

# **El precedente y el Derecho Convencional en el nuevo Código Procesal Constitucional**

## **The precedent and Conventional Law in the new Constitutional Procedure Code**

✉ LUIS CASTILLO CÓRDOVA<sup>1</sup>

### ***Resumen***

El presente trabajo se centra en el precedente vinculante regulado por el nuevo Código Procesal Constitucional. Reconoce a la sentencia del Tribunal Constitucional como fuente del Derecho y como una norma constitucional adscripta a una norma constitucional estatuida por el Constituyente. Aborda la función interpretativa del Tribunal Constitucional para concretar normas abiertas estatuidas por el Constituyente que conforman el contenido constitucional de derechos fundamentales. Analiza la figura del precedente regulado en el nuevo Código Procesal Constitucional. Desarrolla, asimismo, la eficacia del Derecho Convencional constitucionalizado, en la que, entre otros aspectos, plantea una solución de la antinomia entre una norma constitucional de origen nacional y una de origen convencional.

287

### ***Palabras clave***

Nuevo Código Procesal Constitucional, precedente constitucional, Derecho Constitucional, Derecho Convencional.

### ***Abstract***

This paper focuses on the binding precedent regulated by the new Constitutional Procedure Code. It recognizes the judgment of the Constitutional Court as a source of Law and as a constitutional norm attached to a constitutional norm established by the Constituent Assembly. It addresses the interpretative function of the Constitutional Court to specify open norms

---

<sup>1</sup> Profesor ordinario principal en la Universidad de Piura. Consejero en Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

established by the Constituent Assembly that make up the constitutional content of fundamental rights. It analyzes the figure of the precedent regulated in the new Constitutional Procedure Code. It also develops the effectiveness of constitutionalized Conventional Law, in which, among other aspects, it proposes a solution to the antinomy between a constitutional norm of national origin and one of conventional origin.

***Keywords***

New Constitutional Procedure Code, constitutional precedent, Constitutional Law, Conventional Law.

***Sumilla***

---

I. INTRODUCCIÓN II. EL PRECEDENTE COMO REGLA JURÍDICA CREADA Y FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. III. LA EFICACIA DEL DERECHO CONVENCIONAL CONSTITUCIONALIZADO. IV. CONCLUSIONES.

---

**I. INTRODUCCIÓN.**

**D**os modificaciones tuve oportunidad de proponer a la Comisión parlamentaria de reforma del Código Procesal Constitucional, las mismas que finalmente fueron incorporadas al texto del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCConst.). Una de ellas tiene que ver con un elemento que singulariza al llamado precedente y que lo diferencia de la conocida como jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional. La otra está referida al derecho convencional constitucionalizado, en particular, a la manera cómo deben resolverse las antinomias entre el derecho constitucional nacional y el derecho constitucional de origen convencional. A presentar y explicar estas modificaciones destinaré la presente colaboración.

## **II. EL PRECEDENTE COMO REGLA JURÍDICA CREADA Y FORMULADA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

### **A. Las sentencias del Tribunal Constitucional como fuente de derecho**

Aunque más en la parte dogmática que en la orgánica, la Constitución está compuesta por mandatos abiertos que reclaman de concreción. Determinar la labor que el Constituyente lleva a cabo en relación a los derechos humanos, reclama necesariamente contar con un concepto de estos. Varios conceptos existen, aquí se sostendrá uno de tipo material, según el cual, los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le depara grados de realización.<sup>2</sup>

Con base en esta definición será pacífico sostener que el Constituyente realiza dos labores en relación a los derechos humanos. Primera, reconoce el bien humano debido en la que consiste el derecho humano; para, segunda, regularlo de modo básico. En la primera labor se pone de manifiesto una voluntad constituyente declarativa, mientras que en la segunda se muestra una voluntad constituyente concretadora y, por ello, creadora de derecho.

289

El Constituyente lleva a cabo una labor de reconocimiento del derecho humano cuando se limita a mencionar el nombre del bien humano debido en el enunciado lingüístico en el que consiste la disposición constitucional. Este tipo de disposiciones dan como consecuencia normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa. En la medida que el bien humano debido hace a la esencia del derecho humano, lo que estas disposiciones mandan tiene que ver con el contenido esencial del derecho humano.

Así, por ejemplo, el Legislador constituyente ha reconocido (no creado) un derecho humano cuando ha declarado que “toda persona tiene derecho: (...) a la libertad personal” (artículo 2.24 de la Constitución). Desde este enunciado lingüístico es posible concluir la norma constitucional siguiente:

---

<sup>2</sup> Lo tengo justificado en: La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; (16), año 2012. pp. 820-852.

N2.24CP: “Está ordenado asegurar/garantizar el contenido esencial del derecho humano a la libertad personal”.

Este tipo de normas estatuidas por el Constituyente, y que son de máximo grado de indeterminación normativa, reclaman ser concretadas para favorecer su plena eficacia. Normalmente, es el propio Constituyente el que inicia la labor de concreción. A él le siguen los intérpretes de la Constitución a través de las leyes y sentencias de desarrollo constitucional. La interpretación desplegada a través de estos canales tiene naturaleza normativa al menos por las dos razones siguientes.

Primera, porque se trata de una interpretación realizada en el ejercicio de la función pública y, por ello, es una interpretación vinculante. Y la vinculatoriedad hace a la normatividad, de hecho, es “el factor que con mayor fuerza determina su carácter de normas”.<sup>3</sup> Segunda, porque se trata de una interpretación concretadora, y la concreción comparte la naturaleza del objeto concretado, si ésta tiene naturaleza normativa, aquella irremediamente la compartirá. La relación de concreción<sup>4</sup> entre la norma estatuida por el Constituyente y la interpretación del Tribunal Constitucional, hace a la normatividad de tal interpretación.

290

Esta naturaleza normativa que no se discute en relación a las leyes de desarrollo constitucional, debe igualmente ser predicada de las sentencias de desarrollo constitucional. Y en la medida que la interpretación vinculante concreta directamente el contenido constitucional abierto, se les ha de reconocer valor y consecuente rango constitucional, salvo el Constituyente haya decidido algo contrario, como ha ocurrido en relación a las leyes. No obstante, es el valor constitucional de estas normas lo que justifica que conformen el bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico nacional.

Así, y por seguir con el ejemplo del derecho a la libertad personal, ha sido el Constituyente el que ha iniciado la labor de concreción del contenido

---

<sup>3</sup> Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 127.

<sup>4</sup> O, en palabras de Alexy, “relación de precisión”. Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. p. 69.

esencial constitucionalizado, o contenido constitucional, a través de la mencionada norma N2.24 CP. Ha dispuesto el Constituyente peruano que "f. Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez o por las autoridades policiales en caso de flagrante delito". Desde esta disposición se concluye una norma en los siguientes términos deónticos:

N2.24.f CP: "Está permitido ser detenido con mandamiento escrito y motivado del juez, y por las autoridades policiales en caso de flagrante delito".

La norma N2.24.f CP es una norma que tiene en el "mandamiento motivado" un elemento abierto que reclama ser concretado. A una tal labor de concreción acude no solo la Ley (Octava disposición final y transitoria de la Constitución), sino también las sentencias de los tribunales de justicia de cierre, como son la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional. Se trata de las mencionadas leyes y de sentencias de desarrollo constitucional, a través de las cuales los intérpretes de la Constitución participan en la concreción del contenido esencial o constitucional de los derechos humanos reconocidos.

291

Así, y por hacer referencia solamente al Tribunal Constitucional, en el fundamento 60 de la sentencia de desarrollo constitucional, sentencia al EXP N.º 04780-2017-PHC/TC y al EXP N.º 00502-2018-PHC/TC (acumulado), estableció que "[t]ambién en el espacio del debate sobre la justificación o no del dictado de una prisión preventiva, todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, deben ser valorados en su justa dimensión, es decir, no con el objeto de formarse convicción acerca de la culpabilidad o de la inocencia, sino con la finalidad de determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho delictivo"<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Antes, en el fundamento 59, el Tribunal Constitucional había dicho que "la Sala [suprema] considera que en el escenario cautelar no se requiere consolidación probatoria para dar por cumplido el primer requisito del artículo 268 del Código Procesal Penal para el dictado de una prisión preventiva, pues, no es necesario que en dicho espacio se valoren pruebas de descargo. ¿Esta argumentación resulta constitucional? A consideración de este Tribunal, la argumentación esbozada por la Sala emplazada para no valorar las pruebas de descargo, resulta patentemente inconstitucional, pues ha terminado afirmando que en el espacio del debate judicial acerca de si corresponde o no el dictado de una prisión provisional —medida cautelar limitativa de la libertad personal—, solo deben tenerse en cuenta los elementos de juicio que se hayan aportado con miras a justificar dictarla, pero no aquellos que se aporten con la pretensión de justificar su rechazo".

En este transcrito fundamento, que bien podría hacer las veces de una disposición, es posible advertir una interpretación de la Constitución que, establecida por el Tribunal Constitucional, se destinada a concretar una abierta norma constitucional estatuida por el Constituyente. En particular, se trata de una interpretación vinculante del artículo 2.24.f en relación al artículo 139.3 ambos de la Constitución, que concreta la norma constitucional N2.24.f CP, en su elemento abierto “mandamiento motivado”. Una tal interpretación vinculante y concretadora tiene carácter normativo y permite la siguiente formulación deóntica:

N60 STC 04780-2017-PHC/TC: “Está ordenado, en el espacio del debate sobre la justificación o no del dictado de una prisión preventiva, valorar todos los elementos de juicio, tanto de cargo como de descargo, para determinar si existe verosimilitud o no en relación con la vinculación de los investigados con un hecho delictivo”.

292

Las resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se establecen interpretaciones vinculantes de la Constitución para concretar abiertas normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, producen normas constitucionales, son, verdaderas fuentes de derecho constitucional. Por eso, acierta el Alto Tribunal cuando ha dicho que “[l]as sentencias del Tribunal Constitucional (...), se estatuyen como fuente de derecho”<sup>6</sup> y, consecuentemente, “las sentencias del Tribunal Constitucional, en cualquier proceso, tienen efectos vinculantes frente a todos los poderes públicos y también frente a los particulares”.<sup>7</sup>

## **B. El Tribunal Constitucional crea normas constitucionales adscriptas a normas estatuidas por el Constituyente**

La norma N60 STC 04780-2017-PHC creada por el Tribunal Constitucional, una vez nacida al mundo jurídico es atraída fuertemente por la norma constitucional estatuida por el Constituyente N2.24.f, a la cual (también) concreta, y adscripta a ella existe y despliega su eficacia. Por esta razón puede ser denominada como una norma adscripta. Y en la medida que la concreción es necesaria y directa respecto de la norma concretada, no solo

---

<sup>6</sup> EXP. N.º 3741-2004-PA/TC, fundamento 42.

<sup>7</sup> EXP. N.º 4119-2005-PA/TC, fundamento 49.

comparte su naturaleza normativa, sino también su valor constitucional, y como tal, también su rango normativo. Puede, pues, ser tenida como una norma constitucional adscripta a una norma constitucional estatuida por el Constituyente. Y como tal, tiene alcance general y vincula a todos los vinculados a las normas que conforman la Constitución. Las sentencias del Tribunal Constitucional son, digámoslo una vez más, fuente de derecho constitucional.

Si, como se manifestó atrás, en la norma constitucional estatuida por el Constituyente con el máximo grado de indeterminación normativa se constitucionaliza el contenido esencial del derecho humano, entonces, las concreciones que del mismo formula el Constituyente y sus intérpretes vinculantes como el Tribunal Constitucional, son concreciones de un tal contenido esencial constitucionalizado. Y en la medida que el contenido esencial constitucionalizado puede ser denominado como contenido constitucional del derecho fundamental, entonces, las concreciones establecidas por los intérpretes vinculantes de la Constitución, conforman un tal contenido constitucional.<sup>8</sup>

Así, las normas que el Tribunal Constitucional crea en relación a los derechos fundamentales, conforman el contenido constitucional de los derechos fundamentales. Asumida la validez constitucional de estas normas, y ese será el caso cuando concreta razonablemente el bien humano debido, es decir, cuando la concreción se ajusta al objeto concretado, las decisiones públicas o privadas que las trasgreden serán inconstitucionales por significar una vulneración del contenido constitucional de los derechos fundamentales.

### **C. La llamada jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional**

Que todas las interpretaciones que de la Constitución establece el Tribunal Constitucional tienen naturaleza normativa, ha sido reconocido por el Nuevo Código Procesal Constitucional al disponer que “[l]os jueces 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

---

<sup>8</sup> Castillo Córdova, L. (2022). *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*, Centro de Investigaciones Judiciales. Fondo editorial del Poder Judicial del Perú, pp. 55-57.

que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional” (artículo VII, tercer párrafo).<sup>9</sup>

La norma que desde esta disposición se concluye, norma constitucional adscripta estatuida en la ley de desarrollo constitucional que significa el Nuevo Código Procesal Constitucional, obliga a los jueces a resolver los distintos problemas jurídicos que enfrenten aplicando las interpretaciones que resulten de las resoluciones del Tribunal Constitucional, hayan o no sido declaradas precedentes. Así, todas las interpretaciones del Tribunal Constitucional que sean derecho relevante para resolver el problema jurídico que enfrentan, hayan o no sido declaradas precedentes, habrá que insistir, deben ser tenidas en cuenta. La justificación de esta orden se encuentra, precisamente, en el atrás justificado carácter normativo de las interpretaciones que de la Constitución establece el Alto Tribunal, carácter normativo que le viene del solo hecho de ser interpretaciones vinculantes y concretadoras de la Constitución.

294

Así cada vez que el Tribunal Constitucional, en ejercicio de la función pública atribuida, interpreta la Constitución para concretar normas abiertas estatuidas por el Constituyente, crea normas constitucionales adscriptas de alcance general que conforman el contenido constitucional de derechos fundamentales y, por tal razón, obligan a los jueces a ser tomadas en cuenta cuando deban resolver problemas jurídicos iusfundamentales. Al conjunto de estas normas constitucionales se les puede denominar como jurisprudencia vinculante.

Sobre este punto las definiciones del Alto Tribunal no se han destacado precisamente por su precisión y corrección. En efecto, tal jurisprudencia ni es (mera) doctrina<sup>10</sup>, ni es solo los fallos<sup>11</sup> de la sentencia. Por el contrario, según

---

<sup>9</sup> Son los mismos términos empleados en la primera disposición final de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N° 28301.

<sup>10</sup> Así, ha definido a su jurisprudencia como “la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo”. EXP. N.º 03741-2004-AA/TC, fundamento 42.

<sup>11</sup> Según el Tribunal Constitucional, “[l]a noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional,

aquí se ha justificado, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está conformada por el conjunto de interpretaciones que de la Constitución establece, interpretaciones que tienen carácter normativo. De modo que la jurisprudencia del mencionado Tribunal puede ser definida como el conjunto de normas jurídicas constitucionales creadas por el Tribunal Constitucional cuando interpreta vinculantemente a la Constitución y resuelve los distintos problemas constitucionales que se le presenta, en ejercicio de su labor de controlador de la constitucionalidad.<sup>12</sup>

El impreciso cuando no incorrecto modo de entender que de la jurisprudencia vinculante tiene el Tribunal Constitucional, le ha llevado al error de no otorgar carácter normativo a todas las interpretaciones que de la Constitución establece, sino solamente a las interpretaciones que expresamente son declaradas como “jurisprudencia vinculante”<sup>13</sup> o “doctrina jurisprudencial”, en este último caso con indicación de los fundamentos jurídicos en los que se recoge, ya sea en los considerandos y en el fallo<sup>14</sup>, ya

---

expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad”. EXP. N.º 0024–2003–AI/TC, consideraciones previas.

<sup>12</sup> Esta definición destaca el carácter normativo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y abarca no solo a las normas constitucionales creadas a través de la interpretación de la Constitución, normas de alcance general que actúan como premisas normativas en la sentencia en las que se estatuyen, sino también a las normas (reglas jurídicas normalmente de alcance inter partes, salvo en la sentencia de inconstitucionalidad) creadas en el fallo que resuelve el problema jurídico planteado en la sentencia.

<sup>13</sup> Así, por todas, tiene dicho el Tribunal Constitucional que “[a]nteriormente, en el fundamento 14 de la STC 1294-2004-AA, que constituye jurisprudencia vinculante conforme al artículo VI del Código Procesal Constitucional”. EXP. N.º 07002-2006-PA/TC, fundamento 4.

<sup>14</sup> Así, por todas, dijo en el fundamento 21 de la sentencia al EXP. N.º 00252-2009-PA/TC, que “[d]ebido a que se han desarrollado nuevos criterios en materia de prescripción en el caso del amparo contra resoluciones judiciales, este Colegiado en aplicación del Artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, considera pertinente reconocerlos como parte de su doctrina jurisprudencial vinculante y por tanto obligatorios para todos los jueces y tribunales del país, debiéndose incorporar como tales a la parte resolutive de la presente sentencia”; para luego en el punto 2 del fallo “[declarar que los fundamentos 8 a 17 de la presente sentencia constituyen doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país”.

sea solo en el fallo<sup>15</sup>. Este error se ha extendido al modo de entender los precedentes vinculantes que el Alto Tribunal ha tenido, como a continuación se abordará.

#### **D. Los llamados precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional**

Si el total de interpretaciones que de la Constitución establece el Tribunal Constitucional son normas constitucionales adscriptas, plenamente vinculantes a los poderes públicos y a los particulares, ¿cómo deben ser entendidos los precedentes vinculantes a los que se refiere el artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional?

El Tribunal Constitucional ha definido al precedente como “aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general (...). [Es decir] la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos”<sup>16</sup>. En esta misma línea ha sostenido que “a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto”<sup>17</sup>.

296

Si los precedentes son reglas jurídicas, es decir, normas jurídicas, que el Tribunal Constitucional establece en sus sentencias, ellas solo pueden provenir de la interpretación vinculante de la Constitución destinada a concretar normas abiertas de la Constitución. Es esta interpretación la que, como se justificó atrás, tiene carácter normativo. Son pues, normas constitucionales de alcance general que una vez nacidas al mundo jurídico se adscriben a las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente que concretan. En este punto es de especial relevancia advertir que los precedentes no vinculan por haber sido declarados precedentes, sino que vinculan por ser

---

<sup>15</sup> Así, por todas, cuando ha decidido “4. DECLARAR que, a partir de la fecha, los fundamentos 19 y 20 de la presente sentencia constituyen doctrina jurisprudencial, conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”. EXP. N.º 014 1 3-2017-PA/TC, punto 4 del fallo.

<sup>16</sup> EXP. N.º 0024-2003-AI/TC, consideraciones previas.

<sup>17</sup> EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, fundamento 43.

interpretaciones vinculantes y concretadoras que de la Constitución establece el Alto Tribunal.

Así definidos los precedentes, ¿qué les diferencia de las interpretaciones vinculantes y concretadoras de la Constitución que no son declaradas como precedentes? Para responder a esta pregunta conviene ir a la práctica del Tribunal Constitucional. Hacerlo reclama recordar que el (anterior) Código Procesal Constitucional establecía 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).

Desde este texto constitucional era posible concluir que el precedente vinculante se configuraba desde sentencias (no cualquier resolución) del Tribunal Constitucional con la calidad de cosa juzgada (no cualquier sentencia), y a partir del cumplimiento de dos requisitos: primero, que la sentencia expresamente manifestase la creación del precedente; y segundo, que se precise el extremo de su efecto normativo. Estos eran requisitos meramente formales inidóneos por sí mismos para convertir en norma una interpretación de la Constitución, de hecho, el segundo requisito así formulado, suponía la existencia de la norma, cuyo efecto normativo sería precisado por el precedente.

297

No hubo inconveniente en entender el primer requisito. Así en la práctica, el Tribunal Constitucional lo cumplía cuando expresamente manifestaba que procedía a establecer un precedente, normalmente con invocación del artículo VII del Código Procesal Constitucional. El problema se presentó en la manera de entender el segundo requisito. En la práctica, normalmente fue entendido como la mención de unos precisos fundamentos jurídicos<sup>18</sup>, o un tramo de fundamentos jurídicos de la sentencia.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Por todas, se citará el fundamento jurídico 45 de la sentencia al EXP. N.º 4635–2004–AA/TC, en el que manifestó que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios establecidos en los fundamentos 28, 29, 35, 39 y 41, *supra*, constituyen precedente vinculante”.

<sup>19</sup> Así, en el fundamento 18 de la sentencia al EXP. N.º 2802-2005-PA/TC, en el que sostuvo que “[d]e conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los criterios contenidos en los fundamentos N.ºs 4 a 17, *supra*, constituyen precedente vinculante”.

Este modo de entender el mencionado segundo requisito tenía un relevante inconveniente: no permitía diferenciar la llamada jurisprudencia vinculante con el precedente. En efecto, en un caso y otro, el Tribunal Constitucional creaba normas constitucionales a través de la interpretación vinculante y concretadora de la Constitución, por eso “tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio”<sup>20</sup>; y en un caso y otro la norma constitucional era identificada y formulada por el operador jurídico.

En el caso de las normas constitucionales que no eran declaradas precedente, el Tribunal Constitucional se limitaba a interpretar la Constitución para con ella construir la premisa normativa con la que resolvía el problema jurídico que enfrentaba. En el caso de las normas constitucionales que eran declaradas precedente, el Alto Tribunal hacía lo mismo, con un añadido irrelevante: indicaba el o los fundamentos jurídicos en los que (se presume)<sup>21</sup> se encontraba la norma constitucional creada, pero dejando en manos del operador jurídico la identificación y la formulación de la norma. En definitiva, pues, no había diferenciación entre jurisprudencia vinculante y precedente vinculante. Unas y otras eran normas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional a través de su interpretación vinculante y concretadora, y unas y otras eran formuladas por los operadores jurídicos.

Para superar esta confusión, resultaba necesario atribuir al segundo requisito mencionado, un significado distinto al que le estaba atribuyendo el Tribunal Constitucional. Un tal significado debía consistir en que el mismo órgano que creaba la norma jurídica, fuese quien la formulase. Mejor que él

---

<sup>20</sup> EXP. N.º 3741–2004–AA/TC, fundamento 43.

<sup>21</sup> Presunción *iuris tantum* porque no siempre el Tribunal Constitucional declaró como precedente unos fundamentos jurídicos en los que se recogía la regla jurídica que le permitía resolver el caso. Por ejemplo, así aconteció en la sentencia al EXP. N.º 3741-2004-AA/TC, en la que declaró precedente la regla jurídica que otorgaba control difuso a la administración pública, sin que ello fuese necesario para resolver el problema jurídico referido a la vulneración del derecho fundamental a recurrir decisiones que representaba el cobro de una tasa por interponer el respectivo recurso.

nadie para llevar a cabo tal tarea, cuando por la importancia de la regla jurídica, o por otra válida justificación, no convenía dejar su formulación en manos de los operadores jurídicos. Es este significado distinto el que hoy ha sido incorporado en las modificaciones que trae consigo el Nuevo Código Procesal Constitucional. Así reza el texto del artículo VI del Nuevo Código Procesal Constitucional: “[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, *formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente*” (el énfasis es añadido). La obligación que adquiere el Tribunal Constitucional de formular la regla jurídica en la que consiste el precedente no es un tercer requisito, sino que es el significado de la obligación de precisar el extremo del efecto normativo del precedente creado.<sup>22</sup>

### **E. ¿Inconstitucionalidad de las reglas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional?**

299

En todo caso, no debe perderse de vista que las normas creadas por el Tribunal Constitucional, hayan o no sido formuladas luego de ser declaradas precedentes vinculantes, son creaciones jurídicas que, aunque no deben, pueden ser contrarias a la norma constitucional estatuida por el Constituyente que pretenden concretar. Al menos dos razones permiten así sostenerlo. La primera es que se trata de una creación llevada a cabo por un poder constituido, y uno de los elementos que hace a la esencia del poder constituido es tener como límite las decisiones adoptadas por el poder constituyente. La segunda es que se trata de una concreción que concreta la voluntad (declarativa o regulativa) del Constituyente; y la concreción, incluso desde un punto de vista lógico, puede ser contraria al objeto concretado.

Aunque el Tribunal Constitucional haya cumplido las exigencias formales para establecer una norma constitucional adscripta, y por ello haya

---

<sup>22</sup> Hubo un tiempo, muy breve, en el que el Tribunal Constitucional formuló la regla jurídica en la que consistió el declarado precedente. Por todas, la sentencia al EXP. N.º 02513-2007-AA/TC, en cuyo fundamento 46, estableció el Tribunal Constitucional que “la segunda regla procesal que ha de establecerse como nuevo precedente es que: en los procesos de amparo en que se haya solicitado al demandante como pericia el dictamen o certificado médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora o Calificadora de Incapacidades y este no haya sido presentado dentro del plazo de 60 días hábiles, contados a partir de la fecha de recepción del requerimiento, la demanda será declarada improcedente”.

nacido al mundo jurídico la norma y deba ser tenida como formalmente válida, puede (no debe) contravenir la exigencia de justicia material que representa el contenido esencial de un derecho fundamental. Cuando eso acontezca, la norma así creada será formalmente constitucional pero materialmente inconstitucional.<sup>23</sup>

### **III. LA EFICACIA DEL DERECHO CONVENCIONAL CONSTITUCIONALIZADO.**

#### **A. El derecho convencional estatuido por el Legislador convencional y el derecho convencional a él adscripto**

La diferenciación mostrada entre normas estatuidas por el Legislador constituyente y normas establecidas por sus intérpretes vinculantes (a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional), puede ser aplicada en relación al derecho convencional. El razonamiento que a continuación se mostrará, será efectuado desde la Convención americana sobre derechos humanos (CADH), aunque es posible trasladarlo a todo tratado internacional sobre derechos humanos vinculante para el Perú.

300

No solo es posible, sino que es muy conveniente diferenciar la norma convencional que proviene de la voluntad del Legislador convencional, de aquella norma convencional que es producida por la interpretación vinculante y concretadora que lleva a cabo el Tribunal internacional. Así, existe la norma convencional estatuida por la CADH, y la norma convencional establecida por la Corte IDH. No existe ningún inconveniente en admitir el carácter normativo de los contenidos de la CADH. Sin embargo, ese mismo carácter debe ser reconocido a las interpretaciones vinculantes que de la CADH establece la Corte IDH para concretar las normas abiertas que la integran.

Las razones son las mismas dos ya apuntadas atrás en relación a las interpretaciones del Tribunal Constitucional. Primera, se trata de

---

<sup>23</sup> Lo tengo justificado en: Las inconstitucionalidades del Tribunal Constitucional. Hermida, C. & Santos, JA. (2015). *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los diputados – Universidad Rey Juan Carlos, pp. 1233-1255.

interpretaciones realizadas en ejercicio de la función pública, tanto contenciosa como consultiva, atribuida por la CADH a la Corte IDH; por lo que es una interpretación vinculante. Segunda, se trata de una interpretación concretadora que comparte la naturaleza del objeto concretado; por lo que al ser éste una norma (norma convencional estatuida por el Legislador convencional), la interpretación de la Corte IDH también será una norma.

La norma creada por la Corte IDH a través de su interpretación vinculante y concretadora, es atraída fuertemente por la norma directamente estatuida que concreta, y adscripta a ella existe y despliega su eficacia. Por esta razón, la norma creada por la Corte IDH puede ser tenida como norma convencional adscripta a la norma convencional estatuida por el Legislador convencional. Pongamos un ejemplo en relación al derecho humano a la vida.

Así como el Legislador constituyente, el Legislador convencional no crea al derecho humano, sino que lo reconoce. Lo hace cuando se limita a mencionar el nombre del bien humano. En el caso del Legislador de la CADH, en el artículo 4.1 ha reconocido el derecho humano a la vida en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”. Desde esta disposición es posible concluir la siguiente norma:

301

N4.1 CADH: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la vida.

La voluntad declarativa del Legislador convencional ha dado como consecuencia una norma convencional a través de la cual reconoce el derecho humano. Sin embargo, también expresa una voluntad regulativa a través de la cual concreta la norma declarativa. Así, en la segunda parte del mencionado artículo 4.1 CADH, se ha dispuesto lo siguiente: “Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Desde esta disposición convencional es posible formular la norma convencional siguiente:

N4.1’ CADH: Está ordenado que la ley proteja a la vida, en general, a partir del momento de la concepción.

A estas normas convencionales estatuidas directamente por el Legislador convencional, se le han de sumar las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH. Así, este tribunal internacional tiene dicho en el párrafo 189 de la sentencia al Caso Artavia Murillo y Otros Vs.

Costa Rica<sup>24</sup>, lo siguiente: “el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana”.

En este transcrito párrafo, que bien podría hacer las veces de una disposición, se recoge una interpretación vinculante del artículo 4.1 de la CADH, que concreta la norma convencional N4.1’ CADH. Una tal interpretación tiene carácter normativo, y permite una formulación deóntica en estos términos:

N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo: Está ordenado entender el término concepción desde el momento en que ocurre la implantación.

El contenido esencial del derecho humano a la vida está conformado, entre otras, por las normas convencionales estatuidas por el Legislador convencional N4.1 CADH, N4.1’ CADH; y por la norma convencional adscripta N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. Para que estas normas convencionales lleguen a vincular a los jueces nacionales, deben ingresar al respectivo ordenamiento jurídico nacional. El ingreso solamente acontece en los sistemas jurídicos de los Estados que se han vinculado a la CADH. Este es el caso peruano.

302

## **B. El ingreso del derecho convencional al sistema jurídico peruano: las normas constitucionales adscriptas de origen convencional**

Las mencionadas normas convencionales vinculan a los operadores jurídicos peruanos porque han ingresado al sistema jurídico peruano. El ingreso acontece en el nivel constitucional.<sup>25</sup> Este nivel, como se explicó atrás, se encuentra conformado por las normas convencionales estatuidas por el Constituyente, y por las normas constitucionales a ellas adscriptas. En la

---

<sup>24</sup> Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

<sup>25</sup> Cfr. Rubio, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: *Pensamiento Constitucional*, (5), p. 109.

medida que las normas convencionales no son la voluntad del Constituyente, no pueden conformar el derecho constitucional directamente estatuido, sino que tiene que pasar a formar parte del derecho constitucional adscripto. Esto obliga a diferenciar el derecho constitucional adscripto, entre el de origen nacional (leyes y sentencias de desarrollo constitucional), respecto del de origen convencional.

La norma convencional directamente estatuida por el Legislador convencional ingresa al sistema jurídico nacional con la firma de la CADH. Con ellas ingresan también las normas convencionales adscriptas. Una vez ingresado el derecho convencional al sistema jurídico peruano, es atraído fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida a través de la cual se reconoce el derecho humano del que da cuenta el derecho convencional. En relación al derecho a la vida tomado ahora de ejemplo, el Constituyente peruano ha establecido lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: 1. A la vida” (artículo 2 de la Constitución). Desde esta disposición se concluye esta norma constitucional:

303

N2.1 CP: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la vida.

Ingresadas las normas convencionales al sistema jurídico nacional, la norma constitucional estatuida por el Legislador constituyente, atrae fuertemente a las normas convencionales N4.1 CADH, N4.1' CADH, y N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. La consecuencia necesaria es que estas normas dejan de ser derecho convencional a secas, para pasar a convertirse en derecho convencional constitucionalizado, o si se prefiere, y como aquí se considerará, en derecho constitucional de origen convencional. Como tales pasan a conformar el contenido constitucional del derecho fundamental a la vida en el ordenamiento jurídico peruano.

Este contenido constitucional está conformado también por la interpretación vinculante y concretadora que se haya dispuesto a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional. Así, de las primeras se tiene el artículo 1 del Código Civil, según el cual “[l]a vida humana comienza con la concepción”, desde el que se puede concluir esta norma constitucional adscripta:

N1CC: Está ordenado considerar que la vida humana comienza con la concepción.

De las segundas se tiene la sentencia de desarrollo constitucional al EXP. N.º 02005-2009-PA/TC, en cuyo fundamento 53 estableció el Tribunal Constitucional que, “la concepción se produce durante el proceso de fecundación”. Desde este enunciado lingüístico es posible sostener la siguiente regla jurídica:

N53 STC 02005-2009-PA: Está ordenado considerar que la concepción se produce desde la fecundación.

De esta manera, el contenido constitucional del derecho fundamental a la vida en el sistema jurídico peruano, está conformado, entre otras, por la norma constitucional estatuida por el Constituyente N2.1 CP; por las normas constitucionales adscriptas de origen nacional N1CC y N53 STC 02005-2009-PA; así como por las normas constitucionales adscriptas de origen convencional N4.1 CADH, N4.1' CADH, y N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo.

304

**C. Las normas constitucionales adscriptas de origen convencional sirven para realizar control de constitucionalidad, no de convencionalidad**

Las normas constitucionales, tanto las estatuidas por el Constituyente, como las adscriptas, tanto de origen nacional como las de origen convencional, son normas de valor constitucional, a las que les corresponde el rango constitucional. Por esta razón conforman el bloque de constitucionalidad en el sistema jurídico nacional. Todos los operadores jurídicos estamos vinculados a ellas, y debemos cumplirlas de modo efectivo. Asumida la validez constitucional, tanto formal como material, toda decisión, pública (ejecutiva, administrativa, judicial, legislativa) o privada que las contravenga será inconstitucional, con su consiguiente invalidez e ineficacia jurídica.

Pero el bloque de constitucionalidad no solamente genera vinculación a todos los vinculados a la Constitución, sino que además debe ser empleado como parámetro de control por quienes en el sistema jurídico peruano tienen atribuido el control de constitucionalidad. En efecto, solo los jueces (judiciales, militares, arbitrales, el Jurado Nacional de Elecciones y el

Tribunal Constitucional) pueden ejercer control de constitucionalidad, y cuando lo hagan, deberán hacerlo con un parámetro de control del cual forma parte también las normas constitucionales de origen convencional.

Como es sabido, la Corte IDH ha establecido la regla según la cual todos los funcionarios públicos en un sistema jurídico nacional, deben llevar a cabo un control de convencionalidad.<sup>26</sup> Sin embargo, es un imposible jurídico. Primero, no es posible el control de convencionalidad en el sistema interno, porque los operadores jurídicos no tienen delante de sí derecho convencional, sino derecho constitucional de origen convencional<sup>27</sup>. Interpretan y aplican derecho nacional, y el derecho nacional es radicalmente inidóneo para llevar a cabo control de convencionalidad. Al no operar con derecho convencional sino con derecho constitucional, el único control de validez jurídica que jurídicamente es posible llevar a cabo es el control de constitucionalidad.

Segundo, no es posible porque el competente para establecer quienes son controladores de la constitucionalidad en el Estado peruano es el Constituyente y no la Corte IDH. Y el constituyente peruano ha decidido que los controladores de la constitucionalidad son solamente los jueces, y no cualquier funcionario público. Y tercero, porque debe ser diferenciada la posición jurídica de vinculado con la posición jurídica de controlador. Si bien es cierto todos estamos vinculados al derecho constitucional de origen convencional, no todos somos controladores de la constitucionalidad. O, dicho de otro modo: si bien es cierto las normas de origen convencional nos vinculan a todos, no todos somos, y por esa sola razón, controladores de la convencionalidad.

Pero un mal entendimiento del derecho convencional no solo ha traído el grave error de promover un control de convencionalidad en cabeza de todos los funcionarios públicos, sino que acarreó también la aceptación, no solo por

---

<sup>26</sup> En la sentencia al Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, dijo la Corte en el párrafo 497, que “[f]inalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en el ámbito de su competencia ‘todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad’”.

<sup>27</sup> Por eso, por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional interpreta la CADH, su interpretación no vincula a los jueces de otros estados firmantes de la CADH. Y no los vincula porque está interpretando derecho nacional y no derecho convencional.

la doctrina<sup>28</sup>, sino también por la Corte IDH<sup>29</sup>, de la prevalencia abstracta (siempre y en todo caso), de la norma convencional sobre la norma nacional que la contradijera. Sin embargo, este error ha sido corregido por el Nuevo Código Procesal Constitucional como a continuación se pasa a explicar.

#### **D. Solución de la antinomia entre una norma constitucional de origen nacional y una de origen convencional**

Como se expuso atrás, el contenido constitucional de los derechos fundamentales está compuesto por normas constitucionales de fuentes jurídicas distintas. Eso permite el riesgo de que lo lleguen a conformar normas constitucionales contrarias entre sí. Es decir, de dos normas que, aplicadas independientemente, lleguen a resultados jurídicos opuestos. Este riesgo se ha materializado en el ordenamiento jurídico peruano, en relación al contenido constitucional del derecho fundamental a la vida que ahora nos sirve de ejemplo.

306

Como se mostró atrás, un tal contenido está conformado por la norma constitucional adscripta de origen nacional N53 STC 02005-2009-PA, y por la norma constitucional adscripta de origen convencional N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. Ambas normas con contrarias entre sí, pues, mientras la primera establece que la vida se inicia con la fecundación (del óvulo a través del espermatozoide); la segunda establece que se inicia con la implantación (del cigoto en el endometrio). Así, por ejemplo, si el problema jurídico que un juez peruano debe resolver tiene que ver con la validez jurídica de la decisión gubernativa de distribuir gratuitamente la píldora del día siguiente, llegará a soluciones contrarias desde la aplicación de una u otra norma constitucional.

---

<sup>28</sup> Sagiús, N., (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios constitucionales*, año 8, (1), pp. 124-125.

<sup>29</sup> Ha dicho la Corte IDH que “el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”. CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013, párrafo, párrafo 73.

La solución de la antinomia entre dos normas constitucionales debe ser construida en sintonía con las bases dogmáticas propias de un Estado constitucional de derecho. Singulariza a esta modalidad de estado de derecho que la validez jurídica de las normas (y en general, de todas las decisiones de relevancia jurídica), no depende solamente del cumplimiento de elementos formales como acontecía en el Estado legal de derecho<sup>30</sup>, sino también, y preponderantemente, del ajustamiento a las exigencias de justicia material.<sup>31</sup> De esta manera, una norma constitucional será jurídicamente válida y eficaz, no solo por haber sido establecida por un órgano competente siguiendo el procedimiento previsto, sino también por haberse ajustado al contenido esencial de los derechos fundamentales.

Si se trata de normas constitucionales que conforman el contenido esencial (o constitucional) de un derecho fundamental, y ambas normas con contrarias entre sí, lógica y jurídicamente significará que una de ellas concreta desajustadamente al contenido esencial referido. Es decir, que una de ellas es contraria a la exigencia de justicia que representa el bien humano debido que hace a la esencia del derecho humano. Identificarla no solo es posible, sino que es necesario; y una vez identificada, el juez que actúa como controlador de la constitucionalidad, la inaplicará para resolver el problema jurídico, el cual deberá ser resuelto con la norma constitucional contraria.

En relación al derecho fundamental a la vida, su contenido constitucional ha sido reconocido por la norma N2.1 CP (y la norma N4.1 CADH). Un tal contenido ha sido concretado tanto por la norma N53 STC 02005-2009-PA, como por la norma N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo. Ambas normas, como se acaba de justificar, son contrarias entre sí. Eso significa que una de ellas (formal y/o materialmente) concreta desajustadamente al bien humano vida que hace a la esencia del derecho humano a la vida. Una de ellas, consecuentemente, es contraria a la norma constitucional directamente estatuida N2.1 CP (y a la norma N4.1 CADH). La que lo sea deberá ser tenida como constitucionalmente inválida e inaplicada

---

<sup>30</sup> Así, “[g]racias a este principio [de legalidad] y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa” Ferrajoli, L. (2003). *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)*. Trotta, p. 16.

<sup>31</sup> Se trata de “principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico”. Zagrebelsky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 7ª edición. Trotta, p. 93.

en el caso concreto, a la espera que la fuente de derecho que la produjo la derogue.

Una norma constitucional que contraviene a la Constitución por ser contraria al contenido esencial del derecho humano que ha reconocido el Legislador constituyente, es una norma que no favorece a la persona. En efecto, si la persona vale como fin supremo (artículo 1 CP), entonces está ordenado promover su máxima realización posible; una tal realización la obtiene a través de la satisfacción de sus necesidades humanas esenciales, lo que consigue a través del goce o adquisición de bienes humanos esenciales. Si los bienes humanos esenciales son los derechos humanos, entonces, a mayor vigencia de los derechos humanos, mayor realización de las personas. De esta manera, una norma constitucional que contraviene el bien humano esencial, es una norma que no favorece a la persona. O, lo que es lo mismo, una norma que se ajusta al bien humano esencial debido, es una norma que favorece a la persona, porque promueve su máxima realización posible, reclamada por su condición de fin supremo.

308

Por eso acierta plenamente el Legislador cuando ha establecido que “[e]n caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos” (tercer párrafo del artículo VIII del Nuevo Código Procesal Constitucional, el énfasis es añadido).

A la hora de resolver el problema jurídico, el juez no puede resolver la antinomia simplemente con base en una razón de mera autoridad. Así, no puede hacer prevalecer la norma N53 STC 02005-2009-PA por la sola razón de proceder del supremo intérprete de la Constitución, o haciendo prevalecer N189 Corte IDH. Caso Artavia Murillo por la mera razón de provenir de un tribunal internacional. Prevalecerá alguna de ellas por el hecho de provenir de la autoridad competente y por ajustarse al bien humano debido que concreta. Así como páginas atrás se justificaba que la norma constitucional adscripta establecida por el Tribunal Constitucional podía ser inconstitucional por ser contraria al constitucionalizado contenido esencial de un derecho fundamental, ahora conviene destacar que en esa misma inconstitucionalidad puede incurrir una norma constitucional de origen convencional establecida por la Corte IDH.

En un Estado constitucional de derecho está exigido que los jueces no sean jueces que razonen sus decisiones solamente desde las formas, porque ello les convierte en sirvientes de la autoridad (el Tribunal Constitucional o la Corte IDH), en lugar de sirvientes de la justicia, a la cual la autoridad debe servir. Está exigido que los jueces se conduzcan como jueces principialistas que, como sirvientes de la justicia, toman decisiones sostenidas en razones formales y, especialmente, razones materiales, aunque ello reclame inaplicar una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional o por la Corte IDH. El ejercicio razonable de la función jurisdiccional, impone muchos y relevantes deberes al juez principialista. Uno de ellos, sin duda, es saber derecho, en particular, el derecho constitucional sobre derechos humanos. Y reclama también que, a la hora de operar el derecho constitucional, lo haga empleando una dogmática constitucional material y no solamente formal.

#### **IV. CONCLUSIONES.**

##### **A. En relación a las reglas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional**

Siempre que el Tribunal Constitucional interpreta la Constitución para concretar normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, crea normas constitucionales de alcance general. Nacidas al mundo jurídico, ellas se adscriben a la norma de la Constitución que concretan, y adscriptas a ellas existen y son eficaces. Son normas constitucionales adscriptas, de valor y rango constitucional, y a ellas se refiere el tercer párrafo del actual artículo VII del Nuevo Código Procesal Constitucional. El conjunto de tales normas constitucionales de alcance general conforma la llamada jurisprudencia vinculante.

De entre ellas el Alto Tribunal puede declarar precedente una norma constitucional adscripta por él creada. Para hacerlo debe, primero, declararlo expresamente; y, segundo, debe precisar el extremo de su efecto normativo. Esto último lo cumple a través de la formulación de la regla jurídica en la que consiste el precedente. De esta manera, el precedente no vincula por ser precedente, sino por ser norma constitucional adscripta, al provenir de una interpretación vinculante y concretadora de la Constitución.

Así, la llamada jurisprudencia vinculante viene a conformar el género, y el precedente la especie de las normas constitucionales adscriptas creadas por el Tribunal Constitucional. Se espera que éste declare precedente aquellas

normas que, por su relevancia jurídica, política o social, no conviene dejar su formulación en manos de los operadores jurídicos.

Consecuentemente, debe ser erradicada la idea de que solo vinculan las interpretaciones de la Constitución que son expresamente declaradas precedente o doctrina jurisprudencial, para afianzar la idea de que lo vinculante es toda interpretación que de la Constitución formula el Tribunal Constitucional para concretar una abierta norma constitucional estatuida por el Constituyente. Esto permitirá no solo fiscalizar mejor el ejercicio del poder normativo que titulariza el Tribunal Constitucional, sino también promoverá que éste tome consciencia de tal poder como condición necesaria de su ejercicio razonable.

En particular, se esperará que justifique debidamente la concreción normativa sosteniéndola en razones fuertes; y se esperará también que interprete la Constitución solamente en lo que fuese estrictamente necesario para resolver el problema jurídico presentado, de modo que efectivamente, la concreción normativa creada (sea o no declarada precedente) sea la *ratio decidendi* (premisa normativa) y no *obiter dicta* de la sentencia. Si aumenta la conciencia del poder normativo que el Tribunal ejerce, y mejora la fiscalización de su ejercicio, ganará no solo la producción de normas constitucionales, sino también la justicia constitucional.

## **B. En relación a la eficacia del derecho constitucional de origen convencional**

Por otro lado, tanto el Legislador constituyente como el Legislador convencional, no crean el bien humano esencial en el que consiste el derecho humano, sino que lo reconocen. Lo hacen cuando se limitan a mencionar su nombre, en cuyo caso dan lugar a una norma constitucional de máximo grado de indeterminación normativa. Una tal norma reclama de concreciones para favorecer su eficacia. La labor de concreción la inicia el Constituyente, la continúan sus intérpretes vinculantes a través de leyes y sentencias de desarrollo constitucional, e incluye a las normas convencionales sobre ese mismo derecho que son constitucionalizadas. Todas ellas conforman el contenido constitucional del derecho fundamental.

Son normas constitucionales producidas por fuentes jurídicas distintas, lo que abre el riesgo a que surjan antinomias entre normas constitucionales. Si una norma constitucional de origen nacional, por ejemplo, creada por el Tribunal Constitucional, es contraria a una norma constitucional de origen convencional, por ejemplo, creada por la Corte IDH, ambas conformantes del contenido constitucional de un mismo derecho fundamental, la solución de la antinomia no puede sostenerse en una mera razón de autoridad, sino que reclama ser construida también y prevalentemente, desde razones de justicia material.

Debe advertirse que ambas normas contrapuestas son concreciones de un mismo bien humano. Lo cual significará que necesariamente una de ellas concreta desajustadamente al bien humano. El operador jurídico, señaladamente el juez, debe estar en capacidad no solo de identificar sino también de justificar con base en razones fuertes, cuál de las dos normas en contraposición se desajusta respecto del bien humano debido, es decir, respecto del contenido esencial del derecho fundamental. Una vez identificada y justificado el desajuste, deberá ser tenida como norma materialmente inconstitucional, para inmediatamente después inaplicarla al caso concreto. Los jueces antes que como sirvientes de la autoridad (en particular, del Tribunal Constitucional o de la Corte IDH), deben actuar como sirvientes de la justicia, a la cual sirve también esa autoridad.

## REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Castillo Córdova, L. (2012). La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho. En: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, (16).
- Castillo Córdova, L. (2015). Las inconstitucionalidades del Tribunal Constitucional. Hermida, C. & Santos, JA. (2015). *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*. Congreso de los diputados – Universidad Rey Juan Carlos.

Castillo Córdova, L. (2022). *Las fuentes constitucionales sobre derechos fundamentales*, Centro de Investigaciones Judiciales. Fondo editorial del Poder Judicial del Perú.

Ferrajoli, L. (2003). Pasado y futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, M. *Neoconstitucionalismo (s)*. Trotta.

Rubio, M. (1998). La ubicación jerárquica de los tratados referentes a derechos humanos dentro de la Constitución peruana de 1993. En: *Pensamiento Constitucional*, (5).

Sagüés, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En *Estudios constitucionales*, año 8, (1).

Zagrebelky, G. (2007). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.