

Los límites del control constitucional a la interpretación de la legalidad ordinaria penal

Luis Alberto Torrejón Rengifo

Abogado. Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios concluidos de Doctorado en la UNMSM. (Perú)

Luis Alberto Torrejón Rengifo: Los límites del control constitucional a la interpretación de la legalidad ordinaria penal. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XIV N° 77. Marzo 2018, pps. del 89 al 102.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)
www.latindex.org.unam.mx

RESUMEN

El artículo trata sobre el origen y justificación de los sistemas de control constitucional, así como los parámetros de interpretación de la legislación ordinaria, principalmente regida por el principio de legalidad, proponiendo el establecimiento de límites al control del producto de la interpretación de las disposiciones normativas penales por parte de la justicia constitucional. En este sentido, a partir de la concepción de Constitución como norma jurídica y la idea de supremacía constitucional, en diversos países se configuran los tribunales constitucionales, que tienen el cometido de resguardar la integridad de la Constitución y, dentro de ello, la compatibilidad o simetría que debe tener el resto del ordenamiento respecto a sus normas, valores y principios, para cuyo efecto debe interpretarse la Constitución.

ABSTRACT

The article elaborates the origin and justification of the systems of constitutional control, just as the quality standards of interpretation of the ordinary legislation, primarily ruled by the principles of legitimacy, proposing the establishment of limits of the control to the interpretation of the legal penal measures on behalf of the constitutional justice. For that matter, from now on the conception of the Constitution as a legal norm and the idea of the constitutional supremacy, the national constitutional court is formed in several nations, and has the mission to safeguard the integrity of the Constitution and, within that, the compatibility or symmetry that the rest of the code should have on behalf of its norms, values and principles, to that effect the Constitution should be interpreted.

PALABRAS CLAVE

Neoconstitucionalismo, control constitucional, interpretación de la legalidad ordinaria.

KEYWORDS

New constitutionalism, constitutional control, interpretation of the legitimacy of the ordinary law.

RESEÑA

La doctrina constitucional contemporánea, así como las decisiones del Tribunal Constitucional y de los órganos jurisdiccionales de la justicia constitucional del Perú, muestran una constante referencia al “neoconstitucionalismo”, que concibe a la Constitución como una norma jurídica –la más alta– y promueve la supremacía constitucional respecto al resto del ordenamiento legal. El Tribunal Constitucional asume como principal atributo, la interpretación de la Constitución, y el de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico. La jurisdicción constitucional aplica así, el control de constitucionalidad de la interpretación de la legalidad ordinaria, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación insuficiente, arbitraria

o carente de razonabilidad, vulnerando derechos fundamentales o garantías constitucionales.

Sin embargo, el que la interpretación de la legalidad ordinaria esté reservada a la justicia ordinaria, no significa que aquella no esté sujeta a control por parte de los órganos encargados de la justicia constitucional, si no llena el canon de constitucionalidad de la interpretación. No obstante, ciertos pronunciamientos del Tribunal Constitucional peruano en relación al principio de legalidad penal, ha motivado discrepancias con los órganos encargados de impartir la justicia ordinaria, resurgiendo el debate sobre los límites al ejercicio del control de constitucionalidad, que garantice el funcionamiento y legitimidad social de las instituciones y órganos de administración de justicia constitucional.

REVIEW

The contemporary constitutional doctrine, so as the decisions of the Constitutional Court and the jurisdictional organs of the constitutional legitimacy of Peru, shows a constant reference to “new constitutionalism”, that designs the Constitution as a legal norm –the highest– and promotes the supremacy of the Constitution with regard to the rest of the legal regulation. The Constitutional Court undertakes as principle attribution, the interpretation of the Constitution, and the common patent jurisdiction to interpret the legal system. The constitutional jurisdiction thus applies, the control of constitutionality interpretation of the ordinary legitimacy, in case of the contested decision of inadequate, arbitrary or devoid of reasonableness, fundamental rights are being violated or constitutional guarantees.

However, that the interpretation of the ordinary law is reserved to the common patent jurisdiction, does not mean that it does not depend on control of the organs in charge of constitutional justice, or even the canon of constitutionalism. Nonetheless, some declarations of the Peruvian Constitutional Tribunal in relation to the principle of Peruvian penal law, have motivated a disagreement with the organs in charge of administration of justice, raising the debate about the limits of the exercise of constitutional control, that guarantee the performance and social legitimacy of the institutions and the administration organs of constitutional justice.

INTRODUCCIÓN

La revisión de la doctrina constitucional contemporánea, así como las decisiones del Tribunal Constitucional y de los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional (juzgados civiles y salas constitucionales), permiten apreciar, en la estructura del proceso justificativo de la decisión jurídica, una constante referencia al “neoconstitucionalismo”.

Uno de los principales postulados del neoconstitucionalismo es la presencia invasiva de la Constitución en todo el ámbito jurídico, de manera tal que no existe aspecto alguno en el cual los principios y reglas que contienen al texto constitucional no resulten aplicables. Ello, a partir de la nueva concepción de la Constitución según la cual es, ante todo, una norma jurídica, la más alta dentro de la estructura del sistema jurídico y, por ende, de una supremacía irrefutable.

A partir de la concepción de la Constitución como norma jurídica y la idea de supremacía constitucional, se configuran tribunales constitucionales en distintos países de Europa y América Latina, cuyo cometido es el resguardo de la integridad de la Constitución y, dentro de ello, la compatibilidad o simetría que debe tener el resto del ordenamiento a sus normas, valores y principios, para cuyo efecto debe interpretarse la Constitución. En consecuencia, a partir de la creación de los tribunales y salas constitucionales, según el país respectivo, la potestad jurisdiccional del Estado, para fines didácticos, podría clasificarse en jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional.

De este modo, el Tribunal Constitucional asume la interpretación de la Constitución como su principal atributo, y el de la jurisdicción común, interpretar el resto del ordenamiento jurídico, o lo que es lo mismo, la legalidad infraconstitucional u ordinaria.

Sin embargo, aquella afirmación debe ser correctamente entendida, pues el hecho que la interpretación de la legalidad ordinaria esté reservada a la justicia común, no significa en modo alguno que aquélla no esté sujeta a control por parte de los órganos encargados de la justicia constitucional. En efecto, dada la fuerza expansiva de la Constitución, a la jurisdicción constitucional le compete por la vía del amparo, en los casos en que la interpretación ha sido impugnada, el examen de los motivos y los argumentos en que la jurisdicción ordinaria funda su decisión, destinado a comprobar si los mismos no resultan insuficientes, irrazonables o arbitrarios, o en disconformidad con una interpretación conforme a la Constitución; anulando, de ser el caso, la decisión, si se constata que ésta no llena el canon de constitucionalidad de la interpretación.

La jurisdicción constitucional asume así el control de constitucionalidad de la interpretación de la legalidad ordinaria, en los supuestos en que tal labor interpretativa haya sido impugnada por motivación insuficiente, arbitraria o carente de razonabilidad, vulnerando con ello derechos fundamentales o garantías constitucionales.

No obstante, los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación al principio de legalidad penal, ha motivado nuevamente discrepancias con los órganos encargados de impartir la justicia ordinaria —como la Corte Suprema de Justicia de la República—, resurgiendo el debate en cuanto a los límites de la facultad del

control de constitucionalidad.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo es una de las corrientes de pensamiento de mayor influencia no sólo en el ámbito constitucional sino en todo el campo jurídico (legislativo, jurisprudencial y dogmático). Esta corriente se presenta en Europa en el marco de la tradición constitucional europea. Existen distintas perspectivas tanto teóricas, prácticas y hasta ideológicas, lo cual motiva a buscar definiciones de diversos autores, con el fin de enriquecer el debate jurídico.

García Amado (2004) indica que "(...) nos hallamos ante una teoría que no ha encontrado aún plasmación completa y coherente en una obra central y de referencia, por lo que sus caracteres deben ser espigados de aquí y de allá, más construidos como descripción del común denominador de una tendencia genérica actualmente dominante y presente en la teoría constitucional y iusfilosófica de hoy y, muy en particular, en la propia jurisprudencia de numerosos tribunales constitucionales, que como balance a partir de una obra canónica con perfiles bien precisos y delimitados."

Asimismo, Aldrete Vargas (s. f.) sostiene que "(...) el Neoconstitucionalismo se presenta como un nuevo paradigma jurídico, donde las constituciones modernas se caracterizan por reunir dos funciones fundamentales: en primer lugar, la noción de poder constituyente va perdiendo su significado revolucionario y se va asociando cada vez más al concepto de legalidad constitucional; es decir, la posibilidad de una legalidad superior a la ordinaria y que, por tanto, es capaz de limitar al legislador; en segundo lugar, la Constitución aparece como un marco normativo regido por el principio del pluralismo en el que se establecen las reglas del juego democrático".

Los autores citados enfocan el neoconstitucionalismo como una ponderación entre la Constitución y los derechos fundamentales, más como principios que como rectores de los ordenamientos jurídicos.

Características del neoconstitucionalismo

El Estado de Derecho ha sido objeto de estudio a través de dos enfoques: como aspiración política y como pretensión de seguridad jurídica; ambas bajo

los tintes de una visión ideológica cuya finalidad es la de legitimar y justificar la existencia del Estado en términos jurídicos. El neoconstitucionalismo alude a una nueva visión del Estado de Derecho que parte del constitucionalismo, cuya característica primordial es la primacía de la Constitución sobre las demás normas jurídicas y que hace la distinción entre reglas como normas legalistas y principios como normas constitucionales.

Pozzolo (2011) identifica ciertas características del neoconstitucionalismo, como el "modelo preceptivo de la Constitución concebida como norma", la existencia de principios en el Derecho, y la interpretación mediante la metodología de la "ponderación" o "equilibrio", expresando como rasgos los principios versus normas, ponderación versus subsunción, Constitución versus independencia del legislador, y jueces versus libertad del legislador (Pozzolo, s. f.).

Por su parte, Ordoñez (s. f.) sostiene que el neoconstitucionalismo pretende la consecución de la superación del Estado; la separación de los conceptos de Estado y Constitución; la posibilidad de un imperio del Derecho en el ámbito internacional; la sumisión del poder al Derecho; y un gobierno débil y un Derecho fuerte garantizador de libertades cada vez más amplias, planteando, incluso, una progresiva disolución del Estado.

García Amado (s. f.), a su vez, identifica los perfiles del pensamiento neoconstitucionalista, indicando que el discurso sobre el constitucionalismo es como sumergirse en un mundo de incertidumbres y concepciones aún oscuras, sobre todo en el orden constitucional vigente y en el nuevo concepto de los preceptos constitucionales.

De hecho, hay una nueva perspectiva del constitucionalismo, en el sentido de que éste camina hacia una positivación de los derechos fundamentales en los textos constitucionales, cuya finalidad, en los tiempos modernos, no se logra limitando el poderío del Estado, sino avocándolo para dar efectividad a tales derechos. La propia Constitución, desde la teoría constitucionalista, socialmente no surtiría efecto alguno por sí misma, careciendo de una actuación de los poderes públicos en la búsqueda de concretarlos.

Comprende tres estructuras agregadas a los ordenamientos jurídicos occidentales modernos: la normatividad de la Constitución; la superioridad de la Constitución; y la centralidad de la Carta en los sistemas jurídicos. El segundo elemento

incluye la incorporación explícita de valores y opciones políticas en los textos constitucionales, y la expansión de conflictos específicos y generales entre las opciones normativas y filosóficas existentes dentro del propio sistema constitucional.

El neoconstitucionalismo, siendo un movimiento que está nítidamente ligado al Estado democrático de Derecho y a la idea de Constitución —que se muestra como fundamento de todo el ordenamiento jurídico—, tiene implicaciones drásticas en las demás ramas del Derecho, con vistas a su unicidad. En las lecciones de Kelsen y Norberto Bobbio, el ordenamiento jurídico es un sistema, presentándose como uno estático o uno dinámico. El sistema estático “es aquel en el que las normas se relacionan entre sí como las proposiciones de un sistema deductivo”; en contrapartida, el sistema dinámico “(...) es aquel en el cual las normas que lo componen derivan unas de otras a través de sucesivas delegaciones de poder, es decir, no a través de su contenido, sino a través de la autoridad que las pone”.

El sistema característico de los ordenamientos jurídicos actuales es el dinámico, cuyo rasgo principal es la relación de autoridad entre las proposiciones del texto constitucional y las demás especies normativas. Así, las concepciones, otrora demostradas concernientes a las finalidades del nuevo constitucionalismo, consagran en la Constitución un carácter mandatario referente a los derechos y garantías fundamentales. Las características del neoconstitucionalismo desempeñan un papel de extrema relevancia en la nueva sistemática de la justicia, teniendo en cuenta que con el sentimiento de valorización de la vida y respeto a la dignidad humana, en sus más diversos aspectos, se hizo posible repensar las instituciones tributarias y sus finalidades, pues con los ideales del liberalismo minimizados en virtud del Estado social, éste pudo actuar con más vehemencia en el orden económico a favor de la colectividad.

Las preguntas clásicas de control de constitucionalidad se organizan en torno a esta dinámica, lo que permite una mejor comprensión no solo de la naturaleza, sino también de las razones para la evolución del constitucionalismo contemporáneo. La cuestión del estado de la justicia constitucional como sanción tiene una clara dimensión heurística, alrededor de la cual se estructuran las tensiones y los antagonismos que se oponen a las diversas visiones del Derecho constitucional. Se ha tratado, sobre todo, de mostrar más positivamente que el neoconstitucionalismo

tiene —o es— una teoría del Derecho, las normas y el razonamiento jurídico.

Sin embargo, estos discursos doctrinales, aunque diversos, constituyen reacciones más o menos conscientes a la dominación contemporánea del positivismo normativista. Captan la ley en su funcionamiento real teniendo en cuenta los elementos que el rigor del normativismo kelseniano no comprende: la evidencia empírica de la aparición de una ley más flexible y la proliferación de normas no autorizadas —Derecho blando—, yendo más allá de la distinción canónica entre la norma y el hecho, y la especificidad irreductible de la Constitución por los derechos políticos.

Modalidades del neoconstitucionalismo

El neoconstitucionalismo es una corriente teórica que no presenta una única manifestación, sino diversas modalidades, divergiendo la doctrina en cuanto a las formas o expresiones.

García Figueroa (2009) sostiene que el neoconstitucionalismo comprende un aspecto conceptual y otro normativo, al reconstruir el modelo de los ordenamientos jurídicos de los Estados constitucionales, ya sea con el propósito de elevar a un plano conceptual las conclusiones sobre la naturaleza del Derecho, o bien para justificar normativamente ese modelo. Es decir que, el primero define una teoría del Derecho, y el segundo, una política del Derecho.

Prieto Sanchís (2002) señala que el neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se expresa, por un lado, como un tipo de Estado de Derecho, que designa el modelo institucional de una forma de organización política; es también una teoría del Derecho, que explica las características de dicho modelo; y es, asimismo, la ideología que justifica o defiende dicha fórmula política.

Por su parte, Núñez Leiva (s. f.) propugna enfoques del neoconstitucionalismo como filosofía política, como teoría del Derecho, como concepto de Derecho, y como ciencia jurídica comprometida. Manifiesta que el neoconstitucionalismo como filosofía política “(...) propugna que es buena —o la mejor— aquella formación política denominada democracia constitucional, en cuyo seno los poderes constituidos se subordinan formal y sustancialmente al programa predefinido en la Constitución y garantizado jurisdiccionalmente”

Comanducci (s. f.), utilizando la tipología del positivismo jurídico efectuada por Bobbio (1997), identifica manifestaciones del neoconstitucionalismo de tipo teórico, ideológico y metodológico, “aspectos diferentes, desde los cuales ha sido presentado históricamente: 1) como un modo de acercarse al estudio del Derecho; 2) como una determinada teoría o concepción del Derecho; 3) como una determinada ideología de la justicia”. Comanducci (2007), al respecto, señala que el neoconstitucionalismo “no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista”.

El presente trabajo adoptará esta última propuesta, desarrollando cada una de las referidas manifestaciones o acepciones del neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo.

Se puede distinguir históricamente al nuevo constitucionalismo, como uno de los dos modelos del Estado de Derecho; el primero y más antiguo, se refiere al “Estado legal de Derecho”, donde el principio de legalidad prima sobre el principio de constitucionalidad; en el primero impera la ley, y en el segundo, la Constitución y sus principios. Ferrajoli (s. f. b) menciona la existencia de dos modelos de “Estado de Derecho”, el primero denominado “Estado legislativo de Derecho”, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido, con independencia de su valoración como justo; una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido puesta por una autoridad dotada de competencia normativa. El “Estado constitucional de Derecho” sería el nuevo modelo en formación teórica y práctica —no consolidado— a partir de la Segunda Guerra Mundial, con ejemplos paradigmáticos en las constituciones de Italia (1947); Alemania (1949); Portugal (1976) y España (1978), donde surgen las constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las leyes ordinarias, cambiando el paradigma en la naturaleza y estructura del Derecho, en la naturaleza de ciencia jurídica, y en la jurisdicción. En otra parte de su obra, habla de tres paradigmas: el Derecho premoderno, el Estado legislativo del Derecho y el Estado constitucional del Derecho, como las transformaciones que se han producido en el tránsito de uno a otro.

CONSTITUCIÓN DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

La Constitución del Estado constitucional requiere examinar el propio término “constitución”, del cual existen distintas acepciones. Así, el positivismo normativista sostiene que por Constitución hay que entender “(...) el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político” (Guastini, 1998).

El positivismo jurídico, en general, o el positivismo como enfoque —la distinción bobbiana entre el positivismo como enfoque y como teoría se usa de un modo flexible— se caracteriza a partir de las tesis de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre Derecho y moral (Bobbio, 1997).

La tesis de las fuentes sociales del Derecho, que constituye el elemento empirista o factualista del positivismo, significa grosso modo que el Derecho es un orden social de la conducta y que, como tal, es artificial, no natural; de forma que el Derecho es un orden de la conducta (estabilización de la conducta social) o no es Derecho. Ello supone que el Derecho es un fenómeno social e histórico.

La tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral —que puede verse como un corolario de la tesis de las fuentes sociales o como una tesis independiente— postula que la determinación de lo que es el Derecho de una comunidad puede resolverse mediante la observación de hechos sociales complejos, básicamente de la conducta social, al margen de cuestiones valorativas o morales. En cualquier caso, para que la observación referida pueda tener lugar es condición necesaria la propia vigencia del Derecho, es decir, que se haya producido una cierta estabilización y/o estandarización de las conductas jurídicas y políticas, porque lo que se trata de observar son regularidades de la conducta. Eso es lo que está implicado en la idea de que el Derecho es orden de la conducta social (estabilización de conducta) o no es Derecho.

El positivismo jurídico como teoría, es decir, no ya como enfoque sino como respuesta, distingue a su vez dos grandes modelos, que son resultado de interpretar de maneras diferentes las regularidades de conducta observadas. Por un lado, el “positivismo predictivista”, que incluiría al realismo jurídico, pero no sólo a éste: algunas concepciones imperativistas del Derecho comparten los rasgos aquí tomados como relevantes; y, por otro, el positivismo normativista.

La clave para distinguir entre el positivismo predictivista y el normativista está en cómo interpretan esas regularidades de conducta y las expectativas que de ellas se derivan. Si permiten emitir simplemente juicios fácticos en términos de probabilidad de conducta; o si, por el contrario, dan lugar a juicios normativos en términos de conducta debida. Pues bien, lo que llamamos positivismo normativista, es como el resultado de la acción humana. En este sentido, el Derecho es el espejo de los emprendimientos humanos. Su producción, su ejecución, su observancia, su aplicación, su organización, reflejan las características más peculiares de aquellos que componen una sociedad, así como los elementos que la circundan: su espacio, su momento histórico y su cultura. Cuando buscamos un sentido único para el Derecho acabamos por distanciarnos de su propia naturaleza. Su "ser" reside en lo que constantemente se altera, se transmuta y se renueva.

Por eso, no es posible definir una esencia única para el Derecho. Su propia identidad es el resultado de las sucesivas transformaciones políticas que una sociedad va sufriendo a lo largo de su momento histórico. Al interpretar la ontología dialéctica propuesta por el filósofo húngaro Lukács, se afirma que es con base en los fenómenos que se busca identificar y deducir el "ser" del Derecho, en el interior de la propia cadena de sus transformaciones. De esta forma, no se busca lo que es el Derecho, sino lo que el Derecho viene a ser.

Kelsen utiliza la metodología del positivismo jurídico, que sostiene que lo que no puede ser probado racionalmente no puede ser conocido. El positivismo normativista ha operado con un concepto de Constitución que vendría a ser el conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político. Su carácter de "fundamentales" proviene del hecho de que a ellas se remiten los tres problemas básicos mencionados, que se han enfrentado a la hora de conceptualizar el Derecho: la identificación, la unidad y la continuidad del Derecho.

Kelsen (1988), al respecto, señala que la Constitución "es la base indispensable de las normas jurídicas que regulan la conducta recíproca de los miembros de la comunidad estatal (...) es decir, la base fundamental del ordenamiento estatal (...) De ahí surge la idea de asegurar a la Constitución la mayor estabilidad posible, diferenciando las normas constitucionales de las normas legales y sometiendo la revisión

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

La Constitución bajo el positivismo normativista presenta los siguientes rasgos. En primer lugar, su carácter de concepto necesario. Todo sistema jurídico-político positivo (existente, estable) cuenta con un conjunto de normas a las que se remite la identificación, la unidad y la permanencia del mismo. Ello es una consecuencia de las tesis normativistas: el fenómeno jurídico puede ser variado y complejo, pero el discurso jurídico se objetiva en normas.

En segundo lugar, dicho concepto de Constitución opera ex post: una vez que se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de una comunidad, que se ha generado una práctica jurídica y política, y que se puede hablar de expectativas fundadas de conducta, puede determinarse el conjunto de normas que de hecho operan como fundamentales en esa comunidad. O, dicho en otras palabras y para evitar la crítica de la circularidad, sólo puede operar una vez que se ha producido una cierta estabilización de las conductas relativas al monopolio de la coacción. Ello no es más que una consecuencia de la tesis de la positividad, pues si no operase ex post se estarían traicionando los propios fundamentos empiristas del positivismo.

Garzón Valdés (1987) ha estudiado el concepto de estabilidad de los sistemas políticos y lo ha presentado como una propiedad disposicional de los mismos, y usa la regla de reconocimiento hartiana exclusivamente como el criterio conceptual que está en la base de la explicación de la identidad y la unidad de los sistemas políticos, pero no de su estabilidad (o perduración a lo largo del tiempo). El planteamiento de Hart es posible que resulte ambiguo, pero la caracterización que él hace de la regla de reconocimiento como una regla social aceptada y que, por tanto, como reconoce Garzón Valdés, "su constatación es una cuestión eminentemente empírica", hace que la misma regla de reconocimiento comporte un elemento de explicación de la perdurabilidad a lo largo del tiempo de los sistemas jurídico-políticos, es decir, presupone la estabilidad de los mismos. Ello es así porque para que la regla de reconocimiento pueda servir de criterio para la identificación de un sistema político, ella misma tiene que ser una manifestación de la estabilización de las conductas vinculadas con el ejercicio institucionalizado del poder.

En tercer lugar, hablar de Constitución supone hablar de práctica social, de orden de la conducta, de estabilización de expectativas de conducta, etc. Por tanto, desde esta perspectiva, interpretar la Constitución no puede entenderse como la tarea consistente en interpretar una norma en el sentido de una formulación normativa —este concepto de Constitución es compatible con el de Constitución formal, pero no lo presupone—, sino más bien la de interpretar una práctica social con el fin de llegar a determinar la norma o normas que permitan dar cuenta de la misma.

Esta tarea reconstructiva enfrenta al positivismo con un dilema, que en las últimas décadas ha sido puesto de manifiesto en infinidad de ocasiones. Si el positivismo se mantiene fiel a sus presupuestos empiristas entonces explica satisfactoriamente la socialidad (positividad) del Derecho, pero se muestra impotente a la hora de explicar otro aspecto que parece consustancial al mismo, como es la pretensión de normatividad, que el Derecho aspira ser fuente de deberes genuinos. Ello es así, porque de la constatación de hechos sociales no parece que puedan inferirse deberes genuinos, sino sólo deberes entrecuillados o deberes “según”. Estas dificultades están en la base del auge de las teorías del participante (frente a las del observador). Pero, a su vez, las teorías del participante se enfrentan con un problema básico que hace quebrar los presupuestos empiristas del positivismo, porque las prácticas sociales nunca son tan homogéneas como para poder ser descritas completamente “sin más” y poder ser usadas “como si”.

Participar en una práctica social no es sólo reproducir una conducta, tiene también un componente constructivo de la propia práctica. Si ello es así, entonces usar normativamente esa práctica —ese conjunto de normas fundamentales— supone necesariamente embarcarse en la tarea de dotarla de sentido. Esa discusión implica abandonar la observación para entrar de lleno en la participación. En suma, cabe recalcar, por un lado, el concepto de Constitución como conjunto de normas fundamentales de un sistema jurídico-político estable que sólo es determinable *ex post*; y, por otro, no puede cumplir funciones normativas en el sentido de que de ella no pueden inferirse deberes genuinos, es decir, cumple funciones explicativas, no normativas. En este sentido, puede usarse en términos predictivos, pero no justificativos.

Constitución formal

La idea de Constitución formal (o de forma constitucional como opuesta a la idea de forma legal) remite a la noción de Constitución rígida (Bryce, 1988). Suele decirse que un sistema jurídico-político cuenta con la forma constitucional cuando se dan dos condiciones: el conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico-político se halla codificado, y el procedimiento para la reforma o derogación está fuera del alcance del legislador ordinario; o, lo que es lo mismo, es un procedimiento agravado en relación con el de la legislación ordinaria. La conjunción de ambas genera una tercera: la Constitución ocupa una jerarquía normativa superior a la ley dentro del sistema de fuentes.

Víctor Ferreres (2000) señala que la rigidez efectiva de una Constitución depende de una combinación de exigencias jurídico-formales y de circunstancias políticas. Entre las primeras destacan, como factores de los que depende la rigidez, los siguientes: a) el número de instituciones políticas cuyo consentimiento debe concurrir; b) el tamaño de las mayorías exigidas para la reforma; y c) la exigencia de la participación popular. Pero la rigidez efectiva depende también del contexto político, histórico y social. Así, menciona como variables relevantes las siguientes: a) el sistema de partidos políticos (cuanto más disciplinados sean los partidos y más arraigada esté la cultura de coalición, tanto más fácil será reformar una Constitución); b) el papel simbólico que desempeñe la Constitución (por ejemplo, en España la reforma de la Constitución es una especie de tema “tabú”); c) el papel que juegan las tradiciones políticas (es posible que muchas de ellas pueden ser conservadoras, en el sentido de que las razones para proceder a la reforma deban ser de mucho peso); etc.

La presencia de una Constitución formal en el interior de un sistema jurídico-político tiene una trascendencia fundamental. De las múltiples consecuencias que de ello se derivan, la siguiente es la más importante y de la que, en realidad, las demás son un corolario. La Constitución formal presupone necesariamente una acción deliberada, un momento decisional, un “momento cero”. Ello plantea inevitablemente, en el interior de ese sistema político, el problema de las relaciones entre poder constituyente —llamado a extinguirse— y poder soberano —permanente—. En este sentido, la Constitución formal tiene al menos un contenido mínimo que incluye el principio dinámico del sistema

jurídico-político, de modo que la Constitución crea las formas básicas de la acción política y jurídica (órganos y procedimientos), pues, como es sabido, la acción política en el marco del Estado no es acción natural o amorfa, sino acción institucional.

Este concepto de Constitución formal es compatible con el concepto positivista de Constitución, pero entre ambos hay una diferencia capital. La primera pretende cumplir funciones normativas *ex ante*, busca fundar o refundar (hacia el futuro) la identificación, la unidad y la permanencia (la estabilidad, en definitiva) de un sistema jurídico-político, y lo hace determinando qué va a ser lo fundamental en ese sistema. Ello no significa, sin embargo, que transcurrido el tiempo aquella opere de hecho como la Constitución — en el sentido positivista de la expresión— de la comunidad de referencia. En este sentido, el éxito de una Constitución formal se medirá *ex post* en función de que ésta sea el factor principal en la explicación de la estabilización de la conducta jurídica y política de esa comunidad, en definitiva, de su unidad y permanencia. Es decir, se medirá por su eficacia, por su capacidad de estabilizar la conducta social, por ser, de hecho, orden de la conducta.

La Constitución de los Estados constitucionales

La expresión “Estado constitucional” se refiere a sistemas jurídico-políticos que reúnen determinadas características. En primer lugar, son sistemas que cuentan con una Constitución rígida o formal, es decir, con una Constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone, necesariamente, que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente y superior al de las disposiciones legales. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por contar con una Constitución formal y ello implica siempre —como mínimo— una diferencia de grado en relación con las otras fuentes del Derecho. Del mismo modo que pueden observarse diferencias de grado entre ley y reglamento (grado de generalidad y abstracción, relación de dependencia tanto de la validez constitutiva como de la regulativa, mayor estabilidad de la ley que del reglamento, etc.), pueden detectarse entre la Constitución formal y la ley ordinaria. La suprallegalidad de la Constitución formal implica una ampliación de la doctrina de las fuentes, pero en principio no mucho más.

En segundo lugar, la Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. La Constitución formal del Estado constitucional no puede incorporar sólo —como diría Kelsen— el principio dinámico del Estado. No puede tener sólo como función la de hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político; sino la de hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos. En este sentido, las constituciones formales de los Estados constitucionales han incorporado las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines, y la del carácter regulativo de esos valores y fines. Se trata, pues, de constituciones constitutivas y regulativas. Así, incorporan las formas básicas de la acción jurídica y política que, desde el constitucionalismo, se consideran legítimas, es decir, idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos: básicamente han incorporado las formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la arbitrariedad), y las formas de acción política propias del Estado democrático y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la exclusión política).

Pero, también, la Constitución del Estado constitucional ha seguido la estrategia del constitucionalismo regulativo, de modo que sus valores y fines se han incorporado a la Constitución en forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las constituciones han incluido los derechos y principios liberales (están comprometidas con la erradicación del autoritarismo) y los derechos y principios del Estado social (están comprometidas con la erradicación de la exclusión social). Todos estos elementos, en mayor o menor medida, son reconocibles en las constituciones de los Estados que llamamos constitucionales. Ahora bien, si la asunción ideológica del constitucionalismo presupone la consideración de que los valores son anteriores a las formas de acción jurídica y política constituidas —creadas— por la Constitución y los fines son externos a las mismas, entonces el uso de la Constitución como fuente del Derecho desde estos parámetros tiene que reflejar dicha prioridad axiológica y justificativa. Prioridad que se plasmará en los juicios normativos internos, en los juicios de validez, en las operaciones del método jurídico, etc.

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

EL CONTROL CONSTITUCIONAL

La razón de establecer un tipo de supremacía de la Constitución ha sido la de garantizar la peculiar forma de Estado creada por la Constitución y, secundariamente, prever que por esa vía se pudiera llegar a un mecanismo que asegure la supremacía de la Constitución sobre las leyes, tratados, decretos, así como sobre las demás normas integradoras de la pirámide jurídica.

La ausencia de norma específica que trate sobre la inconstitucionalidad de las leyes, tuvo una consagración jurisprudencial en el caso "Marbury vs. Madison". El criterio dominante con respecto al papel de los jueces era totalmente distinto en Europa que en América. La concepción estaba inspirada por dos motivos, uno de tipo episódico o contingente, que era el derivado del mal concepto que se tenía del poder de los jueces, sobre todo en Francia, en tiempos de la revolución de 1789; esto se debió a la existencia de los famosos "parlamentos", que consistían en el funcionamiento de tribunales judiciales de corporaciones, que se arrogaban una serie de derechos, entre los cuales no estaba sólo el de juzgar aplicando las normas, sino incluso el de publicar o no las normas, lo que implicaba una especie de veto judicial con respecto a las sanciones de los Estados generales y el rey, lo cual había asimilado demasiado al poder judicial. El otro fundamento era una concepción desarrollada por Locke y Montesquieu, según la cual no podían reconocer a los jueces ese poder; en el pensamiento de Locke no aparecía todavía el poder judicial como un poder independiente.

La Revolución Francesa convalidó esas creencias, haciéndolo incluso mediante una expresa prescripción constitucional en la Carta de 1791, destinada a impedir que los jueces pudieran juzgar el valor de las leyes; si la voluntad general tenía su expresión en el parlamento, era absolutamente inadmisibles que alguien que no era magistrado elegido por el pueblo, tuviera poder suficiente como para impedir la aplicación de esa expresión máxima de la soberanía popular que era la ley.

A partir de la Constitución de Francia de 1946, se buscó realizar el control de constitucionalidad como un tipo de control político, a través de un comité constitucional o un consejo constitucional que cumpliera esa función, con un carácter distinto al control difuso. La solución a la cual los franceses llegaron finalmente fue la de un consejo constitucional, órgano de control político no jurisdiccional —ni en el sentido judicial ni en el de una jurisdicción especial— que es sui generis, atípico dentro de los procedimientos de control o de aseguramiento de la defensa de la Constitución que existen en la actualidad.

Francia y Europa en general han cuestionado permanentemente el sistema americano o judicial review, con el argumento de que es un sistema conservador y que favorece el statu quo, debido a que los jueces, por formación o incluso por los condicionamientos a que se ven sujetos en el ejercicio de su función, actúan generalmente como un elemento de conservación del régimen; los jueces interpretan los valores ambientales con un sistema limitado a la clase a la cual ellos pertenecen, y que quizás no coincidan con los valores que dominan en la comunidad en ese momento. Ése es el argumento más serio de la impugnación, o el que trata de penetrar más profundamente, porque pone el problema de las vivencias del juez, es decir, el aspecto valorativo que juega en su decisión al momento de resolver una cuestión constitucional o de inconstitucionalidad.

La necesidad de un órgano independiente con la función de control fue claramente percibida por Kelsen, como condición inherente a la pretensión de obligatoriedad de la Constitución, ya que la efectividad de la garantía del control dependía de las características del órgano encargado de esa función.

Luego de la primera guerra mundial, Kelsen proyectó la Constitución de Austria. Si bien el criterio europeo no permite tener en los jueces la facultad

mencionada—control concentrado—, alguien tiene que tenerla. Kelsen creó la Corte Constitucional, un organismo de jurisdicción especial que tendría la naturaleza de un tribunal, compuesto en forma mixta, con la función exclusiva de asumir el control de constitucionalidad de las leyes; un tribunal de naturaleza especial, independiente de la magistratura ordinaria, que centraliza en un solo órgano la función de declarar la inconstitucionalidad de las leyes y cuyos efectos serían dados en un solo acto, con validez para todos y para siempre. Después de esas constituciones pasaron algunos años antes que la idea se reafirmara, luego de la segunda guerra mundial. En Alemania, donde la Constitución de Weimar no resolvía este problema, los jueces asumieron igualmente esa función, hasta la asunción de Hitler al poder; Italia creó un tribunal que estaba integrado por jueces designados a propuesta de la magistratura, del parlamento y del poder ejecutivo.

En el sistema concentrado la declaración de inconstitucionalidad produce efectos erga omnes, con la consiguiente anulación de la norma cuestionada, que pierde sus efectos en forma total y con prescindencia del acto político. En los sistemas concentrados, el propio órgano de control —la corte constitucional o el tribunal constitucional— es el que recibe de la Constitución la competencia necesaria para producir esa anulación con los efectos generales, ocupando así el lugar de los otros poderes —el poder legislativo o el poder ejecutivo, según sea el caso—. El conflicto queda diluido con la desaparición de la norma cuestionada, o, en palabras de Fix-Zamudio, se extirpa quirúrgicamente del ordenamiento jurídico aquella norma que es contraria a la Constitución.

La denominación como control concentrado proviene de la acepción formal referida al órgano destinado a la tarea de controlar la supremacía de la Magna Lex, creado para conocer especial y exclusivamente los conflictos constitucionales que se sitúan fuera del aparato jurisdiccional clásico —la magistratura ordinaria—. Las cortes o tribunales supremos pueden ser jurisdicciones constitucionales, pero no son, en sentido estricto, tribunales constitucionales. Esta noción se identifica con el modelo europeo.

LÍMITES DEL CONTROL CONSTITUCIONAL A LA INTERPRETACIÓN DE LA LEGALIDAD ORDINARIA PENAL

El desarrollo amplio del marco teórico fijado permite establecer, como principal conclusión,

que es incuestionable que la interpretación de la legislación, indistintamente de la materia, debe tener a la Constitución Política del Estado como parámetro fundamental, pues en su condición de norma de normas ésta se erige como el más importante criterio de validez y constitucionalidad.

Tiedemann (s. f.), al respecto, señala que “nuestra Constitución se erige como norma de normas y tiene incidencia directa en la forma como se estructura nuestro ordenamiento jurídico, no solamente desde el punto de vista formal, sino también por el contenido axiológico demarcado por nuestro extenso catálogo de derechos fundamentales, el cual debe orientar el contenido de las decisiones que toman el legislador y el juez. Por lo tanto, en nuestro ordenamiento jurídico las normas constitucionales adquieren fuerza vinculante y las normas legales deben interpretarse conforme a los principios y derechos constitucionales”.

En efecto, la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho conlleva la admisión que la Constitución Política es el referente de constitucionalidad y subsecuente validez del sistema normativo; de ahí que las normas resultantes del proceso interpretativo deben guardar correspondencia con los principios y valores que aquélla contiene.

Según Pereira Menaut (s. f.), “la norma constitucional debería ser siempre concebida, no como ley de organización de los poderes públicos, sino como enunciado de deberes limitativos del poder. Esto, después de todo, está en los orígenes del más genuino constitucionalismo”.

La ley penal no es la excepción a la exigencia de que su interpretación sea “conforme a la Constitución”, pues corre el riesgo de ser calificada como inconstitucional y perder vigencia dentro de la estructura de la decisión judicial que, conforme es admitido, se erige ineludiblemente sobre la base de una norma legal (premisa mayor).

La aplicación del Derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme a la Constitución” (Bacigalupo, 1999). Existen postulados teóricos vinculantes, como el de la “unidad del ordenamiento jurídico”, o expresiones como la de que el Derecho penal es la ley a través de la cual se realiza la Constitución.

Cote-Barco (s. f.) indica que “(...) el derecho penal se entiende debe estar perfectamente

constitucionalizado, es decir, que las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales y, obviamente, las que tienen que ver de forma expresa con el derecho penal, entran a jugar como parámetro de evaluación crítica de las normas penales, al mismo tiempo que se constituyen en criterios para su interpretación y aplicación. Este fenómeno de vinculación necesaria entre el derecho penal y la Constitución, que ha llevado a importantes autores como Winfried Hassemer a sostener por ejemplo que el derecho penal se debe entender como derecho constitucional aplicado, está enmarcado en un proceso más amplio y más complejo, de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico, el cual ha sido denominado por la doctrina como constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo”.

Donini (2001) considera que el enfoque constitucionalista del Derecho penal va más allá de la simple idea de que éste no debe contradecir la Constitución, pues considera que ésta es, ante todo y sobre todo, fundamento de la pena y del Derecho Penal. Siguiendo la misma línea, Durán (2011) añade que es función de la Constitución “(...) influir directamente en la práctica jurídica a través de los supuestos concretos que se presentan ante los tribunales de justicia”.

La exigencia de observancia de la Constitución plantea un nuevo rol de todo juez: el de garante de los derechos fundamentales. Ferrajoli (s. f. a) manifiesta que “(...) la sujeción a la ley y antes que nada a la Constitución, transforma al juez en garante de los derechos fundamentales, también frente al legislador, a través de la censura de la invalidez de las leyes y demás actos del poder político que puedan violar aquellos derechos, promovida por los jueces ordinarios y declarada por las cortes constitucionales”.

Espinoza Ramos (s. f.), igualmente, sostiene que la Constitución “(...) actúa en una doble vertiente en su relación con el derecho penal: en su vertiente negativa, la Constitución es límite de la ley penal y en esa inteligencia su virtualidad reposa en la expulsión de las leyes penales incompatibles con su contenido, de modo que en este sentido actúa como una suerte de barrera o contendor del *ius puniendi estatal*; y, en su vertiente positiva, la Constitución pasa a proyectar, condicionar o “vincular” la aplicación de las leyes penales bajo su égida, de modo tal que los jueces, al contemplar las leyes penales, deben entender a la Constitución no sólo como su límite (faz negativa), sino, sobre todo, como su fuente (faz positiva), y al hacerlo

deben cautelar y proteger los valores, bienes y derechos que ésta reconoce”.

En suma, el control constitucional de la norma generada por la interpretación de la ley penal es admitido en nuestro medio, pues sobre la base del principio de fuerza normativa de la Constitución, sumado al reconocimiento de interdicción de la arbitrariedad, se reconoce la posibilidad de evaluar la correspondencia de aquella norma con el texto constitucional.

Sin embargo, pese a admitir el control constitucional de las normas resultantes de la interpretación judicial, aquella actividad conlleva el riesgo de afectar la exclusividad de la función jurisdiccional y deslegitimar la justicia constitucional si no se ciñe a un uso responsable y mesurado.

Prieto Sanchis (2003) ha resumido el neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra, que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.

Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no sólo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa, frente a ellos, un criterio de interpretación prioritario.

Tercero, eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico —ley— para desplegar su fuerza vinculante.

Cuarto, garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico, incluida, por tanto, la Constitución.

Quinto, presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.

Y sexto, la rigidez constitucional.

En este contexto, resulta necesaria la incorporación de límites para el ejercicio por parte de los órganos encargados de la justicia constitucional, desde la labor de control constitucional a la interpretación de la legalidad ordinaria penal, proponiendo los siguientes:

El juez constitucional debe limitar la labor de control de la norma fijada por el juez penal, a demostrar su falta de compatibilidad con la Constitución Política. En este sentido, está impedido de reemplazar aquella norma con otra que considere que debió resultar de la interpretación de la norma penal, pues aquella función está reservada exclusivamente al juez penal.

El juez constitucional sólo declarará la inconstitucionalidad de la norma fijada por el juez penal cuando la incompatibilidad con la Constitución Política sea manifiesta, lo que conlleva la obligación de argumentar en forma suficiente la decisión adoptada y la relevancia de la aplicación de la técnica del test de proporcionalidad para determinar la compatibilidad de la norma penal con los principios consagrados en el texto constitucional, aun cuando desde el punto de vista dogmático no sea su natural campo de aplicación.

El juez constitucional sólo puede complementar la norma fijada por el juez penal para despejar cualquier atisbo de inconstitucionalidad o evitar una proyección indebida en cuanto a sus efectos para casos futuros; actividad similar a la realizada por el Tribunal Constitucional en las denominadas sentencias sustitutivas, en las cuales "(...) el órgano de control de la constitucionalidad declara la inconstitucionalidad parcial de una ley y, simultáneamente, incorpora un reemplazo o relevo del contenido normativo expulsado del ordenamiento jurídico; vale decir, dispone una modificación o alteración de una parte literal de la ley" (Tribunal Constitucional, 2004).

El juez constitucional debe estructurar el examen de constitucionalidad de la norma fijada por el juez penal a partir de la disposición normativa materia de interpretación judicial, la cual deberá reproducirse bajo los principios o reglas previstos en la Constitución, fijados por el juez constitucional como relevantes en el caso concreto.

El juez constitucional debe observar la competencia y procedimiento para la declaración de constitucionalidad de la norma fijada por el juez penal; sin embargo, debe igualmente aplicar el principio pro actione y suplir cualquier defecto

en su tramitación para emitir un pronunciamiento de fondo válido, como por ejemplo cuando se cuestiona la norma penal fijada mediante un proceso de habeas corpus, pese a corresponder el proceso de amparo por imputarse la vulneración de la tutela procesal efectiva.

Es importante tomar en cuenta que, puesto que en el orden axiológico de la Constitución quedan predeterminadas las soluciones para todos los casos posibles con relevancia constitucional, el juez que resuelve esos casos no ejerce ninguna discrecionalidad (Dworkin) o la ejerce sólo en casos puntuales en los que, bajo las circunstancias del caso y de las normas aplicables, haya un empate entre los derechos y/o principios constitucionales concurrentes.

Componentes filosóficos

El neoconstitucionalismo posee tres componentes filosóficos rotundos: ontológico, epistemológico y político-social.

En lo ontológico, el objetivismo, derivado de afirmar que, por debajo de los puros enunciados constitucionales, con sus márgenes de indeterminación semántica, sintáctica y hasta pragmática, existe un orden constitucional de valores, una moral constitucional precisa y dirimente.

En lo epistemológico, el cognotivismo resultante de afirmar que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden, pueden ser conocidas y aplicadas por los jueces.

En lo político y social, el elitismo de pensar que sólo los jueces o prioritariamente los jueces –en especial, los tribunales constitucionales– están plenamente capacitados para captar ese orden axiológico constitucional y lo que exactamente dicta para cada caso, razón por la que poseen el privilegio político de poder enmendar al legislador, excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión contra legem, para que sea pro constitutione, por cuanto es basada en algún valor constitucional.

CONCLUSIONES

La vigencia de un Estado constitucional de Derecho es la aspiración lógica y natural de toda sociedad, pese a que aquel concepto entraña, desde un enfoque dogmático, múltiples interrogantes y cuestionamientos.

La aspiración de un Estado constitucional de Derecho es el resultado de la influencia del denominado “neoconstitucionalismo”, el cual pretende la consecución de los siguientes aspectos: la superación del Estado; la separación de los conceptos de Estado y Constitución; la posibilidad de un imperio del Derecho en el ámbito internacional; la sumisión del poder al Derecho; un gobierno débil y un Derecho fuerte garantizador de libertades cada vez más amplias, incluso planteando una progresiva disolución del Estado, pero las exigencias de seguridad en unas sociedades vulnerables como las nuestras se tornan problemáticas ante la dogmatización de las libertades sin limitaciones.

Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo es, sin duda, la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley. En efecto, el nuevo sentido de la interpretación jurídica, esto es, basada en la necesaria remisión a la Constitución, pone al juez constitucional como principal actor, llegando incluso a sostenerse que constituye un grave riesgo para la propia estructura del Estado, en la medida que puede distorsionarse al instituirse un gobierno de los jueces.

La historia del desarrollo del Derecho constitucional permite advertir el surgimiento y consagración de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas, entendiendo estas últimas como todo mandato de regulación de conductas: el sistema concentrado, de origen europeo, en el cual se encarga la función de control a un órgano especializado y autónomo, como es el Tribunal Constitucional; y el sistema difuso, de origen norteamericano, en el cual se atribuye aquella competencia a todos los órganos jurisdiccionales.

La admisión del control constitucional del resultado de las interpretaciones judiciales, debe establecer límites para el control de las normas de origen judicial, como los siguientes: el juez constitucional sólo debe declarar inconstitucional la norma cuestionada y no elegir otra norma alterna; la inconstitucionalidad de la norma cuestionada debe ser manifiesta; la inconstitucionalidad de la norma cuestionada debe provenir de la propia disposición normativa o de la naturaleza de la materia regulada; la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada debe observar la competencia del juez

constitucional, según la materia; y la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuestionada debe efectuarse dentro del proceso constitucional, según la materia.

Sin embargo, en el control constitucional a las normas resultantes de la interpretación judicial en materia penal, deben existir límites diferenciados a los generales, dado el hecho particular de estar en juego la vigencia del principio de legalidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALDRETE VARGAS, Adolfo. (Sin fecha) La división de poderes y el neoconstitucionalismo. Recuperado de: www.comaid.org.mx/adolfo1.doc.

BACIGALUPO, Enrique. (1999) Principios constitucionales del Derecho penal. Buenos Aires: Hammurabi.

BOBBIO, Norberto. (1997) El problema del positivismo jurídico. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Quinta edición. México: Fontamara.

BRYCE, J. (1988) Constituciones flexibles y constituciones rígidas (Estudio preliminar de Pablo Lucas Verdú). Madrid: CEC.

COTE-BARCO, Gustavo Emilio. (Sin fecha) Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82515355005>

DONINI, Massimo. (2001) Un derecho penal fundado en la carta constitucional: Razones y límites. La experiencia italiana. En: *Responsa Iurisperitorum Digesta*. Vol. II. Salamanca.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. (2011) Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 26.

ESPINOZA RAMOS, Benji. (Sin fecha) Entre aplicar control difuso y prevaricar: un camino donde se violenta la independencia judicial. Necesidad del criterio de interpretación de la ley penal vinculada a la constitución. Recuperado de: <http://alvarezzyralaabogados.com/abogados/docs/articulos/bespinozar/Prevaricatoycontroldifuso.pdf>

FERRAJOLI, Luigi. (Sin fecha a) El juez en una sociedad democrática. Recuperado de: www.poderjudicial.go.cr/dialogos/documentos/.../LUIGi%20Ferrajoli.doc

FERRAJOLI, Luigi. (Sin fecha) Neoconstitucionalismos. Edición de Miguel Carbonel. Editorial Trotta.

FERRAJOLI, Luigi y RUIZ, Juan. (2014) Un debate sobre principios constitucionales. Edit. Palestra.

FERRERES, Víctor. (2000) Una defensa de la rigidez constitucional. En: Doxa, N.º 23.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (Sin fecha) Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores. Recuperado de: <http://www.geocities.ws/jagamado/pdfs/NEOCONSTITUCIONALISMO.pdf>

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. (2004) Interpretación y argumentación jurídica. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso Jaime. (2009) Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta.

GARZÓN VALDÉS, E. (1987) El concepto de estabilidad de los sistemas políticos. CEC. Madrid.
GUASTINI, R. (1998) Teoria e dogmatica delle fonti. Giuffrè, Milán.

KELSEN, Hans. (1988) La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional). Traducción de Juan Ruiz Manero. En: Kelsen, Hans. Escritos sobre la democracia y el socialismo. Madrid: Debate.

LOEWENSTEIN, Karl. (1982) Teoría de la Constitución. Reimpresión de la 2ª ed. Barcelona.

NÚÑEZ LEIVA, José Ignacio. (Sin fecha) El movimiento del derecho libre como antecedente

de las teorías (neo)constitucionalistas del derecho. Recuperado de: http://www.actualidadjuridica.com.ar/doctrina_viewview.php?start=5

ORDOÑEZ, Alejandro. (Sin fecha) La ideología neoconstitucionalista y las transformaciones del Derecho. Recuperado de: <http://www.fundacioneliasdetejada.org/consejofelipeii/Documentacion/Politicos/Transformaciones/V-463-464-P-247-254.pdf>

PEREIRAMENAUT, Antonio Carlos. (Sin fecha) Un concepto orsiano de Constitución. Recuperado de: <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/600/567>

POZZOLO, Susanna. (2011) Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico. Lima: Palestra Editores.

POZZOLO, Susanna. (Sin fecha) Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Recuperado de: http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10369/1/doxa21-2_25.pdf

PRIETO SANCHIS, Luís. (2003) Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta.

PRIETO SANCHIS, Luís. (2002) Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores.

TIEDEMANN, Klaus. (Sin fecha) Constitución y derecho penal. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/10/doctrina39925.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. (2004) STC. EXP. N° 004-2004-CC/TC. Fundamento 3.3.3.