

INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN Y LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA EXPERIENCIA ALEMANA)

Edgar CARPIO MARCOS*

Al maestro Héctor Fix-Zamudio

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El origen de la técnica de la interpretación conforme con la Constitución (y de las sentencias interpretativas)*. III. *La interpretación de la ley conforme con la Constitución como técnica ínsita a la labor de control de constitucionalidad*. IV. *Sentencias interpretativas e interpretaciones de la ley en una sentencia*. V. *Tribunal Constitucional Federal Alemán y sentencias interpretativas*. VI. *Observaciones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

La comparación jurídica es una disciplina que ha adquirido un auge y desarrollo inusitado en los últimos años. En la jurisdicción constitucional, su empleo constituye una necesidad ineludible. Sus categorías conceptuales y las técnicas, cuando no las propias decisiones de los tribunales y cortes, se basan frecuentemente en desarrollos o ideas previas experimentadas en otros contextos. Se habla así de “circulación” de modelos o, incluso, en palabras de Häberle,¹ del nacimiento de un quinto método de interpretación, constituido por la comparación.

* Profesor de Derecho constitucional en la Universidad San Martín de Porres, en la Universidad de Lima y en la Academia de la Magistratura; asesor del Tribunal Constitucional.

¹ Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, pp. 162 y ss.

Los constitucionalistas y los tribunales, en efecto, gustan “leerse” unos a otros, sin que importe demasiado el marco normativo de referencia y, llegado el caso, la propia tradición jurídica. El acudir al derecho comparado para resolver problemas prácticos comunes, cada vez suscita menos polémica.² Al fin y al cabo, las premisas del Estado constitucional son las mismas.

Ello ha propiciado que las “técnicas” empleadas por los tribunales constitucionales sean “compartidas”, cruzando un basto territorio que une océanos e incluso tradiciones disímiles. Ese es el caso de la interpretación “conforme” con la Constitución y de las denominadas sentencias interpretativas. Simplemente, no hay Tribunal Constitucional serio que no las emplee.

Sin embargo, en los últimos años, en diversos países de América Latina se ha empezado a cuestionar el uso de estas técnicas. Algunos han visto en una práctica de esta naturaleza el peligro de que el Tribunal termine convirtiéndose en un legislador positivo, usurpe atribuciones que son propias del Parlamento y genere problemas de inseguridad jurídica.³

Por ello, no creo que resulte ocioso revisar cómo estas técnicas han sido utilizadas por uno de los primeros tribunales constitucionales de la segunda *post guerra*, como el Tribunal de Karlsruhe. Para tal efecto, se realiza una aproximación histórica al surgimiento de esta clase de sentencias; se indaga las razones por las cuales la técnica de la interpretación conforme es consustancial a un sistema jurídico que ha optado por introducir un modelo de jurisdicción constitucional; se analiza qué es lo que caracteriza a una

² En la sentencia *Lawrence vs. Texas*, con el voto disidente del *justice* Scalia, la Suprema Corte Norteamericana citó por primera vez una decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos saliendo, así, de su “autismo constitucional”. La expresión entrecomillada es de Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras de la igualdad. El recurso al dato sociológico y al intérprete externo en la interpretación constitucional”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, núm. 7, 2005, pp. 236 y ss.

³ En el Perú, por ejemplo, en distintos momentos se han presentado proyectos legislativos destinados a impedir que el Tribunal Constitucional pueda dictar sentencias interpretativas. *Cfr.* la documentación completa, con trabajos monográficos sobre el tema, el número especial de *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, núm. 6, 2006, pp. 415-532. Últimamente, incluso se ha presentado un proyecto de reforma constitucional (Proyecto 331/2006-CR), mediante el cual se pretende introducir un párrafo al artículo 201 de la Constitución de 1993, según el cual la función del Tribunal debe ejercerse “bajo el principio de separación de poderes, no encontrándose bajo sus atribuciones y [sic], bajo ninguna circunstancia, la facultad de legislar”.

sentencia interpretativa y, finalmente, se examina el desarrollo jurisprudencial que éste ha tenido en Alemania.

II. EL ORIGEN DE LA TÉCNICA DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN (Y DE LAS SENTENCIAS INTERPRETATIVAS)

Contra lo que pudiera suponerse, el antecedente de las sentencias interpretativas no es obra del Tribunal Constitucional alemán (y ni siquiera de algún otro tribunal análogo), sino de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. Su formulación, incluso, es anterior a la expedición del famoso caso *Marbury vs. Madison*, resuelto en 1803, en que por primera vez (a nivel federal), el Alto Tribunal Norteamericano declarara la inconstitucionalidad de una ley parlamentaria.

En efecto, la primera oportunidad en la que se expresó el principio de que no podía declararse la inconstitucionalidad de una ley si no existía una evidencia manifiesta de que ésta era incompatible con la Ley Fundamental, se remonta a 1796, en el que en voto formulado por el *justice* Samuel Chase en el caso *Hylton vs. United States*, resuelto por la Corte Suprema, éste llegó a expresar que “si la Corte tiene tal poder [de declarar la inconstitucionalidad], soy libre de declarar que nunca lo ejerceré si no se trata de un caso muy claro”.

El principio formulado por el juez Chase muy pronto encontró eco, por lo que en 1819, en el caso *Dartmouth College vs. Woodward*, el presidente de la Corte Suprema, John Marshall, llegaría a sostener que

no es sino por el debido respeto (*decent respect*) a la sabiduría, la integridad y el patriotismo del cuerpo legislativo que sancionó la ley, que hay que presumir en favor de su validez, hasta tanto su violación de la Constitución sea probada más allá de toda duda razonable. Éste ha sido siempre el lenguaje de esta Corte cuando el punto ha estado sujeto a su decisión; y sé que expreso los sinceros sentimientos de todos y cada uno de los miembros de este Tribunal

Agregando que “en más de una oportunidad, esta Corte ha expresado la cautelosa circunspección con que se han considerado tales cuestiones, y ha

declarado que en ningún caso dudoso declararía a un acto legislativo contrario a la Constitución".⁴

Desde entonces, la exigencia de no declarar inconstitucional una ley si es que ésta puede ser interpretada conforme a la Constitución fue perfilándose en sus alcances, al extremo de que ya en 1910, un clásico, como Westel W. Willoughby, podría decir que “Los tribunales de los Estados Unidos han reiterado la doctrina de que una ley de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser juzgada inconstitucional si, por medio de una interpretación razonable de la Constitución o de la ley, una y otra pueden ser armonizadas”.⁵

Sin embargo, tal vez la fórmula mejor construida sea la expresada por la Corte Suprema norteamericana en el caso *N.L.R.B. vs. Jones & Laughlin Corporation*, resuelto en 1937, en el que se sostuvo que el principio cardinal de interpretación de la ley “is to save and not to destroy. We have repeatedly held that as between two possible interpretations of a statute, by one of which it would be unconstitutional and the other valid, our plain duty is to adopt that which will save the act”.⁶

En palabras del *chief justice* Charles Evans Hughes, quien tuvo a su cargo la redacción de la sentencia, “La Corte considera que en el caso en que una ley es razonablemente susceptible de dos interpretaciones distintas, una de las cuales la haría inconstitucional y la otra válida, es su deber adoptar la interpretación que deja a salvo su constitucionalidad”.⁷

Desde entonces, la necesidad de no declarar la inconstitucionalidad de una ley que pueda ser interpretada en armonía con la Constitución ha sido considerada como una de las “great maxims of judicial self-restraint”,⁸ es decir, de los diversos límites autoimpuestos (*self. restraint*) por el alto tribunal norteamericano al ejercicio de la *judicial review of legislation*.

Se trata de una autorrestricción judicial, pues su aplicación supone que un juez sólo pueda declarar la inconstitucionalidad de una disposición le-

⁴ Citado por Linares Quintana, Segundo, *Tratado de interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, pp. 584 y 585.

⁵ Willoughby, Westel W., *The Constitutional Law of the United States*, Nueva York, 1910, t. I, p. 42.

⁶ Cfr. Abraham, Henry J., *The Judicial Process. An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England and France*, Nueva York-Oxford, Oxford University Press, p. 403.

⁷ Evans Hughes, Charles, *La Suprema Corte de los Estados Unidos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 59.

⁸ Abraham, Henry J., *The Judicial Process...*, cit., nota 6, pp. 402 y 403.

gislativa en un caso extremo, cuando por vía interpretativa no sea posible que se comprenda a la obra del legislador conforme con la norma suprema (*interpretation in the harmony to the Constitution*). Una autorrestricción, además, pues ésta no ha sido sancionada legislativamente, es decir, su formulación no tiene un origen externo al ejercicio de la función jurisdiccional, si no ha sido creada jurisprudencialmente por la Corte Suprema norteamericana y sentada, con base en la doctrina del *stare decisis*, como un precedente vinculante para todos los jueces de la Federación.⁹

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN COMO TÉCNICA ÍNSITA A LA LABOR DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La interpretación de la ley conforme con la Constitución no es un criterio de interpretación de la Constitución, como lo pueden ser el de unidad, concordancia práctica, eficacia integradora, etcétera. La operación que ella presupone, esto es, hallar un sentido de la disposición legislativa conforme con la norma suprema, no recae sobre una disposición constitucional. Mediante su utilización, en efecto, quien lo emplea (juez o Tribunal Constitucional) no busca encontrar, o asignar, un sentido interpretativo a alguna disposición constitucional.¹⁰

Tampoco se trata de un criterio de interpretación de la ley.¹¹ Al contrario, su aplicación la presupone, puesto que condicionar la aplicación de la ley en un sentido interpretativo que resulte compatible con la Constitución, demanda que el operador la haya interpretado previamente, es decir, haya extraído todos los sentidos interpretativos razonablemente posibles de la ley mediante los criterios que para tal efecto se admiten como válidos en la teoría del derecho. Como anota Ferreres Comella, “para identificar cuál es la norma expresada en el texto de la ley, el juez constitucional debe servirse de los criterios interpretativos habituales en derecho, sin desviarse de

⁹ *Ibidem*, pp. 386 y ss.

¹⁰ Hesse, Konrad, *Escritos sobre derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 50 y ss.

¹¹ La tesis de que la interpretación conforme con la Constitución sería un criterio de interpretación de la ley, ha sido expuesta últimamente por Afonso da Silva, Virgilio, “La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y centralización judicial”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 12, 2005, pp. 4 y ss.

lo que tendría que hacer si tuviera que interpretar ese texto para aplicarlo a un caso concreto”.¹²

En realidad, la necesidad de interpretar la ley conforme con la Constitución es una técnica inmanente o consustancial a la justicia constitucional, más que un criterio de interpretación de normas, como se ha dicho, puesto que impone la regla a todo juez constitucional de no declarar la invalidez de una disposición legislativa si es que ésta pueda ser interpretada cuando menos en dos sentidos posibles, siendo al menos uno de ellos conforme con la Constitución.¹³

Es decir, constituye un canon de actuación del juez de la ley que exige de él no privilegiar la interpretación de una disposición en el sentido que riña con la Constitución, sino de comprenderla en el sentido interpretativo que se encuentra conforme a ella.¹⁴ De ahí que, con Luis Aguiar de Luque, pueda decirse que “el principio de interpretación conforme puede ser calificado como un criterio de resolución de conflictos internormativos”.

IV. SENTENCIAS INTERPRETATIVAS E INTERPRETACIONES DE LA LEY EN UNA SENTENCIA

Por cierto, no debe confundirse lo que en sentido estricto constituye una sentencia interpretativa con la interpretación de la ley (o la Constitución) que pueda anidar una sentencia constitucional. Si antes se ha advertido sobre la necesidad de no considerar a la “interpretación conforme con la Constitución” como un criterio de interpretación de la ley o la Constitución, ahora es preciso añadir, con base en lo anterior, que no toda sentencia constitucional que contenga una o algunas interpretaciones posibles de la ley, por ese hecho, devengan en “sentencias interpretativas” en el sentido que habitualmente se le brinda a ésta variante de sentencia manipulativa.

¹² Ferreres Comella, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, p. 37.

¹³ Para Paul Rueda Leal, “los casos de interpretación conforme a la Constitución no son, en mi juicio, un tipo de sentencias sino una técnica para su configuración, aplicable tanto a las resoluciones estimativas como desestimativas”, *cfr.* “Fundamento teórico de la tipología de sentencias en los procesos de constitucionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, núm. 2, 2004, p. 327.

¹⁴ *Cfr.* Amoroso, Giovanni, “L’interpretazione ‘adeguatrice’ nella giurisprudenza costituzionale, tra canone ermeutico e técnica di sindacato di costituzionalità”, *Il Foro Italiano*, V, 1998, pp. 98 y ss.

Toda sentencia, incluso las que profieren los órganos de la jurisdicción ordinaria, presupone una interpretación de la disposición legislativa, que es la que precisamente le sirve para resolver el caso que se le ha sometido.¹⁵

No es otra cosa lo que sucede con aquellas sentencias que expiden los tribunales constitucionales. Cuando una ley debe ser evaluada en torno a su constitucionalidad, el Tribunal Constitucional se encuentra siempre al frente de dos textos por interpretar. Debe hacerlo con la Constitución, que es un orden normativo que no precisamente se caracteriza por ser unívoco en sus significados, pero también con la ley, incluso cuando se cree que ella, o los sentidos que de ésta se pueden recabar, son más o menos claros conforme a los criterios de interpretación de la ley generalmente admitidos.

Un pronunciamiento sobre la validez de la ley requiere, pues, que la disposición que sirve como parámetro y la que hace de objeto del control sean interpretadas, y ello con independencia del sentido del fallo, es decir, que se trate de una sentencia estimatoria o desestimatoria.¹⁶ Como lo expresara la Corte Constitucional italiana en la Sentencia 11/1965, “establecer cuál sea el contenido de la norma impugnada, es un inderogable presupuesto del juicio de legitimidad constitucional”, puesto que pertenece al juicio de la Corte decidir “entre la norma interpretada y la norma constitucional”, siendo “el uno y el otro partes inescindibles de un juicio que es propiamente suyo”.¹⁷ De ahí que los tribunales constitucionales, nos guste o no, cuando ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, están condenados a ser los “órganos mayéuticos del ordenamiento jurídico”.¹⁸

En ese sentido, si el criterio determinante para identificar las sentencias interpretativas fuere la existencia (o no) de interpretaciones de la ley, éste carecería de virtualidad. Todas las sentencias, en efecto, deberían ser con-

¹⁵ Granata, Renato, “Corte di Cassazione e Corte costituzionale nella dialettica tra controllo ermeneutico e controllo di legittimità. Linee evolutive della giurisprudenza costituzionale”, *Il Foro Italiano*, I, 1998, pp. 14 y ss.

¹⁶ Cfr. sobre el tema, Ascarelli, Tullio, “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1957, pp. 351 y ss.

¹⁷ Por ello es que Vezio Crisafulli ha podido decir que “todas las sentencias son, en cierto sentido, interpretativas, y lo son todas las sentencias de la Corte Constitucional”, véase “Le sentenze ‘interpretative’ della Corte Costituzionale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1967, p. 1.

¹⁸ Spadaro, Antonino, “Le motivazioni delle sentenze della Corte come ‘tecniche’ di creazione delle norme costituzionali”, en Ruggeri, Antonio (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Turín, Giappichelli editore, 1994, p. 363.

sideradas “interpretativas”. La verdad es, sin embargo, que con la denominación de sentencias “interpretativas” no se quiere aludir a dicho fenómeno, sino a otro, mediante el cual los tribunales constitucionales evitan expulsar del ordenamiento a una ley por considerar que ésta es posible de interpretarse conforme con la Constitución. Es con relación a sentencias que contienen factores interpretativos condicionantes de la validez de una ley, que se vincula su problemática.

Por tanto, una delimitación del ámbito propio de las sentencias interpretativas tiene que excluir, por ejemplo, aquellos casos en los que las sentencias constitucionales expresen interpretaciones de la ley totalmente conformes o disconformes con la Constitución. En el primer caso, puesto que el rechazo de la impugnación de invalidez no obedece a la elección de un sentido interpretativo, entre otros incompatibles con la ley fundamental, que la hayan podido salvar de la condena de invalidez. En el segundo, puesto que la disposición no pudo ser salvada de la declaración de inconstitucionalidad mediante una interpretación que la haga compatible con la norma suprema porque sencillamente no existía o no se derivaba de su texto.

Del mismo modo, también debe excluirse del ámbito de las sentencias interpretativas, aquellas en las que un tribunal constitucional considera que debe rechazarse la impugnación de invalidez sustentado en una indebida o incorrecta interpretación del texto legislativo,¹⁹ es decir, cuando el planteamiento de invalidez se sustente en un criterio interpretativo que no se infería o se derivaba válidamente de la ley.²⁰

La calificación de una sentencia como “interpretativa”, en ese sentido, está relacionado con la existencia de una serie de variables,²¹ entre las cuales debe mencionarse: a) que la disposición impugnada tenga diversos significados interpretativos, b) entre ellos, existan sentidos hermenéuticos compatibles e incompatibles con la Constitución, y c) que la opción por interpretar la disposición en el sentido constitucionalmente conforme sea el

¹⁹ Véase Anzon, Adele, “Interpretazione ‘corretta’ e interpretazione ‘conforme a Costituzione’ del regime delle rogatorie internazionali”, *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 4, 2002, pp. 2426 y ss.

²⁰ Véase, al efecto, Martín de la Vega, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, CEPC, 2003, pp. 110-112.

²¹ Benelli, Filippo, “Le sentenze interpretative e manipolative nel processo in via principale di ieri e di oggi: dai modelli (pregressi) alla dinamica (futura)”, *Le Regioni*, núm. 6, 2002, p. 1275.

elemento “constitutivo y condicionante” de la decisión de no expulsar la disposición legal del ordenamiento jurídico.

V. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN Y SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

La Ley Fundamental de Bonn, de 1949, ha organizado un sistema de justicia constitucional que tiene en el Tribunal Constitucional Federal al órgano a quien se ha confiado su salvaguardia por los actos y normas que puedan expedir todos los poderes públicos, entre ellos, el legislador.

Entre sus competencias,²² se encuentra la de conocer el control abstracto de normas. Éste se realiza, en el típico esquema kelseniano, mediante una acción directa, promovida mediante determinados sujetos expresamente legitimados, a través de la cual se insta al Tribunal Constitucional a realizar un control de validez constitucional tanto de la legislación federal como la de los *lander*. Sin embargo, el Tribunal, cuyo inicio de sus actividades se remonta al 7 de septiembre de 1951, también tiene competencia para juzgar el control concreto de constitucionalidad de las leyes, mediante la cuestión incidental que puede promover un juez ordinario cada vez que en un caso concreto esté convencido (y no sólo tenga dudas)²³ sobre la inconstitucionalidad de la norma que le sirve para resolver el conflicto que viene conociendo.²⁴

Pues bien, casi desde el inicio de su funcionamiento, siguiendo el ejemplo trazado por la Suprema Corte de los Estados Unidos, el Tribunal Constitucional alemán ha expedido sentencias interpretativas en el ejercicio de ambas competencias.²⁵ Existe unanimidad en señalarse que la primera vez

²² Sobre el particular, entre la abundante literatura, véase, Hesse, Konrad y Häberle, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional (con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán)*, México, Porrúa, 2005. Hesse, Konrad, “El Tribunal Constitucional Federal en la Ley Fundamental de Bonn”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, núm. 9, 2005, pp. 141 y ss.

²³ Freisenhahn, Ernest, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, Milán, Giuffrè, 1965, p. 69.

²⁴ Simon, Helmut, “La jurisdicción constitucional”, en Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, p. 836.

²⁵ Por cierto que también lo hace cuando conoce del recurso de queja constitucional, un símil del proceso de amparo, en todos aquellos casos en los que la lesión de un derecho fundamental se derive de una norma legal. Véase, Häberle, Peter, *El Tribunal Constitucional como tribunal ciudadano. El recurso constitucional de amparo*, México, Fundap, 2005, pp.

que el Tribunal utilizó esta tipología de sentencias fue con la decisión del 7 de mayo de 1953, mediante la cual se puso fin al control concreto de constitucionalidad de la *Notaufnahmegesetz*, de 22 de agosto de 1950.²⁶

Mediante las denominadas sentencias interpretativas, el Tribunal Constitucional Federal no declara la inconstitucionalidad de una disposición legislativa si es que entre los posibles sentidos interpretativos que ésta pueda tener, existe al menos uno que permita su lectura en armonía con la Constitución (*Verfassungskonforme Auslegung*).²⁷ Como afirma Klaus Schlaich,²⁸ “Se recurre a ella cada vez que una norma presenta en su dicción escrita diversas posibilidades interpretativas, no todas compatibles con la Ley Fundamental. En este caso, el Tribunal no declara nula la ley, sino determina la interpretación conforme a la Ley Fundamental”.

Con independencia de los conocidos argumentos de presunción de constitucionalidad, *indubio pro legislatore*, certeza jurídica frente a los vacíos que se pudieran derivar de la expulsión de una ley por inconstitucional, etcétera, la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung* se ha legitimado en el derecho alemán con base en la doctrina de la “unidad de valor del ordenamiento jurídico”, así como en la supremacía constitucional.

Desde esta perspectiva, se ha señalado que si la Constitución es la que norma que presta el fundamento de validez de todo el ordenamiento jurídico alemán, entonces

las leyes deben ser interpretadas y aplicadas bajo el espíritu y según los valores de la Ley Fundamental... La interpretación conforme aparece, pues, según esta reconstrucción de sus fundamentos, como una “forma particular de la interpretación sistemática”: la interpretación de todas las normas jurídicas

87 y ss. Limbach, Jutta, “The Role of the Federal Constitutional Court”, en varios autores, *Fifty Years of German Basic Law*, The Johns Hopkins University, 1999, pp. 19 y ss.

26 Véase, Bakker, Rob, “Verfassungskonforme Auslegung”, en varios autores, *Judicial Control. Comparative Essay on Judicial Review*, Amsterdam, Maklu-Nomos. Juridik, Blackstone, Schulthess, 1995, p. 9.

27 Zeidler, Wolfgang, “The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms”, *Notre Dame Law Review*, núm. 62, 1986-1987, pp. 509 y 510.

28 Schlaich, Klaus, “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 1982, p. 576.

debe ser orientada a la norma constitucional como “orden fundamental jurídico del Estado”, supraordenado a todo el resto.²⁹

De esta forma, en su condición de ley suprema, la Ley Fundamental de Bonn no sólo constituye un criterio para evaluar la validez de las normas que se encuentren subordinadas a ella, sino también, por lo que se refiere a su contenido, exige que cada una de las normas deba ser interpretada y aplicada en armonía con la Constitución.³⁰ El Tribunal Constitucional Federal, en ese sentido, tiene señalado que la Ley Fundamental debe ser considerada parte integrante del ordenamiento jurídico en su totalidad y, por ello, que no sólo debe ser entendida como una unidad, sino también ser colocada en la base de cualquier interpretación que se realice del derecho nacional positivo.³¹ Así, pues, del carácter normativo de la Constitución no sólo se deriva la anulación de leyes incompatibles con ella sino, en general, la exigencia de interpretar y aplicarlas de conformidad con la norma que preside el ordenamiento jurídico.

También se ha pretendido legitimar la utilización de esta técnica con base en el principio *indubio pro legislatore*. Según Theo Ritterspach,

Habiendo establecido la Ley Fundamental el principio de que todos los poderes públicos están vinculados a los preceptos de la Constitución, es de presumir que el legislador haya querido observar aquellos preceptos. Por tanto, cuando puede dudarse acerca de la legitimidad de un acto suyo, ello significa que la ley debe ser interpretada en un sentido conforme con la Constitución, incluso a costa de una interpretación estrictamente literal.³²

Como en muchos otros países, dentro de la idea de *Verfassungskonforme Auslegung* no ingresan aquellas sentencias del Tribunal en las que éste,

²⁹ Véase, Cerrina Feroni, Ginevra, *Giusdizione costituzionale e legislatore nella Repubblica federale tedesca. Tipologie decisorie e Nachbesserungspflicht nel controllo di costituzionalità*, Turín, Giappichelli editore, 2002, p. 130.

³⁰ Kimmers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Durham y Londres, Duke University Press, 1997, p. 51.

³¹ *BVerfGE* 51, 323 y *BVerfGE* 75, 218, citados por Bartolomei, Franco (a cura di), *La Carta Costituzionale della Repubblica Federale di Germania con introduzione e indicazione delle principali sentenze della Corte Costituzionale in BVerfGE*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 13.

³² Ritterspach, Theo, “Lineamenti della giurisprudenza del Tribunale Costituzionale della Repubblica Federale Tedesca”, en Maranini, Giuseppe (a cura di), *La Giustizia Costituzionale*, Florencia, Vallecchi editore, 1966, p. 306.

con el objeto de resolver la validez/invalidez de la ley, proyecta los sentidos interpretativos que ésta puede tener, pero sin condenar la inconstitucionalidad de alguna de ellas.

Tampoco entra en el ámbito de las sentencias interpretativas lo que en la doctrina alemana se ha venido a denominar sentencias que contienen una interpretación de la ley “orientada” a la Constitución. A diferencia de las sentencias interpretativas, donde se excluye uno o algunos sentidos interpretativos de la ley con base en el principio de supremacía constitucional, en la técnica de la interpretación orientada, el Tribunal Constitucional Federal advierte que si bien la ley ofrece diversas posibilidades interpretativas, todas ellas compatibles con la Constitución —lo que la diferencia de las sentencias interpretativas—, sin embargo, su aplicación deberá de efectuarse en el sentido que mejor realice los principios fundamentales contenidos en la Ley Fundamental.

Estos principios fundamentales del sistema constitucional alemán no se re conducen solamente a los derechos fundamentales, que han sido considerados por el Tribunal Constitucional Federal como conformantes del sistema material de valores que anida la Ley Fundamental. También comprende a otros principios, como la cláusula del Estado de derecho o del Estado social, que han sido objeto de una amplia concretización en diversos sectores del ordenamiento, de modo que no puede considerarse una materialización, *tout cour*, de la doctrina del efecto de irradiación de los derechos fundamentales.³³

De acuerdo con la Ley que regula al Tribunal Constitucional Federal, en los procesos de control normativo (que incluye al recurso de queja constitucional, cuando éste tiene por objeto el control de constitucionalidad de una ley), el fallo del Tribunal tiene “fuerza de ley”.³⁴ Por tanto, si la interpretación conforme con la Constitución también se encuentra en el fallo, éste participa de aquella “fuerza de ley” (artículo 31.2), confiriéndole una

³³ Véase, Cerrina Feroni, Ginevra, *op. cit.*, p. 147. También, Ortino, Sergio, *L'esperienza della Corte Costituzionale di Karlsruhe*, Milán, Giuffrè, 1966, con amplias referencias al desarrollo de los principios del Estado de derecho y del Estado social de derecho por parte del Tribunal Constitucional alemán.

³⁴ Freisenhahn, Ernest, *La giurisdizione costituzionale nella Repubblica Federale Tedesca*, *cit.*, pp. 78 y 79. Rescigno, Francesca, “La giustizia costituzionale in Germania”, en Olivetti, Marco y Groppi, Tania, *La Giustizia Costituzionale in Europa*, Milán, Giuffrè, 2003, p. 116.

eficacia *erga omnes* y, por tanto, de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos e incluso a los privados.³⁵

De ahí que se considere que una sentencia interpretativa si bien formalmente es de carácter desestimatorio, materialmente es semejante a una declaración de nulidad parcial, pues en el futuro la ley deberá ser interpretada en el sentido “establecido por el Tribunal Constitucional, y no como hubiese querido que fuese por el legislador”.³⁶

Por el contrario, si la interpretación conforme sólo se encuentre en la parte considerativa de la sentencia, ésta sólo participa del *Bindungswirkung* (efecto vinculante). De este efecto participan todas las sentencias del Tribunal, sin que se haga distingo entre sentencias estimatorias o desestimatorias, en la medida que el fallo se funda en una determinada interpretación. El efecto vinculante supone la obligación de todos los órganos constitucionales, administrativos y jurisdiccionales de respetar los criterios de interpretación conforme (artículo 31.1).³⁷

En la práctica, ello no ha generado muchos problemas, en la medida que el fallo de la sentencia hace referencia expresa a la interpretación conforme contenida en la parte considerativa, por lo que se reconoce (y acepta) que el efecto vinculante también comprende a los motivos que sustentan la decisión de no declarar la invalidez de la disposición. Por ello, el reenvío del fallo hacia la parte considerativa de la sentencia, según el Tribunal, sólo tiene un valor declarativo y no constitutivo, ya que

Si el Tribunal Constitucional Federal declara, en el ámbito de una interpretación conforme a la Constitución de una disposición de derecho ordinario, que ciertas interpretaciones de esta norma, de por sí posibles, son incompatibles con la Ley Fundamental, ningún juez puede entender tales interpretaciones como conformes a la Constitución.³⁸

³⁵ Luther, Jorg, “La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania”, en Luther, Romboli y Tarchi (a cura di), *Esperienze di Giustizia Costituzionale*, Turín, Giappichelli editore, 2000, t. 1, p. 179.

³⁶ Schlaich, Klaus, “Corte Costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, *cit.*, nota 28, p. 577.

³⁷ Luther, Jorg, “La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania”, en Ruggeri, Antonio (a cura di), *La motivazione delle decisioni della Corte Costituzionale*, Turín, Giappichelli, 1994, p. 102 y 103.

³⁸ *BVerfGE* 40, 88 (94), nota 37, citado por Luther, Jorg, “La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania”, *cit.*, nota 37, pp. 103 y 104, nota 23.

La primera vez que el Tribunal utilizó la técnica de reenvío del fallo a las motivaciones utilizadas para no declarar la inconstitucionalidad de la disposición, fue con la sentencia del 15 de febrero de 1970 (caso de las interceptaciones telefónicas).³⁹ El Tribunal optó por esta técnica a fin de poner fin a la duda generada en torno a qué era lo que se encontraba comprendido bajo el concepto de vinculación de las sentencias del Tribunal Constitucional, que algunos tribunales constitucionales de los *lander* habían puesto en cuestión cada vez que se hacía uso de la técnica de interpretación conforme.

Es el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional de Baviera, que llegó a afirmar que

se debe considerar que el efecto vinculante según el §31.1 de la Ley del Tribunal Constitucional corresponde a la decisión del Tribunal Constitucional Federal sólo porque este Tribunal es la única instancia decisiva para la interpretación de la Ley Fundamental. Por tal motivo, el efecto vinculante puede extenderse solamente a aquellas argumentaciones del Tribunal relativas a las interpretaciones de la Constitución.⁴⁰

Por otro lado, existe cierta unanimidad en señalarse que no corresponde al Tribunal Constitucional establecer cuál de los sentidos interpretativos conformes con la Constitución es con el cual debe interpretarse una disposición legislativa, habida cuenta que la función nomofiláctica es de incumbencia de los tribunales ordinarios de justicia. De este criterio se ha hecho eco el mismo Tribunal, que ha señalado que “La interpretación o aplicación de las leyes ordinarias es asunto de los tribunales especializados”.⁴¹

Lo que verdaderamente vincula de una sentencia interpretativa es el sentido interpretativo de cómo no debe ser interpretada la ley, pues si no fuera así su aplicación devendría en inconstitucional.⁴² En palabras del Tribunal Constitucional Federal, si

³⁹ *BVerfGE* 30, 1, citado por Cerrina Feroni, Ginevra, *op. cit.*, nota 29, p. 136, nota 45.

⁴⁰ Tribunal Constitucional de Baviera, Sentencia del 30 de marzo de 1976, citado por Cerrina Feroni, Ginevra, *op. cit.*, nota 29, p. 134, nota 39.

⁴¹ *BVerfGE*, 2, 88, en Schwabe, Jurgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer, 2003, p. 5.

⁴² Zeidler, Wolfgang, “The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms”, *cit.*, nota 27, p. 511.

en el marco de una “interpretación conforme con la Constitución” de una norma del derecho ordinario, [el Tribunal Constitucional] considera que ciertas interpretaciones de esa norma no son compatibles con la Constitución, los demás tribunales no podrán considerar constitucionales esas posibles interpretaciones. Antes bien, de conformidad con el §31. inc. 1 *BVerfGG*, todos los tribunales se encuentran vinculados a los veredictos de inconstitucionalidad pronunciados por el Tribunal Constitucional Federal como instancia vinculante en asuntos constitucionales.⁴³

Por cierto, el dictado de sentencias interpretativas, en el sentido que se viene anotando, no ha sido reclamado como una técnica de uso exclusivo por parte del Tribunal Constitucional Federal. Es prioritariamente una tarea que corresponde realizar a los jueces ordinarios, quienes antes de plantear la cuestión concreta de inconstitucionalidad, deberán de haber agotado una interpretación de la ley conforme con la Constitución.⁴⁴ “Solamente si el juez está convencido que la interpretación justa de la ley desemboca en un significado que es... inconstitucional, puede y debe someter la ley y el problema de su legitimidad constitucional al Tribunal”.⁴⁵

Así, el uso de la técnica de la interpretación conforme con la Constitución y de las sentencias interpretativas termina siendo un patrimonio común, de jueces y Tribunal Constitucional, que este último sólo ejerce de manera subsidiaria,⁴⁶ pues el monopolio sólo se circunscribe a la anulación de las leyes.⁴⁷

Por otro lado, en el derecho constitucional alemán, es generalizada la idea de que el uso de las sentencias interpretativas no puede realizarse cada vez que discrecionalmente así lo considere el Tribunal Constitucional Federal. Si bien la identificación de cuándo no corresponde efectuar una interpretación de la ley conforme con la Constitución ha sido una cuestión

⁴³ *BVerfGE*, 2, 88, en Schwabe, Jurgen, *Ciencuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, *cit.*, nota 41, p. 5.

⁴⁴ “The courts are obliged to strive for a *verfassungskonforme Auslegung* of statutory provisions, for the respect which is due to the Legislator requires that the will of the Legislator is, insofar as this is constitutionally possible ...”, sentencia del 26 de abril de 1994, citado por Bakker, Rob, “*Verffassungskonforme Auslegung*”, en Varios Autores, *Judicial Control. Comparative Essay on Judicial Review*, *cit.*, p. 25.

⁴⁵ Schefold, Dian, “*L’interpretazione conforme alla Costituzione*”, en www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/schefold.html

⁴⁶ Sorrenti, Giusi, *L’interpretazione conforme a Costituzione*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 137.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 139.

que se ha tenido que ventilar en el análisis de casos concretos, el establecimiento de límites a esta capacidad del Tribunal fue asentada en la primera sentencia donde el intérprete supremo de la Constitución instrumentalizó la técnica de la *Verfassungskonforme Auslegung*.⁴⁸

Entre las autorrestricciones que se ha impuesto el Tribunal Constitucional Federal, esencialmente, se encuentran: a) el texto de la disposición legislativa sobre la cual recae la interpretación conforme, y b) la necesidad de respetar los fines del legislador, que no pueden ser modificados en sus aspectos esenciales.⁴⁹

En relación al primero, se trata de un límite que, en general, se predica con relación a la interpretación de los documentos jurídicos en el ámbito de la teoría del derecho. De acuerdo con éste, si bien al interpretarse un texto legislativo, el intérprete goza de una incommensurable capacidad para crear derecho, ésta no es ilimitada, pues no puede hacer decir a una disposición aquello que ésta textualmente niega. Por ello, se ha dicho, ninguno de los argumentos en los cuales se sustente la interpretación de la ley conforme con la Constitución puede terminar convalidando la declaración de validez de una disposición que no admite ningún sentido interpretativo de acuerdo con la Ley Fundamental y que, por tanto, es inválida.⁵⁰

En ese sentido, el Tribunal Constitucional Federal tiene declarado que la interpretación conforme con la Constitución encuentra sus límites en el claro tenor y sentido de una ley.⁵¹

Por lo que se refiere al segundo, el Tribunal Constitucional Federal ha afirmado que en ningún caso mediante la *Verfassungskonforme Auslegung* se puede faltar o falsear un aspecto esencial de los objetivos del legislador que sea claramente reconocible.⁵² “Una ley no es contraria a la Constitu-

⁴⁸ Rupp, Hans G., “Judicial Review in the Federal Republic of Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 9, núm. 1, 1960, pp. 38 y 39.

⁴⁹ Starck, Christian, “Constitutional Review in the Federal Republic of Germany”, *Notre Dame International Law & Comparative Law Journal*, p. 94.

⁵⁰ Zeidler, Wolfgang, “The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms”, *cit.*, nota 27, p. 509.

⁵¹ *BVerfGE* 2, 398, en Bartolomei, Franco (a cura di), *La Carta Costituzionale della Repubblica Federale di Germania...*, *cit.*, nota 31, p. 14

⁵² *BVerfGE*, 18, 11; *BVerfGE* 8, 34; *BVerfGE* 48, 46; *BVerfGE* 72, 295 y *BVerfGE* 83, 144, en Bartolomei, Franco (a cura di), *La Carta Costituzionale della Repubblica Federale di Germania...*, *cit.*, nota 31, p. 14.

ción si es posible realizar una interpretación acorde a la Ley Fundamental y con esa interpretación la ley sigue teniendo sentido”.⁵³

Con base en ello se ha negado realizar una interpretación conforme con la Constitución de un reglamento expedido durante la época del nazismo, pues ello habría comportado más que una interpretación, una verdadera e inaceptable reformulación de la disposición legislativa, que habría devenido en la creación de una nueva norma jurídica, lo que ha juzgado que no se encuentra dentro de sus competencias.⁵⁴

Una interpretación conforme a la Constitución definiría de nuevo, también en estos casos, de modo basilar su contenido normativo. Ello no puede realizarse mediante una sentencia del Tribunal Constitucional. Más bien es el legislador quien debe decidir si intenta sustituir la reglamentación inconstitucional con una constitucional. El Tribunal Constitucional no debe, ni puede, anticipar una decisión político-jurídica suya.⁵⁵

La autorrestricción del empleo de la *Verfassungskonforme Auslegung*, sin embargo, no se ha formulado solamente con relación al legislador nazi. Por lo que hace al legislador democrático, se ha sostenido que el Tribunal Constitucional Federal no puede realizar una interpretación conforme con la Constitución que termine con la asignación de un significado que no coincida con los fines establecidos por la ley. Con referencia a la sentencia del 7 de mayo de 1953, en la expedida el 11 de junio de 1958, el Tribunal afirmaría que en aquel precedente éste expresó que

en caso de duda, se ordena una interpretación conforme con la Constitución. No obstante, añadió, que “esto por supuesto no implicaba que se pudiera dejar de lado la finalidad de la ley...” [por lo que lo] ha rechazado, por ejemplo, cuando la interpretación —que se pudiera dar allí— no habría encontrado correspondencia con las concepciones del legislador. En su lugar, el Tribunal Constitucional Federal ha ordenado una interpretación estricta, que por lo menos corresponda a la voluntad del legislador en la medida que sea compatible con la Constitución... Pero, en ningún caso, una interpretación “con-

⁵³ BVerfGE 36, 1 (2 y ss.), citado por Córdova, Gabriela, *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, Buenos Aires, Konrad Adenauer-Ad Hoc, 2003, p. 72.

⁵⁴ Citado por Stuth, Sabine, “Il Bundesverfassungsgericht e il suo profilo tecnico delle sue pronunce”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1989, p. 290 y 291.

⁵⁵ BVerfGE 8, 78, Bartolomei, Franco (a cura di), *La Carta Costituzionale della Repubblica Federale di Germania...*, cit., nota 31, p. 15.

forme con la Constitución” puede cambiar o falsear la finalidad del legislador en su punto esencial...⁵⁶

Esta autorrestricción del Tribunal en el empleo de la “interpretación conforme con la Constitución” tiene su sustento en el principio de corrección funcional, puesto que en el Estado constitucional de derecho, la concretización de las disposiciones constitucionales y la adopción de medidas que incumban a la *res publica*, le corresponde al legislador democrático, en tanto que al Tribunal Constitucional Federal controlar que la opción legislativa no rebase el marco constitucional.

De ahí que la técnica de la interpretación conforme no puede constituir el fundamento jurídico para que el Tribunal asuma la competencia de mejorar o reformar las leyes, invadiendo la esfera que corresponde al legislador en el marco del Estado constitucional. Y es que como ha expuesto el mismo Tribunal Constitucional Federal alemán,

la interpretación conforme debe moverse en el ámbito del texto de la disposición; las decisiones legislativas de principio, las valoraciones, incluso los fines de las reglamentaciones legislativas no deben ser tocados; no se debe atribuir a una ley inequívoca un sentido contrario y no se debe desviar o alterar el fin legislativo en sus aspectos esenciales.⁵⁷

Demás está decir que esa autorrestricción relacionada con los fines del legislador, no se refiere a los fines que los autores de la ley hayan podido tener (*mens legislatoris*) al momento de elaborarla. Se encuentra referida a la plasmada o expresada en la ley (*ratio legis*).

La interpretación de las normas, tienen declarado los tribunales constitucionales y entre ellos el alemán,⁵⁸ no debe ni puede efectuarse con base en criterios subjetivos, es decir, teniendo en cuenta lo que sus autores se proponían con su aprobación, sino conforme a una interpretación objetiva,

⁵⁶ *BVerfGE* 8, 28, citado por Stuth, Sabine, “Il Bundesverfassungsgericht e il suo profilo tecnico delle sue pronunce”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 2, 1989, p. 290 y 291

⁵⁷ *BVerfGE*, 61, 149 (206), citado por Cerrina Feroni, Ginevra, *op. cit.*, nota 29, p. 149, nota 80.

⁵⁸ Véase, Grote, Rainer, “El desarrollo dinámico de la preceptiva constitucional por el Juez Constitucional en Alemania”, *Ius et Praxis*, Talca, vol. 9, núm. 2, 2003, p. 203.

es decir, en función de lo que haya quedado plasmado objetivamente en la ley.⁵⁹ En palabras del Tribunal alemán,

para la interpretación de una disposición legal es determinante la voluntad objetivada del legislador que se expresa en ella (la ley), en tanto que se deriva del tenor de la disposición legal y del contexto del sentido; así como la historia de la creación de la disposición, cuya interpretación sólo adquiere significado cuando se confirma la exactitud de una interpretación emitida con base en los principios dados, o se presentan dudas que no puedan ser resueltas por las vías dadas.⁶⁰

La exigencia de una interpretación de la ley conforme con la Constitución teniendo en cuenta el texto de la ley y los objetivos de principio formulados en ella por el legislador, se ha justificado sobre la base de no crear alteraciones en aquellos sectores del ordenamiento que hayan sido objeto de una reglamentación orientada a la consecución de determinados fines.⁶¹

VI. OBSERVACIONES FINALES

Un análisis global de los supuestos que han contribuido con el empleo de la técnica de la interpretación conforme con la Constitución y, por tanto, con el dictado de sentencias interpretativas en Alemania, permite observar que éstas obedecen fundamentalmente a una razón. Se trata de una exigencia derivada del principio de supremacía constitucional. Desde este punto de vista, la Ley Fundamental no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento la legislación que resulte incompatible con ella, sino también cuando se exige que todos los días las leyes se interpreten y apliquen de conformidad con la Constitución (sentencias interpretativas).

Ciertamente, el empleo de estas técnicas no ha significado que el Tribunal Constitucional Federal renuncie a entender la Constitución bajo los al-

⁵⁹ No obstante, en una que otra sentencia, el Tribunal ha sostenido que la interpretación conforme con la Constitución debe realizarse de tal manera que corresponda mejor a la voluntad subjetiva del legislador (*BVerfGE* 9, 200; *BVerfGE* 33, 70, y *BVerfGE* 49, 157). Véase Bartolomei, Franco (a cura di), *La Carta Costituzionale della Repubblica Federale di Germania...*, *cit.*, nota 31, pp. 13 y 14.

⁶⁰ *BVerfGE*, 11, 26, citado en Schwabe, Jurgen, *Cien años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, *cit.*, nota 41, p. 2.

⁶¹ *BVerfGE* 86, 320 y ss., en Bartolomei, Franco (a cura di), *La Carta Costituzionale della Repubblica Federale di Germania...*, *cit.*, nota 31, p. 13.

cances del principio de corrección funcional, es decir, que éstas se dicten aún a costa de invadir el ámbito de actuación que la Constitución ha otorgado al legislador democrático. Las autorrestricciones que se ha impuesto están dirigidas a impedir que el Tribunal, instituido para la salvaguarda de la Constitución, devenga en un poder incontrolado, y que, como ha recordado Bockenforde, “de instrumento de protección de la Constitución, se transforme en el dueño de la Constitución y, por tanto, abandone el terreno de la democracia, en vez de tutelarla”.⁶²

⁶² Bockenforde, Ernest-Wolfgang, “La giurisdizione costituzionale. Questioni strutturali, organizzazione, legittimazione”, *Stato, Costituzione, Democrazia. Studi di teoria della Costituzione e di diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 2006, p. 652.