

Jurisdicción constitucional y justicia penal: problemas y perspectivas*

César Eugenio San Martín Castro**

I. La jurisprudencia en el ordenamiento jurídico

Uno de los problemas más álgidos —y una fuente de tensiones— entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, en aquellos países en que la primera está encargada a un órgano jurisdiccional propio, sui generis y diferenciado del Poder Judicial, es, sin duda alguna, el referido al papel de la jurisprudencia, a su posición en el ordenamiento jurídico y a las relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, basadas —en este supuesto— en el principio de separación orgánica entre ambas jurisdicciones.

La sola mención de la existencia y de la institucionalización de un tribunal constitucional, de inicial configuración kelseniana —y solo concebido en los años veinte del siglo pasado, como *legislador negativo*—,¹ que concentra el control de la constitucionalidad y garantiza la supremacía de la

* Ponencia presentada en el VII Seminario Internacional sobre «Justicia Constitucional y Estado de Derecho» realizado en Santa Cruz-Bolivia, del 25 al 27 de agosto de 2004.

** Profesor principal de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El autor es, asimismo, magistrado de la Corte Suprema del Perú.

¹ El proceso, como se sabe, busca resolver un conflicto o una incertidumbre con relevancia jurídica para que, a partir de él, el juez promueva la obtención de un clima de paz social con justicia. Espinosa-Saldaña Barrera (2003: 53-55) ve en esto último la función de mediador, bajo parámetros jurídicos, del juez; y, en orden a los tribunales constitucionales, apunta que hace muchos años abandonaron los parámetros de *legislador negativo* al cual los había circunscrito el pensamiento *kelseniano* y que en la actualidad incluso emiten sentencias interpretativas, aditivas o manipulativas, y es ahora más bien el reto establecer cuál es el límite de su actuación jurisdiccional. Esto último, como acota Abad Yupanqui (1995a: 243), transforma al Tribunal Constitucional en una especie de legislador positivo, al precisar, de modo vinculante, el contenido de una concreta norma examinada.

Constitución en la «cúspide de la teoría escalonada del orden jurídico [*Stufenbautheorie*]», nos hace tributarios del sistema jurídico romano-germánico. A su vez, el hecho de que en la mayoría de nuestros países no solo asuma el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y la solución de los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales —que, a juicio de Ricardo Haro, es su atribución central y generalmente se expresa en un control abstracto y contencioso objetivo (2004: 61)—, sino que también asuma la defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas contra las agresiones que pueden provenir de cualquier poder público, incluido el poder judicial (que es lo que, con Capeletti, se denomina «jurisdicción constitucional de la libertad» [Ortecho Villena 1994: 48]), ocasiona fuertes tensiones con el poder judicial en general y con la Corte Suprema en particular, pues a menudo sus propias decisiones son objeto de control por dicho Alto Tribunal.²

A esto último se refería Tomás y Valiente cuando expresó:

La articulación entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional no es fácil, ni podía nadie pensar que está establecida con nitidez [... aunque] los numerosos y en ocasiones difíciles problemas que plantea han de ser resueltos partiendo siempre del principio de supremacía formal y funcional del Tribunal Constitucional, que se deriva, tanto de la supremacía normativa de la Constitución como del carácter de intérprete supremo de aquélla atribuido al Tribunal (1989: 27).

Más allá de las tensiones enunciadas, que luego trataremos y que son inevitables cuando la Ley Fundamental entrega competencia —total o parcial, exclusiva o compartida, pero en todo caso *superior*— al Tribunal Constitucional en los procesos de amparo y de hábeas corpus —típicos de la jurisdicción de la libertad—, se debe acotar, especialmente en los países de nuestro ámbito de cultura, cuál es el papel que cumple la jurisprudencia en el sistema de fuentes del derecho. De inicio, siguiendo a Norberto Bobbio, entendemos por «fuentes del derecho» a «aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas» (1987: 158).

Tal vez una visión especialmente esclarecedora al respecto es la que proporciona, desde la teoría del derecho, Aguiló Regla (2000: 101-122). Este ius filósofo nos dice lo siguiente:

² Fix Zamudio (1982:57) nos dice que «jurisdicción constitucional de la libertad» es una frase afortunada de Mauro Capelletti que se ha utilizado para designar a los instrumentos procesales que están dirigidos específicamente a la tutela de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente y a los organismos judiciales encargados de impartir la protección. Igualmente, acota que los instrumentos procesales creados a efectos pueden hacerse valer ante los tribunales ordinarios o especializados en controversias constitucionales.

1) que, desde luego, las autoridades jurisdiccionales, los jueces, al dictar sentencias —que es una propiedad que los define dentro del orden jurídico— producen o crean normas jurídicas, esto es, determinados resultados institucionales;

2) que el fallo de una sentencia judicial es una decisión en cuya virtud el juez emite una norma particular dirigida a las partes del proceso o a los órganos de ejecución; con ella se trata de resolver un determinado conflicto jurídico. El fallo, a su vez, se basa en normas generales que el juez tiene el deber de aplicar, y su función, por cierto, no es la de modificar el derecho —lo que es propio de las autoridades políticas— sino la de hacerlo efectivo y aplicable, para lo cual —desde su motivación o fundamentos— debe tomarlo en cuenta. En la construcción del fallo, el juez, en primer lugar, parte de una nota característica de todo ordenamiento jurídico: que, *prima facie*, el derecho objetivo es indeterminado —por ello debe concretarlo al caso particular— y, en segundo lugar, que debe explicar la decisión judicial en términos de racionalidad y de igualdad. Es posible que el juez, al desarrollar esa función, introduzca nuevas normas mediante un proceso de concreción normativa, lo que no significa empero que tenga atribuida la función de cambio o modificación del sistema jurídico.³

Las resoluciones judiciales, precisa con rigor Asencio Mellado, cumplen y verifican el derecho objetivo mediante su aplicación y traslación a los hechos concretos y particulares —de ahí que la función judicial se caracteriza por un dinamismo y un grado de especificidad que no posee la legislativa—. Esa aplicación, explica el autor, no es mecánica, pues ha de tener en cuenta: (a) que la ley, por su carácter general y su insuficiencia para prever todas las múltiples situaciones de la vida, no es completa; (b) que, aunque el hecho esté positivamente previsto, la ley no siempre es clara en su expresión, ni precisa en su formulación; y, frecuentemente, contiene antinomias productoras de conflictos por concurrencia de normas que tipifican un supuesto fáctico similar o idéntico; (c) que corresponde a los órganos jurisdiccionales indagar la norma aplicable, eligiendo la que más se adapte al caso no solo en su sentido literal sino, igualmente, en su dimensión histórica y

³ Respecto al derecho penal, precisaba Stratenwerth (1982: 37), que el derecho judicial debe introducirse, en principio, dentro del marco que establece la ley penal, pues de otra manera esta perdería su función garantizadora. Sin embargo, en orden al derecho legislado, aclaraba que basta con una simple ojeada a un comentario de la ley vigente para verificar que la aplicación de la ley nunca se realiza en forma de una mera «subsunción», sometida únicamente a las reglas de la lógica; que toda ley requiere una interpretación y la interpretación es un proceso creador; y que la jurisprudencia penal de los tribunales superiores se acerca de tal manera y en forma tan uniforme en sus efectos a la propia ley que se discute si las modificaciones in *malam partem* están o no sometidas a la prohibición de la retroactividad.

social; y (d) que, de la misma manera, compete a los órganos judiciales complementar el ordenamiento jurídico cuando no exista norma específica y, por ello, una laguna legal (1997: 37).

3) que, en el modelo del *civil law* —visto en comparación con el modelo del *common law*—, la incorporación de normas de origen judicial al derecho objetivo se basa en el modelo de la jurisprudencia y no del precedente, aunque tal diferencia, meramente esquemática, no es absoluta. De ahí que, por ejemplo, cuando se trata de las sentencias del Tribunal Constitucional, las legislaciones del sistema romano germánico asumen el «modelo del precedente», en cuya virtud los jueces y tribunales ordinarios están directamente vinculados al «contenido constitucional» declarado en todo tipo de decisiones por el Tribunal Constitucional.

4) Que la doctrina del *stare decisis* o del precedente nos dice que una decisión de un órgano jurisdiccional, tomada después de un razonamiento sobre una cuestión de derecho planteada en un caso y necesaria para su establecimiento, es una autoridad o precedente obligatorio para el mismo tribunal y para otros tribunales de igual o inferior rango en subsiguientes casos en que se plantee otra vez la misma cuestión. Claro está, se trata del precedente obligatorio, que todos los jueces deben seguir imperativamente, no del precedente persuasivo, que se limitan a guiar a los jueces en sus decisiones pero que no tienen la obligación de seguir.

5) que, en la tradición jurídica del *civil law*, la «jurisprudencia» evoca siempre el conjunto uniforme de las sentencias judiciales, a partir del cual pueden extraerse o inferirse normas jurídicas generales. En consecuencia, la incorporación al derecho objetivo de las normas que los jueces utilizan para poder resolver los casos se produce no por el hecho de que un tribunal haya tomado la decisión de utilizar un determinado criterio sino por la reiteración de decisiones que recurren a ese mismo criterio; por ello, es común recurrir a la expresión «línea jurisprudencial» en lugar de la de «precedente». Ahora bien, la jurisprudencia obligatoria se extrae de las sentencias de las cortes supremas, a quienes se les entrega el poder de unificar la «doctrina jurisprudencial»; solo ellas tienen ese poder y esa competencia en la jurisdicción ordinaria.

Según lo expuesto, en aquellos ordenamientos jurídicos que han incorporado el control concentrado de la constitucionalidad, para hablar en términos amplios, el modelo utilizado para los fallos del Tribunal o Corte Constitucional es el del «precedente», mientras que para la jurisdicción ordinaria el modelo es el propio de la «jurisprudencia»; y el sentido que se le da a esta última, como reitera el ius filósofo peruano Alzamora Valdez, aún cuando se reconozca su actividad creadora, es siempre el conjunto de sentencias o fallos dictados por los tribunales sobre materias específicas pero

orientadas en sentido uniforme, esto es, como criterio resultante de una serie de fallos concordantes para resolver determinada cuestión jurídica (1987: 244).

En un sentido estricto, desde la perspectiva de la jerarquía y de la competencia, solo puede hablarse de jurisprudencia en nuestro sistema jurídico cuando esas sentencias o fallos las emite el máximo tribunal. Asimismo, en tanto se quiera buscar que esos fallos tengan efectos generales para casos futuros —en el sentido de que cuando se está ante circunstancias similares, que no iguales, a las anteriores ya resueltas, la resolución posterior debe ajustarse a los términos de lo resuelto anteriormente para dicho caso—, es menester la debida motivación. Ello a fin de que se pueda conocer qué elemento del caso justificó fallar de una manera determinada, elemento llamado *ratio decidendi*, y qué fue intrascendente en sus consideraciones —*obiter dictum*— (Rubio Correa 2001: 171, 186). En el derecho eurocontinental puede rastrearse esa lógica expansiva de una decisión judicial en los denominados «fallos de reglamento» (*arrets de règlement*) del derecho francés del antiguo régimen, que servían para decidir un proceso y reglamentar los casos idénticos en el futuro.

A este respecto, precisaba Du Pasquier, existen los «fallos de especie» y los «fallos de principio»; en los primeros, su alcance no va más allá de las circunstancias del litigio: consisten simplemente en la constatación y la apreciación de hechos concretos; en cambio, en los fallos de principio, se resuelve un problema de alcance más general, porque fijan una noción susceptible de aplicación en otros casos semejantes: constituyen un precedente y por su naturaleza «forman jurisprudencia» (1983: 41).

4. Ahora bien, es claro que si el juez, según criterio consolidado, crea derecho en el caso concreto, de ello progresivamente surge, a su vez, la necesidad de una creación del derecho con carácter general. Tal necesidad brota del principio de la generalidad del derecho, propio de las sociedades modernas, que se vería negativamente afectado si casos similares fueran resueltos, en cada ocasión, en forma diversa. Este principio no se satisface solo mediante *ley* general, pues exige, a su vez, la generalidad en su interpretación y aplicación por los jueces, así como en la forma en que se supla su falta. Siendo así, afirma Gascón Abellán (1993: 35), los criterios que inspiren la creación judicial del derecho en el caso concreto deben universalizarse, convertirse en reglas generales, de manera que la regla de conducta en el caso se convierta en regla universal para todos los casos similares. Esta es la única vía para conseguirse seguridad jurídica, fundada en la expectativa de una aplicación uniforme del derecho.

Si, como anota López Guerra (2001: 88), la generalidad en la aplicación judicial del derecho se consigue mediante la técnica del precedente —o, si

seguimos lo que antes se señaló, la «línea jurisprudencial»—, se deben resolver dos problemas derivados: ¿qué sentencias revisten ese carácter?; y ¿en qué consiste ese carácter?

1) No hay duda alguna de que, desde el principio de igualdad, debe exigirse la uniformidad en la interpretación de la ley y la aplicación del derecho por los tribunales. Ello, concurrentemente, constituye un objetivo coherente con el principio de seguridad jurídica, que requiere presencia de criterios comunes y estables de interpretación y aplicación del derecho. No es el caso, por cierto, en los supuestos del autoprecedente —del mismo tribunal— y de la jurisprudencia horizontal —de diferentes tribunales del mismo nivel—, en tanto de por medio está la garantía de independencia judicial. Solo cabe la invocación de la jurisprudencia vertical, es decir, la emanada del máximo Tribunal de Justicia, aquel al que la ley —propiamente la Constitución— le encomienda la misión de establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley a través de su jurisprudencia.

2) Aceptado lo anterior, se reconocen, esquemáticamente, tres tipos de vinculación a la jurisprudencia vertical, la emanada de toda Corte Suprema de Justicia. Se trata de a) la *vinculación intelectual*, basada en la convicción y fuerza persuasiva de los fallos supremos; b) la *vinculación estricta*, que supone una obligación de acatamiento por todos los tribunales y jueces, bajo las responsabilidades de ley; y, c) la *vinculación disuasoria*, que entraña el riesgo de revocación de un fallo que se aparta de ella a través de la vigencia de un recurso de unificación de doctrina jurisprudencial. En esta perspectiva, está fuera de discusión que corresponde a la Corte Suprema la función unificadora de la doctrina de los tribunales de la jurisdicción ordinaria y, en consecuencia, la «interpretación correcta» de la ley.

El tema, sin duda más complejo, es el relativo a la existencia o no de un derecho constitucional a que los tribunales se atengan a la jurisprudencia de la Corte Suprema: vale decir, si un justiciable perjudicado con una decisión, que no siguió el precedente jurisprudencial, puede reclamar la vulneración de ese derecho, anclado en la igualdad ante la ley y en la seguridad jurídica. Parece no existir una respuesta fácil al problema. Los referentes para su solución estarán señalados, obviamente, en lo que sobre el particular prescriba expresamente la Constitución. Si no existe una norma puntual al respecto —como sucede en el constitucionalismo latinoamericano—, en lo que implícitamente establezca en orden a los dos principios involucrados (*igualdad y seguridad jurídica*) y a la propia configuración orgánica e institucional que la Constitución atribuye a la Corte Suprema y, particularmente, a lo que las leyes procesales regulan (¿bloque de constitucionalidad?) en cuanto a la existencia de un recurso de casación para la unificación de la

jurisprudencia, sus criterios resultarán vinculantes como fuente del derecho, pues de otra forma no tendría sentido la incorporación de ese recurso impugnatorio.

II. Función y jurisprudencia del tribunal constitucional. Relaciones con la jurisdicción ordinaria.

La justificación del Tribunal Constitucional, conforme a la esencia de la doctrina postulada por Hans Kelsen, consiste en que la Constitución no es una norma cualquiera sino la más importante de todas las leyes, ya que fija los valores superiores del ordenamiento jurídico en que se aplica.⁴ La propia existencia del Tribunal Constitucional, como resalta Monroy Cabra, supone necesariamente la fuerza normativa obligatoria de la Constitución como norma fundamental y suprema, a la vez que exige a dicho Alto Tribunal asumir la función insustituible de interpretar y custodiar la línea divisoria entre el poder constituyente, objetivado en el texto constitucional, y los poderes constituidos (2004: 36-37). Por consiguiente, es necesario asegurar que la ley ordinaria y los actos de todos los poderes públicos se correspondan con lo dispuesto por la Constitución, para lo cual esa función debe reservarse a un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial, pero diferente de los ordinarios y que esté por encima de la ley ordinaria (Montero Aroca y otros 2003: 46).

Desde ese especial encargo, como enseña Gimeno Sendra (Gimeno Sendra y otros 2000: 135-137), el Tribunal Constitucional puede ser conceptualizado como el más alto órgano jurisdiccional —es, por consiguiente, un *órgano jurisdiccional supremo*—, encargado de la defensa e interpretación de la Constitución. Así se tiene que: a) es supremo tanto por su función como por su situación institucional con respecto a los demás poderes del Estado; b) su misión es defender y garantizar la primacía de la Constitución, norma de la más alta jerarquía; de ahí que, desde un punto de vista procesal, está situado por encima de los poderes del Estado, en tanto que está autorizado constitucionalmente para anular los actos de todos los poderes públicos

⁴ La Constitución, en palabras de García de Enterría, es una norma jurídica que, como tal, cuenta con valor normativo inmediato y directo que vincula a los ciudadanos y a todos los poderes públicos; y su interpretación, citando a García Pelayo, tiene especial relevancia debido a la mayor presencia de principios generales, de valores susceptibles de distinta interpretación y especificación, de cláusulas generales y de preceptos indeterminados, cuyos significados solo pueden determinarse en cada caso y en cada momento a través de las concretizaciones resultantes de la interpretación (Abad Yupanqui 1995a: 242).

(*misión esencial*); y, c) ostenta la potestad jurisdiccional, toda vez que es un órgano independiente —nota subjetiva— y sus resoluciones definitivas gozan de los efectos de la cosa juzgada —nota objetiva—.

En tanto el Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución, su función básica es obtener la aplicación efectiva de la Constitución a los casos concretos, asegurando su interpretación uniforme. En puridad, el Tribunal Constitucional realiza una labor de casación especial, en tanto que asegura la aplicación uniforme de la Constitución, anulando las disposiciones con rango de ley y demás actos contrarios a la Ley Fundamental, con absoluta prohibición de inmiscuirse de entrar a conocer los hechos que dieron lugar al proceso. Ello sin interferir, desde luego, en la aplicación de la legalidad ordinaria encargada a la Corte Suprema (defensa del *ius constitutionis*), para lo cual poco importa que dicha defensa sea asumida simultáneamente por medio del *ius litigatoris* o, lo que es lo mismo, mediante la defensa de los derechos fundamentales o que efectúe, exclusivamente, la protección del *ius constitutionis* por medio de los procedimientos abstractos de control de la constitucionalidad de las leyes. Lo decisivo es que al Tribunal Constitucional le corresponde garantizar la supremacía de la Constitución, de la que es su «interprete supremo». De este modo, el Tribunal Constitucional es el que crea la única *doctrina legal constitucional* que vincula a todos los órganos del Poder Judicial. Es claro, sentado lo anterior y como insiste Gimeno Sendra (Gimeno Sendra y otros 2000: 139), que a la jurisdicción ordinaria, en lo que le es propio, y frente al *principio de subsidiaridad*, también está comprometida en la aplicación de la Constitución. Sin embargo, dicha aplicación ha de resultar acorde con la doctrina legal del Tribunal Constitucional sobre la materia, del mismo modo que la aplicación de la ley ordinaria ha de efectuarse de conformidad con la doctrina legal de la Corte Suprema.⁵

Como se sabe, la *función genérica* de la jurisdicción estriba en la resolución definitiva de los conflictos, intersubjetivos y sociales, mediante la aplicación del derecho objetivo. La jurisdicción, como señala Montero Aroca (Montero Aroca y otros 2003: 38), es la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por los tribunales e integrada por magistrados independientes, y que consiste en la facultad de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado. Su actividad se concreta en cuatro ámbitos: 1) en la protección de

⁵ Cabe reiterar, conjuntamente con Joachim Roth (1996: 119), que el objetivo principal del Tribunal Constitucional es velar precisamente por el orden constitucional, es decir, garantizar el respeto a la jerarquía de las normas, la legalidad de los actos públicos, así como defender los derechos fundamentales de la persona garantizados por la Constitución.

los derechos subjetivos, que, en el caso del Tribunal Constitucional, se circunscribe a la tutela de los derechos fundamentales; 2) en el monopolio en la imposición de las penas, privativo de la jurisdicción ordinaria; 3) en el control judicial normativo, que en el caso del Tribunal Constitucional descansa en el control constitucional de las normas con rango de ley y en el caso de la jurisdicción ordinaria, se residencia en el control de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa; y 4) en la complementación del ordenamiento jurídico, que en el caso del Tribunal Constitucional es vinculante para los particulares y todos los poderes públicos, incluso al legislativo, que debe amoldarse a lo que establezca adecuando la legislación, y su doctrina abarca todos los sectores del derecho.

La *función de complementación* significa que la doctrina legal no es una fuente directa sino una fuente subordinada a la ley, que solo se legitima *secundum* o *praeter legem*, nunca *contra legem*. Cuando la jurisprudencia norma lagunas, lo hace con ocasión de la interpretación de la Constitución o de la ley, sin que pueda sustituirse la voluntad del constituyente o del legislador por la suya propia. Esa tarea de complementación se residencia, en el primer caso, en el Tribunal Constitucional y, en el segundo, en la Corte Suprema; pero, en ambos casos, su misión es la de unificar los criterios de interpretación de las normas mediante su doctrina legal, a fin de que la norma sea aplicada por igual. Un dato importante, que luego se analizará con mayor detalle, es que la función de complementación —tal como se ha glosado— no es reclamable en el proceso penal, porque en el derecho penal ha de regir, en su más estricto sentido, el principio constitucional de legalidad, aunque, claro está, sobre esa afirmación mucho ha de decirse y matizarse.

En orden a la *jurisprudencia constitucional*, a la fuerza vinculante vertical de los fallos del Tribunal Constitucional respecto de los tribunales ordinarios en general y de la Corte Suprema en particular, es de tener en cuenta los dos efectos que traen consigo las sentencias constitucionales en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales: 1) la *cosa juzgada*, que en palabras de Calamandrei es la eficacia natural de toda sentencia e importa la declaración oficial de la certeza del derecho incierto o controvertido; y 2) los *efectos generales o normativos vinculantes*, que —siguiendo a Casal Hernández (2004: 303) — consiste en la obligación de respetar y acatar lo establecido en las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que comprende no solo la observancia del mandato que tales decisiones puedan dirigir a alguna autoridad sino, también, el sometimiento de todos los organismos públicos a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento.

Desde luego, lo que nos interesa es este segundo efecto, que es lo distintivo de la jurisdicción constitucional. Así tenemos, por ejemplo, que el artículo 52, primer párrafo, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

del Perú (LOTIC), estipula que «La sentencia del Tribunal vincula a los poderes públicos y tiene plenos efectos frente a todos» (cuya fuente se encuentra, como se sabe, en el § 31º.1 de la BverfGG Alemana y que instaura la *Bindungswirkung*). El problema es más intenso y complejo cuando el Tribunal recurre a una sentencia interpretativa o aditiva, e introduce criterios paranormativos. En esa misma línea de «efectos generales», la primera disposición general de la citada LOTIC prescribe que: «Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos».⁶ Ello significa que el ordenamiento jurídico peruano se afilia al efecto vinculante de la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, normativamente impuesto en las fuentes germana y española, así como en la legislación de Costa Rica y Venezuela, y, jurisprudencialmente, en la Argentina. El modelo italiano, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte de Casación, se afilia, sin embargo, al *valor persuasivo* de su jurisprudencia.

Aceptar el valor vinculante de la jurisprudencia constitucional importa, por lo menos, dos consecuencias jurídicas generales, de amplia irradiación en el funcionamiento de la jurisdicción ordinaria. La *primera* tiene que ver con el concepto de «doctrina constitucional», que, por cierto, es bastante amplio en los términos de la ley. Se refiere, en puridad, al conjunto de resoluciones, de todo tipo, dictadas por el Tribunal Constitucional en toda clase de procesos constitucionales bajo su competencia y cuyo objeto está radicado en la interpretación de preceptos y principios constitucionales, de suerte que para su debida aplicación habrá que acudir no al fallo o parte resolutive sino a la *ratio decidendi* contenida en los fundamentos jurídicos de las resoluciones. La *segunda* se circunscribe a la fuerza de tal «doctrina constitucional». Se trata de una vinculación obligatoria, de carácter vertical, a toda la jurisdicción ordinaria, de modo tal que la jurisprudencia que habrá podido configurar, con anterioridad al fallo constitucional, debe corregirse a la luz de lo interpretado por el Tribunal Constitucional.

⁶ Explica González Rivas (1989: 37-38) que dicha norma, en primer lugar, tras señalar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico y establecer un mandato a los órganos judiciales de interpretar y aplicar las leyes en coherencia con los preceptos y principios constitucionales, ordena una interpretación de las leyes *secundum constitutionem* y, en este sentido, dentro de las variables de significación que el texto legal, sometido a examen, posee, el juez debe elegir aquel que sea más conforme a la Constitución. En segundo lugar, estipula unos módulos o cánones interpretativos que no solo afectan a los preceptos sino, también, a los principios constitucionales, de ahí que los principios de la justicia, la igualdad o la dignidad de la persona humana puedan ser tenidos en cuenta como factores de valoración.

Enseña, al respecto, Bocanegra Sierra (1982: 55 y 64), que este concepto de vinculación o *bindungswirkung* da lugar a lo siguiente. En primer lugar, reconoce que para que el Tribunal Constitucional pueda cumplir con su función de interpretar definitivamente la norma fundamental y garantizar, en consecuencia, la seguridad y la paz jurídicas, se hace necesario adjuntar a la cosa juzgada una eficacia superior a dicho instituto. En segundo lugar, implica que la sentencia constitucional, por este efecto, alcanza no solo a todos los órganos del Estado, sino que se concreta en las consideraciones jurídicas de la sentencia (*Tragende Gründe*), aunque no todas sino las que han sido decisivas para la emisión del fallo; esto es, a la *ratio decidendi*: las razones que han sido especialmente relevantes, justificativas, para la adopción de la decisión concreta y sin las cuales el fallo no podría existir, por contraposición a los *obiter dicta*. Ello es así porque, si la función del Tribunal es la interpretación de los principios constitucionales, el concreto conflicto jurídico constitucional es solamente el motivo, la ocasión que la hace posible, y frente a cuya correcta interpretación y a su futura utilización uniforme por todos los órganos constitucionales, el concreto conflicto planteado posee, sin duda, una menor significación. Ello, en todo caso, obliga a concluir el reconocimiento de una vinculación de todos los órganos del Estado a las decisiones constitucionales mayor en relación con el mero pronunciamiento del fallo. En tercer lugar, fuerza a concluir, para evitar el congelamiento de los desarrollos constitucionales futuros, que tal vinculación no tiene el carácter de vertical. Obviamente, siendo horizontal, solo puede tener un carácter flexible, de ahí que la ley debe conferir un mecanismo especial para posibilitar el apartamiento de la jurisprudencia anterior, aunque mediante procedimientos que eviten cambios inusitados que vulneren la seguridad jurídica. Esta es, precisamente, la función del artículo 55 LOTC, al estipular: «Cuando el Tribunal decida apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente sentada por él, la resolución se adopta por no menos de seis votos conformes».⁷

El efecto vinculante (*Bindungswirkung*) de las sentencias constitucionales, que se traduce fundamentalmente en la aplicación de la regla del *precedente*, permite, sin embargo, una delimitación de su contenido o alcance. Estimo, siguiendo a Casal Hernández (2004: 318-321), que dos serían los límites necesarios para el adecuado funcionamiento de la justicia constitucional. En *primer lugar*, el precedente propiamente dicho comprende los

⁷ Queda claro, y así lo entiende, por ejemplo, Eguiguren Praeli (2002: 50-51), que la justificación de los efectos arriba descritos emana de la afirmación de que el Tribunal Constitucional cumple con interpretar los principios constitucionales, y es el conflicto jurídico constitucional concreto tan solo el motivo para que entre al análisis e interpretación de la Carta constitucional.

criterios de interpretación de la Constitución (preceptos y principios) vinculados al caso decidido, pero que poseen un explícito alcance general que trasciende al del estricto precedente. Se trata de las razones básicas y necesarias que fundamentan el fallo, no las afirmaciones complementarias o tangenciales que se puedan exponer en los fundamentos jurídicos de este, ajenas al núcleo central del debate. El principio del *stare decisis*, por cierto, no impide la labor interpretativa de la jurisdicción ordinaria, a cuyo efecto la doctrina reconoce dos técnicas: la distinción y la aplicación estricta de la *ratio decidendi*, sin perjuicio del control ulterior de ambas técnicas por el Tribunal Constitucional.

En *segundo lugar*, es obvio que la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional de la legislación ordinaria no posee fuerza vinculante, aunque sí aquella interpretación constitucionalmente necesaria de una disposición legal o, en sentido inverso, acerca de la interpretación constitucionalmente excluida de un precepto legal, las que, por cierto, sí son vinculantes a la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en su sentencia del 10.6.1975, Sala Segunda, con suma prudencia acotó:

El efecto vinculante [de las decisiones del Tribunal Constitucional] se limita a la parte de los fundamentos de la sentencia, en los cuales se hace referencia a la interpretación y aplicación de la Ley [Fundamental]. Estos no se extienden a las explicaciones que tienen por objeto la interpretación de leyes ordinarias. La interpretación o aplicación de las leyes ordinarias es asunto de los tribunales especializados. El Tribunal Constitucional Federal, por el contrario, podrá determinar con efectos vinculantes los criterios y límites que se encuentran en el derecho constitucional para la interpretación de una ley ordinaria». (Schwabe 2003: 5)

En igual sentido la Corte Constitucional Colombiana, en el auto 013/99, del 10.3.1999, acotó:

[...] no todo lo expuesto en la parte motiva de las providencias [...] constituye jurisprudencia en sentido estricto [...] por ella ha de entenderse la existencia en decisiones anteriores de un sustrato de interpretación judicial que permite inferir criterios mínimos de alguna manera reiterados por la Corte en cuanto al alcance de las normas constitucionales aplicables y en los relativo a la solución de controversias planteadas en los mismos términos.

Esta última decisión, empero, exige un elemento adicional para consolidar el efecto vinculante de una «línea jurisprudencial»: la reiteración de fallos en el mismo sentido.

El profesor De la Oliva Santos, en el amplio y complicado marco de las relaciones entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria, ha clarificado lo siguiente (1996: 9-53):

(1) Que las principales causas del problema, las zonas tangentes y secantes, resultan de la confluencia de tres factores: a) la extraordinaria amplitud de materias constitucionalizadas por la Ley Fundamental (que es un fenómeno típico del constitucionalismo de los últimos cincuenta años); b) la concreta configuración del objeto de los procesos constitucionales, en rigor del proceso de amparo (en nuestro país incluimos el hábeas Corpus, especialmente relevante en el ámbito del Derecho penal y, propiamente, del Orden Jurisdiccional Penal) —que permite al Tribunal Constitucional enjuiciar directamente hechos y decidir con carácter irrevocable sobre estos, revisando resoluciones previas de los jueces ordinarios—; y, c) la interpretación que pueda hacer el Tribunal Constitucional sobre el alcance de las normas procesales constitucionalizadas (*u. gr.*: en Perú, el artículo 139 constitucional). Ello, sin embargo, no oculta otras pautas de interrelación, tales como la multiforme función de aplicación directa y salvaguarda de la Constitución que incumbe a la jurisdicción ordinaria, lo que implica diluir muchísimo la separación entre la esfera de la constitucionalidad y la esfera de la mera legalidad.

(2) Que dentro de dichas causas o zonas tangentes y secantes está el punto relativo a la fiscalización constitucional de la «legalidad ordinaria» —en lo procesal y en lo sustantivo o material— por los órganos de la jurisdicción ordinaria. Hoy resulta claro que esa fiscalización:

a) Será posible y resulta necesaria —importando, *u. gr.*: exclusión de ciertas interpretaciones, imposición de otras, censura de la elección de la norma aplicable, etcétera—, siempre y cuando guarde relación de necesidad con el contenido del concreto derecho fundamental cuya violación se haya denunciado en el caso, esto es, cuando resulte insoslayable para el examen de una resolución judicial en tanto esta ha sido el origen inmediato y directo de la violación del derecho fundamental que se reputa vulnerado;⁸

⁸ Esta es en buena cuenta, como recuerda César Landa, el núcleo de la histórica sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 15.1.1958, recaída en el Asunto Lüth, al establecer: «El Tribunal Constitucional debe examinar si el Tribunal civil ha juzgado con acierto el alcance y el efecto de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho civil. Pero de ahí se deriva al tiempo el límite de su labor revisora: no es asunto del Tribunal Constitucional examinar en su integridad las sentencias del juez civil; sólo debe examinar el llamado *efecto de irradiación de los derechos fundamentales* sobre el Derecho civil y hacer valer aquí también el contenido de valor de la norma constitucional» (Landa 2003: 211). El juez ordinario, en suma, no posee completa libertad para interpretar la ley, ya que debe acomodar esta a la Constitución (Canosa Usera 2004: 160). Pareciera que nuestro Tribunal Constitucional optó por una opción más limitada, y exigió la concurrencia necesaria de una vulneración de un derecho procesal constitucionalizado, pues tiene sentado que «[...] la posibilidad de que mediante una resolución de la jurisdicción se lesione un derecho constitucional distinto a los estrictamente procesales (verbigracia, derecho de propiedad, contratación, asociación, etc.) y que frente a tal contingencia procedan las garantías, no es una tesis admitida por el

b) No importa, aún bajo la invocación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, el análisis de la corrección de la fundabilidad de una sentencia en concreto, salvo que ella afecte un derecho fundamental específico distinto de aquel;

c) Alcanza a la motivación de una sentencia, aunque puntualmente entendida como la exigencia de un razonamiento que ponga en relación el hecho concreto con la norma que se aplica, es decir, censurará aquella que impida toda posibilidad de conocer cuál ha sido el criterio que ha conducido al órgano judicial a adoptar la decisión en el sentido en que lo ha hecho; y,

d) Se extiende, limitadamente, a la prueba (reconstrucción de los hechos), en tanto ello no entrañe una valoración de la prueba o de los hechos objeto del proceso que importaría una sustitución de la valoración judicial por la del Tribunal Constitucional. Ello no se da, en primer lugar, cuando controla la existencia de actividad probatoria de cargo (existencia de prueba y que sea de cargo), y, en segundo lugar, cuando revisa si la actividad probatoria se produjo mediando graves infracciones jurídicas de diversa índole que jurídicamente hubiera de negarse valor a dicha actividad.⁹

derecho procesal constitucional peruano o por su doctrina, pues ello supondría que la garantía (llámese hábeas corpus o amparo) estaría destinada a revisar directamente el fondo de los procesos respectivos, como si el proceso constitucional fuese en realidad una suprainstancia constitucional. Por ello, a menos de que lo que se vulnera por una autoridad jurisdiccional sea un derecho procesal con rango constitucional (debido proceso o tutela judicial efectiva) o una norma constitucional sustantiva que pueda tener implicancias procesales, no será viable el uso del proceso constitucional. La única excepción a dicha regla será la de la tutela de derechos constitucionales sustantivos, cuando los mismos son vulnerados como consecuencia de la violación paralela de derechos constitucionales de naturaleza procesal [...]» (STC del 26.10.1999, Exp. 189-99-AA/TC, Asunto Pesquera Rodga S. A.).

⁹ Sin duda alguna, ingresar a la interpretación de la legislación ordinaria, aun cuando sea necesaria a los efectos de la protección de un derecho fundamental que se reputa vulnerado, requiere de suma prudencia, por los problemas que puede generar con la Corte Suprema al defender sus fueros. En Italia, la dicotomía interpretativa que se produjo, en tanto la Corte de Casación se negó a seguir la interpretación realizada de las normas subconstitucionales por la Corte Constitucional, dio lugar a la doctrina del «derecho viviente». De conformidad con ella, la jurisprudencia reiterada y pacíficamente aplicada por los tribunales ordinarios, especialmente la que emana de las Salas de Casación, sobre la interpretación de las leyes, debe ser respetada por la Corte Constitucional, que se encuentra inhibida para darle una interpretación distinta. Esta doctrina, sin duda alguna, resulta razonable, aunque debe puntualizarse que el respeto a la jurisprudencia ordinaria solo será factible si ella no entraña una vulneración a un derecho fundamental. El Tribunal Constitucional peruano, en este ámbito, tiene expuesto, primero, que las acciones de hábeas corpus o de amparo no tienen por objeto efectuar una evaluación de la interpretación del derecho que los jueces de la jurisdicción ordinaria puedan realizar en el ámbito de sus competencias exclusivas, pues tal tarea corresponde efectuarla al propio poder judicial, a través de las diversas instancias, habilitando para ello el ejercicio de los medios impugnatorios que el ordenamiento procesal prevé (STC del 29.3.2000, Exp. 1316-99-HC/TC, Asunto César Peñalva Mojonero); y, segundo, que, excepcionalmente, solo será posible la intervención del Tribunal Constitucional en aquellos supuestos de *manifiesta inconstitucionalidad*, en lo que ha de cuidarse de sobremanera no convertir al proceso constitucional en una

El Tribunal Constitucional del Perú, por ejemplo, tiene sentada una jurisprudencia parcialmente conteste con lo que hemos expuesto. Así, ha establecido que no le corresponden las cuestiones de mera legalidad, que son materia de la jurisdicción ordinaria, mientras que no depende de ella, de manera directa, la realización del derecho fundamental demandado (STC del 20.8.2002, recaída en el Asunto Calcosta S. A., Exp. 649-2002-AA/TC, párrafo 7). También ha declarado que no puede ser dilucidada en sede constitucional la verificación o no de las objeciones procesales y probatorias o el cumplimiento de los requisitos procesales (STC del 29.5.2002, recaída en el Asunto Manuel Espinoza García, Exp. 899-2000-AA/TC, párrafo 2).¹⁰

Resulta interesante al respecto lo establecido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su sentencia del 7.12.1976, Sala Primera, dictada en un recurso de amparo contra una sentencia penal por delito de difamación. Precisó al respecto:

[la sentencia penal] al ser proferida por un tribunal especializado competente, no es por antonomasia susceptible de revisión por un tribunal constitucional: la estructuración del proceso, la determinación y valoración de los hechos, la interpretación del derecho ordinario y su aplicación al caso individual, se encuentran excluidas en principio de una revisión por parte del Tribunal Constitucional Federal; sólo en caso de una violación del derecho constitucional específico puede conocer el Tribunal Constitucional Federal de un recurso de amparo. Se puede dar una violación de este tipo cuando no se tiene en cuenta la influencia de los derechos fundamentales en el derecho penal o en el derecho procesal penal, o ésta se establece de una manera errónea. (Schwabe, 2003: 7)

Queda claro, respecto de lo expuesto en el párrafo anterior, que la fiscalización del Tribunal Constitucional se sitúa en la interpretación y aplica-

suprainstancia jurisdiccional que se deriva en un pronunciamiento sobre el fondo de los procesos respectivos (STC del 1.10.2000, Exp. 678-99-HC/TC, Asunto José Luis Rengifo Asipali y otros).

¹⁰ Tal vez, con mayor énfasis, en dos sentencias recientes, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que no le incumbe la interpretación de la legalidad. Así, en la STC del 30.3.2004, recaída en el Asunto Nuevo Mundo Holding S. A., Exp. 1501-2003-AA/TC, párrafo 3, estipuló que «La afectación del principio de legalidad no es resoluble en sede de amparo, sino la acción [judicial ordinaria]». En la STC del 6.1.2003, recaída en el asunto Eduardo Calmell del Solar Díaz, Exp. 290-2002-HC/TC, párrafo 2, sancionó que «En innumerables oportunidades este Tribunal ha recordado que, en el ámbito de los procesos constitucionales como el hábeas corpus, no se ventilan cuestiones atinentes a la infracción de normas de rango legal, sino las referidas a la violación (o no) de derechos constitucionales». En otras dos sentencias, el Tribunal Constitucional se negó a controlar el juicio de hecho y el análisis probatorio realizados por el juez ordinario. Así, en la STC del 17.3.2003, Exp. 0220-2003-HC/TC, Asunto Enrique Eduardo Vildoso Benavides, acotó que es ajena a su competencia «[...] la revisión de juicios de reproche penal o la valoración del caudal probatorio que lo sustenta».

ción de las dos clases de normas: las procesales y las materiales —actividad *in procedendo* e *in iudicando*— realizadas por los órganos de jurisdicción ordinaria. Lo primero, como consecuencia de la constitucionalización de las normas de esa naturaleza que ha llevado a cabo la Ley Fundamental; lo segundo, por la propia existencia de derechos constitucionales materiales.

El proceso de amparo o de hábeas corpus, cuando se trata de acciones u omisiones del órgano jurisdiccional, explica Pérez Tresp (1985: 235-236), reconoce, en el Tribunal Constitucional, el juez último encargado de fiscalizar también la correcta aplicación —incorrecta aplicación o inaplicación— de las normas referidas a los derechos fundamentales por parte de los jueces ordinarios,¹¹ aunque el alcance de una declaración de inconstitucionalidad del proceder judicial debe estar sometida al principio de la máxima conservación de actuaciones procesales y de la mínima perturbación de los derechos e intereses de terceras personas. Esto último traduce no solo la posición de supremacía del Tribunal Constitucional, sino que explica que su labor no es la meramente negativa de dejar sin efecto la actuación judicial inconstitucional: también posee una faceta en sentido positivo consistente en reinterpretar a la luz de la Constitución el acto judicial que produjo la violación, para su subsanación por el órgano de instancia.

Un problema derivado de la superioridad del Tribunal Constitucional estriba en determinar si existen remedios idóneos frente al manifiesto desconocimiento de la doctrina constitucional por los tribunales ordinarios. ¿Qué sucede si la justicia ordinaria no sigue la jurisprudencia del Tribunal Constitucional? Entiendo, en puridad, que no existe un derecho fundamental referido a la fuerza obligatoria del precedente constitucional, por lo que invocando esa infracción no puede abrirse paso la competencia objetiva del Tribunal Constitucional. Es claro, por lo demás, que la jurisdicción de la libertad no ha sido constituida para reparar infracción de preceptos o normas, sino vulneraciones de derechos fundamentales. Luego, dentro de

¹¹ Una resolución judicial, en los marcos del ordenamiento jurídico peruano, solo puede ser enjuiciada en sede constitucional en tanto que se alegue la vulneración de derechos constitucionales por el órgano jurisdiccional ordinario, y siempre y cuando la lesión a los mismos haya sido consecuencia de una manifiesta violación del *contenido esencial al derecho al debido proceso* (STC del 5.8.1999, recaída en el Asunto Julia Cornejo Barrionuevo, Exp. 534-99-HC/TC), esto es, cuando derive de un proceso irregular, sin que corresponda cuestionar el fondo de lo resuelto (STC del 21.6.2002, recaída en el Asunto Noel Jaimes Santillán, Exp. 781-2002-HC/TC). El proceso regular, a su vez, está inescindiblemente ligado al desarrollo normal y respeto escrupuloso de los derechos de naturaleza procesal: el de tutela jurisdiccional efectiva y el debido proceso; y, con ello, todos los derechos que lo conforman. En consecuencia, un proceso será irregular cuando se expidan actos que violen el derecho al debido proceso (STC del 20.6.2002, recaída en el Asunto César Humberto Tineo Cabrera, Exp. 1230-2002-HC/TC).

una técnica jurisdiccional clásica, vinculada a la revisión, solo cabría abrir paso al amparo, siempre que esa concreta interpretación, que difiere de la expuesta por el Tribunal Constitucional, de lugar o importe una vulneración de un derecho fundamental, material o procesalizado, según el caso.

III. Jurisprudencia del tribunal constitucional y jurisprudencia de la corte suprema. Dos modelos distintos

En el derecho eurocontinental (*civil law*), como ya hemos indicado, la vía necesaria para hacer efectiva la Constitución, cuyo supremo —no único— intérprete es el Tribunal Constitucional,¹² ha sido, entre otras técnicas, la expresa configuración del precedente judicial, el *stare decisis*, es decir, la vinculación vertical de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a todos los órganos del Estado, en especial del judicial (*vinculación general*).¹³

Ahora bien, ¿cómo se forma esa jurisprudencia vinculante?, ¿hace falta una reiteración de fallos constitucionales en un mismo sentido?, ¿se requiere de un mecanismo de publicación específico? En su caso, ¿cómo opera un cambio de la jurisprudencia constitucional?

Es evidente que el recurso al derecho comparado, en tanto se sigue parcialmente el modelo asumido en nuestro país, de base germana, solo nos permite una primera afirmación sólida: en materia constitucional, los fallos del Tribunal Constitucional, recaídos en cualquier proceso constitucional, son vinculantes al poder judicial. Las vías concretas en que opera esa vinculación solo pueden determinarse en el concreto ordenamiento jurídico nacional.

La LOTC, artículo 56, no exige, para la eficacia vinculante de sus fallos, que estos merezcan una decisión específica o expresa o, en todo caso, una votación determinada; solo requiere su publicación en el diario oficial. A su vez, la ley de hábeas corpus y amparo, en su artículo 9, se limita a señalar que las resoluciones sobre esas materias sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Por último, el artículo 55 de la LOTC se circunscribe a establecer una votación

¹² Subraya Abad Yupanqui (1995b: 217) que la característica esencial de todo Tribunal Constitucional es la de ser supremo intérprete de la Constitución, lo que no significa que sea su único intérprete, sino que, reconociendo la competencia de los demás órganos para hacerlo —por ejemplo, el poder judicial o el legislativo—, la interpretación que el Tribunal acoja es la que ha de primar sobre los restantes órganos constitucionales.

¹³ Distinta es, por ejemplo, la lógica colombiana. Si bien en la sentencia T-260/95, del 20.6.1995, señaló que los jueces deben atenerse a las pautas doctrinales trazadas por la Corte Constitucional Colombiana, en el auto 013/99, del 10.3.1999, precisó que deben tratarse de criterios mínimos referido a la interpretación de las normas jurídicas plasmados en fallos reiterados.

calificada cuando el propio Tribunal Constitucional decide apartarse de la jurisprudencia constitucional precedente: seis de nueve votos conformes.

El reciente Código Procesal Constitucional peruano, aprobado mediante ley 28237, del 31.5.2004, que reemplaza a la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, en su artículo VII del Título Preliminar, circunscribe la obligatoriedad de su jurisprudencia a aquellas sentencias que así lo exprese el fallo, en cuyo efecto el Tribunal Constitucional debe precisar el extremo de su efecto normativo. Ello significa, en primer lugar, que no toda sentencia, más allá de su carácter genérico o que interprete una concreta institución jurídica de relevancia constitucional, debe ser considerada un precedente obligatorio; en segundo lugar, que el propio Tribunal Constitucional decide qué sentencia constituye precedente obligatorio y no los jueces ordinarios en atención a su propia consideración de existencia en el fallo de un principio de alcance general; en tercer lugar, que introduce una clasificación interna del valor de la jurisprudencia constitucional, entre obligatoria y disuasoria, determinada por el propio Tribunal Constitucional; y, en *cuarto lugar*, que el cambio de doctrina jurisprudencial, cuando el Tribunal Constitucional decide apartarse del precedente, desde un punto de vista formal requiere que en la nueva sentencia se expresen los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y, especialmente, se precisen las razones por la cuales se aparta del precedente (como se sabe, en concordancia con esto último, se exige una votación calificada, véase el artículo 55 LOTC).

Distinto es, en cambio, el caso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Como ya se anotó, la pauta general del sistema del derecho romano canónico fue entender que la jurisprudencia solo es tal en la medida que se trate de varios fallos en un mismo sentido emanados del Supremo Tribunal. Sin embargo, esa regla ha sido matizada en el derecho peruano. Así tenemos:

(1) Que no todas las sentencias de la Corte Suprema —en rigor, de sus salas especializadas— constituyen jurisprudencia obligatoria. De conformidad con el primer párrafo del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), solo lo serán aquellas ejecutorias que la propia Sala Especializada ordenen publicar en el diario oficial cada trimestre y cuya escogencia estará determinada en función de los principios jurisprudenciales que puedan contener. Ello significa que existen dos clases de fallos del Tribunal Supremo: los clasificados para su publicación trimestral y «los otros», de suerte que los primeros constituyen precedentes obligatorios, y los otros precedentes, en todo caso, meramente disuasorios.

(2) Que esa *obligatoriedad* no es absoluta —con dispensa de la *contradictio in terminis*—, puesto que el segundo párrafo de la citada norma permite que, por excepción, un juez de cualquier instancia se aparte de dicho «crite-

rio jurisdiccional», aunque formalmente debe invocar el precedente que decida apartarse y, a continuación, explicitar los fundamentos de tal opción.¹⁴ Empero, existe el artículo 80.4 LOPJ, modificado por el artículo 2 de la ley 27465, que establece como atribución de la Sala Plena de la Corte Suprema no solo la sistematización y difusión de la jurisprudencia de las Salas de la Corte Suprema sino, también, la de «[...] disponer la publicación trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales». Pareciera que, si la respectiva Sala Especializada de la Corte Suprema procede a la publicación trimestral de su propia jurisprudencia, la obligatoriedad de los principios que establezca no es absoluta, mientras que sí lo será si la publicación es dispuesta por la Sala Plena.

(3) Que, en el Orden Jurisdiccional Civil, la lógica normativa es otra cuando se trata de plenos casatorios o sentencias plenarias del Supremo Tribunal. Esta previsión normativa, por lo demás, es la que prima con arreglo a la vigésimo tercera disposición final de la LOPJ, que instaura el principio de supletoriedad de las normas procesales de dicha ley. Estatuye el artículo 400 del Código Procesal Civil del Perú (CPC) que, si un fallo se adopta mediando un pleno casatorio, este constituye «[...] doctrina jurisprudencial y vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado», la que, al igual que toda sentencia casatoria, se publica en el diario oficial. Ello significa que una sentencia plenaria es siempre obligatoria y, por ende, todos los jueces deben seguirla imperativamente.

Tal institución no existe en el orden jurisdiccional penal. El Código de Procedimientos Penales no instauró el recurso de casación, tampoco definió lo que debe entenderse por jurisprudencia penal, ni previó las lógicas de su aplicación, por lo que en todo el ámbito de la actividad decisoria de la Sala Penal de la Corte Suprema rige lo dispuesto en la LOPJ. Empero, con la recientísima promulgación y publicación del nuevo Código Procesal Penal

¹⁴ Este modelo fue antecedido por la Ley de Hábeas Corpus y Amparo, y su Complementaria (leyes 23506 , artículo 9, y 25398, artículo 8), que permitía al juez apartarse de la jurisprudencia cuando de ella se desprenden principios de alcance general, siempre y cuando se fundamente inexcusablemente las razones de hecho y de derecho correspondientes, lo que se explica en el respeto a la independencia de criterio de los órganos jurisdiccionales. Es obvio, sin embargo, que, con la institucionalización del Tribunal Constitucional, tal posibilidad ya no es de recibo tratándose de la jurisprudencia emitida por ese Alto Tribunal (así se infiere, por lo demás, del artículo VII del TP del Cód. Proc. Const.). Ello por cuanto «la independencia del juez no puede significar libertad para interpretar la Constitución o las normas infraconstitucionales de manera distinta a la impuesta por el Tribunal Constitucional. La coherencia del sistema jurídico así lo exige. Y no cabe construir la independencia del juez contra esa unidad y coherencia de sentido de todo el Ordenamiento Jurídico» (Canosa Usera, 2004:184).

(decreto legislativo 957), se establece la Sentencia plenaria que instituye la denominada «doctrina jurisprudencial» y que debe publicarse en el diario oficial. Dicha sentencia plenaria, con arreglo a lo dispuesto en la primera disposición final del CPC y por virtud del artículo 400 del citado Código, es de obligatorio cumplimiento por todos los jueces penales.

(4) Que, en los casos en que las Salas Especializadas de la Corte Suprema decidan apartarse de su jurisprudencia obligatoria, es decir, de aquellas en las que medió su clasificación y difusión trimestral, al amparo del primer párrafo del artículo 22 LOPJ, el cambio de criterio jurisprudencial solo tendrá operatividad cuando se publique en el diario oficial la decisión que lo instaure (no hace falta, claro está, que venza un trimestre para que opere el cambio jurisprudencial y su ulterior publicación).

Como puede observarse de lo expuesto, la posibilidad de una efectiva doctrina jurisprudencial a cargo de la Corte Suprema de Justicia se encuentra seriamente afectada por un deficiente, incoherente y plural tratamiento legislativo. Es claro que el Supremo Tribunal debe tener mucho cuidado en definir una concreta doctrina jurisprudencial, a cuyo efecto debe establecer, con precisión y con el máximo rigor jurídico, la *ratio decidendi* de sus fallos cuando importen la fijación de una determinada interpretación de una concreta institución jurídica.¹⁵ Sin embargo, y aun cuando también es imperativa la adecuada publicidad de los fallos del Supremo Tribunal, no es de rigor exigir una votación calificada para la adopción de la doctrina jurisprudencial ni que esta se exprese cada trimestre. Asimismo, carece de rigor clasificar las sentencias casatorias en plenarias y no plenarias, otorgando a cada una un valor distinto en orden a su obligatoriedad, y menos conceder a los jueces de otras instancias la posibilidad de apartarse de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las comunes exigencias de igualdad en la aplicación judicial de la ley y del adecuado control de la actividad jurisdiccional de los jueces (*nomofilaquia*) tornan imperativo el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho.

A esto último, como técnica adecuada de prevalencia del principio de unidad en la interpretación y aplicación judicial de la ley, sirve la vía recursal y, en concreto, la previsión de un motivo de casación cuando se vulnera la doctrina jurisprudencial. Así está configurado en el artículo 386.1 del

¹⁵ A esto se refiere, entre otros, Günther Jakobs, cuando expresa que la jurisprudencia tiene la misión de fundamentar sus sentencias a partir de la ley y de juzgar cada caso *sistemáticamente*. Esto último significa, en palabras del autor, lo que es relevante para lo que postulamos, que cada caso debe juzgarse «[...] de modo adecuado axiológicamente a todos los demás casos posibles, incluidos aquellos que se esperan en el futuro» (1997: 127).

Código Procesal Civil y en el artículo 429.5 del novísimo Código Procesal Penal (aprobado mediante decreto legislativo 957, del 29.7.2004], cuando prescribe que es causal para interponer recurso de casación: «5. Si la sentencia o auto se aparte de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o, en su caso, por el Tribunal Constitucional».

Existe una discusión, que en la actualidad tiende a reducirse, referente a si en la justicia penal es pertinente incluir la vulneración de la doctrina jurisprudencial como motivo específico de casación. En la base de la aceptación de este motivo casacional, en el ámbito civil, se encuentra —tal como ha sostenido Garberí Llobregat (1994: 289)— el hecho de que la existencia del derecho judicial se manifiesta no solo en la concreción de estándares jurídicos o cláusulas generales abiertas, o en la realización de juicios de equidad en los supuestos legalmente admitidos sino, especialmente, en la integración de las lagunas del ordenamiento y en la superación de sus contradicciones. Se consideró, con un claro criterio decimonónico, desde Beccaria —y que, por cierto, asumió Feurbach para el derecho penal postulando la prohibición de la interpretación—, que ello no era posible en sede penal, pues la jurisprudencia no tiene capacidad creadora de tipos penales, y ni siquiera integradora de la propia ley. Empero, como aclara Nieva Fenoll (2000: 147-148), si se toma en cuenta que las leyes precisan de su interpretación, y esta pueda ser realizada por el Tribunal Constitucional o el Tribunal Supremo, entonces es posible infringir un precepto legal en la medida en que el *juez a quo* haya contravenido la interpretación jurisprudencial de los Tribunales Superiores sobre ese precepto.

En este punto, es particularmente relevante la posición —que asumo— de Bacigalupo Zapater (2002: 35/38, 43). Dice el jurista español que el *orden jurídico* es algo más que un mero orden legal; que, amén de las leyes, están la Constitución, los valores jurídicos y los principios constitucionales, que debe aplicar e interpretar el juez penal; que las garantías criminal y penal no pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez para resolver, mientras que no cree nuevas figuras delictivas ni aplique penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la ley, es decir, que se introduzcan cláusulas no escritas que operen contra el ciudadano; que, en suma, la aplicación de principios no explícitos en la ley es compatible con el principio de legalidad, mientras que no lo es una aplicación literal de la ley que contradice los principios generales implícitos en ella; que la aplicación de la ley no solo no excluye su interpretación, sino que requiere una consideración referente a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico, sin la cual esta no sería posible. Desde esta misma perspectiva, Jaen Vallejo (2002: 20) anota que si el lenguaje es generalmente ambiguo y si el juez se ve obligado, en

muchos casos, a completar la norma mediante juicios de valor, las posibilidades interpretativas del juez son importantes; este es el caso, por ejemplo, de los elementos normativos de los tipos penales.

En tal virtud, si toda norma es interpretable¹⁶ y si un valor del ordenamiento jurídico es la igualdad en la aplicación judicial de la ley, y si la interpretación de la ley le corresponde, finalmente, al Supremo Tribunal, la que haga por mor de los principios ya señalados (*igualdad y nomofilaquia*) debe tener fuerza vinculante, cuya vulneración amerita la viabilidad inmediata del recurso de casación.¹⁷

IV. Jurisdicción constitucional y jurisdicción penal. Dos temas esenciales

El derecho penal se asienta en cuatro principios fundamentales, limitadores del *ius puniendi* estatal, que tienden a limitar el qué y el cómo castigar, para garantizar así los derechos individuales. Se trata de los principios de legalidad, de proporcionalidad, de culpabilidad y de resocialización. Estos

¹⁶ Enfatiza Hans Heinrich Jescheck (2002: 164-165) que toda norma jurídica requiere *interpretación*, lo que es válido también para el supuesto de un «tenor literal claro» puesto que el sentido jurídico de una disposición legal puede ser distinto de aquel que se deriva de la comprensión natural de un tenor literal aparentemente diáfano. Agrega el autor que «prohibir la interpretación significó nada menos que querer impedir a la realidad la creación de casos con relevancia jurídica en los que el legislador no había pensado, ordenando asimismo al Juez el olvido de los precedentes judiciales que él mismo había sentado. Por ello, la cuestión únicamente puede residir en el modo de asegurar que la interpretación no socava la función garantista de la ley penal. Y esto sucede, precisamente, por medio de la aplicación de reglas de interpretación reconocidas de las que hasta cierto punto se deriva una vinculación del Juez».

¹⁷ Una posición tradicional, contraria al valor de la jurisprudencia, es la sostenida por Peña Cabrera. Dice el autor (1999: 198) que la jurisprudencia «[...] no es fuente de Derecho penal, ya sea en forma mediata o e produzca de manera constante. La razón estriba en que las resoluciones judiciales de la Corte Suprema solamente tienen eficacia obligatoria en un caso concreto, negándose su valor como norma imperativa de carácter general a situaciones que sobrepasen ese caso concreto». Se olvida el distinguido penalista peruano, en este caso, lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial respecto a la jurisprudencia vinculante y, esencialmente, desde la teoría del derecho, al papel de la interpretación en la aplicación judicial de la ley y en el sistema de fuentes del derecho objetivo. Más cercano, aunque no coincidente con nuestro punto de vista, es el sostenido por Villavicencio Terreros (1990: 64), quien considera que la jurisprudencia es una fuente de producción derivada, subordinada a la ley, en virtud de lo cual cumple un papel complementario, sin que las decisiones sean de aplicación general. Sin embargo, no solo interpreta la ley, sino que crea derecho, lo que sucede cuando llena de contenido diversas expresiones típicas (violencia, grave amenaza, negligencia), en cuyo caso los criterios que se adoptan son solo de probable aplicación.

principios penales y todo el cuerpo del derecho penal, de un lado, están incorporados en lo que se denomina el «Programa penal de la Constitución», que está integrado por el conjunto de postulados político-jurídicos y político-criminales que constituyen el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponde aplicar. Por otro lado, más allá de ese programa, configura —juntamente con los principios generales de la Constitución y los concretos preceptos de la misma— el «derecho penal constitucional», integrado por los valores superiores del ordenamiento jurídico, los preceptos que consagran derechos fundamentales (dignidad de la persona, justicia, libertad, etcétera), las normas que regulan conceptos del sistema penal (inviolabilidad e inmunidad de altos dignatarios, unidad jurisdiccional, conducción por el Ministerio Público de la investigación del delito, etcétera), y los preceptos sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al derecho penal (proscripción de las penas y tratos inhumando y degradantes, las normas de garantía de la libertad personal frente a la privación de libertad, etcétera) (Arroyo Zapatero 1996: 35-36).

En el marco actual del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, en especial en el Perú, resultan de trascendental importancia los problemas que se derivan del principio de legalidad penal, que concreta la función de garantía de la ley penal,¹⁸ al que nos vamos a circunscribir en esta última sección. Por un lado, es de tener presente las dificultades que conlleva el subprincipio de determinación, certeza o taxatividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); y, por otro lado, los problemas relativos al ámbito de la interpretación de los tipos penales en relación a la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) y de la interdicción de resultados *in malam partem*.

Sin duda, el primer problema entraña una relación más estrecha entre el legislador y el Tribunal Constitucional, mientras que el segundo problema hace más evidente las vinculaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria, en las que, por lo demás, se pone en tensión el ámbito de la jurisdicción ordinaria para interpretar las normas con rango de ley y la competencia del Tribunal Constitucional para advertir una posible inter-

¹⁸ Dice Wessels (1985: 13), al respecto, que un hecho solo puede ser castigado si su punibilidad estaba legalmente determinada antes de su comisión; como tal, el principio de legalidad garantiza la protección del ciudadano contra el ejercicio y la extensión arbitrarios del poder penal estatal. En igual medida, Tiedemann (2003: 51) expresa que el sentido nuclear el principio de legalidad es el de garantizar la descripción legal de los tipos de delito, es decir, de injusto típico, y no transferir al juez del caso concreto la determinación de lo injusto.

pretación que colide con las exigencias constitucionales del principio de legalidad penal.¹⁹

(1) La doctrina penalista ha precisado que la *lex certa*, en cuanto subprincipio derivado del principio de legalidad penal, significa, por un lado, un rechazo a la analogía como fuente creadora de delitos —vinculada al juez—; y, por otro lado, una prohibición a las llamadas «cláusulas generales» (*Generalklauseln*), es decir, aquellas que no dan criterios de determinabilidad (Bustos Ramirez 1994: 125-126). Precisa Mir Puig (2002: 112-113) que la *lex certa*, en cuanto constituye un aspecto material del principio de legalidad que trasunta la exigencia de seguridad y garantía de dicho principio, impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo. Este postulado de precisión de la ley, insiste el autor, da lugar al llamado «mandato de determinación», que requiere que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles (exigencia de tipicidad del hecho) y las penas que pueden acarrear (exigencia de un cierto *legismo* que limite el necesario arbitrio judicial).

(2) Por otro lado, y con mayor rigor, la *lex stricta*, dirigida al juez, significa prohibición de la analogía, en cuya virtud este no puede fundamentar la punibilidad o una agravante aplicando una ley a un caso similar al legislado pero no comprendido en su texto. La analogía prohibida, en todo caso, es la *in malam partem*, pues no puede reputarse vulnerada la legalidad penal cuando se favorece al imputado.²⁰ Ello nos lleva a la caracterización segura de los límites de la interpretación aceptable en el derecho penal (Bacigalupo Zapater 1998: 77-79).

¹⁹ El principio de legalidad, enseña Claus Roxin, distingue cuatro consecuencias o repercusiones, plasmadas en forma de «prohibiciones», de las cuales las dos primeras se dirigen al juez, y las dos últimas, al legislador: la prohibición de analogía, la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de retroactividad y la prohibición de leyes penales indeterminadas o imprecisas. El Tribunal Constitucional del Perú hasta el momento no se ha enfrentado a una acción de hábeas corpus cuyo objeto procesal sea la infracción al principio de legalidad penal. En dos fallos ha señalado que su análisis requiere sentencia firme de la jurisdicción penal ordinaria (STC del 6.1.2003, recaída en el Asunto Calmell Del Solar Díaz, Exp. 290-2002-HC/TC, párrafo 12; y, STC del 9.6.2003, recaída en el Asunto Luis Bedoya de Vivanco, Exp. 1076-2003-HC/TC, párrafo 2).

²⁰ Conde-Pumpido Ferreiro explica que «[...] en Derecho penal, se vienen distinguiendo dos clases de analogía: la *analogía in malam partem* o contraria a los intereses del reo, que es la que expresamente inadmite el principio de legalidad; y la *analogía in bonam partem* o favorable al reo, que se acepta como compatible con los intereses de la [interdicción de la] arbitrariedad. En definitiva se ha dicho que en la prohibición de la *analogía in malam partem* se trata de los límites del derecho a castigar, mientras que la *analogía in bonam partem* se refiere a la no imposición del castigo o a la imposición de un castigo menor. Es también, en el fondo, una consecuencia del principio de igualdad: tratar del mismo modo favorable a supuestos en los que se haya igualdad de razón» (1997: 343-344).

La interpretación, para ser considerada como tal, debe permanecer dentro de los límites del «sentido literal posible» del texto legal, a fin de evitar —en palabras de Luzón Peña (1995: 163)— el riesgo de inseguridad jurídica que podría suponer un exceso de una orientación objetiva de la interpretación si se centrara exclusiva o desmedidamente en la finalidad de la ley olvidando su tenor. En otras palabras, como explica Hurtado Pozo (1987: 196, 201), hasta el extremo de la zona de penumbra (zona periférica o zona marginal) que rodea al núcleo connotativo de la expresión. Esta, sin embargo, no está predeterminada de manera natural y obvia, de suerte que, en todo caso, al juez le corresponde esclarecer el significado de la «formulación lingüística» concretada en la ley.²¹ Ahora bien, como previene Castillo Alva (2002: 189-191), saliendo al paso de algunas concepciones compatibilizadoras, la analogía, en tanto imprescindible forma de razonamiento del pensar humano, no puede estar excluida de un proceso tan complejo como la interpretación y aplicación de las leyes, y esto es más evidente cuando se interpreta utilizando el método teleológico (véase Jaén Vallejo 2002: 22). Empero, no se trata de reducir la interpretación a la semejanza de casos o a la igualdad normativa —identidad de razón—, pues, en esencia, la analogía tiende a ampliar la aplicación de la ley y el derecho sobre la base de la existencia de casos semejantes; es su orientación el extender o proyectar al desarrollo de la ley.

Conforme aclara Wessels (1985: 16), la *interpretación* tiene por objetivo la aclaración del sentido legal y, dado el caso, la adaptación de la ley a las exigencias y criterios nuevos del presente. En cambio, el objetivo de la analogía consiste en llenar las lagunas de la ley, ampliando y desarrollando un principio jurídico (nueva creación del derecho).²² Coincidiendo con Jaén Vallejo (2002: 24), es de puntualizar que dos serían los límites en esta materia; *primero* —el más importante y decisivo—, que resulta inadmisibles una interpretación que contradiga el sentido natural de las palabras utilizadas, que choque con el texto legal; y, *segundo*, como mero dato indicario,

²¹ Por lo demás, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que las autoridades nacionales tienen la función de interpretar y aplicar el derecho interno (la interpretación, pues, es una actividad necesaria enraizada en la propia razón del derecho). Véase el SSTEDH, del 22.11.1995, Asuntos S.W. y C.R. vs. Reino Unido.

²² Por cierto, debe diferenciarse «analogía» de «interpretación analógica permitida». En este último supuesto, como explica certeramente Urquiza Olaechea (2000: 106), la ley enumera o describe un término que denota un supuesto de hecho (conducta, bien, persona, relación jurídica, institución, etcétera) y deja expresamente la tarea al intérprete de desentrañar y adecuar los casos semejantes (análogos) a los descritos por ella (cláusula especial de analogía). En la interpretación analógica, enfatiza el autor, no se desborda el sentido literal posible porque este aquí no existe; y en su lugar se describe o enuncia un caso de cierta amplitud, encomendándose al operador jurídico el determinar los supuestos que se semejan o parecen al señalado por la ley.

que la interpretación resultante no colisione con el consenso científico acerca de cuál es el límite del texto legal.

En relación con la *lex certa*, el Tribunal Constitucional peruano en su emblemática sentencia del 3.1.2003, recaída en el Asunto Marcelino Tineo Sulca y otros *s/* inconstitucionalidad de la legislación sobre terrorismo, Exp. 10-2002-AI/TC, postuló dos ideas centrales. La primera introdujo, en nuestro constitucionalismo, distintas tipologías de sentencias constitucionales. La segunda, analizando el tipo penal de terrorismo, consintió en la legitimidad de los tipos penales abiertos y de aquellos que contienen determinadas cláusulas indeterminadas.

Frente a la trascendencia nacional que implicaba un pronunciamiento sobre el íntegro de la legislación antiterrorista (párrafo 26), el Tribunal Constitucional reconocía la insuficiencia de una tipología de sentencias en meramente estimatorias y desestimatorias (párrafo 28), de ahí que, siguiendo lo aportado por el derecho y la jurisprudencia comparadas, identificó otras cuatro modalidades de sentencias constitucionales: las interpretativas, las aditivas, las sustitutivas y las exhortativas (aunque luego señala que la sentencia que emite es «estipulativa», en tanto que expone los conceptos, alcances y efectos de esta, de manera que, más adelante, ya no tenga que volver a explicarlos [párrafo 33 *in fine*]).

Las sentencias antes indicadas responden —a juicio del Tribunal Constitucional— a la necesidad de no crear vacíos legislativos o generar peores efectos que los que se podrían producir con la declaración de la inconstitucionalidad de una disposición legal (párrafo 33). También asumen el principio de conservación de la ley y afirman la necesidad de una interpretación conforme a la Constitución con el fin de no lesionar el principio básico de la primacía constitucional (párrafo 34).

Mediante las *sentencias interpretativas* se dispone que una disposición legal no es inconstitucional si es que esta puede ser interpretada conforme a la Constitución, en cuyo caso la disposición no se declarará inconstitucional en la medida en que se la interprete en el sentido que es conforme a la Constitución (párrafo 29). Mediante las *sentencias aditivas* se declara la inconstitucionalidad de una disposición en cuanto deja de mencionar algo que era necesario que se previera para que ella resulte conforme a la Constitución, de suerte que no se declara la inconstitucionalidad del precepto sino solo de la omisión, de manera que, tras esa declaración, será obligatorio comprender dentro de la disposición aquello omitido (párrafo 30). Mediante las *sentencias sustitutivas* se declara la inconstitucionalidad de una ley en la parte en la que prevé una determinada cosa, en vez de prever otra. Consecuentemente, la decisión sustitutiva se compone de dos partes: la primera declara la inconstitucionalidad de una parte del precepto legal y la

segunda reconstruye el precepto dotándolo de un contenido diferente de acuerdo con los principios constitucionales vulnerados (párrafo 31). Mediante las *sentencias exhortativas*, al advertirse una manifestación de inconstitucionalidad en un precepto legal, solo se declara su mera incompatibilidad y se exhorta al legislador para que, en un plazo razonable, introduzca aquello que es necesario para que desaparezca el vicio meramente declarado y no sancionado (párrafo 32).

Siendo así, en el fallo de la citada sentencia, en materia de derecho penal material, declaró: (a) inconstitucional todos los tipos penales de traición a la patria —sentencia estimatoria—; (b) infundada la demanda respecto a los tipos penales de terrorismo, aunque, respecto al tipo penal de terrorismo básico, precisó la interpretación conforme a la Constitución que era del caso adoptar por el Poder Judicial —sentencia interpretativa—; y, (c) exhortó al Congreso a reemplazar el régimen legal de la pena de cadena perpetua, fijando límites temporales a dicha pena, y a establecer las penas máximas a los tipos penales de terrorismo —sentencia estipulativa—.

El tipo penal de terrorismo básico, previsto y sancionado por el artículo 2 del decreto ley 25475, preceptúa:

El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza *actos* contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, *materias* o artefactos explosivos o *cualquier otro medio* capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado [...].

Al respecto el Tribunal Constitucional incorporó cuatro interpretaciones, a mi juicio correctas, al citado tipo penal. Son las siguientes:

a) Que cuando el tipo penal dice: «realiza actos», se refiere a la comisión de «delitos».

b) Que cuando el tipo penal dice: «materias», esa palabra debe entenderse en conexión con «artefactos explosivos». Consecuentemente, la figura penal criminaliza tanto las «materias explosivas» cuanto los «artefactos explosivos», los que, a su vez, deben tener una entidad tal que resulten capaces de causar los siguientes efectos fijados en la norma: «estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado».

c) Que el tipo penal configura dos modalidades de acción típica (por error técnico —sin mayor relevancia en el presente caso— considera el medio

típico como una modalidad típica). Por un lado, provocar, crear o mantener un estado de grave alarma social (en puridad, la exigencia de *grave alarma social* no es una modalidad de comportamiento típico sino el resultado de aquel, esto es, el efecto exterior de la acción diferenciable espacio-temporalmente [Jescheck, 2002: 294]); y, de otro, realizar delitos contra determinados bienes jurídicos básicos. Bramont-Arias Torres (1997: 559-569) ve, en este ámbito, la presencia de dos modalidades de comportamiento típico, según se trate de bienes jurídicos individuales o colectivos: la *primera*, realizar actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridades personales o contra el patrimonio; y la *segunda*, realizar actos contra la seguridad de los edificios, vías o medios de comunicación o de transportes, etcétera, unidos por determinados medios típicos: los de carácter catastrófico. Pero, el elemento subjetivo (tipicidad subjetiva) también ha de considerarse: se trata de un tipo doloso y, como tal, debe entenderse en la dicción de la norma el vocablo «intencionalmente», lo que es compatible con el artículo 12 del Código Penal.²³

d) que cuando el tipo penal dice: «cualquier otro medio», si se analiza integralmente los medios típicamente relevantes, es de entender que debe tratarse de un medio que presente una equivalencia racional con «armamentos, materias o artefactos explosivos» y tenga un *potencial referido solo a los casos de grave dañosidad*.

El problema que plantea un tipo de sentencia como la presente, esto es, la *interpretativa*, en el ámbito del derecho penal es particularmente complejo, tanto porque el derecho penal está informado por el principio de legalidad estricta o de reserva de ley, de soberanía absoluta del legislador —con sus mandatos de configuración normativa expresa e inequívoca—, cuanto porque condiciona la actividad interpretativa del juez penal ordinario forzándolo a optar por una determinada opción hermenéutica, con lo que ello entraña para el principio de exclusividad jurisdiccional. Sin embargo, y de entrada, es claro que, hoy por hoy, como ya se anotó, el derecho objetivo no es solo el derecho legislado, y la interpretación de una norma debe tomar en cuenta no solo los preceptos constitucionales sino, también, los principios y valores que ella entraña, situación que de por sí relativiza o, en todo caso, modula el propio concepto de legalidad penal o de reserva de ley.

²³ Este aspecto de fallo, creo, es el menos logrado, pues contiene errores dogmáticos en el análisis del tipo de injusto del delito de terrorismo, referentes a la identificación de los elementos típicos, dado que confunde el resultado exigido con la modalidad típica; empero, tal defecto en modo alguno afecta el ámbito propiamente constitucional del análisis llevado a cabo. El artículo 12 CP prescribe: «Las penas establecidas por la ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.- El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley».

Las dudas que se expresan en el párrafo anterior, empero, más allá de la relativización de los conceptos de reserva de ley y de su interpretación, carecen de virtualidad, por lo menos en su concepción más estricta. Tres son las razones de este rechazo relativo. En primer lugar, como explica Nunes de Almeida (1998: 322), las sentencias interpretativas tienen su origen y fundamento en la aplicación jurisprudencial del principio de interpretación conforme a la Constitución.²⁴ En segundo lugar, siguiendo a Díaz Revorio (2003: 346), si se parte de la idea que el principio *nulla poena sine previa lege* constituye una garantía para el imputado, de suerte que no impide cualquier interpretación más favorable para él, entonces si una ley prevé un supuesto de hecho y una determinada sanción penal, y una sentencia constitucional reduce el ámbito de aplicación de dicha sanción o las consecuencias jurídicas desfavorables, tal fallo no afecta la legalidad penal, que es precisamente lo que sucede en este caso y que ha sido taxativamente destacado en los párrafos 67 y 74 de la sentencia.²⁵ En tercer lugar, la interpretación que alcanza una sentencia de esas características es aquella estrictamente necesaria para consolidar una debida relación de la función judicial con el principio de supremacía de la Constitución, cuyo supremo interprete es el Tribunal Constitucional.

Ahora bien, sobre la base de la ponderación de los principios de primacía institucional del Tribunal Constitucional en la interpretación de la Constitución y de exclusividad jurisdiccional del poder judicial, cabe sostener —como en su día postuló la Corte Suprema Alemana—, que el Tribunal Constitucional no puede hacer otra cosa que conferir a la Corte Suprema la tarea de establecer el camino metodológico que haga posible que una determinada institución de derecho penal resulte coherente con los principios constitucionales (Tiedemann 2003: 27/28). Desde esta perspectiva, la Corte Suprema puede, incluso ante una sentencia interpretativa del Tribunal Cons-

²⁴ Una advertencia muy clara, desde una perspectiva favorable a esta clase de sentencias, aun cuando se comprende lo delicado del tema en materia penal, es el realizado por Espinosa-Saldaña Barrera. Dicho autor, siguiendo a Pizzorusso, previene que, aun cuando se pueda hablar en estos casos de una *labor legislativa complementaria* a cargo de las cortes constitucionales, el elemento distintivo que no hay que perder de vista es que la evaluación que efectúa la magistratura constitucional no está ceñida a parámetros de oportunidad o de calidad, pues, de ser así, significaría la invasión de un campo o margen de acción propio del legislador (2003: 93).

²⁵ El párrafo 67 dice: «[...] [al adicionar el vocablo *intencionalmente*], con la finalidad de reducir los márgenes de aplicación del tipo penal, en realidad no crea nada, sino simplemente se limita a reducir los alcances del supuesto de hecho previsto en la ley penal [...]». El párrafo 74 dice: «Tales pautas interpretativas [...], no afectan el principio de legalidad penal, pues se derivan de la propia formulación del precepto penal impugnado [...]».

titucional, elaborar y aplicar una interpretación propia y distinta —claro está, asumiendo los principios globales de relevancia constitucional—.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha definido el principio de legalidad penal, frente al cuestionamiento de la legislación sobre terrorismo, dotándolo de un amplio contenido, en concordancia con la doctrina científica sobre la materia. En efecto, señaló que dicho principio exige no solo que, por ley, se establezcan los delitos (reserva de ley), sino, también, que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas en la ley —*lex certa* o principio de determinación— (párrafo 45); que este principio, referido al supuesto de hecho de la ley, está dirigido al legislador para que dote de significado unívoco y preciso al tipo penal a los efectos de una subsunción judicial con relativa certidumbre, aunque tal exigencia, por las características de la propia naturaleza del lenguaje (ambigüedad, vaguedad, equívocidad), no importa una determinación absoluta, sino que tolera un cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según el caso (párrafo 46); que, sin embargo, el límite a esta relativa indeterminación se encuentra cuando ya no permite al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos, o cuando se utiliza un lenguaje tan confuso que un hombre de inteligencia normal tenga que averiguar su significado y difiera con los demás respecto a su contenido (párrafo 47); que, finalmente, el derecho penal admite la posibilidad de que existan tipos abiertos que, frente a la indeterminación, sobre todo de los conceptos valorativos, delegan al juzgador la labor de complementarlos mediante la interpretación (párrafo 49), siendo su límite la no inclusión del núcleo fundamental de la materia de prohibición y, por tanto, cuando la complementación ya no sea solo cuantitativa sino, eminentemente, cualitativa (párrafo 51).

En esa misma perspectiva, Urquiza Olaechea (2000: 71) expresa que el principio de determinación no puede ser comprendido como una exigencia de absoluta claridad y precisión en la descripción de la conducta prohibida; que puede aceptarse cierta vaguedad como consecuencia del empleo de fórmulas generales, pero la exigencia sigue reposando en la máxima taxatividad posible; que lo dicho también permite aceptar la formulación de los injustos penales que alberguen elementos descriptivos, normativos y valorativos.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán (BverfGE 48, 56) tiene sentido que no se debe extremar el mandato de la determinación de la ley, pues, de lo contrario, las leyes se tornarían excesivamente rígidas y casuísticas, y no se podrían adecuar a la evolución de la vida, al cambio de las situaciones o a las características especiales del caso concreto, de ahí que el derecho penal no puede renunciar a la utilización de conceptos generales que no pueden ser descritos formalmente con toda exactitud y que por esta

razón necesitan en gran medida una interpretación judicial (Jaén Vallejo, 2002: 31).²⁶

Si bien el principio de legalidad penal permite cierto margen de libertad para que el juez ordinario pueda interpretar y adecuar las conductas a sus postulados, el gran problema queda, y entiendo que solo puede definirse caso por caso, aunque el papel orientador está en manos de la ciencia jurídico-penal, más aún en nuestros países, que han adoptado un común sistema de la teoría del delito.

Sin duda alguna, por ejemplo y siguiendo la jurisprudencia constitucional española, una intervención de la jurisdicción constitucional será viable cuando la justicia penal ordinaria desconozca llanamente la exigencia de tipicidad de una conducta (no lo será cuando el juez opte por una de las varias interpretaciones que permite la ley penal, así por la definición de si un delito es de peligro abstracto o de peligro concreto); cuando la interpretación judicial sea irrazonable por resultar imprevisible para sus destinatarios al apartarse de la posible literalidad del precepto o al utilizar pautas interpretativas y valorativas extravagantes; o cuando se haga uso de una aplicación analógica *in malam partem*, a cuyo efecto, entre otros, en la motivación del fallo se empleen modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica (Jaén Vallejo 2002: 25-28).²⁷

Bibliografía

ABAD YUPANQUI, Samuel

1995a «La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993». En *Una mirada a los Tribunales Constitucionales*. Lima: Comisión Andina de Juristas/Konrad Adenauer Stiftung, 1995.

1995b «El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano». En *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios II*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

²⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la STEDH del 15.11.1996 recaída en el Asunto Cantoni vs. Francia, coincidiendo con lo expuesto precedentemente, estableció que la utilización de la técnica legislativa de las categorías deja a menudo zonas de penumbra en los límites de la definición; que por sí solas dichas dudas surgidas en casos límite no bastan para convertir a una disposición en incompatible con el artículo 7 (que reconoce el principio de legalidad penal), siempre que esta resulte suficientemente clara en la gran mayoría de los casos; que la función de decisión confiada a los órganos jurisdiccionales sirve precisamente para disipar las dudas que pudieran subsistir con respecto a la interpretación de las normas, teniendo en cuenta la evolución de la práctica diaria.

²⁷ Véase Sentencias del Tribunal Constitucional Español 232/1997, 42/1999, 49/1999 y 126/2001, respectivamente.

AGUILÓ REGLA, Joseph

2000 *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel.

ALZAMORA VALDEZ, Mario

1987 *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima: Eddili.

ARROYO ZAPATERO, Luis; y otros

1996 *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Praxis.

ASENCIO MELLADO, José María

1997 *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

1998 *Principios de Derecho penal. Parte General*. Madrid: Akal/iure.

2002 *Justicia Penal y Derechos Humanos*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

BOBBIO, Norberto

1987 *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis.

BOCANEGRA SIERRA, Raúl

1982 *El valor de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO

1997 *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: San Marcos.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1994 *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona: PPU.

CANOSA USERA, Raúl

2004 «Dificultades para la articulación de la justicia constitucional y la jurisdicción ordinaria en España». En *Derecho Procesal Constitucional*. Tomo I. Lima: Jurista Editores.

CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M.

2004 «Cosa juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, décimo año, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

CASTILLO ALVA, José Luis

2002 *Principios de Derecho penal. Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido

1997 *Código Penal. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I. Madrid: Trivium.

- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés e Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ
1996 *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*. Madrid: Mc Graw Hill.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier
2003 *La interpretación constitucional de la ley*. Lima: Palestra Editores.
- DU PASQUIER, Claude
1983 *Introducción al Derecho*. Lima: Ed. Justo Valenzuela.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco
2002 «Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional». En *Constitucionalismo y Derechos Humanos*. Lima: Grijley.
- ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy
2003 *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: ARA.
- FIX ZAMUDIO, Héctor
1982 *La protección procesal de los derechos humanos*. Madrid: Civitas.
- GARBERÍ LLOBREGAT, José
1994 *Apelación y Casación en el proceso penal*. Madrid: Colex.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina
1993 *La técnica del precedente y la argumentación racional*. Madrid: Tecnos.
- GIMENO SENDRA, Vicente; Víctor MORENO CATENA y VALENTÍN CORTÉS Domínguez
2000 *Introducción al Derecho procesal*. Madrid: Colex.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan José
1989 «El Poder Judicial y el Tribunal Constitucional». *Poder Judicial*, número especial XI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.
- HARO, Ricardo
2004 «El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, décimo año, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.
- HUERTA GUERRERO, Luis Alberto
2003 *Libertad personal y hábeas corpus*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
2004 *La jurisdicción constitucional en el Perú en el 2003*. Lima: Comisión Andina de Juristas.
- HURTADO POZO, José
1987 *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Eddili.

JAÉN VALLEJO, Manuel

2002 *Justicia penal contemporánea*. Lima: Editorial Librería Portocarrero.

2003 *Derecho penal aplicado*. Madrid: Colex.

JAKOBS, Günther

1997 *Derecho penal. Parte General*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.

JESCHECK, HANS Heinrich

2002 *Tratado de derecho penal. Parte General*. Granada Comares.

LANDA ARROYO, César

2003 *Tribunal Constitucional y Estado de Derecho*. Lima: Palestra Editores.

LÓPEZ GUERRA, Luis

2001 *El Poder Judicial en el Estado Constitucional*. Lima: Palestra Editores.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel

1995 *Curso de derecho penal. Parte General, I*. Madrid: Universitas.

MIR PUIG, Santiago

2002 *Derecho penal. Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.

MONROY CABRA, Marco Gerardo

2004 «Necesidad e importancia de los Tribunales Constitucionales en un Estado social de Derecho». En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, décimo año. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung.

MONTERO AROCA, Juan y otros

2003 *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.

NIEVA FENOLL, Jorge

2000 *El hecho y el derecho en la casación penal*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.

NUNES DE ALMEIDA, Luís

1998 «Portugal». En *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual* Barcelona: Ariel.

ORTECHO VILLENA, Víctor Julio

1994 *Jurisdicción constitucional. Procesos constitucionales*. Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad de Trujillo.

PEÑA CABRERA, Raúl

1999 *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley.

PÉREZ TREMP, Pablo

1985 *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ROTH, Joachim

1996 «El control constitucional función vital para preservar el Estado de Derecho y consolidar la democracia constitucional». En *La Constitución de 1993. Análisis y Comentarios III*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

RUBIO CORREA, Marcial

2001 *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

SCHWABE, Jürgen (comp.)

2003 *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez/ Konrad Adenauer Stiftung.

STRATENWERTH, Günter

1982 *Derecho Penal. Parte General, I*. Madrid: Edersa.

TIEDEMANN, Klaus

2003 *Constitución y Derecho penal*. Lima: Palestra Editores.

TOMÁS y Valiente, Francisco

1989 «Poder Judicial y Tribunal Constitucional». *Poder Judicial*, número especial, 11, Madrid.

URQUIZO OLAECHEA, José

2000 *El principio de legalidad*. Lima: Gráfica Horizonte.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

1990 *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. Lima: Cultural Cuzco.

WESSELS, Johannes

1985 *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Depalma.