

# LA INAPLICACIÓN DEL DERECHO CONVENCIONAL CREADO POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN RELACIÓN AL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

## *INAPPLICATION OF THE CONVENTIONAL RIGHT CREATED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN RELATION TO THE RIGHT TO LIFE OF THE UNBORN CHILD*

LUIS CASTILLO CÓRDOVA\*

**RESUMEN:** De la mano del derecho fundamental a la vida del concebido se muestra la antinomia que surge entre dos normas constitucionales, una de origen nacional creada por el Tribunal Constitucional peruano y otra de origen convencional creada por la Corte IDH, que conforman el contenido constitucional del mencionado derecho fundamental. Planteada la antinomia se propone solucionarla desde las bases dogmáticas propias del Estado constitucional de derecho, que proscriben que la solución exclusivamente se sostenga en razones de autoridad. Así, se resuelve no desde una relación de supremacía del derecho convencional sobre el nacional, sino desde una efectiva relación de complementariedad, para el logro efectivo de la plena realización de las personas a través de la plena vigencia de los derechos humanos. Una tal solución representa, a la vez, límites razonables al control de convencionalidad en manos de la Corte IDH y promueve un efectivo diálogo entre esta y las cortes nacionales de justicia.

**Palabras clave:** Derecho a la vida, antinomia, Estado constitucional de Derecho, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Corte Interamericana de derechos humanos.

**ABSTRACT:** Considering the fundamental right to life of the conceived, this paper shows the antinomy that arises between two constitutional norms: a domestic norm created by the Peruvian Constitutional Court, and an international norm created by the Inter-American Court of Human Rights. Both norms made up the constitutional content of the fundamental right to life. Once the antinomy has been raised, it is proposed to solve it from the dogmatic bases of the constitutional State of law, which prohibits that the solution be exclusively sustained on reasons of authority. Thus, it is justified to resolve it not from a relationship of supremacy of the conventional law over the domestic, but from an effective relationship of complementarity for the effective achievement of the full realization of the people through the full enforcement of the human rights. Such a solution represents, at the same time, reasonable limits to the control of conventionality in the hands of the Inter-American Court of Human Rights and promotes an effective dialogue between it and the national courts of justice.

**Keywords:** Right to life, antinomy, Constitutional rule of law, control of constitutionality, control of conventionality, Inter-American Court of Human Rights.

---

\* Doctor en Derecho, Universidade da Coruña, España. Profesor ordinario principal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Perú. Correo electrónico: luis.castillo@udep.edu.pe, número ORCID 7102150409.

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una de las preguntas más relevantes que en relación con un derecho humano puede ser formulada es la que indaga por el alcance razonable de su contenido esencial. En la determinación de tal alcance, muchos órganos están llamados a participar, no solo nacionales, sino también internacionales. La participación acontece a través de la producción de normas nacionales y de normas convencionales, estas una vez ingresadas al sistema nacional, adquieren valor constitucional. Serán normas que se ponen a disposición de los distintos operadores jurídicos de los Estados para construir y justificar la solución de un determinado problema iusfundamental concreto. Normalmente serán normas constitucionales que se complementan unas con otras y permiten su aplicación conjunta y armonizadora; excepcionalmente, sin embargo, algunas pueden ser contrarias entre sí y producir antinomias.

La manera cómo ella se resuelva será reveladora no solamente de una determinada teoría jurídica, sino también de un determinado modo de entender la relación entre el derecho constitucional y el derecho convencional sobre derechos humanos. Una tal teoría y una tal relación son decisivas para entender y aplicar correctamente el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. No es, consecuentemente, un problema menor. Atender este problema es precisamente la tarea que se acomete a lo largo de estas páginas, con especial referencia al sistema jurídico peruano.

Para ello se procederá a identificar las principales normas que conforman el contenido constitucional del derecho a la vida del concebido. Se singularizarán las creadas por el Constituyente peruano y por su intérprete supremo que es el Tribunal Constitucional, así como las creadas por el Legislador convencional<sup>1</sup> y su intérprete vinculante que es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación al mencionado derecho a la vida. Identificadas estas normas, se justificará en qué ámbitos normativos habrá una mayor posibilidad de que surja una antinomia, para a continuación comprobar la que existe entre una regla establecida por el Tribunal peruano y otra dispuesta por la Corte IDH.

Singularizada la antinomia se procederá a mostrar sus dos posibles soluciones, y de la mano de una determinada teoría jurídica, se justificará su solución y a quién corresponde otorgarla. Esta justificación, a su vez, permitirá proponer un modo de entender la relación derecho constitucional – derecho convencional y, consecuentemente, un modo de comprender la relación entre control constitucional y control convencional. Y aunque no son las únicas cuestiones relevantes que plantea el problema jurídico que se aborda, este trabajo se circunscribirá a ellas.

Con la finalidad aquí propuesta, conviene empezar el estudio mostrando las principales normas constitucionales vigentes en el sistema jurídico peruano en relación al derecho a la vida del concebido.

---

<sup>1</sup> Con esta expresión se aludirá al poder jurídico no concentrado que representan los Estados para producir normas internacionales sobre derechos humanos. Una suerte de poder constituyente en el ámbito internacional.

## II. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Conviene operar con un concepto de derechos humanos que se construya desde el ser y el valor de la persona, es decir, desde la naturaleza y dignidad humanas. La naturaleza humana brinda el dato de que la persona es una realidad imperfecta que experimenta una serie de necesidades que brotan de su propia esencia humana, y que por tal razón deben ser tenidas como necesidades humanas esenciales<sup>2</sup>. En la medida que el bien es aquello que perfecciona al ser<sup>3</sup>, estas necesidades están llamadas a ser satisfechas a través de bienes humanos esenciales<sup>4</sup>, como la vida, la salud, la libertad, la igualdad, el trabajo, etc. Por su parte, la dignidad humana significa que la persona vale como fin en sí mismo<sup>5</sup>, y como tal está llamada a conseguir su más plena realización. En la medida que esta realización está en directa relación con la satisfacción de sus necesidades esenciales, la dignidad humana convierte a los bienes humanos esenciales en la cosa debida a la persona<sup>6</sup>, es decir, en derechos humanos.

Así, tomada en cuenta la naturaleza (el ser) y la dignidad humana (el valor), se reconoce la existencia de los derechos humanos a la vida, a la salud, a la libertad, a la igualdad, al trabajo, etc. En esta lógica, el acto de justicia que significa el cumplimiento de la deuda, produce grados de realización de la persona: a mayor goce de los bienes humanos debidos o, si se quiere, a mayor vigencia de los derechos humanos, habrá mayor satisfacción de necesidades humanas esenciales y, consecuentemente, mayor realización de la persona<sup>7</sup>. En este punto es posible mostrar la siguiente definición de 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>8</sup>.

Definidos de esta manera, el bien humano hace a la esencia del derecho humano<sup>9</sup>; y la existencia y juridicidad (vinculatoriedad) de los derechos humanos dependen del ser y valor de la persona<sup>10</sup>, no de la decisión del legislador, ni tan siquiera del legislador constituyente<sup>11</sup>, ni del convencional<sup>12</sup>. Para asegurar su cumplimiento, estos se limitan a

<sup>2</sup> AÑON (1992) pp. 100-115.

<sup>3</sup> ARISTÓTELES 1094a-1103a.

<sup>4</sup> Son, “a) los bienes que conforman el ser del hombre, sus potencias y tendencias; b) las operaciones que tienden a obtener las finalidades naturales del hombre; y c) los bienes que son el objeto de esas operaciones”. HERVADA (1999) p. 114.

<sup>5</sup> KANT (2006) p. 157.

<sup>6</sup> Es lo debido naturalmente o, debido por la naturaleza humana. PORTELA (2006) p. 65.

<sup>7</sup> Para el Tribunal Constitucional, “la dignidad humana es vinculante (...) en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano”. *EXP. N° 2273-2005-PHC/TC*, fundamento 8.

<sup>8</sup> CASTILLO (2012) pp. 820-852.

<sup>9</sup> CASTILLO (2010) pp. 93-95.

<sup>10</sup> SERNA (1995) p. 294.

<sup>11</sup> BENDA (2001) p. 118.

<sup>12</sup> En palabras del Tribunal Constitucional, “la persona humana, por su dignidad, tiene derechos anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal”. *EXP. N° 4637-2006-PA/TC*, fundamento 45.

reconocerlos y a regularlos de modo básico. El reconocimiento lo consiguen limitándose a mencionar el nombre del bien humano esencial debido<sup>13</sup>; y la regulación ocurre a través de formulaciones normativas que concretan tal bien humano reconocido. El reconocimiento es mera declaración de algo preexistente; mientras que la regulación es creación jurídica. Esta doble labor ha sido cumplida por el Constituyente peruano en relación con el derecho fundamental a la vida. Así, en la Constitución peruana (CP) se ha dispuesto que “**artículo 2.** Toda persona tiene derecho: 1. A la vida (...). El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Con base tanto en la diferenciación entre disposición y norma<sup>14</sup>, como en la definición de derecho humano aquí propuesta, es posible sostener que desde la transcrita disposición constitucional se concluyen las siguientes dos normas: “**N2.1 CP**<sup>15</sup>: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho humano a la vida. **N2.1**”<sup>16</sup> **CP**: Está ordenado considerar al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

Estas son normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente. La primera reconoce, no crea, el derecho humano a la vida a través de la mención del nombre del bien humano debido, y con ello constitucionaliza de modo máximamente abierto el contenido esencial del derecho humano a la vida. La segunda regula de modo básico el constitucionalizado contenido esencial del derecho humano a la vida para referirlo del concebido, porque la vida le favorece. Así, la norma N2.1 CP es concretada por la norma N2.1’ CP; pero esta a su vez se conforma con un elemento abierto que reclama concreción: el concebido. Lo que deba ser entendido por concebido, no ha sido dispuesto por el Constituyente, esta es una labor que queda en manos de los órganos nacionales que tienen la competencia para interpretar vinculantemente a la Constitución y concretar las normas constitucionales directamente estatuidas. Uno de esos órganos es el Tribunal Constitucional.

### III. LA NORMA CONSTITUCIONAL ADSCRIPTA DE ORIGEN NACIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

En referencia al sistema jurídico peruano, el primer llamado a interpretar vinculantemente a la Constitución para concretar las normas constitucionales directamente estatuidas, es el órgano que ejerce la función legislativa (Octava disposición final y transitoria de la Constitución): el Congreso de la República, a través de la ley (artículo 102.1 CP), y el Poder Ejecutivo a través de los decretos legislativos (artículo 104 CP). Estas concreciones

<sup>13</sup> Para el 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”. *EXP. N° 1417-2005-PA/TC*, fundamento 10.

<sup>14</sup> GUASTINI (2011) pp. 133-156.

<sup>15</sup> La simbología tiene el siguiente significado: la letra N significa norma, el número que le sigue significa el número de la disposición, y CP significa Constitución peruana.

<sup>16</sup> Aquí y en adelante, la apóstrofe en el nombre de una norma se emplea con la finalidad de singularizar a una segunda norma que brota de una misma disposición.

serán decididas a través de leyes de desarrollo constitucional<sup>17</sup>. A ellos se suma la Corte Suprema como órgano de cierre de los procesos judiciales, y el Tribunal Constitucional como instancia única o última de los procesos constitucionales (artículo 200 CP). A la hora de resolver problemas de relevancia constitucional<sup>18</sup>, estos órganos jurisdiccionales interpretan vinculadamente a la Constitución para concretar normas constitucionales directamente estatuidas<sup>19</sup>, y de esta forma crear derecho constitucional<sup>20</sup>. Cuando esto acontece, sus sentencias son sentencias de desarrollo constitucional.

La concreción constitucional resultante de las leyes y sentencias de desarrollo constitucional es una verdadera norma. Dos razones pueden ser dadas: primera, el carácter vinculante de la interpretación (y la vinculatoriedad hace a la normatividad)<sup>21</sup>; y, segunda, la naturaleza normativa (norma constitucional directamente estatuida) del objeto concretado que es compartida por la concreción resultante<sup>22</sup>. En todos estos casos se trata de una norma de valor y rango constitucional<sup>23</sup> que, nacida al mundo jurídico por cumplir esenciales exigencias de forma, es atraída fuertemente por la norma constitucional directamente estatuida que concreta, y existe adherida a ella. Por esta razón deben ser llamadas normas constitucionales adscriptas. Así, no solo las leyes de desarrollo constitucional sino también las sentencias de desarrollo constitucional, tanto de la Corte Suprema como del Tribunal Constitucional, se convierten en fuentes de derecho constitucional adscripto<sup>24</sup>.

El Tribunal Constitucional, que es lo que ahora interesa destacar, ha interpretado la Constitución y ha concretado la norma constitucional directamente estatuida N2.1° CP en el advertido elemento abierto concebido, al concluir que “la concepción se produce durante el proceso de fecundación”<sup>25</sup>. Desde esta concreción es posible concluir la siguiente nor-

<sup>17</sup> Cuando son leyes de desarrollo constitucional referidas a los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional las llama “leyes de configuración de derechos fundamentales”. *EXP. N° 1417-2005-AA/TC*, fundamento 11.

<sup>18</sup> El fallo con el que se resuelve el problema de relevancia constitucional es una regla jurídica de efectos solo entre las partes. Pero a esa regla se llega con base en una premisa normativa que se construye a partir de una interpretación vinculante y concretadora de la Constitución que se adscribe a la norma constitucional que concreta y, como ella, vincula de modo general.

<sup>19</sup> Por eso, en referencia al Tribunal Constitucional, en el artículo VII del Código Procesal Constitucional se ha dispuesto la sujeción de los jueces a las interpretaciones que de la Constitución formule el Alto Tribunal. Así, “[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 que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional”.

<sup>20</sup> Ha dicho el Tribunal Constitucional de sus sentencias que “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° 03741-2004-AA/TC*, fundamento 42.

<sup>21</sup> BERNAL (2003) p. 127.

<sup>22</sup> ALEXY (1993) pp. 69-70.

<sup>23</sup> Salvo para las leyes de desarrollo constitucional que, a pesar de su valor constitucional, el Constituyente peruano le ha asignado un rango legal con el único propósito de hacerla pasible de una acción de inconstitucionalidad (artículo 200.4 de la Constitución). Precisamente por su valor constitucional componen el bloque de constitucionalidad, “el parámetro del control en la acción de inconstitucionalidad [que] comprende a otras fuentes distintas de la Constitución (...) fuentes con rango de ley”. *EXP. N° 0005-2006-PI/TC*, fundamento 21.

<sup>24</sup> Una diferencia del derecho fundamental directamente estatuido del adscripto, que aquí se sigue en la nomenclatura, en ALEXY (1993) pp. 66-73.

<sup>25</sup> *EXP. N° 02005-2009-PA/TC*, fundamento 53.

ma: “N53 STC 02005-2009-PA<sup>26</sup>: Está ordenado considerar que la concepción se produce desde la fecundación”.

Esta es una norma que por haber cumplido esenciales exigencias de validez se le reconoce apariencia de norma válida<sup>27</sup>, por lo que se le considera norma nacida con la presunción de validez. Una vez nacida es atraída por la norma N2.1’ CP que concreta. Adherida a ella existe como norma constitucional adscripta. El contenido constitucional directamente estatuido y adscripto resultante puede ser mostrado así: “N2.1 CP: Está ordenado considerar al concebido como sujeto de derecho en todo cuanto le favorece. La concepción se produce desde la fecundación”.

#### IV. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES ADSCRIPTAS DE ORIGEN CONVENCIONAL EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

##### 1. LAS NORMAS CONVENCIONALES CREADAS POR LA CADH

La diferenciación entre normas directamente estatuidas y adscriptas empleada para las normas constitucionales, puede ser aplicada también para las convencionales. El derecho convencional sobre derechos humanos está conformado por las normas convencionales directamente estatuidas por el Legislador convencional. Son normas que se desprenden de las distintas disposiciones convencionales del tratado sobre derechos humanos concernido. También está conformado por las normas convencionales adscriptas a estas, producidas por la interpretación vinculante y concretadora que de la Convención o tratado realiza el órgano internacional encargado de asegurar su plena vigencia. Aplicada esta diferenciación al sistema interamericano se tiene que el derecho convencional está conformado por las normas convencionales directamente estatuidas que se desprenden de las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>28</sup>, y por las normas convencionales adscriptas creadas por la Corte IDH cuando, en ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, interpreta de modo vinculante la CADH para concretar normas convencionales directamente estatuidas<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> En esta denominación de la norma, N significa norma; 53 es el número del fundamento jurídico de la sentencia en la que se recoge el contenido que conforma la norma; STC significa sentencia del Tribunal Constitucional; y 02005-2009-PA, es el número de la sentencia.

<sup>27</sup> Una tal apariencia es consecuencia de haberse cumplido las esenciales exigencias formales que permiten presumir, *iuris tantum*, que ha sido emitida por órgano competente, siguiendo el procedimiento previsto. Cfr. ACCATINO (2000) pp. 39-41. Luego de nacida se podrá someter a algún control jurídico que permita verificar si ha cumplido o no con todas las reclamadas exigencias formales para reconocerla como efectivamente válida y, por tanto, existente.

<sup>28</sup> Aunque en este trabajo la mención expresa es a la CADH, deberá entenderse hecha también a “los tratados de derechos humanos de los cuales es Parte el Estado”. *MASACRE DE RÍO NEGRO VS. GUATEMALA* (2012) párrafo 262.

<sup>29</sup> Si bien entre función contenciosa y consultiva existen diferencias, en el ejercicio de ambas igualmente se formulan interpretaciones vinculantes y concretadoras de la CADH para establecer la premisa normativa o *ratio decidendi* (regla jurídica) con la que se resuelve el problema jurídico presentado. Se trata de una norma de alcance general que se convierten en parámetro de validez convencional. Por eso, para realizar un control de convencionalidad, se “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también *la interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (*GELMAN VS. URUGUAY* (2013), párrafo 66). En esta línea, Tribunal Cons-

Así, y en referencia al derecho humano a la vida, la CADH ha dispuesto: “**Artículo 4:** 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

Desde esta disposición convencional varias normas convencionales directamente estatuidas pueden ser concluidas. De ellas ahora interesa mostrar estas dos: “N° 4.1 CADH<sup>30</sup>: Está ordenado respetar el contenido esencial del derecho a la vida” y “N° 4.1’ CADH: Está ordenado que el derecho a la vida se proteja por la ley, en general, a partir del momento de la concepción”.

La norma N° 4.1 CADH es una norma convencional directamente estatuida de máximo grado de indeterminación normativa que es concretada a través de la norma N° 4.1’ CADH, una norma convencional directamente estatuida de relevante grado de indeterminación normativa. El elemento indeterminado en esta norma es concepción. Esta indeterminación está llamada a ser clarificada por la Corte IDH.

## 2. LAS NORMAS CONVENCIONALES CREADAS POR LA CORTE IDH

La interpretación vinculante y concretadora de la CADH, la lleva a cabo la Corte IDH a través de sus funciones contenciosa y consultiva. En la sentencia al Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, la Corte IDH la interpretó vinculantemente para concretar la norma N° 4.1’ CADH en su elemento abierto concepción. Luego de reconocer la necesidad de concretar este elemento<sup>31</sup>, y de advertir la existencia de al menos dos teorías científicas para hacerlo (la fecundación y la anidación), abrazó una de ellas y descartó la otra para, finalmente, concluir que “el Tribunal entiende el término ‘concepción’ desde el momento en que ocurre la implantación”<sup>32</sup>.

Esta interpretación vinculante produjo el nacimiento de una norma que puede ser presentada así: “N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA<sup>33</sup>: Está ordenado entender que la concepción se inicia desde la implantación del embrión en el útero”. Cumplidas las básicas exigencias formales, se puede reconocer la apariencia de norma válida, por lo que nace al derecho convencional y es atraída fuertemente por la norma N° 4.1’ CADH, y a ella permanece adherida como norma convencional adscripta. El contenido convencional directamente estatuido y adscripto puede ser presentado así: “N° 4.1’ CADH: Está orde-

---

titucional peruano ha establecido que “[l]a vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte] IDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que *se extiende a su fundamentación o ratio decidendi* (...), incluso en aquellos *casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso*” (EXP. N° 2730-2006-PA/TC, fundamento 12).

<sup>30</sup> Los símbolos empleados tienen el siguiente significado: la letra N significa norma, el número que le sigue significa el número de la disposición, y CADH significa Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>31</sup> Así dijo la Corte IDH: “es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’”. *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012), párrafo 186.

<sup>32</sup> *ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012), párrafo 189.

<sup>33</sup> La letra N significa norma, el número indica el párrafo de la sentencia de la que (principalmente) proviene el contenido normativo, y le sigue el nombre del caso.

nado que el derecho a la vida se proteja por la ley, en general, a partir del momento de la concepción. *La concepción acontece con la implantación del embrión en el útero*”.

### 3. LA INTRODUCCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO DE LAS NORMAS CONVENCIONALES SOBRE EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Tanto la doctrina peruana<sup>34</sup> como el Tribunal Constitucional<sup>35</sup> consideran a la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución peruana<sup>36</sup> como la justificación para reconocer rango constitucional a los tratados sobre derechos humanos. Una vez que el Estado peruano se vinculó a la CADH, las normas convencionales directamente estatuidas ingresaron al sistema jurídico nacional y fueron atraídas fuertemente por las normas constitucionales directamente estatuidas que reconocían y regulaban los mismos bienes humanos esenciales debidos. Dejaron de ser derecho convencional a secas, para convertirse en derecho constitucional<sup>37</sup> adscripto<sup>38</sup>. A partir de ese momento, cada vez que la Corte IDH interpreta vinculantemente la CADH, las concreciones normativas resultantes ingresan al sistema jurídico peruano en el nivel constitucional, dejan de ser derecho convencional a secas, y se convierten en derecho constitucional adscripto. El derecho constitucional peruano, más precisamente el bloque de constitucionalidad<sup>39</sup>, queda dividido entre derecho constitucional directamente estatuido y derecho constitucional adscripto, y este a su vez se divide entre el de origen nacional y el de origen convencional. Conviene ejemplificarlo desde el derecho humano a la vida.

El derecho convencional del derecho humano a la vida está formado, entre otras, por las normas convencionales directamente estatuidas N° 4.1 CADH y N° 4.1' CADH; y por la norma convencional adscrita N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, que existe adherida a la norma N° 4.1' CADH que concreta. Este derecho convencional, una vez ingresado al sistema jurídico peruano, es fuertemente atraído por las normas constitucionales directamente estatuidas sobre el derecho a la vida: la norma N° 4.1 CADH es atraída por la norma constitucional directamente estatuida N° 2.1 CP, a la que se adscribe; y las otras dos restantes son atraídas por la norma constitucional directamente estatuida N° 2.1' CP, a la que se adscriben también. De esta forma el derecho convencional se convierte en derecho constitucional adscripto de origen convencional. El derecho constitucional queda completado con el derecho constitucional adscripto de origen nacional, en este caso creado por el Tribunal Constitucional<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> Por ejemplo, EGUIGUREN (2003).

<sup>35</sup> Al respecto puede revisarse la sentencia al *EXP. N° 0025-2005-PI/TC* y *0026-2005-PI/TC*, fundamentos 25 y 26.

<sup>36</sup> Se establece en esta disposición lo siguiente: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

<sup>37</sup> En palabras del Tribunal Constitucionales los tratados sobre derechos humanos “constituyen parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades”. *EXP. N° 047-2004-AI/TC*, fundamento 22.

<sup>38</sup> El derecho convencional directamente estatuido no es la voluntad del Constituyente, por lo que no puede incorporarse al ámbito del derecho constitucional directamente estatuido.

<sup>39</sup> CASTILLO (2018) pp. 47-52.

<sup>40</sup> *N°53 STC 02005-2009-PA*.



De todas estas normas, algunas se destinan a mencionar el nombre del bien humano debido, constitucionalizando (de modo máximamente abierto) el contenido esencial del derecho humano (normas N° 2.1 CP y N° 4.1 CADH); y las otras se destinan a regular el bien humano debido y a concretar el contenido esencial constitucionalizado (normas N° 2.1 CP, N° 4.1' CADH, N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, N° 53, STC 02005-2009-PA). Todas estas normas conforman el constitucionalizado contenido esencial del derecho humano.

## V. LA ANTINOMIA ENTRE NORMAS QUE CONFORMAN EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA DEL CONCEBIDO

Entender el contenido esencial constitucionalizado de los derechos fundamentales como un conjunto de normas constitucionales ayuda a advertir la posibilidad de que coexistan normas constitucionales contrarias entre sí. Esta posibilidad es tan extremadamente improbable en el nivel de las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa, que aquí se considerará imposible que ocurra. La razón es que estas normas se configuran con la sola mención del nombre del bien humano debido para constitucionalizar o convencionalizar el contenido esencial del derecho humano. Para que entre ellas pudiera surgir la antinomia, ambas deberían reconocer el bien humano, una para afirmarlo (con una fórmula del tipo “todos tienen derecho a la vida”), y la otra para negarlo (con una fórmula del tipo “nadie tiene derecho a la vida”). En la realidad la formulación de las normas constitucionales de máximo grado de indeterminación normativa, suele ser muy parecida cuando no exactamente la misma como ha ocurrido entre las normas N° 2.1 CP y N° 4.1 CADH.

La probabilidad de que existan antinomias surge en el ámbito de las concreciones del contenido esencial del derecho humano reconocido. Estas concreciones se producen, en primer lugar, en el ámbito de las normas directamente estatuidas. Así, después de reconocer el bien humano debido, el Legislador constituyente y el Legislador convencional lo regulan para concretar el contenido esencial del derecho humano respectivo. Por ejemplo, la norma N° 2.1 CP es concretada a través de la norma N° 2.1' CP; y la norma N° 4.1 CADH es concretada a través de la norma N° 4.1' CADH. Siendo posible, sin embargo, es altamente improbable que la contradicción normativa ocurra entre las concreciones que formulen el Legislador constituyente y el Legislador convencional<sup>41</sup>. La razón es que ambos legisladores se limitan a regular de modo básico el bien humano debido por lo que sus concreciones tenderán a ser normas con relevante grado de indeterminación normativa, lo que aminora considerablemente la posibilidad de negar el bien humano debido que regulan. Por lo que de esta posibilidad tampoco nada será dicho aquí.

<sup>41</sup> Estas concreciones normativas se darán a través de normas de relevante grado de indeterminación normativa (como son las normas N° 2.1' CP y N° 4.1 CADH). Las normas sin relevante grado de indeterminación normativa son escasas en la parte dogmática de las Constituciones (como sí abundan, por ejemplo, en la parte orgánica), y prácticamente inexistentes en las Convenciones internacionales sobre derechos humanos. Por esta razón, no serán tomadas en cuenta en el análisis que aquí se lleva a cabo.

En segundo lugar, las concreciones se producen de la mano de los órganos públicos nacionales o convencionales. Así, el Tribunal Constitucional ha concretado la norma N° 2.1' CP a través de la norma N° 53 STC 02005-2009-PA; mientras que la Corte IDH, ha concretado la norma N° 4.1' CADH a través de la norma N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. Sin dejar de ser excepcional, la posibilidad de contradicción normativa alcanza su máxima probabilidad en este ámbito. La razón es que las concreciones tienden a ser concreciones sin relevante grado de indeterminación normativa que permitan, precisamente, resolver los problemas iusfundamentales que se presenten. La contradicción puede ocurrir respecto de normas constitucionales adscriptas de origen nacional entre sí, por ejemplo, una ley de desarrollo constitucional contraria a una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional; o entre estas y una norma constitucional directamente estatuida. También puede ocurrir entre las normas constitucionales adscriptas de origen nacional y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional, por ejemplo, entre una regla jurídica creada por el Tribunal Constitucional y otra creada por la Corte IDH; o entre estas y una norma constitucional directamente estatuida.

En relación al derecho humano a la vida, la norma constitucional adscripta de origen nacional N53 STC 02005-2009-PA es contraria a la norma constitucional adscripta de origen convencional N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA. Mientras la primera ordena al operador jurídico que tenga iniciada la concepción con la fecundación (del óvulo por el espermatozoide), la segunda le ordena que la tenga iniciada con la anidación (del cigoto en el endometrio de la mujer). Ambas normas son contrarias entre sí y no pueden ser empleadas a la vez, por lo que corresponde solucionar la antinomia creada

## VI. LA SOLUCIÓN DE LA ANTINOMIA

### 1. SOLUCIÓN FORMAL Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Dos caminos pueden ser seguidos para resolver la antinomia surgida. El primero, de tipo formal, la resuelve exclusivamente de la mano de razones de autoridad: prevalece la norma convencional por provenir de un órgano internacional. Esta respuesta se encuentra no solo en la doctrina<sup>42</sup>, sino también es la posición de la Corte IDH, al establecer que “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también *están sometidos* a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención *no se vean mermad[os] por la aplicación de leyes contrarias* a su objeto y fin”<sup>43</sup>. La prevalencia no solo se ha exigido respecto de los tratados, sino también –y con la misma fuerza– de la manera cómo los tribunales internacionales interpretan los tratados: “el órgano judicial tiene la función de *hacer prevalecer* la Convención Americana y *los fallos de esta Corte sobre la normatividad*

<sup>42</sup> Es el caso de Sagüés, quien propone una superioridad del derecho convencional sobre el derecho nacional. SAGÜÉS (2010) pp. 124-125.

<sup>43</sup> *ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE* (2006) párrafo 124. La cursiva es añadida.

*interna*, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso”<sup>44</sup>.

El control de convencionalidad en manos de la Corte IDH, ha sido ampliado como “control interno de convencionalidad”<sup>45</sup>, para imponer a los operadores jurídicos nacionales “la obligación de verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos, a la CADH (y otros instrumentos internacionales esenciales en el área de los derechos humanos) y a los patrones interpretativos que el Tribunal Interamericano ha acuñado a su respecto”<sup>46</sup>. Si esa adecuación no es posible, entonces, “las autoridades estatales deberán abstenerse de aplicar la norma nacional”<sup>47</sup>. La finalidad de este control extendido es “coadyuvar a que los jueces, y en general todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José (...) cumplan con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano”<sup>48</sup>, “en aras de la cabal tutela de los derechos básicos”<sup>49</sup>, y así “evitar la vulneración de los derechos humanos protegidos internacionalmente”<sup>50</sup>.

Este control así entendido opera sobre la presunción *iure et de iure*, que la norma convencional siempre se ajusta al contenido esencial de los derechos humanos. Presumiendo de esa manera, se asumirá que la validez jurídica de la norma convencional depende solo y exclusivamente de la autoridad de la fuente que la produce. Así, con base en el principio de supremacía convencional<sup>51</sup>, se reconocerá que la autoridad del legislador convencional y de la Corte IDH, es siempre mayor que la autoridad del Poder Constituyente<sup>52</sup>, del Tribunal Constitucional, del poder legislativo, e incluso de “la voluntad de la mayoría de la población”<sup>53</sup>, cuyas decisiones automáticamente se convierten en injustas cuando son contrarias a las decisiones de la autoridad internacional.

En referencia al derecho humano a la vida, la aplicación de esta solución formal resolverá la antinomia haciendo prevalecer la norma creada por la Corte IDH, N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, e inaplicando la norma creada por el Tribunal Constitucional, N° 53 STC 02005-2009-PA, por el solo carácter convencional de la primera, y nacional del segundo. El control de convencionalidad extendido aparecerá como el instrumento para asegurar que los operadores jurídicos peruanos, en todo problema jurídico relacionado con el derecho a la vida del concebido, y sin más justificación que la autoridad de la Corte IDH, impongan la norma de origen convencional sobre la nacional. Ni tan siquiera los jueces peruanos, mucho menos los funcionarios administrativos, tendrían la posibili-

<sup>44</sup> *GELMAN VS. URUGUAY* (2013) párrafo 73. La cursiva es añadida. Aunque se menciona al fallo, en realidad “deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana”. *Idem*, párrafo 66.

<sup>45</sup> GARCÍA (2011) p. 126.

<sup>46</sup> BAZÁN (2012) p. 24.

<sup>47</sup> FERRER (2019) p. 616.

<sup>48</sup> FERRER (2019) p. 615.

<sup>49</sup> BAZÁN (2012) p. 24.

<sup>50</sup> FERRER (2019) p. 616.

<sup>51</sup> FERRER (2010) p. 185.

<sup>52</sup> Porque la CADH, y la jurisprudencia de la Corte IDH habrá que añadir irremediamente, prevalece sobre las constituciones nacionales. Cfr. SAGÜÉS (2009) p. 3.

<sup>53</sup> FERRER (2019) p. 624.

dad de evaluar la validez de la regla jurídica convencional como lo propone una solución de tipo material. Sin embargo, hay razones para el disenso.

## 2. SOLUCIÓN MATERIAL DE LA ANTINOMIA Y EL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD INTERNA

### 2.1. *El valor relativo de la vinculación al derecho convencional*

El segundo camino para resolver la antinomia es de tipo material y se construye desde el carácter relativo de la vinculación del derecho convencional. En el Estado legal de derecho, la Constitución fue considerada norma solamente en su parte orgánica, particularmente la destinada a regular la producción normativa<sup>54</sup>; mientras que a su parte dogmática le era reconocida naturaleza política<sup>55</sup>, la cual se juridificaba a través de la ley<sup>56</sup>. Esta fue definida solo formalmente “como un acto de voluntad del Parlamento sin referencia alguna a sus posibles contenidos axiológicos o teleológicos”<sup>57</sup>. La ley era válida “no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa”<sup>58</sup>. El principio de legalidad quedó afirmado “como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo”<sup>59</sup>. El sistema normativo interno, consecuentemente, se edificó sobre la autoridad de la ley, y no sobre la justicia del derecho, lo que promovió la existencia y eficacia de decisiones injustas<sup>60</sup>.

La segunda guerra mundial representa la ruptura con esta cosmovisión<sup>61</sup>, y el inicio de un modo de entender al Derecho (y por ende al Estado de derecho) sostenido no solo sobre razones formales de autoridad, sino también y, ante todo, sobre razones de justicia material o, si se prefiere, sobre los “principios de justicia material”<sup>62</sup> que dibujaban “una serie de reglas que desarrollan el deber ser del Derecho positivo”<sup>63</sup>. Se reintroduce<sup>64</sup> el Estado constitucional de derecho con la pretensión de significar un “auténtico cambio genético”<sup>65</sup> en las bases del Estado legal de derecho. Se reintroducen contenidos materiales de justicia<sup>66</sup> representados por la dignidad humana y los derechos humanos. Estas exigencias de justicia material pasan a formar parte de la Constitución, y toda ella pasa a ser plenamente norma-

<sup>54</sup> Kelsen (1995) p. 147.

<sup>55</sup> Con acierto ha dicho Rubio Llorente que existe en Kelsen “una repugnancia a admitir la vinculación del legislador a los preceptos no puramente organizativos de la Constitución, a aceptar la predeterminación del contenido material de la ley”. RUBIO (1982) p. 40.

<sup>56</sup> FIORAVANTI (1996) pp. 63 y ss.

<sup>57</sup> GARCÍA (1989) p. 11.

<sup>58</sup> FERRAJOLI (2003) p. 16.

<sup>59</sup> FERRAJOLI (2003) p. 16.

<sup>60</sup> Mucho tuvo que ver el positivismo jurídico que “cerr[ó] intencionalmente la posibilidad de una distinción jurídicamente relevante entre ley y justicia”. ZAGREBELSKY (2007) p. 96.

<sup>61</sup> KAUFMANN (2007) pp. 11 y ss.

<sup>62</sup> ZAGREBELSKY (2007) p. 93.

<sup>63</sup> FERRAJOLI (2009) p. 180.

<sup>64</sup> SCHONFELD (2020) p. 119.

<sup>65</sup> ZAGREBELSKY (2007) p. 33.

<sup>66</sup> Desde Roma el derecho estuvo estrechamente vinculado al *Ius* y a la *Iustitia*. El Digesto se inicia definiendo el derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*); D. 1, 1, 1.

tiva<sup>67</sup>. Si una decisión jurídica negaba tales exigencias de modo insoportable<sup>68</sup> o de modo extremo<sup>69</sup>, ni tan siquiera llegaba a tener existencia jurídica; y si la negación no era de ese carácter, la decisión nacía al mundo jurídico, pero estaba llamada a ser ineficaz<sup>70</sup>. Esto significó una fuerte materialización del entero orden jurídico<sup>71</sup>, con el inevitable desborde del concepto positivista de Derecho<sup>72</sup>.

En el Estado constitucional de derecho es “posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo (...) los derechos fundamentales”<sup>73</sup>. La validez de una norma ya no depende solamente de la autoridad del órgano que la produce, sino también de su ajustamiento a las exigencias formales y, particularmente, materiales de justicia que representan los derechos humanos constitucionalizados<sup>74</sup>. Consecuentemente, la vinculación a la norma no es absoluta, sino relativa: está en relación con su validez formal y, especialmente, material. Ninguna fuente jurídica tiene la autoridad para convertir en infalible el contenido de la norma que produce. De modo que resulta justificado rechazar no solo la infalibilidad de la ley, sino también la de los tribunales de cierre como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en el sistema interno, y la de la Corte IDH en el sistema interamericano, a la hora de crear derecho<sup>75</sup>. Por lo que si existiesen dos normas contrarias que concretan un mismo derecho humano, la prevalencia de una u otra no se justificará solamente en la autoridad falible que la haya dispuesto, sino que deberá acompañarse de razones de justicia formal y especialmente material. En particular, si la Corte IDH no es infalible a la hora de producir normas, entonces la vinculación de los Estados parte no será absoluta, sino relativa.

## 2.2. *Consecuencia del valor relativo: respeto al ámbito de evaluación de validez formal y material de las normas*

Esta vinculación relativa se pondrá de manifiesto en el control de constitucionalidad en un sistema jurídico nacional. Un tal control servirá para identificar y descartar normas

<sup>67</sup> GARCÍA (1991) pp. 197 y ss.

<sup>68</sup> RADBRUCH (1990) p. 89.

<sup>69</sup> ALEXI (2001) p. 76.

<sup>70</sup> Es una característica del Estado constitucional su normatividad, la que produce la aplicación inmediata de sus contenidos, incluidos las exigencias de justicia material que significan los derechos humanos constitucionalizados. En este contexto la jurisdicción constitucional redimensionada es una consecuencia necesaria del Estado constitucional de derecho. Para una breve historia de la evolución de la jurisdicción constitucional véase HÄBERLE (2004) pp. 17-27.

<sup>71</sup> HABERMAS (1997) p. 300.

<sup>72</sup> CRUZ (2005) p. 101.

<sup>73</sup> FERRAJOLI (2003) p. 18.

<sup>74</sup> ALEXI (2003) p. 34.

<sup>75</sup> Diferenciadas las reglas jurídicas de carácter general que se crean con la interpretación vinculante de la Constitución o de la Convención, de las reglas jurídicas de alcance *inter partes* que se recogen en el fallo, la seguridad jurídica reclama el cumplimiento de estas (salvo el improbable caso de una decisión absurda manifiestamente), y permite la inaplicación de aquellas para los casos futuros, siempre que se cumpla con un deber cualificado de motivación.

inconstitucionales por trasgredir exigencias de justicia constitucionalizadas. De ahí que (normalmente) el control de constitucionalidad es depositado en los jueces que comparten la *iurisdictio*: o los jueces o el Tribunal Constitucional<sup>76</sup>, o ambos<sup>77</sup>. El control de constitucionalidad reclama un ámbito de acción que permita no solo identificar la autoridad de la que provienen las normas, sino también identificar y justificar las normas que incumplen las exigencias formales y materiales de validez constitucional.

En referencia al sistema jurídico peruano, la Constitución es una propia del Estado constitucional de derecho. Trae reconocidas y reguladas las exigencias de justicia material que representa tanto la dignidad humana (artículo 1), como los derechos fundamentales, expresa (por ejemplo, la lista del artículo 2), e implícitamente (artículo 3) reconocidos. Incluso, ha colocado a los poderes públicos al servicio de la persona, imponiéndoles como deber primordial promover la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44)<sup>78</sup>. Asimismo, es una Constitución plenamente normativa, y su interpretación “debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no solo parcialmente”<sup>79</sup>.

Debido a que la Constitución peruana cumple con las características para ser tenida como Constitución del Estado constitucional, el control de constitucionalidad depositado en manos de los jueces (judiciales, arbitrales y militares)<sup>80</sup> y del Tribunal Constitucional<sup>81</sup>, reclama que el controlador justifique si la norma cumple o no con las exigencias formales y materiales de validez constitucional. Y aunque no es la regla general, se ha permitido a los jueces, inaplicar leyes del Congreso de la República por inconstitucionalidad material<sup>82</sup>; al Tribunal Constitucional dejar sin efecto reglas jurídicas por él mismo creadas en contra del sistema democrático<sup>83</sup>, tramitar demandas de inconstitucionalidad por la forma o por el

<sup>76</sup> El modelo difuso y el concentrado de control de la constitucionalidad son los modelos más difundidos. Cfr. PEREIRA (1987) pp. 247 y ss. El control constitucional no es una exigencia de justicia, sino una exigencia de conveniencia. Es decir, es el Constituyente el que decide crear, no reconocer, el control de constitucionalidad y asignarlo a los órganos y con el alcance que considere conveniente a la concreta realidad en la que operará.

<sup>77</sup> El control de constitucionalidad en el Perú es mixto, dual o paralelo por concurrir el modelo de control difuso y el de control concentrado. GARCÍA (1998) pp. 65-71.

<sup>78</sup> De modo que “todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada ‘Constitución orgánica’ se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1° de la Constitución)”. *EXP. N° 5854-2005-PA/TC*, fundamento 12b.

<sup>79</sup> *EXP. N° 5854-2005-PA/TC*, fundamento 12.e.

<sup>80</sup> El control difuso se constitucionaliza en el segundo párrafo del artículo 138, en el que se ordena a los jueces (judiciales, arbitrales y militares) preferir la norma constitucional sobre la infraconstitucional.

<sup>81</sup> El Tribunal Constitucional es el “órgano de control de la Constitución” (artículo 201 CP); y al que se le atribuye competencias de control difuso y de control concentrado de la constitucionalidad (artículo 202 CP).

<sup>82</sup> Así, la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema en el *EXP. N° 3873-2012*, de 17 de marzo de 2015, que en consulta confirma la inaplicación que del artículo 400 del Código Civil llevó a cabo el Juzgado Mixto de Huallaga, Corte Superior de San Martín, por vulneración del derecho fundamental a la identidad biológica de un menor.

<sup>83</sup> Por ejemplo, así ocurrió en la sentencia del Tribunal Constitucional al *EXP. N° 04293-2012-PA/TC*, en cuyo punto 4 del fallo dejó sin efecto el precedente vinculante que el mismo Tribunal había creado años atrás en su sentencia al *EXP. N° 03741-2004-AA/TC*, fundamento 50A. Y lo declaró inconstitucional porque se trataba de

fondo contra leyes de reforma constitucional<sup>84</sup>, e incluso le ha permitido inaplicar por inconstitucionalidad material normas recogidas en la misma Constitución<sup>85</sup>. Este ámbito de ejercicio razonable de la función jurisdiccional, se une a los ámbitos de ejercicio razonable de las demás funciones públicas, y conforman el marco de actuación interna del que gozan los Estados parte.

Los riesgos de ejercicio extralimitado del control de constitucionalidad así entendido, deben quedar convenientemente neutralizados con el cumplimiento estricto del deber de motivación cualificada que justifique la inconstitucionalidad formal o material de un determinado contenido normativo. En particular, el juez debe cumplir este deber para inaplicar por inconstitucional a una norma que, por tener valor y rango constitucional, forma parte del bloque de constitucionalidad. Cumplido rigurosamente este deber, el ejercicio razonable del control de constitucionalidad realizado deberá ser respetado por todos los órganos, tanto nacionales como convencionales, cuyos productos normativos son inaplicados en la solución de una determinada controversia.

## VII. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CREADA POR LA CORTE IDH EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

### 1. LA CORTE IDH DEBE RESPETAR EL EJERCICIO REGULAR DE LA FUNCIÓN PÚBLICA DEL JUEZ NACIONAL

Si un juez nacional a la hora de resolver un problema jurídico referido a derechos humanos, ha inaplicado una norma de origen convencional creada, por ejemplo, por la Corte IDH, por trasgresora de una exigencia formal o material de justicia constitucionalizada, y ha hecho prevalecer la norma nacional, por ese solo hecho no incurre en inconvencionalidad, ni genera responsabilidad internacional. Si el asunto llegase a la Corte IDH, el control de convencionalidad que lleve a cabo deberá ser respetuoso del marco de actuación interna de los Estados, que le depara al juez nacional un ámbito de valoración y justificación propia sin el cual no existe ejercicio razonable de la función jurisdiccional en general, ni del control constitucional en particular.

El ejercicio razonable de la función pública que inaplica una norma de origen convencional, puede manifestarse al menos en dos supuestos. Primero, cuando la Corte IDH ha impuesto una concreción del contenido esencial de un derecho humano entre dos

---

una regla jurídica que “afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución” y porque “afecta al principio de división de poderes”. *EXP. N° 04293-2012-PA/TC*, fundamento 33.

<sup>84</sup> De sí mismo ha establecido el Tribunal Constitucional que “es, además, competente para evaluar la constitucionalidad o no de ciertas disposiciones que, eventualmente, mediante una reforma parcial, se puedan introducir, pues si bien el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución no prevé expresamente las leyes de reforma constitucional como objeto de la acción de inconstitucionalidad, también es verdad que esta se introduce al ordenamiento constitucional mediante una ley y, además, porque el poder de reforma de la Constitución, por muy especial y singular que sea su condición, no deja de ser un auténtico poder constituido y, por lo tanto, limitado”. *EXP. N° 014-2002-AI/TC*, fundamento 35.

<sup>85</sup> Fue el caso de la inaplicación del artículo 154.2 de la Constitución por ser contraria al contenido esencial del derecho a la igualdad al “produci[r] un trato desigual injustificado”. *Cfr. EXP. N° 1333-2006-PA/TC*, fundamento 6.

alternativas igualmente válidas por ser ambas razonables. Segundo, cuando el contenido esencial de un derecho humano ha sido concretado por la Corte IDH desajustándose del bien humano debido que lo sostiene<sup>86</sup>. El primero representa un caso de inconventionalidad formal debido a que la norma creada es consecuencia del ejercicio extralimitado de la competencia interpretativa que tiene atribuida la Corte IDH; este será un caso de injusticia formal. El segundo supuesto significa un caso de inconventionalidad material debido a que la norma creada trasgrede la exigencia de justicia material que representa el contenido esencial del derecho humano que concreta; se trata pues de un caso de injusticia material.

Si el juez nacional cumple el deber cualificado de motivación para sostener que la norma creada por la Corte IDH incurre en alguno de estos dos supuestos, y como consecuencia de ello inaplica el derecho de origen convencional, se produce un ejercicio regular de la función pública del juez nacional que la Corte debe respetar. De lo contrario, ella corre el riesgo de convertirse no solo en cuarta instancia judicial en los procesos iniciados en la jurisdicción interna<sup>87</sup>, sino también en gobernante de los Estados parte.

## 2. EL PELIGRO DE CONVERTIRSE LA CORTE IDH EN GOBERNANTE NACIONAL

En efecto, si existen dos posibles concreciones igualmente válidas por ser ambas razonables, decantarse por una o por otra no es una decisión esencialmente jurídica, sino política. La decisión esencialmente política se adopta con base en el criterio de conveniencia<sup>88</sup>, por lo que corresponde a los gobernantes (al Ejecutivo o al Legislativo) de cada Estado adoptarlas, y hacerlo dentro de un margen razonable de discrecionalidad que le permita apreciar y decidir cuál de dos medidas igualmente válidas por razonables, conviene más a la comunidad política en determinadas circunstancias<sup>89</sup>. Este margen de discrecionalidad política, junto con los ámbitos razonables de ejercicio de las funciones públicas antes mencionados, conforma el marco de actuación interna de los Estados parte, y que debe ser respetado no solamente por los otros Estados, sino también por los tribunales internacionales de justicia.

Si el Ejecutivo o el Legislativo aun no hubiesen emitido la ley de desarrollo constitucional a través de la cual se opta por una u otra medida igualmente razonable, y se judi-

<sup>86</sup> Este supuesto permite una añadida distinción: cuando el desajuste es tal independientemente de las concretas circunstancias, en cuyo caso la negación del contenido esencial del derecho humano siempre será tal; y cuando el desajuste y la negación del contenido esencial se configura no en abstracto sino en relación a unas concretas circunstancias.

<sup>87</sup> La Corte IDH se ha encargado de negar en sus sentencias esta posición de cuarta instancia. Lo ha hecho, por ejemplo, en la sentencia al caso *CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES vs. MÉXICO* (2010) párrafo 16. Sin embargo, en la práctica tiene dificultades para conseguirlo. Cfr. SAGÜES (2016) pp. 435-437 y 458.

<sup>88</sup> Son decisiones que “tiene[n] su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal”. *EXP N° 0090-2004-AA/TC*, fundamento 9.

<sup>89</sup> Este margen de discrecionalidad forma parte del margen de apreciación interna del que gozan todos los Estados, es un componente político que le permite decidir lo conveniente en relación a unas concretas circunstancias; y que completa el componente jurídico que le habilita no solo a concretar razonablemente el contenido esencial de los derechos humanos, sino también –y como se verá más adelante– a inaplicar normas convencionales de las que en abstracto o en relación a unas concretas circunstancias, pueda justificarse que son contrarias a un tal contenido esencial.



cializase un concreto problema jurídico cuya solución necesita tomar una opción, el juez, en cumplimiento del deber de no dejar de administrar justicia aun en vacío o deficiencia de la ley, deberá justificar la opción que abraza<sup>90</sup>. Si el caso llegase a la Corte IDH, esta tiene ante sí una opción elegida por el juez nacional en ejercicio razonable de la función atribuida, por lo que tiene el deber de respetar la elección. No obstante, si la Corte IDH declarase inconveniente la opción del juez nacional para imponer la otra alternativa también razonable, la norma convencional nacería igualmente, pero se trataría de un ejercicio extralimitado que, advertido y justificado por el juez nacional en un futuro caso concreto, estaría destinado a ser ineficaz por inconstitucional<sup>91</sup>.

Este es el supuesto ocurrido en relación al derecho humano a la vida. Como se recordará, la norma convencional directamente estatuida N° 4.1 CADH fue concretada a través de la norma N° 4.1' CADH, la que tiene un elemento abierto en su formulación: concepción. En la sentencia al Caso Artavia Murillo, la Corte IDH reconoció la existencia de dos teorías científicas para concretar tal elemento abierto: la teoría de la fecundación y la teoría de la anidación<sup>92</sup>, y reconoció también que “no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida”<sup>93</sup>. A pesar de ello decidió abrazar una de las dos teorías: “la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que solo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción”<sup>94</sup>; para finalmente decantarse por una de las dos concreciones razonables: que la concepción se inicia con la anidación, dando lugar a la formulada norma N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA.

El deber cualificado de motivación para evitar excesos en el control de validez no solo se aplica al control de constitucionalidad, sino también al control de convencionalidad en manos de la Corte IDH. En la sentencia que se examina, el deber fue incumplido en particular porque la Corte no se plantea la cuestión de si tiene o no la competencia para imponer un modo de concretar el elemento abierto “concebido” de la norma N° 4.1 CADH, cuando desde el estado actual de la ciencia existe justificación científica para más de una concreción razonable y el Estado parte optó por una de ellas. Y porque “[t]eniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, *el Tribunal constata que*, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que *si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son*

<sup>90</sup> La ley de desarrollo constitucional que se emita en el futuro a través de la ley (Congreso de la República) o del decreto legislativo (Ejecutivo), puede coincidir o no con la concreción adoptada por el juez nacional (Corte Suprema o Tribunal Constitucional). Si coinciden no se generará problema alguno. Si no coinciden, la aprobación de la ley o decreto legislativo hará ineficaz a la concreción (no a los fallos ejecutados o por ejecutar) judicial.

<sup>91</sup> En ejercicio del control de constitucionalidad el juez justificaría la vulneración de la norma constitucional adscripta de origen convencional que, proveniente de la CADH, regula las competencias de la Corte IDH.

<sup>92</sup> Así dijo la Corte IDH: “es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término ‘concepción’”. CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 180.

<sup>93</sup> CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 185.

<sup>94</sup> CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 186.

nulas”<sup>95</sup>. Pero que tenga o no posibilidades de desarrollo no quiere decir que antes del desarrollo no exista vida.

Una cosa es la vida y otra cosa es su desarrollo en medidas distintas. Ingresada esta norma convencional al sistema jurídico peruano, conforma el derecho constitucional adscripto de origen convencional, y entró en contradicción con la norma constitucional adscripta de origen nacional N° 53 STC 02005-2009-PA, según la cual la concepción se inicia con la fecundación. ¿Cuál de ambas normas en contradicción tendrá que ser aplicada por el juez peruano en un caso concreto? La antinomia no puede ser resuelta haciendo prevalecer la norma de origen convencional por el solo hecho de provenir de la Corte IDH, no por lo menos sin quebrar las bases del Estado constitucional de derecho y sin menoscabar el ámbito de ejercicio razonable de la función jurisdiccional que titulariza el juez. Si no que la solución deberá identificar cuál de las dos normas contrarias cumple las exigencias formales y materiales de validez jurídica para aplicarla, y cual no para inaplicarla como consecuencia del control difuso que ejerza, desde que, siendo ambas contrarias, no pueden ser eficaces a la vez.

En este caso, las razones están a favor de la inaplicación de la norma N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, por ser consecuencia del ejercicio extralimitado de la atribución interpretativa de la CADH que titulariza la Corte IDH. En efecto, como ya fue justificado, el elemento abierto concepción admite dos concreciones avalada una y otra por una aceptada teoría científica, por lo que ambas concreciones son razonables y por ello igualmente válidas. Siendo válidas, no correspondía a la Corte decantarse por una o por otra. Luego de advertir que existen dos teorías científicas que permiten concreciones razonables del elemento normativo concepción, lo que correspondía era afirmar que compete a cada Estado decidir cuál de las dos concreciones abraza.

## VIII. CONSECUENCIAS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El modo de entender la relación entre derecho constitucional y derecho convencional aquí propuesto, produce consecuencias relevantes sobre el llamado control de convencionalidad<sup>96</sup>, que justifican su replanteamiento<sup>97</sup>. Si la Corte IDH no es infalible y puede producir normas formal o materialmente inconvencionales, entonces, el control de convencionalidad no puede ser empleado como un mecanismo para imponer sus interpretaciones de la CADH, ni los Estados partes están obligados a seguir siempre y en todo caso las normas convencionales creadas por ella.

Un control de convencionalidad respetuoso con el ejercicio razonable de las funciones públicas estatales, en particular, con el control de constitucionalidad<sup>98</sup>, debe edificarse aceptando que los operadores jurídicos nacionales no operan con derecho convencional a

<sup>95</sup> CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA (2012), párrafo 186.

<sup>96</sup> CASTILLO (2019) pp. 30-45.

<sup>97</sup> Es relevante tomar en cuenta el bajo nivel de cumplimiento que han tenido las causas en las que la Corte Interamericana ha ordenado aplicar el control de convencionalidad. Sobre esto véase SILVA (2018) pp. 717-744.

<sup>98</sup> Ha sido la misma Corte IDH la que ha ordenado que el control de convencionalidad se lleve a cabo “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias [de los órganos nacionales] y de las regulaciones procesales correspondientes”. TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ (2006), párrafo 128.

secas, sino con derecho convencional constitucionalizado o, como aquí se le ha llamado, con derecho constitucional adscripto de origen convencional. Este, junto al derecho constitucional adscripto de origen nacional, existe adherido a las normas constitucionales directamente estatuidas destinadas a reconocer los derechos humanos y regular de modo básico su contenido esencial. Unas y otras conforman el derecho constitucional de los derechos humanos o, como aquí se ha justificado, el contenido constitucional de los derechos fundamentales.

Siendo normas constitucionales, todas ellas son idóneas para llevar a cabo control de constitucionalidad, no control de convencionalidad entendido en sentido estricto<sup>99</sup> como “un control de compatibilidad entre normas aplicables en un caso concreto”<sup>100</sup>. Este control de constitucionalidad será ejecutado a través de un parámetro de control del cual forma parte también el derecho convencional pero como derecho constitucional adscripto de origen convencional. Consecuentemente, el control de convencionalidad solo es titularizado por la Corte IDH porque es la única que opera con derecho convencional *a secas* y con el cual construye un parámetro de control convencional para evaluar la validez convencional de actuaciones estatales. Es el poder constituyente (no la Corte IDH) el que decide qué órganos nacionales titularizan qué atribuciones de control constitucional, pues, el hecho que todas las mencionadas normas constitucionales vinculen a todos los poderes públicos y a los particulares, no hace que todos seamos controladores de la constitucionalidad. Así, si bien todo controlador es un vinculado a las normas constitucionales, no todo vinculado es un controlador de la constitucionalidad. Para serlo el Poder Constituyente debe haber atribuido competencias de control difuso o concentrado.

De todas las normas que conforman el contenido constitucional de un derecho fundamental, solamente vinculan de modo absoluto las normas constitucionales directamente estatuidas (y las normas constitucionales adscriptas de origen convencional) que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido y con ello constitucionalizan de modo máximamente abierto el contenido esencial del derecho humano. Todas las demás normas son concreciones de tal contenido esencial, las de la Corte IDH, las del Tribunal Constitucional, e incluso las del Constituyente (y del Legislador convencional) que regulan de modo básico el bien humano reconocido. Al ser concreciones deben cumplir una serie de exigencias formales y materiales de validez. Normalmente cumplirán todas estas exigencias, en cuyo caso serán normas compatibles unas con otras y deberán ser cumplidas por los distintos operadores jurídicos nacionales si no quieren incurrir en inconstitucionalidad. Excepcionalmente puede surgir una antinomia entre normas constitucionales, como ha sido estudiado. Una vez surgida será el operador jurídico nacional que titulariza la atribución de control constitucional el llamado a actuar para darle solución. Si esta pasa por inaplicar una norma constitucional de origen convencional, el control de convencionalidad que con pos-

<sup>99</sup> Esta conclusión se mantiene aunque por control de convencionalidad se entienda también la obligación de todos los operadores jurídicos de tomar en cuenta el derecho convencional para construir sus decisiones y para interpretar conforme al derecho convencional el derecho nacional (“control constructivo de convencionalidad”, véase SAGÜES (2016) p. 412); porque en uno y otro caso, habrá que insistir, se opera con derecho constitucional y no con derecho convencional *a secas*. De modo que será derecho constitucional y será interpretación conforme al derecho constitucional lo que acontezca.

<sup>100</sup> HENRÍQUEZ (2018) p. 354.

terioridad lleve a cabo la Corte IDH no puede declarar la inconvencionalidad ni la responsabilidad internacional del Estado parte si la inaplicación ha sido debidamente justificada por el juez nacional.

Solo de esta manera el necesario diálogo entre los tribunales nacionales y la Corte IDH<sup>101</sup> será realmente un diálogo en el que tanto el Tribunal nacional como la Corte IDH “ten[gan] igual derecho a participar”<sup>102</sup>, y que haga prevalecer los mejores argumentos y las justas normas “sin importar su pr[o]cedencia”<sup>103</sup>, si nacional o convencional. Un diálogo que lejos de obligar al Tribunal nacional a seguir siempre y en todo caso las normas creadas por la Corte bajo el apremio de generar responsabilidad internacional al Estado parte, como ocurre hoy; promueva que la Corte IDH “tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales”<sup>104</sup>. En definitiva, un diálogo menos interesado en crear un *ius constitutionale commune* en América latina, y más preocupado por conseguir que el cumplimiento del derecho de origen convencional no se sostenga en el miedo que produce la amenaza de reproche internacional. Solo de esta manera la Corte cumplirá el asignado papel subsidiario y no principal que tiene atribuido<sup>105</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

El derecho convencional sobre derechos humanos vincula a los jueces nacionales solo después de haber ingresado a formar parte de su sistema jurídico estatal; para el caso peruano, solo después de haberse integrado a su vigente derecho constitucional. Integrado, pasa a formar parte del contenido esencial de los derechos fundamentales en calidad de normas constitucionales adscriptas de origen convencional, que junto a las de origen nacional, existen adheridas a las normas constitucionales directamente estatuidas por el Constituyente peruano. De esta manera, el contenido esencial de un derecho fundamental se compone de normas producidas por fuentes jurídicas distintas, lo que abre la posibilidad a que surjan antinomias. Un escenario rico para ellas lo conforman las normas constitucionales de origen convencional creadas por la Corte IDH y las normas constitucionales de origen nacional creadas por el Tribunal Constitucional. Este ha sido el caso del derecho fundamental a la vida del concebido, cuyo contenido está conformado por dos normas constitucionales contrarias entre sí: la norma constitucional de origen convencional N° 189 CASO ARTAVIA MURILLO VS. COSTA RICA, y la norma constitucional de origen nacional N53 STC 02005-2009-PA.

Para mostrar el surgimiento de la antinomia, así como para proponer un modo de resolver la misma, ha sido necesario identificar las principales normas que conforman el contenido constitucional del derecho fundamental a la vida del concebido. Toda antinomia siempre tiene un contexto normativo, el cual no solo servirá para entenderla, sino también para solucionarla. Con base en la teoría jurídica propia del Estado constitucional de dere-

<sup>101</sup> FERRER (2011) p. 576.

<sup>102</sup> CONTESSE (2013) p. 15.

<sup>103</sup> CONTESSE (2013) p. 15.

<sup>104</sup> BAZÁN (2012) p. 18.

<sup>105</sup> GARCÍA (2011) p. 147.

cho se han ofrecido razones para sostener que la antinomia surgida en el seno del contenido esencial del derecho a la vida del concebido, no puede resolverse solamente sobre la base de razones de autoridad, sino que es necesario construir también razones de validez formal y principalmente material. Hoy, a la aceptada falibilidad de la ley como fuente de derecho, incluida la ley de desarrollo constitucional, debe sumársele la falibilidad de las sentencias, especialmente las sentencias de desarrollo constitucional.

De modo que, en caso de antinomia, no prevalecerá una norma por el solo hecho de haber sido producida por una determinada autoridad, sino que prevalecerá porque habiendo sido producida por ella, ha concretado formal y materialmente de modo debido el contenido esencial del derecho humano, desde que dos concreciones ajustadas a un tal contenido esencial, no pueden ser contrarias entre sí. La relación entre el derecho constitucional de origen nacional y el derecho constitucional de origen convencional, no puede ser de automática prevalencia del convencional sobre el nacional, sino que, reconociendo de ambos un mismo valor y rango constitucional, la relación debe ser una que ayude a la realización de la exigencia de justicia que representa cada derecho humano.

Así, el juez nacional estará en condiciones de controlar la validez constitucional, tanto formal como material, de las normas constitucionales de origen convencional, para, de corresponder, inaplicarla en un caso concreto. A lo largo de estas páginas se han mostrado las razones que el juez peruano tiene a su disposición para inaplicar la norma que en relación con el derecho a la vida del concebido ha establecido la Corte IDH.

Si finalmente el caso que resuelve el juez llegase a la Corte, el control de convencionalidad de esta debe dirigirse a revisar las razones dadas por el juez nacional para la inaplicación de la norma convencional, y solo si no existe una justificación, o existe una sostenida en razones incorrectas, declarará la infracción convencional y consecuente responsabilidad internacional del Estado. De no actuar así, se vulnerará el marco de actuación interna y consecuente margen razonable de discrecionalidad del que gozan los Estados parte para ejercer razonablemente las funciones públicas. Solo de esta manera la Corte IDH cumplirá su papel subsidiario para la que fue creada y promoverá un efectivo diálogo entre ella y las cortes nacionales. Uno y otro son necesarios hoy para aumentar el apego al derecho convencional como herramienta útil para la plena vigencia de los derechos humanos y consiguiente plena realización de las personas, no por miedo a una sanción (nacional o internacional), sino por convencimiento de su justicia.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACCATINO, Daniela (2000): “La distinción entre vigencia (o existencia) y validez (o el aporte del garantismo a la teoría de la norma jurídica)”, *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, vol. 11: pp. 35-46.
- ALEXY, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2001): “Eine Verteidigung der Radbruchschen Formel”. Traducción de José Antonio Seoane, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 5: pp. 75-95.

- ALEXY, Robert (2003): “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 31-47.
- AÑÓN ROIG, María José (1992): “Fundamentación de los Derechos Humanos y necesidades básicas”, en BALLESTEROS, Jesús, *Derechos Humanos* (Madrid, Tecnos) pp. 100-115.
- ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, I, 1094a-1103a.
- BAZÁN, Víctor (2012): “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (edits.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad* (Bogotá, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile / Fundación Konrad Adenauer) pp. 17-55.
- BENDA, Ernest (2001): “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, en BENDA, Ernest, MAIHOFER, Werner, VOGEL, H, HESSE, Konrad, HEYDE, Wolfgang, *Manual de derecho constitucional* (Madrid, Marcial Pons, 2ª edición) pp. 117-144.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2010): “El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Nº 14: pp. 89-118.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2012): “La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*; Nº 16: pp. 805-838.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2018): *Los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional* (Lima, Gaceta Jurídica, 3ª edición).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2019): “La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales del Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, vol. 17, Nº 2: pp. 15-52.
- CONTESE, Jorge (2013): “¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Disponible en: [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Contesse\\_CV\\_Sp\\_20130401.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf). Fecha de consulta: 15 de mayo de 2021.
- CRUZ ORTÍZ DE LANDÁZURI, Luis (2005): *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos* (Granada, Comares).
- EGUIGUREN, Francisco (2003): “Aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la jurisprudencia constitucional peruana”, *Ius et Praxis*, vol. 9, Nº 1: pp. 157-191.
- FERRAJOLI, Luigi (2003): “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)* (Madrid, Trotta) pp. 13-29.
- FERRAJOLI, LUIGI (2009): *Derechos y garantías. Ley del más débil* (Madrid, Trotta).
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2010): “El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional”, en FIX ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS Diego (edits.), *Formación y Perspectivas del Estado en México* (México, El Colegio Nacional – UNAM) pp. 151-188.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2011): “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, Nº 2: pp. 531-622.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (2019): “Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales”, en VON BOGDANDY, Armin y otros (edits.), *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte IDH y el TEDH. Transformando realidades* (México, UNAM, Instituto Max Plank, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro) pp. 613-640.
- FIORAVANTI, Mauricio (1996): *Los derechos fundamentales apuntes de historia de las constituciones* (Madrid, Trotta).
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1998): “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, *Advocatus*, N° 1: pp. 65-71.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Madrid, Civitas).
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1989): “Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español”, *ILANUD*, año 9-10, N° 23-24: p. 7-33.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2011), “El control judicial interno de convencionalidad”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, N° 28: pp. 123-159.
- GUASTINI, Riccardo (2011): “Disposición vs. Norma”, en POZZOLO, Susanna y ESCUDERO, Rafael (edits.), *Disposición vs. Norma* (Lima, Palestra editores).
- HÄBERLE, Peter (2004): “La jurisdicción constitucional en la actual etapa evolutiva del Estado constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, vol. 10: pp. 17-27.
- HABERMAS, Jürgen (1997): *Faktizität und Geltung* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 5. Auflage).
- HENRÍQUEZ, Miriam (2018): “Cimientos, auge progresivo y desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 2: pp. 337-361.
- HERVADA, Javier (1999): *Introducción crítica al derecho natural* (Piura, Universidad de Piura).
- KANT, Immanuel (2006): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Madrid, Tecnos).
- KAUFMANN, Arthur (2007): *La filosofía del derecho en la posmodernidad* (Bogotá, Temis).
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado* (México, Universidad Nacional Autónoma de México).
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos (1987): *Lecciones de derecho constitucional* (Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S. A., 2ª edición).
- PORTELA, Jorge Guillermo (2006): *La justicia y el derecho natural* (Arequipa, Universidad San Pablo).
- RADBRUCH, Gustav (1990): *Gesamtausgabe*, Kaufmann, Arthur (Hg.) (Heidelberg, C. F. Müller, vol. 3).
- RUBIO LLORENTE, Francisco (1982): “Sobre la relación entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, N° 4: pp. 35-67.
- SAGÜÉS, Néstor (2009): “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*: pp. 2-5.
- SAGÜÉS, Néstor (2010): “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 8, Número 1: ps. 117-136.
- SAGÜÉS, Pedro (2016): *La Constitución bajo tensión* (México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro).

SCHONFELD, Leonardo Augusto (2020): “Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional en el sistema argentino. Implicancias para la Teoría General del Derecho”, *Ars Boni et Aequi*, año 15, N° 2: pp. 114-130.

SERNA BERMUDEZ, Pedro (1995): “La dignidad de la persona como principio de derecho público”, *Derechos y Libertades*, N° 4: pp. 287-306.

SILVA ABBOTT, Max (2018) “¿Es realmente viable el control de convencionalidad?”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, N° 3: pp. 717-744.

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

## JURISPRUDENCIA CITADA

### DE LA CORTE IDH

*ALMONACID ARELLANO Y OTROS VS. CHILE* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 154.

*ARTAVIA MURILLO Y OTROS (“FECUNDACIÓN IN VITRO”) VS. COSTA RICA* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 257.

*CABRERA GARCÍA Y MONTIEL FLORES VS. MÉXICO* (2010): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 220.

*GELMAN VS. URUGUAY* (2013): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Supervisión de cumplimiento.

*MASACRE DE RÍO NEGRO VS. GUATEMALA* (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 250.

*TRABAJADORES CESADOS DEL CONGRESO (AGUADO ALFARO Y OTROS) VS. PERÚ* (2006): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Serie C N° 158.

### DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO

EXP. N° 014-2002-AI/TC, fundamento 35.

EXP. N° 0047-2004-AI/TC, fundamento 22.

EXP. N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 9.

EXP. N° 3741-2004-PA/TC, fundamento 42.

EXP. N° 5854-2005-PA TC, fundamento 23.

EXP. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamentos 25 y 26.

EXP. N° 1417-2005-PA/TC, fundamento 10.

EXP. N° 2273-2005-PHC/TC, fundamento 8.

EXP. N° 0005-2006-PI/TC, fundamento 21.

EXP. N° 1333-2006-PA/TC, fundamento 6.

EXP. N° 4637-2006-PA/TC, fundamento 45.

EXP. N° 02005-2009-PA/TC, fundamento 53.

EXP. N° 04293-2012-PA/TC, fundamento 33.