiene atribuida en forma exclusiva y excluyente. Sin embargo, tanto ésta como aquéllos tienen la facultad de emitir juicios de constitucionalidad de las normas que se les presenten según sus competencias.

En lo concerniente a los actos distintos de los normativos, provenientes tanto de particulares como del poder político, que supongan infracción de la Constitución por agravio de derechos constitucionales, el control también recae tanto sobre los jueces ordinarios como en el Tribunal Constitucional. Efectivamente, los encargados en primera instancia de conocer las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data son los jueces ordinarios. El Tribunal Constitucional tiene una actuación como última instancia, y en el supuesto de que una acción de garantía haya sido desestimada por el juez ordinario.

Como se puede apreciar, esa *energía correctora* a la que se ha hecho alusión, capaz de “controlar la Constitución” en el sentido ya apuntado, está depositada, aunque de manera distinta, también en los jueces ordinarios. De esta manera, no es exagerado extender el término *comisionado*, además del Tribunal Constitucional, también a los jueces del Poder Judicial.

*¿Jerarquía entre comisionados del poder constituyente?*

Resulta conveniente ahora preguntarse si en el caso peruano se puede establecer alguna jerarquía entre los jueces ordinarios y el Tribunal Constitucional, como *comisionados del poder constituyente*. La respuesta no es otra que afirmar una supremacía del citado Tribunal sobre los jueces ordinarios en lo que se refiere al control de la efectiva vigencia de la Constitución. Esto es así porque la Constitución llama expresamente *controlador de la Constitución* sólo al Tribunal Constitucional, pero también —y principalmente— por los mayores poderes que para el cumplimiento del encargo tiene éste respecto de los jueces ordinarios.

Son mayores poderes tanto en intensidad como en extensión. Los mayores poderes en intensidad vienen reflejados en los efectos derogatorios de sus juicios de inconstitucionalidad de normas con rango de ley; y en el constituir la última instancia en lo referido a la solución de las acciones de garantía. Los mayores poderes en cuanto a extensión quedan manifestados en el hecho de que el Tribunal Constitucional tiene asignada la función de resolver conflictos de competencia, función que es ajena a los magistrados del Poder Judicial.

Por ejemplo, una manifestación de esta superioridad es que, si el Tribunal Constitucional declara inconstitucional una ley, ésta queda derogada, aunque haya sido aplicada en diversas oportunidades por los jueces ordinarios convencidos de su constitucionalidad. Si, por el contrario, el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de inconstitucionalidad y, por tanto, constitucional la ley impugnada, los jueces ordinarios, aunque la hayan inaplicado por entenderla inconstitucional, están en la obligación de aplicarla. Así ha quedado establecido en el Código Procesal Constitucional, cuando dispone: “Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad” (artículo VI CPC).

La misma supremacía ocurre respecto de las garantías constitucionales de hábeas corpus, acción de amparo y hábeas data. El juez ordinario pudo concluir que en la situación controvertida no hay violación ni amenaza del derecho constitucional invocado, y por tanto desestima la demanda. Pero el Tribunal Constitucional puede, sobre el mismo caso, concluir algo distinto, y su conclusión prevalecerá sobre la del juez ordinario, como consecuencia necesaria de ser la *última instancia* para conocer estos casos. A esto se debe agregar que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo” (artículo VII CPC).

Complementariamente, y para mayor abundamiento en reconocer la supremacía del Tribunal Constitucional como controlador de la Constitución, la LOTC ha dispuesto: “Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (primera disposición final de la LOTC).

## UNIDAD IV: JURISPRUDENCIA RELEVANTE DE LA CORTE IDH

### Lectura N° 4:

- ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, “Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo XXI, Bogotá 2015, ps. 87-92.

### Luego de leer la lectura responda las preguntas siguientes:

1. ¿A qué llama “convencionalización” del derecho el autor?
2. ¿Cuál ha sido el papel del Tribunal Constitucional en este fenómeno?
3. ¿Cuáles son los riesgos que enfrenta este fenómeno?

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera\* (Perú)\*\*

## Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana

### RESUMEN

El texto explica el avance alcanzado por la convencionalidad del derecho en el caso en el caso peruano, sobre todo de la mano de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, pero también señala las imprecisiones y los retos que el fenómeno enfrenta en su país, problemas muy similares a los que se presentan en otros Estados de Iberoamérica.

**Palabras clave:** convencionalización, derechos humanos, Tribunal Constitucional.

### ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts des Phänomens der Konventionalisierung des Rechts erläutert der Beitrag die in Peru erzielten Fortschritte, die vor allem der Rechtsprechung des Verfassungs-

---

\* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú; catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega; profesor principal coordinador y exdirector general de la Academia de la Magistratura; profesor visitante o conferencista invitado por el Instituto Max Planck (Heidelberg, Alemania), las universidades de Bolonia y La Sapienza (Italia), y diversas universidades e instituciones europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de las asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como de la Red de Docentes de Derecho Constitucional. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Autor y coautor de libros sobre su especialidad. [eaespino@pucp.edu.pe](mailto:eaespino@pucp.edu.pe).

\*\* Este texto recoge en líneas generales lo que fue la exposición del autor en el XXI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado entre el 18 y el 20 de julio de 2015, y organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

gerichts zu verdanken sind, stellt aber auch die bisher ungelösten Fragen sowie die Herausforderungen dar, vor denen das Land steht. Dabei handelt es sich um Probleme, die denen anderer iberamerikanischer Staaten sehr ähneln.

**Schlagwörter:** Konventionalisierung; Menschenrechte; Verfassungsgericht.

## ABSTRACT

Faced with the increasing predominance of international conventions over the law, our study analyzes the case of Peru, considering especially the case law of its Constitutional Court, but also pointing out the areas of imprecision and the challenges faced by the country. Similar issues occur in other Ibero-American states.

**Keywords:** Increasing predominance of international conventions, human rights, Constitutional Court.

## 1. Algunas líneas a modo de introducción

Uno de los más importantes cambios luego de la Segunda Guerra Mundial se ha dado, qué duda cabe, en lo referido al reconocimiento y tutela de los derechos: ya no solamente se cuenta con el nivel interno de protección, sino que el reconocimiento y tutela se complementan con una serie de previsiones a nivel internacional. Es más, hoy, luego de un importante aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para potenciar procesos de democratización en América Latina que hacen frente a gobiernos dictatoriales o a democracias insuficientes, cabe hablar, al igual que en Europa, de una convencionalización del derecho.

Y es que, actualmente, dejándose de lado la disyuntiva monismo-dualismo, se apunta a la construcción de un derecho común conforme con los derechos y, más precisamente, con la comprensión que de ellos puede hacerse tomando en cuenta lo previsto en los tratados de derechos humanos y su alcance vinculante. Ahora bien, y por lo menos en el contexto latinoamericano, el Perú ha sido durante muchos años un Estado que ha generado diversos e importantes cuestionamientos a esta dinámica de convencionalización, y no solamente por aspectos que podrían ser invocados en otros países de América Latina (crisis del Estado, por lo menos, del modelo del Estado al cual su clase política decía querer llegar; debilidad institucional; coexistencia de diversos grupos sociales y culturales poco integrados entre sí, etcétera).

Conviene entonces aquí tener presente que el Perú, durante muchos años, ha sido el Estado con más condenas ante la Corte y recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De otro lado, el establecimiento por ley de un sistema de ejecución de las sentencias de la Corte lamentablemente no aseguró un mejor cumplimiento de lo ya resuelto. Finalmente, el sistema de audiencias y sentencias de cumplimiento (conjuntamente con el control de convencionalidad y el desarrollo de sentencias integrales, los elementos más relevantes

para apuntar la convencionalización del derecho desde el sistema interamericano de derechos humanos), creado en su momento para examinar algunos casos peruanos, en más de 70 de las más de 300 oportunidades ha tenido una relativa eficacia (de las 27 condenas efectuadas al Estado peruano, solamente en un caso de los 20 vinculados al ámbito penal se ha asegurado el cabal cumplimiento de lo dispuesto por la Corte).

Ahora bien, justo es reconocer cómo en los últimos años ha podido apreciarse una sustantiva mejora del tratamiento de este tema en el Perú. En ese sentido, ha tenido especial relevancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Sin embargo, lo avanzado en esta dirección debe ser evaluado dentro de un contexto más amplio, en donde subsisten riesgos e imprecisiones que no solamente son responsabilidad del Estado o de la sociedad peruanos. En apretada síntesis, pasaré entonces a presentar lo avanzado, al mismo tiempo que a explicitar cuáles son –en mi opinión– algunos de los retos al respecto, sobre todo si de convencionalización del derecho y control de convencionalidad venimos conversando.

## **2. El aporte del Tribunal Constitucional peruano en la actual convencionalización del derecho y el Estado de nuestro país**

Importante es entonces aquí anotar cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano no solamente ha reconocido el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, sino que ha señalado que el control de constitucionalidad es a la vez control de convencionalidad (en ese sentido, los casos *Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura*, *Cartagena Vargas* y *Minera Sulliden*). Además, muchas de sus sentencias vienen implicando un esfuerzo por abordar ciertos temas conforme con parámetros convencionales.

En ese sentido, se ha señalado en *Santiago Martín Rivas* que el control de convencionalidad no se limita al cumplimiento de lo prescrito en el texto de la Convención (o lo que se desprende de él), sino que también incluye la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Yendo ya a situaciones específicas, se ha apostado a una interpretación conforme a parámetros convencionales (intencionalmente no entraré en este texto en el debate sobre si el control de convencionalidad y la aplicación de la Convención son lo mismo o pueden entenderse como conceptos distintos), tal como se señalará a continuación.

Así, por ejemplo, la materia electoral tiene una clara orientación en lo señalado en *Yatama contra Nicaragua*, si revisamos lo previsto por el Tribunal en casos como *Espino Espino*, *Lizana Puelles* o *Castillo Chirinos*. De otro lado, la comprensión de las leyes de amnistía (o autoamnistía) se encuentra desarrollada conforme a parámetros convencionales en los procesos seguidos a Santiago Martín Rivas y miembros del grupo paramilitar Colina a propósito de los casos *Barrios Altos* y *Cantuta*. Pautas convencionales inspiran lo señalado en *Tineo Cabrera* sobre procedimiento

de investigación parlamentaria o acerca de los alcances de los *habeas corpus* contra resoluciones judiciales.

Además, en sentencias como la emitida en *Arce Paucar* se desarrollan los parámetros sobre plazo razonable previstos tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre leyes aprobadas por referéndum se refleja en lo resuelto en el *Caso Fonavi*. Lo prescrito a nivel convencional sobre ejecución de resoluciones judiciales, a su vez, se encuentra recogido en *Sindicato de Trabajadores Municipales del Rímac*. Y así, un largo etcétera.

Sin entrar aquí a plantear eventuales diferencias entre la aplicación de la Convención y el control de convencionalidad, bien puede apreciarse una preocupación por ir hacia una convencionalización del derecho, aun cuando en algunos casos la invocación a una supuesta interpretación conforme con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte por el Tribunal Constitucional peruano haya sido, por decir lo menos, discutible (en ese sentido, lo resuelto en la polémica sentencia emitida ante el *Caso Panamericana Televisión*). Sin embargo, seguimos ante una materia que se halla lejos de estar resuelta y, muy a despecho de sus avances, sujeta a diversos retos y riesgos: muchos de ellos, por cierto, no son solamente predicables del caso peruano.

### 3. Los retos y riesgos que debe enfrentar lo avanzado

En este escenario, resulta importante, en primer término, tener presente que el problema del cumplimiento de lo prescrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue sin resolverse. Se alega en algunos casos una argumentación que supuestamente reivindica un respeto a la soberanía (desconociendo que es precisamente una decisión soberana de los Estados la que permite suscribir tratados como la Convención Americana). Se discute además admitir el alcance integral de las sentencias de la Corte Interamericana (con medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, medidas de restitución y medidas de no repetición). Con base en esas consideraciones desde algunos Estados se señala que nos encontraríamos ante pronunciamientos de imposible cumplimiento.

Ahora bien, justo es anotar que muchas veces no existe tal imposibilidad, sino más bien una falta de voluntad política para cumplir. En otras, se produce un debate sobre las repercusiones políticas, económicas o sociales que podría tener lo resuelto por la Corte en un Estado en particular, consideraciones que, por cierto, son de una objetividad bastante discutible. Sin embargo, no es este el único elemento que reclama una mayor reflexión.

Así, por citar un caso, se suele discutir la pertinencia de las audiencias y sentencias de cumplimiento como mecanismo para asegurar no solamente una cabal ejecución de las sentencias de la Corte, sino fundamentalmente para apuntalar la conformación de un derecho común convencionalizado. En este sentido, muy respetuosamente

creo oportuno resaltar las ventajas de esta alternativa frente a otras utilizadas a nivel mundial, como la del margen de apreciación estatal o nacional manejada en Europa.

Resulta oportuno explicar los alcances de esta última afirmación. Como es de conocimiento general, el margen de apreciación de los Estados, tanto en su faceta sustantiva (vinculada a constatar la necesidad de un discernimiento entre libertades individuales y objetivos colectivos) como en su vertiente estructural (relacionada con la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales), tiende a identificarse como el ámbito de deferencia que los órganos internacionales debieran reconocer a las entidades legislativas, judiciales y administrativas nacionales para que estas últimas puedan cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto sin duda tiene sus ventajas, pero también sus reparos.

De primera impresión podría decirse que esta posición facilitaría la actuación estatal en la determinación del sentido del derecho nacional y en la definición del modo en que se cumplirá una resolución emitida por un órgano internacional responsable de la supervisión de un tratado. Sin embargo, en esta su aparente fortaleza es donde se encuentra tal vez la principal debilidad de esta postura, pues no todos los Estados tienen la misma capacidad de negociación y articulación de posiciones. Ello lleva a situaciones de aplicación desigual, por no decir discriminatoria, y, en todo caso, poco objetiva y poco previsible de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual, por cierto, conspira en contra de la configuración de un derecho común “convencionalizado”, y potencia las suspicacias existentes en los detractores del proceso de convencionalización al que se viene haciendo referencia.

Ahora bien, justo es anotar que un aspecto que hoy, y a propósito de lo vivido en la experiencia peruana, parece necesario esclarecer es el de especificar qué estamos entendiendo por control de convencionalidad. Corresponde determinar si apostamos por una comprensión más bien formal del control de convencionalidad, en la línea de asegurar el cumplimiento de parámetros convencionalmente establecidos, lo que en líneas generales viene realizándose en el Perú, o si realmente estamos hablando de un parámetro de construcción común en un contexto de diálogo.

Ahora bien, y si se opta por un escenario de diálogo, conviene también tener claro el alcance de lo que aquello significa. Ese diálogo no es ni debe ser unidireccional, entendiéndose que el desarrollo de la tutela de derechos no es patrimonio exclusivo de alguno de los actores involucrados. Implica crear un escenario de retroalimentación, legitimación mutua y protección multinivel. Allí también, y muy a despecho de una comprensión más bien literal de las pautas provenientes de la Convención de Viena, debe tenerse presente que el mismo Pacto de San José señala que sus disposiciones, así como la jurisprudencia de la Corte, tiene un rol complementario.

En ese sentido –como bien lo ha resaltado en más de una ocasión el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Humberto Sierra Porto–, hay tener presente que la primera y principal responsabilidad de proteger los derechos corresponde a los diferentes organismos de cada uno de los Estados

parte de la Convención en general, donde las instituciones con funciones jurisdiccionales y sus altas cortes (tribunales constitucionales y cortes supremas) tienen un especial rol en particular.

Involucra también tener presente que la Corte Interamericana, al construir sus sentencias, debe hacerlo tomando en cuenta un enfoque amplio y flexible de las realidades de cada Estado involucrado. Ello, por cierto, no significa que los Estados puedan legítimamente alegar supuestas particularidades de cada uno de ellos para excluirse del cumplimiento de obligaciones que, en su momento, libre y voluntariamente aceptaron. Estos son asuntos centrales, sobre los cuales resulta oportuno conversar seriamente, máxime cuando se viene, entre otros aspectos, una importante reforma en la composición de la Corte Interamericana; y, además, cuando se constata la existencia de Estados en nuestro subcontinente que, sin necesidad de siquiera respetar los parámetros formalmente establecidos, buscan desentenderse de la competencia de la Corte o, al menos, cuestionan frontalmente la obligatoriedad de lo dispuesto por ella.

#### **4. Reflexiones finales**

Si tomamos en cuenta lo sucedido en estos últimos años en América Latina con relación a la convencionalización del derecho, podemos apreciar que es muy importante lo avanzado sobre el particular. Se constata así que se ha desarrollado una labor destinada a construir parámetros comunes al respecto, los cuales incluyen el control de convencionalidad; el intento de configurar una ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana concertada a través de las audiencias de seguimiento; y la consagración con claridad de lo que se quiere con cada sentencia, apuntando sentencias que buscan una reparación integral con medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, medidas de restitución y medidas de no repetición.

Ahora bien, también puede apreciarse que esa ya no es solamente una preocupación de la Corte o la Comisión Interamericana. Cada vez más encontramos en los diversos Estados parte de la Convención entidades cuya labor busca efectuarse en torno a la aplicación de parámetros convencionales de protección de derechos (o entendiendo esos parámetros como estándares mínimos, en tanto y en cuanto la normativa prevista en su Estado tutela más en detalle el derecho invocado) e incluso dejando de lado normativa que vaya en contra de la jurisprudencia convencional. La experiencia peruana, y el aporte hecho por entidades como su Tribunal Constitucional, es una buena demostración de este esfuerzo.

Sin embargo, bien puede constatarse que todavía existen muchos aspectos que precisar y varios riesgos que enfrentar al respecto. Ojalá entonces estas líneas sean útiles para una reflexión y posterior acción coordinada en la línea de promover la convencionalización buscada, resolviendo los posibles riesgos y problemas que sin duda alguna existen al respecto.