

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

CÉSAR LANDA ARROYO

Al profesor Konrad Hesse

In memoriam

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** La interpretación constitucional. 1. Génesis de la interpretación constitucional. 2. Teorías de la interpretación constitucional. A. Interpretación hermenéutica. B. Interpretación tópica. C. Interpretación institucional. D. Principios de interpretación constitucional. E. Interpretación alternativa. **III.** Tribunal Constitucional y derecho penal. 1. Control constitucional de la observancia del principio de legalidad. 2. Control constitucional de la tipificación penal. **IV.** Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que en los actuales Estados constitucionales democráticos la ley fundamental establece los principales fundamentos tanto del derecho público como del privado. Ello es así, toda vez que la Constitución no solo es una norma política, sino también una norma jurídica o manifestación suprema del ordenamiento jurídico, ya que en ella se encuentran las bases de

todas las disciplinas del derecho; lo que Rossi llamaría «les têtes de chapitres».¹

En ese entendido, se puede afirmar que un cierto ámbito de las cuestiones fundamentales de la dogmática penal está abierto a la influencia directa del ordenamiento constitucional; es decir, estas se encuentran, a la vez, dentro de las fronteras de la Constitución y en relación con la política criminal.² Esto es así en la medida en que, en última instancia, las bases del derecho penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución, entendida como orden jurídico fundamental del actual Estado constitucional democrático.

Esa influencia del derecho constitucional sobre la dogmática penal a menudo se hace concreta en la actuación del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución. Por un lado, debido a que este tribunal no solo se limita a aplicar, sin más, las instituciones «propias» del derecho penal y *desde* el derecho penal y, por otro, a que también asume un rol activo, en cuanto se determina y otorga contenido, por medio de sus sentencias, a las instituciones penales. Así, hace a la dogmática penal conforme —de manera concreta o abstracta— con el derecho constitucional.

Precisamente, es por medio de la interpretación constitucional que el Tribunal Constitucional ha contribuido de manera positiva a superar las limitaciones de la dogmática penal para hacer frente a fenómenos que, como el terrorismo y la corrupción, han puesto en cuestión el propio sistema democrático-constitucional. Por ello, en el presente artículo se realiza un estudio acerca de la interpretación constitucional, para después analizar, por un lado, cómo ha interpretado el Tribunal Constitucional el principio de legalidad penal y, por otro, si este puede realizar un control de la tipificación penal.

II. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

1. Génesis de la interpretación constitucional

Solo a partir de la praxis del Estado democrático y social de derecho y del desarrollo de los derechos fundamentales, la interpretación jurídica se

1 PIZZORUSSO 1984: 11.

2 TIEDEMANN 2003: 21.

ha convertido en un factor principal de interés y de movilización de la teoría constitucional. Esta es una dinámica que ha llevado a la construcción de una propia teoría de la interpretación constitucional,³ debido a la demanda social y otra sobre la jurisdicción constitucional para tutelar los derechos fundamentales.⁴

Baste señalar que en el constitucionalismo clásico la interpretación constitucional no existía como problema, en tanto los derechos y garantías establecidos en la Constitución se realizaban por medio de las leyes. Así, en el Código Civil y en el Código Penal se desarrollaron las técnicas de la interpretación jurídica, que fueron asumidas por la teoría general de la interpretación⁵ por medio de la hermenéutica jurídica.⁶ Además, a partir del desarrollo de la parte orgánica de la Constitución (la cual era concebida como un asunto político no justiciable, es decir, no sujeta a la interpretación jurídica sino a las relaciones de poder) esta evolución se produjo a partir de la justiciabilidad de los asuntos de poder.⁷

En general, no era una necesidad jurídica interpretar la Constitución, dado el carácter y la comprensión fundamentalmente políticos de la norma suprema; por ello, diría Jefferson, la Constitución no es más que el sentido común de la sociedad expresado en fórmulas jurídicas.⁸

Por el contrario, la ley se entendía como prolongación de la racionalidad de la vida social, en la que el legislador —según Rousseau— no debía ser concebido como el mecánico que inventa la máquina, sino como el naturalista que —sin hacer las leyes— las descubre y se limita a formularlas. Entonces, «[...] por ser prolongación del sentido común y de la racionalidad interna de la sociedad, y por poseer además un carácter puramente formal,

3 STARCK 1976. Aquí se recoge buena parte de la doctrina alemana sobre la interpretación constitucional. Nos referimos a autores como BADURA, KIRCHHOF, ZIPPELIUS, FROWEIN, KLEIN, SCHNEIDER, entre otros.

4 FORSTHOFF 1964: 150 y ss.; BÖCKENFÖRDE 1976: 1089 y ss. (en este último caso, se trabaja con la versión en castellano *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1993: 13 y ss.); MÜLLER 1991: 213 y ss., 325 y ss., 377 y ss. Cfr. GRALLA 1987: 65 y ss., 81 y ss., 187 y ss.

5 BETTI 1955: tomo I, p. 292 y ss.; tomo II, p. 789 y ss.

6 GADAMER 1975: 162 y ss., 185 y ss.

7 ALONSO GARCÍA 1984: 517-568; GARCÍA BELAUNDE 1994: 15 y ss. Cfr. DE LA QUADRA 1987: 134 y ss.

8 Al respecto se puede revisar el pensamiento político jurídico de JEFFERSON (1988: 476 y ss., 492 y ss., 549).

la legalidad constitucional deberá verse presidida por los principios de claridad y transparencia».⁹

En consecuencia, en la primera hora del constitucionalismo moderno, la interpretación constitucional se convierte en un tema superfluo dados el papel indiscutible de la ley y la pretensión de claridad y transparencia de la legalidad. De ahí que —como decía Montesquieu— «[...] los jueces de una nación no son [...] sino la boca que pronuncia las palabras de la ley».¹⁰

A tenor de lo expuesto, «[...] el formalismo, la neutralidad axiológica, la claridad y la consiguiente ausencia de la necesidad de interpretación, serían otras tantas de las características con las que aparece en la historia la legalidad constitucional moderna y que, naturalmente, condicionaron los primeros y más significativos tratamientos doctrinales de la misma».¹¹

Sin embargo, la interpretación se convierte en un tema de interés constitucional solo cuando la propia norma política suprema se transforma en una norma jurídica cuyo cumplimiento directo pueden exigir por los ciudadanos. Esto sucede a partir de dos procesos sucesivos.

En primer lugar, cuando la Constitución se legitima como norma jurídica suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos. En efecto, «[...] a través de [las] múltiples transformaciones que ha sufrido, la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente: la idea de un principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden»,¹² principio que ahora se entiende como manifestación del principio jurídico de supremacía constitucional. En ese sentido, también, «[...] el Estado constitucional de Derecho eleva la Constitución desde el plano programático al mundo de las normas jurídicas vinculatorias y, por consiguiente, no sólo acoge el principio de la primacía de la ley *in suo ordine* sino que lo complementa con el principio de la supremacía de la Constitución sobre la ley y, por tanto, sobre el ordenamiento jurídico con la consiguiente anulación en la medida en que

9 DE LA VEGA 1988: 816 y ss., y en concreto, 817.

10 MONTESQUIEU 1844: 127 y ss. Sin embargo, vale la pena señalar que en la experiencia norteamericana, siguiendo la tradición anglosajona, los jueces tempranamente se convirtieron en los intérpretes autorizados de la Constitución y de la ley (DWORKIN 1996: 15 y ss., 49 y ss. Cfr. HART ELY 1981: 43 y ss.).

11 DE LA VEGA 1988: 817.

12 KELSEN 1982: 204.

en su conjunto o en algunos de sus preceptos no se adecue a la norma constitucional». ¹³

En segundo lugar, cuando los derechos públicos subjetivos del Estado liberal se transforman, a partir de la segunda postguerra, en derechos fundamentales que incorporan valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos —en el marco del Estado social y democrático de derecho— se obligó sobre todo a jueces y tribunales —aunque también a la dogmática constitucional— a proveer de técnicas y métodos de interpretación para dar respuestas a las lagunas y demandas de aplicación directa de la Constitución, ya no solo dentro de lo jurídicamente debido, ¹⁴ sino también dentro lo constitucionalmente posible. ¹⁵

2. Teorías de la interpretación constitucional

Sobre la base de ese orden supremo constitucional y de los problemas de la eficacia vinculatoria de los derechos fundamentales, se puede decir que la interpretación constitucional se convierte en un problema jurídico del derecho constitucional contemporáneo. Esto se confirma con la judicialización de la Constitución por medio del papel de los tribunales constitucionales, en tanto se convierten en los supremos intérpretes de la Constitución. ¹⁶

Ese proceso ha puesto en movimiento a las corrientes iusfilosóficas y de la teoría del derecho, ¹⁷ así como a la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y a la dogmática constitucional. ¹⁸ Sobre estas bases —siguiendo matizadamente a Böckenförde— se presentan sucintamente algunas teorías de interpretación constitucional. ¹⁹

13 GARCÍA PELAYO 1988: 28 y ss., en especial 30 y s. Cfr. GARCÍA PELAYO 2000: 100 y ss.; STARCK 1995: 51 y ss.

14 PÉREZ LUÑO 1991: 251 y ss.; ALONSO GARCÍA 1984: 277 y ss., 539 y ss. Cfr. RUIZ MANERO 1990: 37 y ss.

15 CANOSA USERA 1988: 302 y ss. Cfr. STARCK 1995: 59 y ss.

16 LEIBHOLZ 1957: 110 y ss.

17 ESSER 1972: 116 y ss.; LARENZ 1975: 298 y ss.

18 DREIER y SCHWEGMANN 1976. Aquí se reúnen importantes ensayos de FORSTHOFF, EHMKE, HÄBERLE, MÜLLER, BÖCKENFÖRDE, PESTALOZZA, KRIELE, SCHNEIDER, HOLLERBACH, KRÜGER y LERCHE.

19 BÖCKENFÖRDE 1993: 13-43.

A. Interpretación hermenéutica

Como punto de partida, esta teoría concibe a la Constitución como una norma jurídica más, y afirma que debe ser interpretada conforme a los métodos de interpretación de la ley.²⁰ Así, «[...] la Constitución está subordinada a las reglas de interpretación válidas para las leyes. Con esto la Constitución se hace patente en su sentido y es controlable en su ejecución. Su estabilidad se obtiene de los límites que prevén las dificultades de su modificación, que ha trazado la interpretación de la ley a través de su objeto».²¹

En ese sentido, las reglas de interpretación de la ley son válidas para la interpretación de la Constitución, es decir, las interpretaciones semántica, histórica, lógica y gramatical postuladas por Savigny son aplicables a la Constitución.²² Equiparar la ley a la Constitución supone también transferir los atributos de la norma legal a la ley suprema. En tal entendido, la ley, como norma jurídica, se caracteriza por una determinada estructura lógico-formal en la cual se produce el enlace entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica con carácter obligatorio y coercitivo.²³

A partir de lo señalado, resultaría ingenuo identificar la ley con la Constitución, en la medida en que «[...] la Constitución es, partiendo de esta estructura, un *ordenamiento-marco*, esto es, fija estandarizadamente solo condiciones marco y reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión políticas y adopta decisiones (de principio) fundamentales para la relación individuo, sociedad y Estado, pero no contiene ninguna regla singular susceptible de ejecución en un sentido judicial o administrativo».²⁴

Ante esta deficiencia, la propia doctrina ha intentado replantear algunas bases de la teoría de la interpretación hermenéutica a partir de la praxis.²⁵ No obstante, como la hermenéutica está fundada en un concepto de conocimiento

20 LERCHE 1976: 115 y ss. Cfr. BETTI 1955: tomos I y II, 629 y ss., 925 y ss. respectivamente.

21 FORSTHOFF 1964: 148; RÖHL 1994: 106 y ss. Asimismo, en el ámbito de la interpretación legislativa, cfr. FROSINI 1995: 5 y ss., 66 y ss.

22 VON SAVIGNY 1981: 212 y ss. Cfr. del mismo autor 1951: 18 y ss. Cfr. también FORSTHOFF 1940: 18 y ss.

23 HART 1961: 18 y ss.; MACCORMICK 1997: 22 y ss., 81 y ss. Cfr. MÜLLER 1966: 40 y ss.

24 Cfr. BÖCKENFÖRDE 1993: 17; ALEXY 1985: 71 y ss. Ambos autores analizan la estructura de los principios y reglas constitucionales. Cfr. SCHMITT 1928: 23 y ss., donde se distingue entre Constitución, como norma política, y leyes constitucionales, como norma jurídica particular.

25 GADAMER 1975: 250 y ss., 284 y ss.

normativo, resulta insuficiente como método de interpretación constitucional, por cuanto, si bien la Constitución es una norma jurídica suprema, no deja de ser también una norma política suprema.

Más aún, hay que tomar en consideración que las Constituciones de la postguerra tienen una fuerte carga iusnaturalista, en virtud de la cual consagran normas de consenso valorativas que expresan la unidad política de las fuerzas políticas pluralistas, que la sociedad ha logrado alcanzar gracias a integrar un arco iris de intereses comunes. Junto con ello, ese consenso político se ha obtenido debido tanto al sacrificio del carácter técnico lógico-jurídico de la norma constitucional como a la organización y funcionamiento racionalizados del gobierno y la oposición.²⁶

En ese entendido, las tradicionales reglas de la interpretación de la ley con que actúa el juez ordinario, propias del derecho privado, buscan revelar la voluntad objetiva de la norma o la voluntad subjetiva del legislador,²⁷ por cuanto se reducen al análisis literal del texto de la norma, de los elementos lógico-rationales y de las relaciones establecidas entre ellos, así como del estudio de las situaciones históricas dadas en el tiempo de la aprobación de la ley y de los distintos elementos de la norma con el objeto de considerar la unidad racional de su proceso de creación.²⁸ Dichas reglas resultan necesarias, pero son insuficientes para la interpretación constitucional contemporánea. Esto se debe a que la Constitución es una norma jurídico-política abierta, que se encuentra en un proceso permanente de integración nacional y, ahora, de integración supranacional, toda vez que los tratados internacionales se integran directa o indirectamente con la Constitución. Esto es una característica propia del derecho constitucional a inicios del siglo XXI. En ese último sentido es que Häberle considera maduro el tiempo presente para añadir un quinto método de interpretación jurídica: el método comparativo.²⁹

Sin embargo, también existen nuevos intentos de renovación de la interpretación hermenéutica, dada la degradación de la normatividad jurídica de la Constitución. Así, por ejemplo, Böckenförde plantea superar el problema central de la interpretación constitucional mediante la postulación de una

26 DE LA VEGA 1988: 816. Cfr. LIPHART 1984: 67 y ss.

27 KRÜGER 1976: 142 y ss.

28 LARENZ 1975: 350 y ss.; ESSER 1990: 278 y ss. Cfr. HASSEMER 1984: 57 y ss.

29 HÄBERLE 1989: 913 y ss. Ahora también en el compendio del autor (1992: 27-44).

teoría vinculante de la Constitución —que consiste en integrar un problema a la norma suprema—, en tanto existe una relación directa e interdependiente entre el método de la interpretación constitucional y la teoría constitucional que le sirve de base.³⁰

En tal perspectiva, se pretende reforzar o retomar el carácter normativo de la Constitución como la «totalidad histórica-dogmática» de la que habló Savigny.³¹ En ese sentido, la teoría constitucional «[...] no significa cualquier preconcepto de Constitución, sino una concepción orientada sistemáticamente por el carácter general, la finalidad normativa y la trascendencia material de la Constitución como tal y de sus partes».³² Solo es posible extraer dicha teoría —explícita o implícitamente— del texto y de los orígenes de la Constitución por medios racionales. Es decir, la Constitución en un sentido normativo y dogmático opera como punto de partida y criterio de interpretación a lo largo de todo el proceso interpretativo.

Por tanto, la vigencia de la norma constitucional supone un orden material de derechos fundamentales y de distribución del poder que los poderes públicos deben interpretar y aplicar mediante la fijación de límites (*Grenzfestlegung*) y la determinación de direcciones (*Richtungsbestimmung*), controlados no políticamente sino judicialmente por el Tribunal Constitucional. No obstante, hay que evitar, eso sí, que este se adueñe de la Constitución, porque no es un poder constituyente sino un poder constituido.³³

A pesar de estos esfuerzos de la dogmática, la modernización de la hermenéutica jurídica termina por caer en su propia crítica, en la medida en que no aporta un modelo sustantivo de Constitución, sino apenas una idea normativa de este, aunque más compleja para la interpretación hermenéutica. De ahí que no establezca la base teórica sustantiva para la solución del problema que plantea.

Al respecto, hay que reconocer, con Hesse, que «[...] para el Derecho Constitucional la importancia de la interpretación constitucional es fundamental, pues dado el carácter abierto y amplio de la Constitución, los problemas de interpretación surgen con mayor frecuencia que en otros sectores

30 BÖCKENFÖRDE 1993: 36 y ss.

31 VON SAVIGNY 1951: 215.

32 BÖCKENFÖRDE 1993: 38.

33 GEIGER 1976: 446 y ss.

del ordenamiento cuyas normas son más detalladas». ³⁴ A partir de esto, habría que recordar que la Constitución es un complejo normativo político y jurídico que incorpora valores, principios generales y específicos, derechos subjetivos y objetivos, garantías procesales y garantías institucionales, todo lo cual hace de la Constitución un objeto de interpretación jurídica para dar solución a problemas jurídico-políticos específicos, que no son idénticos a los problemas de la interpretación de la ley. ³⁵

En efecto, la Constitución, por un lado, contiene normas jurídicas de distinto grado de calidad: desde reglas, mandatos y disposiciones obligatorias, hasta enunciados programáticos, normas incompletas o de aplicación diferida; por otro lado, incorpora normas fundamentales o determinaciones de la estructura del Estado, normas declarativas de derechos, mandatos para el legislador, asignación de fines o tareas, normas orgánicas, y normas de relación. ³⁶ En un caso u otro, la interpretación de la norma constitucional requiere más que los métodos tradicionales de interpretación de la ley. En este entendido, la interpretación constitucional puede ir más allá por medio de sus propias técnicas y métodos de interpretación de las normas de derecho público, ³⁷ como en el caso del método tópico orientado al problema.

B. Interpretación tópica

Dada la complejidad normativa jurídico-política de la Constitución y la insuficiencia de la lógica formal y sus métodos tradicionales o renovados de interpretación de la ley, se ha planteado un método abierto de razonamiento concreto. Este está orientado a interpretar un problema específico que debe resolverse, así como a los lugares comunes o *topoi* que convergen en el proceso de interpretación jurídica. ³⁸ Para esta corriente, «[...] el punto más importante en la consideración de la tópica es la constatación [de] que se trata de aquel método de pensamiento que se dirige hacia el problema». ³⁹

En este sentido, la interpretación tópica no parte de concebir un canon de reglas de interpretación previamente establecidas en la Constitución —dado

34 Cfr. HÄBERLE 1998: 182 y ss.

35 PÉREZ LUÑO 1991: 253. Cfr. ALONSO GARCÍA 1984: 16 y ss.

36 RUBIO LLORENTE 1997: 24-25.

37 FORSTHOFF 1964: 162 y ss. Cfr. KRIELE 1967: 77 y ss., 85 y ss.

38 EHMKE 1963: 61 y ss.; SCHEUNER 1963: 125. Cfr. PÉREZ LUÑO 1991: 260 y ss.

39 VIEHWEG 1962: 31. Cfr. ATIENZA 1997: 49 y ss., donde desarrolla las tesis de la tópica de VIEHWEG entendida como la nueva retórica de PERELMAN y la lógica formal de TOULMIN.

su carácter parcial e interpretable discrecionalmente—, sino que utiliza el contenido normativo y el sistema dogmático constitucional, en tanto puntos de vista que le acerquen o le permitan la solución del caso que debe interpretarse.

La apertura del material normativo constitucional que se utilizará en la interpretación del problema posibilita un continuo perfeccionamiento del derecho, en una suerte de ensayo y error —*trial and error*—,⁴⁰ dada la estructura de la norma constitucional, que es más abierta y menos detallada que en otros ordenamientos jurídicos.⁴¹ En tal sentido, las disposiciones constitucionales, debido a su carácter complejo y heterogéneo, son concebidas como puntos de vista para la interpretación, antes que como normas obligatorias de aplicación literal. Con ello, el intérprete se convierte en un sujeto de decisión acerca del problema que se ha de resolver; para lo cual no usa un marco normativo constitucional a priori, sino solo como un horizonte que ilumina la solución del caso que debe interpretarse.

Por eso, en la interpretación tópica, «[...] a la jurisprudencia no se le ofrece con antelación el sistema, sino los problemas, ya que no puede efectuar una selección de problemas desde un sistema constituido de antemano [...] [:] antes bien, debe efectuar desde el respectivo problema propuesto una selección del sistema (que buscará en el tiempo necesario), hasta que haya encontrado una solución a medida, una solución *adecuada*».⁴² Sin embargo, el peligro es que el intérprete se quede insertado en la nuda realidad.

En consecuencia, desde la interpretación tópica, el parámetro interpretativo basado en la norma opera como una respuesta a los controles ético-sociales y de la opinión pública a que se hallan sometidos los intérpretes del derecho. Sin embargo, descuida la posición o estatus del intérprete constitucional al no valorar si se actúa como juez, legislador, administrador, abogado o jurista, ni considerar el carácter axiológico o valorativo del quehacer de la interpretación constitucional.⁴³

Ello es así, debido a que la Constitución es una norma de principios, en la que se establecen los fundamentos, alcances y límites de la vida constitucional. Estos principios que, al ser utopías, deben realizarse, según algunos,

40 POPPER 1995: 109-123.

41 DREIER 1976: 27 y ss.

42 EHMKE 1963: 55.

43 MÜLLER 1997: 96 y ss.; VIEHWEG 1962: 93.

en un sentido débil, parecen irrealizables solo desde el punto de vista de un determinado orden social que esté vigente en ese momento.⁴⁴ En este sentido, los principios satisfacen una necesidad propia del Estado de derecho, esto es, la necesidad de contar con las cláusulas de inicio y cierre del sistema de fuentes del derecho constitucional con miras a regular el orden social, asegurando la estabilidad jurídica y, a la vez, la pacífica transformación social.⁴⁵

Para asegurar la coherencia de la interpretación constitucional, la interpretación tópica plantea la necesidad de la precomprensión del problema y de la precomprensión de la norma constitucional. La precomprensión del problema y de la norma no se encuentra en la precomprensión misma, sino en función de la aplicación a un caso concreto, por cuanto la precomprensión que realiza el intérprete se inserta en el consenso o conflicto social, en el cual se ubican el sujeto, el problema y la norma constitucional que se interpretará. Resulta insuficiente limitarse a postular solo un catálogo de tópicos o de premisas utilizables en la interpretación.⁴⁶

Aquí aparece la argumentación racional político-constitucional como un instrumento que ayuda a delimitar el método tópico incorporando las premisas jurídico-políticas del poder constituyente y de una estructura limitada y razonable del poder.⁴⁷ Sin embargo, si bien la interpretación gana como norma política, el carácter de la Constitución como unidad del ordenamiento jurídico quedaría reducido a una función de servir como puntos de vista orientadores del intérprete, sobre la base de una precomprensión consensuada.

Sin embargo, «[...] si la Constitución en un sentido fundamental es un ordenamiento jurídico *político*, la apertura tópica no puede dejar de tener consecuencias: un método de interpretación que en gran medida conduce a una determinación del contenido (en lugar de sólo una averiguación del contenido) de la Constitución [...] implica en un Estado democrático la exigencia de su propia democratización».⁴⁸

La democratización de la interpretación tópica lleva a colocar el acento sobre los intérpretes de la Constitución. En tal sentido, Häberle plantea la

44 MANNHEIM 1941: 169 y ss.

45 DEL VECCHIO 1934: 69-84. Cfr. PÉREZ LUÑO 1997: 9-24.

46 EHMKE 1963: 71. Cfr. ATIENZA 1997: 60 y ss.

47 KRIELE 1967: 133 y ss.

48 BÖCKENFÖRDE 1993: 24.

tesis de la interpretación constitucional como un proceso público, así como la tesis de la sociedad abierta de la interpretación constitucional. Sobre esta base extiende —en la medida en que la Constitución es una obra democrática, abierta y pública—⁴⁹ el círculo de los intérpretes constitucionales del juez, legislador, administrador, abogado o jurista a todas las personas e instituciones integrantes de la sociedad y a todos los organismos del Estado.

En tal entendido, a la interpretación constitucional le corresponde convertirse también en un proceso democrático, y como tal debe ser abierto y público en la medida en que «[...] la Constitución es en ese sentido espejo de la publicidad y de la realidad. Pero, no es sólo espejo, sino también fuente de luz, si se permite esta comparación algo gráfica. Tiene función de dirección».⁵⁰ Sin embargo, el espejo es siempre solo un *reflejo*, y nunca una fuente de luz propia; de allí que, en última instancia, la interpretación constitucional democrática encuentre sus fundamentos y fines en los diversos intereses de la sociedad civil.

Dada la posición mediadora del intérprete entre la realidad y la norma, entre las necesidades y las posibilidades, la consecuencia última del papel del intérprete es que la Constitución no sea comprendida como un orden preestablecido que se debe interpretar, sino como un orden mutante, es decir, interpretable e interpretante de la realidad. Y es que, como dice Hesse, si la Constitución late vida, no puede solo encauzar el proceso histórico, sino que esta también hace el proceso constitucional.

De aquí que los parámetros y los límites de la interpretación constitucional queden normativamente abiertos, pero políticamente estén delimitados por el consenso democrático vigente y en transformación que se obtenga entre el Gobierno y la oposición, proceso político en el que las cuestiones constitucionales terminan siendo cuestiones de poder ciudadano.⁵¹ No por ello la interpretación constitucional queda reducida a la fuerza normativa de los hechos cumplidos —*faits accomplis*— de los operadores del poder, sino que la actuación del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, debe formular el consenso jurídico latente en el orden social en tanto expresión del consenso político, mas no a la inversa.

49 HÄBERLE 1980a: 45 y ss.; 1980b: 79 y ss. Cfr. ALEXY 1989: 211-286.

50 HÄBERLE 1980b: 87; BÖCKENFÖRDE 1993: 24. Cfr. EBSSEN 1985: 105 y ss.

51 HÄBERLE 1980b: 88 y ss. Asimismo, conviene revisar los planteamientos de la Constitución y la sociedad abierta en HÖFLING 1987: 77-87; EBSSEN 1985: 218 y ss.

De ese modo, habrá mejores condiciones para resolver con legitimidad constitucional las controversias concretas. Esto supone no solo la existencia práctica de una sociedad pluralista, sino también tolerante, sociedad que debe saber procesar institucionalmente los conflictos sociales, económicos o culturales. Y es que de lo contrario, «[...] si se llega al estallido de conflictos políticos en la sociedad y, por consiguiente, a una polarización de las posturas sobre valores, toda interpretación tópica pende del aire, se haya privada de la base de presupuesto del consenso.⁵² No obstante, un tribunal que busque seguir aquella interpretación no se encuentra ya necesariamente, neutralmente al otro lado del conflicto, sino *en medio* de la confrontación política».⁵³

En ese sentido, la interpretación constitucional consensuada en sociedades heterogéneas y desintegradas, con débiles Estados de derecho, debe pasar por incorporar la diversidad de la realidad social en la norma constitucional con una perspectiva temporal que mira al futuro, de manera que sea necesario interpretar dicha norma suprema por medio de las instituciones propias de la sociedad civil, que faciliten la inclusión y la participación de todas las personas.

C. Interpretación institucional

La interpretación institucional, como punto de partida, concibe a la Constitución como un material normativo que hay que trabajar, en un sentido concreto y sin desconocer por esto el material sociológico de la realidad social específica. Bajo dicha denominación ubicamos a la corriente interpretativa, que se caracteriza porque busca recuperar el carácter vinculante

52 El continuo establecimiento y defensa de la tónica y de la técnica de razonamiento de problemas puede ser, pues, utilizado como estrategia política para la consecución de una mutación constitucional por el camino de la interpretación; en consecuencia, debe ser acompañado por la correspondiente política de personal en el ámbito de la judicatura y de las universidades, eventualmente por medio del establecimiento de nuevas facultades de derecho como focos de irradiación de una nueva precomprensión de la Constitución y el derecho.

53 BÖCKENFÖRDE 1993: 27. Tal fue el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú sobre la ley del sistema de votación del propio Tribunal, de noviembre de 1996, y sobre la conflictiva ley de reelección presidencial, de enero de 1997. Asimismo, vale la pena mencionar las sentencias del Tribunal Francés Constitucional: Sentencia del Tribunal Francés Constitucional 36, 1 (sentencia de las condiciones fundamentales de los tratados internacionales), STCF 39, 334 (sentencia de los radicales), STCF 40, 296 (sentencia de las dietas), y STCF 39, 1 (sentencia del aborto).

de la norma constitucional con la realidad constitucional a partir de postular un método de interpretación racional y controlable, propósito que solo es posible partiendo de buscar la *concretización* de la norma constitucional sobre la base de y con la realidad constitucional.⁵⁴

De este modo,

[...] la interpretación constitucional es *concretización* —*Konkretisierung*—. Precisamente lo que no aparece de forma clara como contenido de la Constitución es lo que debe ser determinado mediante la incorporación de la *realidad* de cuya ordenación se trata. En este sentido, la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma.⁵⁵

En el proceso de concretización de la norma constitucional, es necesario dar los siguientes pasos sobre el problema que se va a interpretar:

a) *Primer paso*

Consiste en ubicar al sujeto y al objeto de la interpretación en una relación dialéctica de conciencia subjetiva del intérprete y objetiva del problema.

- La *precomprensión*. Ubica al intérprete como ciudadano de una realidad sociocultural de una determinada comunidad, de la cual no puede hacer abstracción, pero tampoco reducir su actuación interpretativa a los valores o prejuicios sociales, ideológicos o culturales que comparte o no, sobre todo en sociedades heterogéneas y fragmentadas como la nuestra. Entonces, el aislamiento de la arbitrariedad del intérprete es el primer paso racional hacia una interpretación razonable y controlable.
- La *comprensión*. Ubica al problema de manera intuitiva en el marco de la norma constitucional. Esto supone trabajar con una teoría de la Constitución que fundamente de forma preliminar la captación del problema.⁵⁶

b) *Segundo paso*

Sobre la base del este primer paso de la interpretación tópica orientada a un problema y limitada por la norma constitucional, se pasa a la elaboración de lo siguiente:

54 Cfr. MÜLLER, 1997, 97 y s.

55 HESSE 1959.

56 BÖCKENFÖRDE 1993: 30 y ss. Cfr. PÉREZ LUÑO, 1991, 262 y s.

- *Programa normativo.* Este se encuentra contenido, básicamente, en el texto de la norma que se ha de concretar. El mismo que debe «[...] ser aprehendido mediante la interpretación de dicho texto en lo que se refiere a su significación vinculante para la solución del problema. Aquí encuentran su sitio los métodos de interpretación tradicionales». ⁵⁷ Sin embargo, como la sola interpretación del texto no proporciona una concretización suficiente o exacta del problema —ni siquiera lo hacen los clásicos cuatro métodos de interpretación jurídica— se hace necesario realizar una siguiente operación mental.
- *Ámbito normativo.* Puesto que la Constitución busca ordenar las realidades concretas, se requiere comprender dichas realidades caso por caso, en los marcos del *programa normativo*, de manera formal y material. En este proceso, sin embargo, se corre el riesgo de fragmentar la literalidad de la norma constitucional comprometiendo la propia normatividad de la Constitución si es que no se cuenta con una teoría de la Constitución constitucionalmente adecuada (*verfassungsgemässen Verfassungstheorie*). ⁵⁸

D. Principios de interpretación constitucional

Los principios de interpretación constitucional cumplen con la misión de orientar y canalizar el proceso de interpretación para la solución de un problema como marco teórico y analítico de la Constitución para la solución del caso concreto. Así, siguiendo a Hesse, ⁵⁹ tenemos los siguientes principios:

- Principio de la unidad de la Constitución. Plantea la relación y la interdependencia de los distintos elementos normativos con el conjunto de las decisiones fundamentales de la Constitución. ⁶⁰ Así, se deben identificar los principios fundamentales de la parte dogmática, orgánica y económica de la Constitución.
- Principio de la concordancia práctica. Postula la coordinación de los distintos bienes jurídicos constitucionales conservando su contenido esencial por medio de la ponderación proporcional de valores o bienes (*Güterabwägung*),

57 HESSE 1959. Cfr. FORSTHOFF 1964: 157 y ss.

58 BÖCKENFÖRDE 1993: 35 y ss. Cfr. PÉREZ LUÑO, 1991, 262.

59 HESSE 1959.

60 EHMKE 1963: 77 y ss.

sin sacrificar a unos por otros.⁶¹ De este modo, se debe respetar el núcleo intangible de cada bien constitucional en conflicto, de manera que no se afecten mutuamente solo en su modo, forma, espacio o tiempo de ejercicio, siempre que exista razonabilidad y proporcionalidad de la recíproca limitación.

- Principio de la corrección funcional. Postula que el intérprete respete las competencias de los poderes públicos y organismos estatales sin restringir las funciones constitucionales de alguna de ellas.⁶² Así, el legislador no puede regular en concreto para un caso específico, sino de manera abstracta y general porque, de lo contrario, podría invadir la esfera de competencia y actuación concreta del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial.
- Principio de la eficacia integradora. Valora el mantenimiento de la unidad política de la Constitución, lo que demanda preferir las soluciones jurídico-políticas que promuevan la integración social y la unidad de la Constitución.⁶³ Con esto se busca afirmar el carácter supremo y pluralista de la Constitución, en la medida en que integra los valores minoritarios con el mayoritario, gracias al entendimiento de que la Constitución expresa la diversidad de intereses sociales dentro de la unidad política.
- Principio de la fuerza normativa de la Constitución. Otorga preferencia a los planteamientos que ayuden a obtener la máxima eficacia de las normas constitucionales en función de las relaciones sociales y la voluntad de la Constitución (*Wille zur Verfassung*).⁶⁴ En esta medida, no por existir disposiciones constitucionales de principio o programáticas la Constitución se hace menos ejecutiva; más bien, en tanto que toda la Constitución es un texto normativo, las «normas regla» —como las «normas principio»— deben ser cumplidas de acuerdo con el grado de patriotismo constitucional de los ciudadanos y gobernantes.
- Principio de la interpretación conforme a la Constitución. Postula que una ley no debe ser declarada inconstitucional y nula cuando por lo menos algunas de sus acepciones puedan ser interpretadas en concordancia

61 LERCHE 1961: 19 y ss.; MÜLLER 1966: 207 y ss. Cfr. HÄBERLE 1997: 127 y ss.

62 EHMKE 1963: 73 y ss.

63 SMEND 1928: 45 y ss.

64 HESSE 1959: 11 y ss.

con la Constitución.⁶⁵ En la medida en que las leyes en un Estado democrático gozan de una presunción de constitucionalidad, si una ley es cuestionada de supuesta inconstitucionalidad, esta demanda será desestimada, si es que al interpretarla razonablemente —en sus diversas alternativas— una de sus interpretaciones, al menos, sea conforme a la Constitución.

Como quiera que «[...] el cometido de la interpretación es hallar el resultado constitucional correcto por medio de un procedimiento racional y controlable, fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable creando, de este modo, certeza, y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, la simple decisión por la decisión»,⁶⁶ ha dado lugar a que la necesidad y el cometido de la interpretación constitucional institucional hayan quedado configurados por la jurisprudencia constitucional por medio del juicio de ponderación (*Güterabwägung*) o test de la razonabilidad.

En la medida en que los derechos fundamentales se han convertido en un límite tanto de la ley como del ejercicio ilegítimo de otro derecho fundamental, la jurisprudencia constitucional comparada ha identificado tres elementos:⁶⁷

- Juicio de adecuación. La intervención de la norma o medida limitadora debe ser adecuada para alcanzar la finalidad perseguida. Una intervención es ilegítima cuando hace irrealizable la finalidad proyectada o cuando no tiene efecto positivo para lograr el fin propuesto.
- Juicio de necesidad. La intervención debe ser la estrictamente necesaria para alcanzar el fin legítimo perseguido. Se busca que no exista otra norma o medida más restrictiva, sino la menos gravosa para el derecho fundamental que lleve a la realización de la norma o medida limitadora.
- Juicio de proporcionalidad. La intervención debe establecer un balance entre los efectos positivos que se busca realizar y los efectos negativos que se trata de aminorar. La menor afectación de un derecho está en relación inversamente proporcional con el mayor logro del otro bien o derecho perseguido.

65 ZIPPELIUS 1976: 108 y ss.; SIMON 1974: 85 y ss. Cfr. MÜLLER 1980: 89 y ss., 101 y ss.

66 HESSE 1959.

67 ALEXY 1997: 157 y ss.; GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA 2003: 294 y ss.

Ahora bien, las técnicas de la interpretación constitucional, como concretización, presentan límites derivados de la política constitucional debido a que quedan sin resolver la posición y la relación de los intérpretes, es decir, del Tribunal Constitucional, como supremo intérprete constitucional, en relación con el Poder Legislativo y el Poder Judicial. Al respecto, al legislador democrático le corresponde un papel de conformación jurídica de la ley, en la medida en que goza de la presunción *iuris tantum* de la constitucionalidad de sus actos legislativos. Sin embargo, hay que precisar que es una presunción relativa no absoluta,⁶⁸ pues no queda claro cuáles son los límites del Tribunal Constitucional —en su función de control constitucional— sobre la libre configuración política del contenido de la ley por parte del legislador.

Asimismo, si bien las sentencias del Tribunal Constitucional gozan de eficacia normativa sobre las resoluciones de la justicia ordinaria en la medida en que tienen atributos de fuerza de ley, cosa juzgada y fuerza vinculante, tampoco quedan esclarecidos los alcances de la justicia del Tribunal Constitucional como órgano supremo competente para revisar los fallos —por el fondo o la forma— en los procesos de orden civil, penal, mercantil, administrativo o militar.

En este sentido, la Constitución ya no solo limita y delimita a los otros poderes públicos, sino que recibe en sí misma las corrientes y el universo de valores del respectivo espíritu de la época. Por ello se convierte en una norma flexible que permite todas las posibilidades.⁶⁹ Esto no significa que la interpretación constitucional quede a la deriva de las mutaciones o indeterminaciones de los cambiantes valores sociales de las mayorías sociales transitorias, sobre todo en épocas de crisis; más bien, significa que, atendiendo a las demandas de la realidad, los valores democráticos podrían ser reforzados. Esto, empero, sin llegar a invertir el punto de legitimidad en la realidad existente por el de la norma constitucional y democrática. En ese sentido, cabe analizar las repercusiones de la interpretación constitucional desde una teoría constitucional alternativa, fundada precisamente en la normalidad constitucional antes que en la normatividad constitucional.

68 FERRERES COMELLA 1997: 182.

69 BÖCKENFÖRDE 1993: 29. Cfr. ZAGREBELSKY 1995: 14 y ss.; KLEIN 1968: 16 y ss.

E. Interpretación alternativa

Este criterio de interpretación se caracteriza por fundarse en la realidad social existente, en la medida en que la Constitución es concebida como expresión jurídica del proceso de integración estatal, proceso que reside en el desarrollo dinámico de la sociedad.⁷⁰ Radicalizando este concepto de Constitución, habría que distinguir entre la Constitución formal, entendida como texto normativo, y la Constitución material, en cuyo ámbito residen los reales operadores del poder.⁷¹ Desde este punto de vista, la interpretación es un instrumento de análisis de la realidad constitucional, antes que de la normatividad constitucional. En otras palabras, la norma jurídica constitucional que hay que interpretar no es más que la expresión de la normalidad constitucional.⁷²

Sobre estas consideraciones sociológicas, la doctrina italiana —seguida por un sector de la doctrina española—⁷³ sienta las bases interpretativas de una opción política emancipadora del derecho y contraria a una interpretación que favorezca los intereses de clase burgueses. Por ello, postula una interpretación judicial orientada a la tutela de los intereses populares en tanto expresión de la soberanía popular. Esta corriente jurídica encuentra sus raíces en el pensamiento jurídico-marxista y realista, en la época en que el debate en torno al derecho y el cambio social se hicieron presentes en el orden académico y dogmático, no solamente en la región europea mediterránea, en la medida en que, según las corrientes realistas norteamericanas,⁷⁴ el derecho no es solo norma jurídica, sino también un sistema de solución de conflictos de intereses entre las mayorías y las minorías sociales.

En esta perspectiva, se pueden diferenciar algunas actitudes al interior de esta corriente. En primer lugar, la de quienes aceptando el modelo del Estado de derecho plantean potenciar y extraer las máximas consecuencias prácticas que permita la norma constitucional mediante una interpretación evolutiva de los principios y cláusulas más progresistas. En segundo lugar, la de quienes propugnan un marco jurídico alternativo, pero que para lograr ese objetivo se permiten instrumentalizar la Constitución, de modo que se

70 SMEND 1928: 56 y ss.

71 LASSALLE 1907: 25 y ss.

72 HELLER 1983: 283 y ss.; MORTATI 1998: 53 y ss.

73 PÉREZ LUÑO 1991: 265 y ss.; BARCELLONA 1973: 743. Cfr. IBÁÑEZ PERFECTO 1978.

74 CHAMBLISS y SEIDMAN 1972: 54 y ss. Cfr. HECK 1961: 108.

haga posible su sustitución por medio de la reforma constitucional. En tercer lugar, la de quienes críticamente desconfían de otorgar al intérprete facultades que pudieran convertirse en exorbitantes, en la medida en que la Constitución puede caer en manos de intereses particulares y dejar de estar al servicio de intereses sociales.⁷⁵

En cualquiera de sus formas, el uso alternativo del derecho tiene la virtud de haber reafirmado la dimensión práctica de la interpretación jurídica, que fue abandonada por el positivismo jurídico, desde la perspectiva popular. Sin embargo, sus críticos han señalado que «[...] en una sociedad libre y pluralista, donde las distintas opciones políticas puedan acceder al poder y plasmar legislativamente con valores [sic], no cabe admitir una interpretación alternativa de la Constitución».⁷⁶

En consecuencia, solo en las sociedades cerradas y tradicionales el uso alternativo del derecho resultaría ser una solución frente al derecho positivo formalista y elitista, así como frente a sus métodos de interpretación. Sin embargo, reducir la interpretación constitucional al decisionismo de los intérpretes convertiría a los jueces y no a la Constitución en una garantía de protección de los derechos fundamentales, lo cual es un albur que no otorga predictibilidad ni seguridad jurídica a todos los ciudadanos.

Las corrientes interpretativas de la Constitución solo adquieren un sentido pleno a partir de su aplicación a los casos concretos, labor en la cual la justicia de la libertad constituye un test acerca de su validez y vigencia. Sin embargo, esta tarea interpretativa recae, en primer lugar, en la justicia penal, y en última instancia en la justicia constitucional, la cual opera como instancia de cierre del sistema interpretativo de la libertad, como a continuación se analiza por medio de dos institutos del derecho penal.

III. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

Dentro del marco teórico de interpretación constitucional que se ha esbozado, se debe dar cuenta de la manera en que el Tribunal Constitucional ha

75 PÉREZ LUÑO 1991: 266 y s. Cfr. CHIAPETTI 1973: 243 y ss.; FERRAJOLI 1973: 61 y ss., 89 y ss.

76 PÉREZ LUÑO 1991: 268.

interpretado el principio de legalidad penal, así como la posibilidad de que el Tribunal realice el control constitucional sobre la tipificación penal.⁷⁷

1. Control constitucional de la observancia del principio de legalidad

Nuestra Constitución (artículo 2.24.d) ha previsto el principio de legalidad al señalar que «[...] nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como una infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley». Dicho principio, que se expresa bajo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige, por un lado, que para que una determinada conducta sea considerada como delito debe calificarse previamente como tal en la ley y, por otro, que la sanción que se imponga si se llega a cometer debe también estar prevista en una disposición legal. Sin embargo, las consecuencias que se derivan del principio de legalidad no se limitan a las mencionadas, sino que se manifiestan también por medio de otras prohibiciones.

Así, se afirma que el principio de legalidad comporta cuatro interdicciones, a saber: a) aplicar de manera retroactiva la ley (*lex praevia*); b) aplicar otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*); c) ampliar el derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*); y d) utilizar cláusulas legales indeterminadas (*lex certa*).⁷⁸

No obstante, para nosotros el principio de legalidad implica, *prima facie*: 1) la prohibición de tipos penales en blanco y abiertos;⁷⁹ 2) la prohibición de leyes violatorias de derechos fundamentales (a la justicia, a la verdad, al debido proceso y a la tutela judicial); 3) la prohibición de la analogía respecto a normas penales (artículo 139.9 de la Constitución); y 4) la exigencia

77 En la STC Exp. 0010-2002-AI-TC. Reproducimos la sentencia en el anexo I del presente volumen. También se encuentra disponible en Internet: <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0010-2002-AI.html>>.

78 BACIGALUPO 1999: 44 y s.

79 Se está frente a un tipo penal en blanco cuando la conducta no está íntegramente descrita, por lo que es necesario la remisión al mismo ordenamiento o a otro a fin de precisarla. Por el contrario, el tipo penal abierto es aquel en el que está ausente una guía objetiva para completar el tipo, de modo que en la práctica resultaría imposible la diferenciación entre el comportamiento permitido y el prohibido con la sola ayuda del texto legal. Al respecto, cfr. JESCHECK 1978: 336.

de que el delito y la pena estén determinados por una norma que tenga rango de ley o, preferentemente, de ley orgánica. Esto último en el entendido de que una garantía formal de los derechos fundamentales es que la legislación que regule dicha materia debe estar reservada a una ley orgánica y no a una simple ley ordinaria.⁸⁰

En lo que es de interés para el presente estudio, hemos de referirnos a una de las manifestaciones del principio de legalidad: la prohibición de tipos penales en blanco o indeterminados (*lex certa*). Al respecto debemos tener en consideración que la Constitución exige que tanto la conducta típica como la sanción deben estar previstas «de manera expresa e inequívoca». Con ello surge una cuestión respecto a cómo debe interpretarse dicha exigencia, pues desde la perspectiva de una interpretación hermenéutica (literal) la Constitución parece imponer una precisión absoluta. En tal entendido, el principio de legalidad se vería vulnerado, desde este punto de vista, en la medida en que no se consiga establecer el comportamiento y la sanción «de manera expresa e inequívoca».

Pues bien, de acuerdo con lo señalado, se debe dar cuenta de que el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse ampliamente respecto del principio de legalidad y concretamente sobre la exigencia de *lex certa*.⁸¹ A partir de una concepción de la Constitución como norma fundamental jurídico-política, no se ha limitado a realizar una interpretación hermenéutica de esta. En efecto, sin dejar de reconocer el *mandato de determinación* que se deriva del principio de legalidad —según el cual las conductas prohibidas y las sanciones deben estar claramente delimitadas en la ley—, ha señalado que la exigencia que se colige del artículo 2.24.d de la Constitución, «[...] no puede entenderse [...] en el sentido de exigir del

80 Sin embargo, la Constitución peruana vigente no contiene norma alguna que imponga esa exigencia, lo cual no es óbice para señalar que es preferible —desde un punto de vista teórico constitucional— que deba procederse en el sentido señalado. No obstante, debemos dar cuenta de que en esta materia el Poder Ejecutivo ha sustituido prácticamente al Poder Legislativo pues, a diferencia del CProp (ley 9024), el CP vigente (DLeg 635), el CPP (DLeg N.º 638) y el nuevo CPP (DLeg 957) han sido aprobados por sendos decretos legislativos y no por ley orgánica.

81 STC Exp. 0010-2002-AI-TC. En esta sentencia, el Tribunal en realidad se pronunció sobre diversos aspectos constitucionales de la mayor relevancia, tales como los delitos de traición a la patria y de apología del terrorismo, así como sobre el derecho fundamental al debido proceso y sobre la humanización de las penas. Al respecto puede verse LANDA 2004: 431 y ss.

legislador una claridad y precisión absoluta[s] en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso».⁸²

A nuestro parecer, el Tribunal ha interpretado correctamente —aunque de manera insuficiente— la disposición constitucional aludida, por cuanto la pretensión que exige la Constitución no es la de una precisión absoluta sino relativa. Y no podría ser de otra manera, si consideramos que la complejidad de la realidad frecuentemente supera las previsiones normativas que realiza el legislador, como es el caso de la aparición de los delitos de corrupción del gobierno de Fujimori y, antes, el delito de terrorismo. Ello no impide establecer algunos criterios —como el que provee la teoría institucional por medio del test de razonabilidad o proporcionalidad (véase párrafo II.2.c.)—, en virtud del cual se requiere realizar un juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad, a fin de evitar una eventual interpretación arbitraria del principio de legalidad.

Por esto, la interpretación del principio de legalidad no puede hacerse a partir de una interpretación hermenéutica, porque ello sería equiparar la ley con la Constitución. Por el contrario, como se ha señalado, se debe partir de una interpretación institucional en la medida en que la norma constitucional —normatividad— no puede estar alejada de la realidad —normalidad—. En tal sentido, no es suficiente que el Tribunal Constitucional señale *obiter dictum* cómo debe interpretarse el principio de legalidad penal previsto en la Constitución, sino que está en la obligación de fundamentar —objetiva y muy cumplidamente— la interpretación que realice sobre dicho principio, para lo cual debe recurrir, como ya se ha señalado, al test de razonabilidad, por medio del juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2. Control constitucional de la tipificación penal

La instauración de procesos específicos para tutelar los derechos fundamentales constituye uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Esto se explica porque en los procesos constitucionales

82 STC Exp. 0010-2002-AI-TC (F. N.º 46).

se persigue no solo la protección de los derechos fundamentales de las personas, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución.⁸³

La justicia de la libertad halla su fundamento, por un lado, en el doble carácter de los derechos fundamentales, pues estos no son solo derechos subjetivos, sino también instituciones valorativas objetivas. En esta última dimensión, los derechos fundamentales comportan valores que informan todo el ordenamiento jurídico, por lo que su tutela y protección no es solamente de interés para el titular de ese derecho, sino también para el propio Estado y para la colectividad en general, pues su infracción supone una afectación también al propio ordenamiento constitucional.

Por otro lado, la justicia de la libertad está destinada también a la defensa del principio de supremacía de la Constitución, lo cual implica asegurar la propia noción de Constitución. Y esto es así, puesto que sin la efectividad del principio de supremacía las normas constitucionales se descalificarían y se ubicarían en el mismo nivel que ocupan las normas legales ordinarias.⁸⁴

Ahora bien, en atención a que los procesos constitucionales —a diferencia de los procesos ordinarios— son procesos de tutela de urgencia —es decir, extraordinarios— es que cabe preguntar: ¿hasta dónde el Tribunal, en el marco de un proceso constitucional, puede revisar la tipificación penal y, por ende, la subsunción de las conductas a un tipo penal?

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado.⁸⁵ Y ha precisado que, excepcionalmente, se puede «[...] efectuar un control constitucional sobre una resolución judicial por afectación del principio de legalidad penal y, en concreto, en aquellos casos en los que, al

83 ZAGREBELSKY 2001: 409 y 415.

84 DA SILVA 2003: 757.

85 STC Exp. 2758-2004-HC/TC. El pronunciamiento del Tribunal sobre este tema se dio a propósito de una sentencia que emitió respecto al proceso constitucional de hábeas corpus interpuesto por Luis Bedoya de Vivanco. Este proceso cuestionó la imposición de una condena de cinco años de pena privativa de la libertad porque atentó —a decir del demandante— contra el principio de legalidad penal al no haberse configurado el delito de peculado por el que se le condenó.

aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores».⁸⁶

Al respecto, es del caso señalar que en un proceso de hábeas corpus contra una resolución judicial en el que se haya aplicado una norma legal cuestionada en su legitimidad constitucional debido a una falta de tipicidad del delito o de la pena de manera clara y precisa, el Tribunal Constitucional puede abordar la *litis* desde una línea jurisprudencial *estricta* o *flexible*, dada la doble función constitucional de los procesos constitucionales.

En tal sentido, se produce una *interpretación estricta* del hábeas corpus cuando el juez constitucional examina la tipicidad penal en tanto afecta el derecho fundamental a la libertad personal demandado sobre la base del expediente judicial ordinario, es decir, cuando otorga mérito constitucional suficiente a los actuados judiciales. Según esta tesis de la automoderación (*self restraint*), el hábeas corpus cumple una dimensión subjetiva, y tutela situaciones concretas en que se hallan los particulares. En función de ello, el juez constitucional asume lo resuelto por el juez ordinario *iure et de iure*. Con estos recaudos procesales indiscutibles se pasa luego a realizar un examen de la motivación y relevancia constitucionales de la tipicidad penal que afecte al demandado derecho fundamental a la libertad.

Se postula una *interpretación flexible* del hábeas corpus cuando el juez constitucional adquiere plena jurisdicción sobre el fondo y la forma del proceso, y realiza un examen constitucional de la motivación del fallo y de la relevancia de lo actuado judicialmente (*judicial activism*). A partir de la tesis que postula la dimensión objetiva del hábeas corpus —que va más allá de los intereses particulares en juego—, el juez constitucional asume competencia para examinar el juicio ordinario con un canon constitucional propio del supremo intérprete de la Constitución, con lo cual puede revisar la tipificación penal, ya sea la establecida por el legislador o la que interprete el juez penal en tanto no sean conformes con la Carta Magna a juicio del Tribunal Constitucional. Es decir, revisa y reforma constitucionalmente la actuación judicial concreta sobre la tipificación penal en lo que sea necesario,

86 STC Exp. 2758-2004-HC/TC (F. N.º 8).

con la finalidad de asegurar el orden constitucional objetivo y la libertad cuestionada.

Sin embargo, no es de extrañar que esta conducta procesal propia del activismo judicial sea objeto de controversia, por considerarse que puede terminar suplantando la justicia procesal ordinaria por la justicia procesal constitucional sin límites o con límites discrecionales muy difusos. No obstante, la solución a los excesos no se logra asumiendo una conducta jurisprudencial de autolimitación, sino revisando los actos procesales ordinarios, cuando sea oportuno y necesario —incluso hasta sus últimas consecuencias—, en aras de tutelar o no el derecho fundamental demandado.

Para realizar esta ponderada actuación extraordinaria resulta pertinente el uso de la teoría institucional de la interpretación constitucional. Solo así el Tribunal Constitucional puede asegurar un canon interpretativo para el control de constitucionalidad, que comience por precisar el objeto y la medida de la revisión del fondo y de la forma del fallo judicial ordinario. Así, el objeto de la motivación del recurso extraordinario de control de una resolución judicial debe ser materia de un test de razonabilidad y coherencia, y la medida debe ser materia de un examen de suficiencia.⁸⁷

Por el *control de adecuación*, el Tribunal Constitucional asume competencia para revisar si objetivamente el proceso judicial es relevante para resolver el violado derecho constitucional subjetivo demandado. Por el *control de necesidad* se debe examinar si el acto lesivo se vincula directamente con el proceso o decisión judicial impugnada. Mientras tanto, en el *control de proporcionalidad* se analiza la intensidad o proporcionalidad de que sea necesaria la revisión del proceso o una decisión judicial para cautelar el derecho fundamental.

Sin embargo, el examen constitucional sobre el proceso judicial no solo hace justiciables los actos que son objeto de la controversia, sino también la aplicación de una norma legal —en tanto causa de la lesión judicial *in iudicando* o *in procedendo*—: en el primer supuesto, para examinar si constitucionalmente existe una falsa o errónea aplicación o interpretación de la ley al caso concreto; en el segundo, para verificar constitucionalmente si se han producido vicios adjetivos de procedimiento que afecten un derecho fundamental.

87 JIMÉNEZ CAMPO 1998: 74-84.

No obstante, si bien el proceso de hábeas corpus no habilita al Tribunal Constitucional para convertirse en una superinstancia judicial ordinaria en la que se revisen el fondo y la forma de un proceso ordinario relativo a la tutela de derechos subjetivos de naturaleza legislativa, sí lo habilita, en cambio, para que por medio de dicho proceso adquiera plena jurisdicción para examinar, en función de un canon de interpretación constitucional, el fondo y la forma del asunto materia de la *litis* constitucional.

Esto es así por cuanto en la función de control constitucional de los fallos judiciales ordinarios el Tribunal Constitucional no puede separar el derecho fundamental alegado de los hechos que son materia de la controversia formal (tipificación). Es decir, los jueces constitucionales deben realizar un análisis constitucional tanto de la ley aplicable como de los actos procesales impugnados. Por eso, dada la fuerza normativa de la Constitución, el supremo intérprete de esta debe preferir las normas constitucionales sobre una disposición legal o una sentencia judicial, con lo cual cumple con su función de control de la Constitución, de conformidad con el artículo 201 de esta, y con el principio jurídico de la supremacía constitucional de acuerdo con los artículos 51 y 138, segundo párrafo del mismo texto constitucional.

Para ello, el Tribunal Constitucional debe examinar, por medio de un test de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad —ya esbozado—, la medida que ponderadamente le permita valorar la validez de la sentencia judicial o la compatibilidad de la norma impugnada de inconstitucionalidad. En ese sentido, el Tribunal es competente para pronunciarse sobre una sentencia que, no obstante provenir de un proceso penal concreto, transgrede el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 139.3 de la Constitución).

Al Tribunal, pues, le corresponde pronunciarse sobre interpretaciones de la legalidad, cuando de estas dependa, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado. De ahí que si bien, como regla general, la tipificación penal y el juicio de subsunción de las conductas a un tipo penal no son ni deberían ser objeto de revisión —*prima facie*, en un proceso constitucional como el del hábeas corpus—, esto no es obstáculo para que el Tribunal pueda evaluar y pronunciarse sobre la tipificación penal que el juez ordinario ha realizado. Esto no lo convierte en *cuarta instancia* ni tampoco en una instancia de casación, pero sí en instancia final y de fallo —por el fondo y por la forma— de la justicia de la libertad (artículo 201 de la Constitución).

En suma, es claro que dentro del marco de un proceso constitucional de hábeas corpus no corresponde determinar la responsabilidad penal de una persona, lo que es competencia exclusiva de la justicia penal ordinaria. No obstante, cabe señalar que es al Tribunal Constitucional al que le corresponde, de pleno derecho, tanto examinar la resolución judicial elevada en revisión como apreciar la norma legal aplicada por el juez, cuando de su constitucionalidad depende la decisión final sobre la demanda de hábeas corpus, por cuanto en el curso del proceso judicial una errónea o falsa aplicación o interpretación de la tipificación penal cuestionada puede haber afectado el derecho fundamental a la libertad personal demandado o el ordenamiento constitucional mismo.

Por ello, entre las dos grandes tendencias interpretativas —hermenéutica e institucional— el Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación menos formalista y más sustantiva. En este sentido, en tanto que la teoría institucional se ubica como un estado maduro de la interpretación constitucional en función de los desafíos contemporáneos, el Tribunal viene asumiendo este tipo de interpretación. Es evidente que esta tarea interpretativa en materia del derecho a la libertad debe ser impulsada por el Tribunal para fortalecer el orden constitucional y democrático frente a los delitos de corrupción, terrorismo y narcotráfico, en tanto sus agentes se valen de los derechos fundamentales para evadir a la justicia.

En efecto, una interpretación hermenéutica por parte del Tribunal Constitucional hubiera significado consagrar la impunidad de los funcionarios comprometidos en delitos de corrupción y narcotráfico, con lo cual se hubiera puesto en cuestión el propio orden constitucional y democrático. Es que en un Estado constitucional los derechos fundamentales de las personas no son derechos absolutos sino relativos, en la medida en que existen valores superiores —justicia, libertad, igualdad, entre otros— y principios constitucionales —principio de transparencia, de publicidad y de responsabilidad— que también son bienes del mismo rango que el Estado debe tutelar. De suceder lo contrario se estaría admitiendo —como señala Ferrajoli— la existencia de un «doble» Estado: un Estado formal o de fachada, y un Estado oculto y paralelo que contradice los principios de legalidad, publicidad, visibilidad, control y responsabilidad de los poderes públicos, propios de un auténtico Estado constitucional y de un sistema democrático.⁸⁸

88 FERRAJOLI 1996: 16.

IV. CONCLUSIÓN

Como hemos señalado en un principio, la Constitución, en tanto norma suprema, establece las bases constitucionales del derecho público y del derecho privado. Pero quizá sea en el derecho penal donde la vinculación e influencia del derecho constitucional se hacen más patentes, en la medida en que los valores de libertad personal y seguridad que garantiza constituyen su *thelos*. Por ello podemos decir que el derecho constitucional incide en el derecho penal, por un lado, en cuanto se refiere a sus fundamentos. Esto es consecuencia de que el poder punitivo del Estado recaiga directamente sobre la persona —recordemos que el respeto a la dignidad de la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1 de la Constitución)—; en esa medida, dicho poder no puede ser ejercido arbitrariamente, sino dentro de los valores superiores, principios constitucionales y derechos fundamentales que la Constitución reconoce. De otro lado, el derecho constitucional sujeta al derecho penal por medio de la interpretación y argumentación constitucionales. De ahí que se pueda señalar que las categorías jurídicas de la dogmática penal pueden ser, en unos casos, objeto de interpretación, y, en otros, de definición de su contenido por parte del Tribunal Constitucional por medio de los distintos métodos de interpretación. De hecho, así viene sucediendo en nuestro ordenamiento, por cuanto que, si bien es cierto que el juez está sometido a la ley (principio de legalidad), es verdad también que lo está, ante todo, a la Constitución (principio de constitucionalidad). Es decir, realiza una aplicación constitucional de la ley a la vista del caso concreto en la medida en que debe considerar, junto con las razones de la ley, sobre todo, las razones de la Constitución.⁸⁹

En efecto, el Tribunal, a partir de una interpretación constitucional no formalista sino institucional, realiza su labor de argumentación considerando que la Constitución es una norma de carácter político pero también de naturaleza jurídica. Esto tiene la finalidad de resguardar el cumplimiento del principio de supremacía y de la fuerza normativa de la Constitución.

La interpretación institucional, pues, le ha permitido al Tribunal asumir un rol positivo frente a fenómenos que —como el terrorismo, el narcotráfico y la corrupción— ponen en entredicho no solo el sistema penal, sino también el orden democrático y constitucional. Por ello, debemos recalcar

89 GASCÓN ABELLÁN y GARCÍA FIGUEROA 2005: 42.

que en las fronteras entre el derecho constitucional y del derecho penal el juez constitucional es el intérprete supremo de la Constitución.⁹⁰

Sin embargo, si bien la interpretación constitucional —institucional— se configura como un pilar necesario para replantear el quehacer de la jurisdicción constitucional, la tarea resultaría estéril si es que junto con ello no se legitima socialmente la labor del Tribunal Constitucional, en la medida en que este constituye la institución clave para tutelar los derechos fundamentales y garantizar la ley y el orden constitucional.

90 GUASTINI 2003: 116.