

## **TÍTULO SEXTO**

**INCONSTITUCIONALIDAD  
POR OMISIÓN (IV):  
EROSIÓN DEL MODELO DE  
“LEGISLADOR NEGATIVO”.  
INTERPRETACIÓN CONFORME  
A LA CONSTITUCIÓN**

**CAPÍTULO**

**I**

**INSUFICIENCIA DEL PARADIGMA  
KELSENIANO. LA INTERPRETACIÓN  
CONFORME A LA CONSTITUCIÓN,  
GERMEN DE LAS SENTENCIAS  
INTERPRETATIVAS**

## I. Insuficiencia del paradigma kelseniano del “legislador negativo”

Muy útil en otro momento histórico, el esquema que KELSEN inicialmente diseñara, reducido a distinguir dos únicos tipos de sentencias constitucionales (estimatorias y desestimatorias) y a considerar al tribunal constitucional como un “legislador negativo” cuyas resoluciones no podían conllevar más creación de derecho que la escueta anulación de la ley, desde hace tiempo se ha visto desbordado por la realidad funcional de los órganos de cierre de la justicia constitucional y los requerimientos del Estado Constitucional<sup>261</sup>.

Se constata así que la alternativa constitucionalidad-inconstitucionalidad pura y simple, se revela exigua para cubrir todo el espectro cualitativo de casos que se presentan ante los órganos de justicia constitucional, lo que ha propiciado el advenimiento de posiciones jurisdiccionales *activistas y pragmáticas* para modelar variantes sentenciales que permitan a los tribunales, las cortes o salas constitucionales y las cortes supremas de justicia desempeñar de modo más adecuado el relevante rol que están llamados a cumplir.

En esa lógica, se mueven en Europa principalmente los Tribunales Constitucionales de Alemania, Austria, España y la Corte Constitucional de Italia. Incluso hay algún movimiento en tal sentido, por supuesto menor, en el Consejo Constitucional francés, pese a las particularidades de *control previo de constitucionalidad que exhibe*, hoy matizadas<sup>262</sup>, y en el antiguo Tribunal de Arbitraje belga (*Cour d'Arbitrage*), establecido a fines de los 70 del siglo pasado, constitucionalizado en la innovación constitucional de 1980 y devenido en Tribunal Constitucional en 2007, identificación institucional que resulta más acorde con las competencias jurisdiccionales que paulatinamente fue adquiriendo.

---

261 Cfr. GARRORENA MORALES, Ángel, “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, en AA.VV., *La Democracia Constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 2, Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, pp. 1844-1845.

262 En fecha relativamente reciente, se ha reformado la Constitución de la V República Francesa de 1958, por medio de la Ley Constitucional N° 2008-724, de 23 de julio de 2008, que ha incorporado el procedimiento de la *cuestión previa o prioritaria de constitucionalidad* (QPC) respecto de leyes que afecten a derechos y libertades. La QPC ha sido reglamentada por la Ley Orgánica N° 2009-1523, de 10 de diciembre de 2009, y se encuentra en vigencia desde el 1 de marzo de 2010. Volveremos brevemente sobre el tema al abordar en el título decimoquinto la aplicación del control de constitucionalidad respecto de omisiones inconstitucionales en algunos tribunales o cortes constitucionales europeos o, como en el caso francés, particularmente en el Consejo Constitucional.

Tal esquema se ha irradiado hacia la región latinoamericana, siendo captado, v. gr., por la Corte Constitucional de Colombia, el Tribunal Constitucional del Perú, la Sala Constitucional (conocida como Sala Cuarta) de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica y hasta, *mutatis mutandis*, la Corte Suprema de Justicia argentina, que sin ser formalmente un tribunal constitucional pareciera buscar reconfigurarse institucionalmente, al depurar su competencia y agregar a su repertorio jurisprudencial nuevos elementos y perfiles en materia de control de constitucionalidad.

En todos esos ámbitos (cronológicamente primero en Europa y más tarde en Latinoamérica), fue plasmándose la construcción jurisprudencial de sentencias “atípicas o intermedias” y, dentro de éstas, la muy expandida categoría de las sentencias “interpretativas”.

Es preciso aclarar, no obstante lo expresado en el párrafo anterior, que no en todas las latitudes de América Latina estas modalidades sentenciales han sido recibidas, examinadas y aplicadas con idéntico nivel de intensidad.

Ya en un plano general de discusión, se observa que las sentencias atípicas o intermedias reconocen una génesis primordialmente práctica y para nada reciente, ideadas —como tuvimos ocasión de anunciar— a modo de válvulas de escape al rígido molde que primigeniamente pensara Kelsen para los tribunales constitucionales.

En otras palabras, afloran para responder a concretas exigencias empíricas del despliegue funcional de los órganos máximos de la justicia constitucional.

Según detalla GARRORENA MORALES, con apoyo en ciertas decisiones del Tribunal Federal suizo y de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., haciendo propia la argumentación de una resolución del Tribunal Constitucional de Baviera (de 13 de febrero de 1952) por la que éste justificaba el recurso a la (hoy importantísima) técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung* (interpretación conforme a la Constitución), en su pronunciamiento de 7 de mayo de 1953, el Tribunal Constitucional Federal alemán dejó establecida hacia adelante la legitimidad de tal tipo de sentencias<sup>263</sup> en el contexto jurídico germano.

Desde el plano jurisprudencial, el *BVerfG* daba así un primer y gran paso en pro de la gradual modelación de un acervo de sentencias atípicas o intermedias —que tienen como abanderadas a las sentencias *interpretativas*— siendo luego tomado como punto referencial por otros tribunales constitucionales europeos.

---

263 GARRORENA MORALES, Ángel, op. cit., “Opacidad y desestimación de la inconstitucionalidad en el fallo de las sentencias interpretativas”, pp. 1843-1844.

Naturalmente, tal extrapolación se produjo adaptando las soluciones decisorias a las particularidades de cada escenario jurídico y con matices, varios de los cuales fueron dando vida a sus propias variantes. En este aspecto no puede dejar de mencionarse a la Corte Constitucional italiana que, como demostraremos más adelante, ha desarrollado un cuantitativa y cualitativamente complejo y recargado sistema de pronunciamientos atípicos o intermedios, entre los cuales figuran las decisiones *manipulative* o *manipolatrici* (“*manipulativas*”) y, dentro de éstas, las sentencias *aditivas*, que han resultado útiles a la hora de salvar o corregir las *omisiones inconstitucionales relativas*.

La problemática de las sentencias interpretativas no es precisamente menor en el ámbito de funcionamiento de la justicia constitucional. Es uno de los asuntos de enorme importancia en el derecho constitucional y el derecho procesal constitucional. Entre otras facetas y puntos de conexión, se vinculan claramente con la interpretación de la Constitución, la inconstitucionalidad por omisión y la temática que nombráramos líneas arriba: la interpretación (de la normativa subconstitucional) *conforme a la Constitución*.

Esta última cuestión será justamente objeto de nuestra atención particularizada en el apartado siguiente del presente capítulo.

## II. Interpretación conforme a la Constitución

### 1. Advertencia liminar

Pedimos disculpas anticipadas por la obviedad, aunque todo debe decirse y aclararse para evitar confusiones. Cuando nos referimos al tema del epígrafe aludimos a la labor de la *justicia constitucional* (también de la ordinaria, siempre en la medida de su marco de atribución competencial, en aquellos sitios donde existe la escisión) *consistente en interpretar la normativa infraconstitucional* (leyes, decretos, ordenanzas, etc.) *de conformidad con la Constitución*.

Por cierto no nos olvidamos aquí de efectuar siquiera un brevísimo recordatorio acerca de que surge con nitidez que en la actualidad la exigencia hermenéutica en cuestión supone también la *interpretación conforme a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, tema que ampliaremos en otro sector del presente trabajo al enfocar el *control de convencionalidad* (concretamente, en el título noveno, capítulos I y II).

Aquí nos circunscribiremos particularmente a la *interpretación conforme a la Constitución*.

## 2. “Interpretación conforme” y sentencias “atípicas o intermedias”

Las sentencias “atípicas o intermedias” (que retomaremos con detalle en el capítulo inmediatamente siguiente) están estrechamente vinculadas al complejo y polifacético fenómeno de la *interpretación constitucional*, del que —con razón— se ha predicado que es *el problema metodológico fundamental en el derecho constitucional*<sup>264</sup> o —agregamos por nuestra parte— al menos uno de los más relevantes.

No por casualidad HESSE advirtió que la interpretación tiene para esta parcela del derecho una importancia fundamental porque dado el carácter *abierto y amplio* de la Constitución, los problemas interpretativos se dan más frecuentemente que en otros sectores del ordenamiento cuyas normas son más detalladas<sup>265</sup>.

Las exigencias cada vez más intensas que se ciernen sobre la justicia constitucional y la citada textura abierta de las disposiciones constitucionales que llevan a predicar de éstas un cierto grado de indeterminación, hacen que la actividad interpretativa conlleve —fundamentalmente en los casos difíciles, atípicos o complejos— una tarea de creación de derecho por parte de la magistratura constitucional.

En el ámbito de la justicia constitucional, toda interpretación judicial de cuño exclusivamente positivista-legalista subvalora el nivel de ductilidad que contiene la Constitución y puede llevar a una mirada claudicante de las funciones asignadas al órgano de cierre de la jurisdicción constitucional<sup>266</sup>.

En atención a todo ello, es imposible eludir en este marco de contextualización de las sentencias atípicas o intermedias en general, y de las interpretativas en particular, siquiera una sumaria aproximación a la doctrina de la *interpretación conforme a la Constitución* (*Verfassungskonforme Auslegung* en la terminología alemana o *interpretazione adeguatrice* en la italiana), que tanto tiene que ver con el nacimiento y la multiplicación de los citados pronunciamientos *interpretativos*. Tanto así que tal doctrina o principio de *interpretación conforme*, normalmente de formulación pretoriana<sup>267</sup>, es el fundamento teórico de aquellos.

264 GARCÍA AMADO, Juan Antonio, op. cit., *Teorías de la Tópica Jurídica*, p. 277.

265 HESSE, Konrad, op. cit., “La interpretación constitucional”, *Escritos de derecho constitucional*, p. 34.

266 Ver, *mutatis mutandis*, CASCAJO CASTRO, José Luis, op. cit., “En torno a una idea metanormativa de la justicia constitucional”, p. 303.

267 Sin perjuicio de los variados casos en que tal creación se ha concretado por vía jurisprudencial, la cuestión también aparece formulada en algunas leyes orgánicas de tribunales o cortes constitucionales.

La *interpretación conforme* deriva del carácter normativo de la Constitución y de su rango supremo y, como indica GARCÍA DE ENTERRÍA, es reconocida en los sistemas que hacen de aquel carácter un postulado básico. Grafica su aserción recurriendo a los sistemas norteamericano y alemán<sup>268</sup>.

En el primero, todas las leyes y los actos de la Administración deben interpretarse *in harmony with the Constitution* (en armonía con la Constitución); mientras que en el segundo se impone *die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen* (la interpretación de las leyes conforme a la Constitución)<sup>269</sup>.

El instituto que brevemente repasamos tiene su punto de apoyo, al menos en sus inicios, primordialmente en dos principios:

1. Uno que establece *que una ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución*, pauta así enunciada por el Tribunal Constitucional Federal alemán.
2. Una segunda premisa que reconoce su génesis tanto en la jurisprudencia de este último tribunal como en la de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., vinculada a *la presunción de constitucionalidad de las leyes*. Este principio tiene connotaciones materiales relevantes, que suponen: *i*) una confianza depositada en el legislador en punto a la observancia y la interpretación correcta de los principios de la Constitución; *ii*) el hecho de que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando no exista “duda razonable” sobre su contradicción con la Constitución; y *iii*) la circunstancia de que, cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que puede permitir una interpretación inconstitucional deberá presumirse, siempre que sea “razonablemente posible”, que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con que dicha ley habrá de aplicarse será la que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales<sup>270</sup>.

A su vez, conviene no perder de vista que el postulado de interpretación conforme está anclado en el denominado principio de *unidad del ordenamiento jurídico* (*Einheit der Rechtsordnung*, según la doctrina alemana), gobernado por la Constitución, la

---

Por ejemplo, y en lo referente a Latinoamérica, la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia N° 027, promulgada el 6 de julio de 2010, la consagra en su art. 4 (“Supremacía constitucional”), particularmente en el ap. IV, estableciendo: “Cuando una norma jurídica acepte más de una interpretación, el Tribunal Constitucional Plurinacional, bajo el principio de conservación de la norma, adoptará la interpretación que concuerde con el texto constitucional”.

268 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, op. cit., “El principio de la interpretación conforme a la Constitución de todo el Ordenamiento”, en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, pp. 95-96.

269 *Ibid.*, p. 95.

270 *Ibid.*, p. 96.

que —por tanto— tiene primacía en la integración y en la interpretación de dicho ordenamiento normativo.

En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, la Constitución asegura una unidad del ordenamiento esencialmente sobre la base de un “orden de valores” materiales expreso en ella y no sobre las simples reglas formales de producción de normas. Dicho de otra manera, aquella es una *unidad material de sentido*, expresada en unos principios generales del derecho que deben ser investigados o descubiertos por el intérprete, o han sido declarados en la Constitución de manera formal destacando unos valores sociales básicos que ninguna norma subordinada a la Constitución podrá desconocer, y todas las normas “deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores”<sup>271</sup>.

### 3. Epílogo

En síntesis, nunca está de más resaltar la importancia sustancial de la *interpretación conforme y desde la Constitución*, lo que renueva los desafíos de la jurisdicción constitucional tomando como punto referencial la utilidad que aporta una tarea hermenéutica *dinámica*, pues la Norma básica es un *instrumento dialéctico*.

En este sentido, *mutatis mutandis* y sintonizando la frecuencia *habermasiana*, toda Constitución es un *proyecto vivo*, que como tal sólo puede perdurar a través de una interpretación dinámica, impulsada continuamente hacia adelante en todos los planos de la producción normativa<sup>272</sup>.

Para medir en una dimensión general de discusión la trascendencia de la labor interpretativa a cargo de la magistratura constitucional, no debe olvidarse que el aseguramiento de la primacía constitucional —en retroalimentación con las normas, los principios y valores aportados por el derecho internacional de los derechos humanos— y la fuerza normativa de la Ley fundamental justamente *dependen en buena medida de la tarea de hermenéutica constitucional*, pues —como expresivamente se ha sostenido— la interpretación constitucional “puede modificar, anular o vivificar la Constitución, o puede hacer que el sistema agonice o resplandezca”<sup>273</sup>.

---

271 *Ibid.*, pp. 97-98.

272 HABERMAS, Jürgen, *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, Polity Press, trad. al inglés de William Rehg, Cambridge, 1996, p. 129.

273 CARPIZO, Jorge, voz “Interpretación constitucional”, op. cit., CARBONELL, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, p. 320.



Elocuentemente explicaba TREVES que *la Constitución es como un mapa, en el que se representan los elementos esenciales del territorio; correspondiendo a la Corte [Constitucional] fijar los detalles topográficos* (“la Costituzione è come una carta geografica, sulla quale sono tracciati gli elementi essenziali del territorio; spetta alla Corte fissarne i dettagli topografici”)<sup>274</sup>.

A modo aclaratorio y si bien casi automáticamente la *interpretación conforme* se asocia al derecho y la jurisprudencia alemanes, LÓPEZ BOFILL señala que “el acuerdo histórico al que llegan los autores consiste en reconocer que el precedente de la interpretación conforme aparece por primera vez en el modelo norteamericano, para añadir, en segundo lugar, *que el desarrollo de esta técnica en Europa no responde a una recepción de la jurisprudencia de la Supreme Court sino que deriva de las propias necesidades del control de constitucionalidad*”<sup>275</sup> [énfasis del original].

Las consideraciones vertidas aquí edifican una plataforma de lanzamiento hacia la relevante temática que examinaremos en el capítulo siguiente: *las sentencias “átipicas o intermedias”*.

---

274 TREVES, Giuseppino, “Il valore del precedente nella Giustizia costituzionale italiana”, en TREVES, Giuseppino (ed.), *La dottrina del precedente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), Torino, 1971, p. 4.

275 LÓPEZ BOFILL, Héctor, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, IVAP, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 86.

Sin perjuicio de las consideraciones contenidas en el texto, el citado autor sostiene que la tesis de los doctrinarios que las formulan (BOGS, IMBODEN, BACHOF) “debe matizarse porque la eclosión de fórmulas que eviten el pronunciamiento de inconstitucionalidad de la ley no se manifiesta con detalle hasta la década de los años 30 del siglo XX con el voto particular concurrente del juez Brandeis en la sentencia *Aschwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346 (1936) [...]. No obstante, la técnica de la interpretación conforme, a lo largo del siglo XIX, se planteó en Estados Unidos en términos similares a los que en la actualidad informan la práctica en Europa (aunque posteriormente, en los Estados Unidos dicha técnica experimentaría una importante variación)” —ídem, nota 2 a pie de página—.