

La interpretación de los derechos fundamentales: una aproximación a sus límites

Emilio Tejada Herrera^{1,2}

Recibido: 29 de julio de 2023 – Aceptado: 27 de noviembre de 2023

Resumen

La idea de que la interpretación de los derechos fundamentales en sede judicial está sujeta a límites no da plena cuenta de que esta práctica es un procedimiento complejo que, en última instancia, implica la imposición autoritativa de significado a una determinada disposición como resultado de una decisión. La cual, en principio, sólo le compete al poder constituyente original o derivado y que, en determinados casos, se encuentra expresamente delegada por este último al legislador democrático. La presente investigación tiene como objetivo plantear cómo la actual relación entre tribunales de justicia y derechos fundamentales va haciendo progresivamente más difusa la línea que separa estrictamente al derecho de la política.

Palabras clave: interpretación constitucional, derechos fundamentales, contenido esencial, límites, democracia.

Abstract

The idea that the interpretation of fundamental rights in court is subject to limits does not fully consider that this practice is a complex procedure that, ultimately, involves the authoritative imposition of meaning to a certain provision as a result of a decision. Which, in principle, only corresponds to the original or derived Constituent Power and which, in certain cases, is expressly delegated by the latter to the Democratic Legislator. The objective of this research is to propose how the current relationship between courts of justice and fundamental rights is progressively blurring the line that strictly separates Law from Politics.

Keywords: constitutional interpretation, fundamental rights, essential content, limits, democracy.

¹ Letrado de adscripción temporal en el Tribunal Constitucional de la República Dominicana; Licenciado en Derecho (*Summa Cum Laude*) por la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD) en 2021; Máster Universitario en Derecho Constitucional especializado en Estudios Políticos y Constitucionales por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Ministerio de la Presidencia de España (CEPC) y la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP) en 2023; Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución por la Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) en 2023. Correo electrónico: emilio.tejada.17@gmail.com

² Deseo, de manera breve, expresar mi gratitud y respetos al Dr. Donald E. Bello Hutt de la Universidad de Valladolid (UVA) por sus orientaciones y siempre oportunas palabras de aliento las cuales insuflaron en este precoz autor la curiosidad y pasión por la Filosofía del Derecho y la Teoría Política. Con alegría siempre me consideraré uno de sus estudiantes, mi estimado maestro.

CÓMO CITAR: Tejada, Emilio (2023). La interpretación de los derechos fundamentales: una aproximación a sus límites, Universidad Externado de Colombia – Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Iuris Forum, N.º 5, enero-junio 2023, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 26-71 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

I. Introducción

En la actualidad, resulta un axioma el hecho de que el Estado Constitucional encuentra tanto su *ratio* como su *telos* en la efectiva realización del contenido dogmático de su Constitución. Tal es la razón por la que los catálogos de derechos fundamentales consagrados en las constituciones modernas, —las cuales progresivamente tienden a reconocer el estatus fundamental a una cantidad cada vez mayor de derechos—, constituyen el fundamento normativo de la arquitectura estatal y jurídica. Siendo, pues, este cambio de paradigma, denominado por la doctrina como el «constitucionalismo de los derechos», el eje sobre el que pivotará la presente investigación, en donde se intentará analizar al papel que ocupan los tribunales de justicia en estos modelos de Estado en los cuales la relación entre jurisdicción y derechos fundamentales, así como la interpretación de estas disposiciones realizada en última instancia por los Tribunales Constitucionales o las Cortes Supremas, hace patente el notable poder político que subyace a la actividad judicial.

Tomando como base estas premisas, trataremos, —conscientes de lo ambicioso que puede llegar a ser nuestro objetivo—, dar una breve respuesta a las siguientes interrogantes: ¿Qué son y cómo están compuestos los derechos fundamentales? ¿Qué es la interpretación en el Derecho y cuáles son las implicaciones de esta actividad para las disposiciones iusfundamentales? ¿Acaso la interpretación judicial está sujeta a límites? En caso negativo, ¿Qué significaría esta ausencia de límites para el contenido de los derechos fundamentales y la actividad judicial?

Una vez adelantadas las preguntas que serán abordadas en el cuerpo del presente

artículo, resulta necesario señalar que nuestro argumento central consiste en que como no existe un compromiso institucional a partir del cual podamos definir o describir qué es la interpretación jurídica, entonces, lo que la doctrina y los jueces dicen que hacen cuando interpretan disposiciones constitucionales, —y, a fortiori, las iusfundamentales—, realmente no da cuenta de lo que hacen ni con lo que les compete realizar desde su respectiva posición institucional. La verdad es que lo que estos órganos jurisdiccionales realizan cuando interpretan derechos fundamentales es determinar su contenido y alcance mediante una decisión que, por atribuciones constitucionales, en principio, sólo le compete al poder constituyente y que, en determinados casos, se encuentra expresamente delegada por este último al legislador.

La construcción de las premisas, así como la justificación de esta conclusión será llevada a cabo en las siguientes páginas de la siguiente manera : en un primer apartado se abordará el concepto de los derechos fundamentales a través de una revisión de la doctrina especializada en la materia que va desde Pérez Luño, pasando por Ferrajoli hasta llegar finalmente a Alexy con el fin de indagar entre las distintas concepciones que se han acuñado respecto al concepto. Para así, entonces, pasar a analizar la estructura de estos derechos recurriendo al auxilio de la teoría de las normas con miras a precisar a qué modelo se adecuan.

En una segunda sección se analizará sobre qué se entiende por interpretación, con un enfoque, claro está, en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Para acometer dicha empresa se llevará a cabo un recorrido doctrinal en el que se revisará lo que los autores previamente

abordados han planteado respecto a la interpretación constitucional, así como los principios y argumentos utilizados en la práctica jurisdiccional. Finalmente, se especulará sobre qué es lo que hay detrás de la interpretación.

En la tercera, y última parte, se abordarán los límites proclamados por la doctrina respecto a la interpretación de los derechos fundamentales. Entre estos se señalan la garantía del contenido esencial y el texto como límite absoluto. Debido a que en este punto la teoría de la interpretación y la teoría de la mutación constitucional inevitablemente se entrelazan se abordará, pues, de manera breve, la mutación constitucional de los derechos fundamentales como una posibilidad sobre la cual se cuestionará su admisibilidad. Como parte final se hará un estudio de casos en el que se analizarán dos sentencias provenientes cada una de tribunales constitucionales distintos (España y República Dominicana respectivamente) para poner a prueba el marco teórico desarrollado en esta investigación.

1. El concepto de los derechos fundamentales

El concepto conocido como «derecho fundamental» forma parte de la dogmática del Derecho Constitucional. Por lo tanto, su existencia se trata de un fenómeno relativamente reciente en nuestra historia. Siendo exactos, «[l]os derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después»³.

En la actualidad se sostiene, –con una mayor o menor adhesión por la doctrina–, que los derechos fundamentales «forman parte tanto de nuestra esfera moral como de nuestro orden jurídico, son elemento esencial de una “sociedad justa”, y núcleo de un sistema “democrático”»⁴. En ese sentido, funcionan como la piedra angular sobre la que se sostiene todo Estado Constitucional. Es por tal razón que cierta parte de la doctrina ha optado por caracterizar nuestra época como «el tiempo de los derechos»⁵, un período en donde «[e]l Estado no es ya “de Derecho”, sino “de Derechos”, con lo cual el viejo ideal del imperio de la ley –la forma, el procedimiento, la centralidad de las reglas, la certeza jurídica– se ve menoscabado frente al ideal de los derechos y del valor moral contenido en la dimensión sustantiva de la Constitución»⁶. Es justo en la relación que se produce entre Constitución, derechos y jurisdicción en donde este proceso de constitucionalización ha tenido repercusiones relevantes las cuales exigen ser analizadas en los siguientes capítulos.

Resulta, pues, de máximo interés que en el estadio actual de la doctrina no existe, respecto a este concepto, una noción común indiscutible. Esto, aducen algunos, se debe a su naturaleza como concepto esencialmente controvertido el cual se caracteriza porque «no solo encarna y nombra claramente un estándar o valor normativo, cuyo contenido detallado determina la correcta aplicación del concepto, sino que también es discutible por diferentes usuarios»⁷. Como práctica general, estos conceptos se encuentran

3 Cruz Villalón, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 23, Madrid, CEPC, 1989, pp. 35-62, en p. 41.

4 Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 72.

5 Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 97 y ss.

6 Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, CEPC, 2019, p. 25.

7 Besson, Samantha, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005, p. 72; el concepto fue originalmente

formulados mediante un lenguaje abstracto y axiológicamente indeterminado, de esta peculiaridad es que se ha adoptado la expresión «open textured» o de textura abierta para referirse a los mismos. Tales elementos conllevan a que «el sistema de derechos se present[e] con el halo propio de una nebulosa»⁸, por lo que, con el fin de tratar de dispersar esta penumbra a continuación se examinará lo que la doctrina ha planteado al respecto.

1.1. Los conceptos de derecho fundamental

Las tentativas de conceptualizar el término derecho fundamental no han sido pocas. Podría argüirse que existen tantas definiciones como autores dispuestos a plantear su criterio respecto al tema. Por lo tanto, el concepto se enfrenta a una dificultad: «parece adolecer de una vaguedad congénita, que acaso resulte insuperable si no es por la vía de alguna definición estipulativa»⁹.

Hay autores como Pérez Luño, para quien «la noción de los derechos fundamentales [...] tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada»¹⁰. Este tipo de descripción, paradójicamente, no presenta utilidad para precisar su contenido o determinar cuándo estamos realmente ante un derecho fundamental.

Otros, en cambio, resaltan la naturaleza contra mayoritaria de los derechos fundamentales. Dworkin, por ejemplo, sostiene que «[l]os derechos [fundamentales] se entienden mejor como triunfos sobre alguna justificación de fondo para las decisiones políticas que establece un objetivo para la comunidad en su conjunto»¹¹, por tanto, «debe[n] ser un derecho a hacer algo aun cuando la mayoría piense que hacerlo estaría mal, e incluso cuando la mayoría pudiera estar peor porque ese “algo” se haga»¹². Compartiendo una perspectiva semejante señala Rawls que «los derechos [fundamentales] [...] no están sujetos al regateo político ni al cálculo de intereses sociales»¹³.

Ferrajoli, siguiendo esta línea, propone una definición que sigue un criterio teórico, puramente formal o estructural en la cual señala que «[s]on “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar: entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva [...] o negativa [...] adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas»¹⁴.

formulado por Gallie para quien hay «conceptos cuyo uso adecuado implica inevitablemente interminables disputas sobre sus usos adecuados por parte de sus usuarios», véase: Gallie, Walter, «Essentially contested concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, número 56, Oxford, 1956, pp. 167-198, en p. 168. [Trad. del Autor].

8 Balaguer, Francisco et al, *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Madrid, Tecnos, 2021 p. 35.

9 Prieto, Luis, «Derechos Fundamentales», en GARZÓN, E. y LAPORTA, F. (eds.) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 501-510, en p. 501.

10 Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 42.

11 Dworkin, Ronald, «Rights as trumps», en WALDRON, J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 153-167, en p. 153. [Trad. del Autor].

12 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 289.

13 Rawls, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971, p. 39. [Trad. del Autor].

14 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 37.

Para Ferrajoli estos derechos se configuran como vínculos sustanciales que resultan normativamente impuestos. Son fundamentales en tanto se erigen como garantía de intereses y necesidades vitales de todos. Por tanto, se encargan de tutelar «esas necesidades sustanciales cuya satisfacción es condición de la convivencia civil y a la vez causa o razón social de ese artificio que es el Estado»¹⁵. Es en su indisponibilidad que podemos encontrar la fundamentalidad de estos derechos, carácter que viene a significar que los mismos «están sustraídos tanto a las decisiones de la política como al mercado»¹⁶. Por tal razón, «circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible»¹⁷, noción que «designa [...] no sólo lo que no puede ser decidido, sino también lo que no puede dejar de ser decidido, o sea, lo que debe ser decidido»¹⁸. En definitiva, para este autor los derechos fundamentales se erigen como leyes del más débil¹⁹, constituyendo, en ese sentido, un límite a la voluntad de las contingentes mayorías.

Sosteniendo una perspectiva totalmente diferente al planteado por los autores previos, Böckenförde, recurre a los diversos conceptos de la teoría del Estado para dar una explicación de los derechos fundamentales acorde con cada teoría de la Constitución. Entre estas se pueden señalar: la liberal, la institucional, la axiológica, la democrático-funcional y la del Estado social.

Según la teoría liberal, «los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Se establecen para asegurar, frente a la amenaza estatal, ámbitos importantes de la libertad individual y social que están especialmente expuestos, según la experiencia histórica, a la amenaza del poder del Estado»²⁰. En cambio, en la teoría institucional «[l]os derechos fundamentales [...] [tienen] el carácter de principios objetivos de ordenación para los ámbitos vitales por ellos protegidos»²¹.

La teoría axiológica plantea que los derechos fundamentales «son elementos y medio de la creación del Estado. Fija[n] valores fundamentales de la comunidad, norman un sistema de valores o de bienes, un sistema cultural, a través del cual los individuos alcanzan un *status material*, se integran (deben integrarse) objetivamente como un pueblo y en un pueblo de idiosincrasia nacional»²².

Para la teoría democrático-funcional estos derechos «alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática (esto es, que transcurre de abajo a arriba) del Estado [...], y de un proceso democrático de formación de la voluntad política»²³. Finalmente, para Böckenförde, en el Estado social «los derechos fundamentales ya no tienen sólo un carácter delimitador-negativo, sino que al mismo tiempo facilitan pretensiones

15 Ibidem, p. 51.

16 Ibidem, p. 47.

17 Ibidem, p. 51.

18 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 103.

19 Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 39.

20 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 48.

21 Ibidem, p. 53

22 Ibidem, p. 58.

23 Ibidem, p. 60.

de prestación social ante el Estado»²⁴. Con estas formulaciones, Böckenförde buscaba demostrar que los derechos fundamentales pueden ser definidos en función de las propiedades de cada modelo de Estado y de Constitución.

Siguiendo un planteamiento similar, Hesse señala la necesaria existencia de una relación entre la percepción de los derechos fundamentales y el concepto de Estado. Para él «los derechos fundamentales no sólo limitan el poder de dominio estatal: en su condición de derechos subjetivos y principios objetivos constituyen y conforman una parte esencial de la estatalidad»²⁵. Por tal razón, estos derechos vienen a cumplir una función determinada dentro de la vida estatal: «son fundamentos institucionales en la legitimación del Estado y del proceso político abierto y libre»²⁶.

Finalmente, Alexy pretende configurar una definición de los derechos fundamentales en sentido lato, con el fin de acometer un análisis estructural de estos. En apretada síntesis, «los derechos fundamentales deben entenderse como un conjunto de normas y posiciones jurídicas adscritas a una disposición de derecho fundamental»²⁷. Esta definición se orienta a facilitar la comprensión de cómo están estructurados los derechos fundamentales, pero no necesariamente nos indica qué es el objeto definido en sí.

Llegados a este punto, podemos señalar que existen tantas definiciones de derechos

fundamentales como posturas respecto a estos. Esta lista de definiciones²⁸ sirve como un breve muestrario de los distintos avatares que pueden ser adoptados por este concepto, el cual, paradójicamente, constituye el núcleo que se ocupa tanto de regular como de legitimar la existencia de los Estados constitucionales. Dicho esto, el esfuerzo colectivo de todos estos autores constituye el sustento sobre el que se sostiene la actual teoría de los derechos fundamentales. Ya planteado un panorama general de lo que se puede entender por este concepto se procederá a analizar la estructura de los derechos fundamentales.

1.2. La estructura de los derechos fundamentales

Para una parte importante de la doctrina los derechos fundamentales son, en esencia, normas. En su sentido clásico «[c]on la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera»²⁹. Término que no se encuentra exento de polémica debido a que «[e]l concepto de norma es uno de los conceptos básicos de la teoría del derecho, si es que no es el concepto básico por excelencia de esta ciencia [...]. Toda definición de este concepto incluye decisiones sobre el objeto y el método, es decir, sobre el carácter de esta disciplina»³⁰.

En la actualidad al hablar de normas se requiere matizar ciertos aspectos: «[e]n el lenguaje

24 Ibidem, p. 64.

25 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 174.

26 Ibidem, p. 175.

27 Bernal, Carlos, «Estudio introductorio», en ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, pp. XLIII-XCVII, en p. XLVII.

28 La cuál no es exhaustiva, ni pretende serlo.

29 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, D. F., UNAM, 1982, p. 18; Id., *Teoría general de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2018, p. 27.

30 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, pp. 42-43.

de los juristas (y también, por otra parte, en el lenguaje de las fuentes del derecho), el vocablo “norma” es ampliamente usado en referencia tanto a los enunciados que se encuentran en las fuentes del derecho, como a su significado»³¹. Por tal razón, en ciertos casos «se llama normas a los enunciados prescriptivos; otras veces, se llama normas a los significados los —contenidos de sentido— de tales enunciados»³². Resulta, pues, necesario por cuestiones de claridad realizar la siguiente distinción entre disposición y norma.

Con disposición se hará referencia «a todo enunciado normativo contenido en una fuente del derecho»³³, si se permite más precisión: «a una secuencia finita de palabras que expresan una o varias normas jurídicas y que [...] suele adoptar la forma de un mandato»³⁴. En cambio, se llamará norma «no al enunciado en sí, sino a su contenido de significado»³⁵. En esencia se refiere «a la proposición de “deber ser” que resulta de uno o varios enunciados normativos [...] el contenido de “deber ser” habrá que buscarlo en la norma en sí y no en los enunciados normativos con los que se expresa»³⁶, por lo que, en síntesis, «[l]a norma es, pues, el significado de un enunciado normativo»³⁷.

La norma es el resultado del proceso interpretativo de un enunciado normativo. Es el significado adscrito a una determinada

disposición. Esto no excluye la posibilidad de que una sola disposición pueda ser objeto de distintas y variadas normas, «de hecho, no se da una correspondencia biunívoca. Muchos enunciados normativos son ambiguos: expresan dos (o más) normas alternativamente»³⁸. Sin embargo, esta distinción entre «el enunciado (la disposición) de su significado (la norma) no [...] quiere decir que las disposiciones y las normas sean entidades distintas y heterogéneas [...] Los significados no tienen una existencia independiente de los enunciados que los expresan»³⁹. Por lo tanto, «la norma no es algo ontológicamente distinto de la disposición: es simplemente la disposición interpretada o, desde otro punto de vista, un enunciado (interpretante) respecto del cual el intérprete asume la sinonimia con el enunciado interpretado (la disposición)»⁴⁰. Siendo precisada la estructura que comparten las normas, procede diferenciar los tipos de normas que existen para determinar a cuál modelo responden los derechos fundamentales.

1.3. La tipología de las normas

Las normas como categoría jurídica pueden ser clasificadas en dos grupos: ya sea como reglas o principios. Debido a esto su comprensión exige contrastar las características de cada tipo con la otra. Es de destacar que «la literatura sobre el modo

31 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 77.

32 Ídem.

33 Ídem.

34 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 45.

35 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 77.

36 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 45.

37 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 44.

38 Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008, p. 32.

39 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 79.

40 Ídem.

de entender la diferencia entre los principios y las reglas jurídicas es extensísima y constituye por sí misma una demostración elocuente no sólo del carácter problemático, sino también de la relevancia de esta distinción a la que ahora se presta una atención creciente»⁴¹.

Uno de los primeros en construir y desarrollar esta clasificación fue Dworkin, quien al realizar una crítica al positivismo construiría el modelo considerado como clásico en la doctrina. Este autor parte de hacer una distinción entre directrices políticas (*policies*) y principios en sentido estricto (*principles*). Con las primeras se refiere «al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad»⁴²; respecto a las segundas indica que son «un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad»⁴³.

Las reglas y los principios en sentido estricto los distingue de la siguiente manera: «[l]as [reglas] son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una [regla] están dados, entonces o bien la [regla] es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión»⁴⁴. En cambio, los principios funcionan de manera distinta: «[n]

i siquiera los que más se asemejan a [reglas] establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas [...]. Los principios tienen una dimensión que falta en las [reglas]: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien deba resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno [...]. Las [reglas] no tienen esa dimensión»⁴⁵.

Otra propuesta para ambos modelos es la de Alexy, para quien «las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible»⁴⁶, en ese sentido, son «mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción»⁴⁷. En cambio, «los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden cumplirse en diferente grado»⁴⁸. Su método de aplicación es la ponderación. Para este autor la diferencia entre ambos tipos de normas es cualitativa y no de grado. Esta distinción se ve claramente reflejada cuando se presentan los conflictos de reglas y las colisiones de principios.

Finalmente, para la concepción de la escuela genovesa encabezada por Guastini, «una regla

41 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 109.

42 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 72.

43 Ídem.

44 Ibidem, p. 75.

45 Ibidem, pp. 75 y ss.

46 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 78.

47 Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista española de derecho constitucional*, número 91, Madrid, CEPC, 2011, pp. 11-29, en p. 12.

48 Ibidem, pp. 77-78.

es un enunciado condicional que conecta una determinada consecuencia jurídica a una clase de hechos»⁴⁹. En cambio, el concepto de principio «es algo más complicado y, por otra parte, bastante controvertido [...] se podría definir un principio como una norma que presenta conjuntamente las dos características siguientes: (1) que tiene carácter “fundamental” [...] y (2) que tiene contenido indeterminado en una y otra de las formas siguientes [...], es decir: [...] que tiene un antecedente abierto o bien [...] que es derrotable, o bien [...] que es genérica»⁵⁰. En definitiva, se concluye que «la única peculiaridad de los principios, en cuanto normas distintas de las reglas, es su posición en el ordenamiento: su carácter fundamental, su capacidad de justificar otras normas»⁵¹.

Es necesario establecer que, a pesar de las diferenciaciones existentes en las teorías de los derechos fundamentales, las cuales están, en cierto grado, sujetas a las señas de identidad que derivan de las decisiones de cada constituyente, en la actualidad la mayoría, —aunque ciertamente no todos—, de los sistemas de derechos fundamentales responden a un modelo mixto. En estos sistemas «las normas de derechos fundamentales responden al modelo de las normas de principio [...], pues se presentan en la mayoría de los casos como enunciados que no establecen las reglas jurídicas precisas atinentes a la conducta o conductas protegidas y a los instrumentos de su protección»⁵². En cambio, «lo que hacen es ordenar a los poderes públicos y, de manera especial, al legislador que proteja

una determinada libertad en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que concreten la forma, el espacio y el tiempo del régimen jurídico que el derecho fundamental ha previsto para la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados»⁵³. Esta es, en definitiva, la postura doctrinal que se suscribirá respecto a estos derechos.

Como conclusión, en este primer capítulo se ha constatado que no existe una concepción unánime por parte de la doctrina de lo que se debe entender por un derecho fundamental. Esto se debe a la falta de consenso que presenta la conceptualización de la cuestión, la formulación abstracta y axiológicamente indeterminada que caracterizan sus disposiciones y lo esencialmente controvertida que resulta su definición. Llegados a este punto, en el próximo capítulo se examinará a fondo la cuestión de la interpretación. Se verificará si los autores previamente mencionados han considerado la idea de los derechos fundamentales como objeto o materia de la interpretación constitucional, y cómo las nociones que defienden pueden repercutir en esta importante práctica dentro de los Estados Constitucionales.

2. La interpretación de los derechos fundamentales

Como se suscribió en la sección anterior: los derechos fundamentales son normas de principio. Por ende, los mismos necesitan, para su efectiva realización constitucional, de su interpretación y regulación por parte de los poderes públicos. Esto nos lleva al

49 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 184.

50 *Ibidem*, pp. 184 y 190.

51 *Ídem*.

52 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 49.

53 *Ídem*.

tema central a tratar en el presente capítulo: la actividad interpretativa. Para los fines de la siguiente investigación el foco de atención recaerá sobre la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales, —con énfasis en aquellos de carácter constitucional—, debido al papel central que ocupan en el quehacer interpretativo.

Para abordar la pregunta, en primer lugar, se delimitará a qué nos referimos con interpretar y cuál es el tipo de interpretación de interés para la cuestión; en un segundo apartado se comprobará si los autores que previamente habían conceptualizado los derechos fundamentales tomaron en cuenta el concepto de interpretación y/o la práctica interpretativa y si vinculan la misma con estos derechos; en el tercer apartado se planteará de manera sucinta los diversos principios de la interpretación constitucional; en el cuarto apartado se abordarán los tipos de argumentos constitucionales y, en un quinto y último apartado, se teorizará sobre lo que subyace detrás de la interpretación constitucional. Como aclaración que puede resultar prudente: no se abordará el tema de la técnica argumentativa de la ponderación al no versar estrictamente sobre interpretación y tratarse de un método para «resolver conflictos entre principios constitucionales»⁵⁴.

2.1. Interpretación: ¿qué es?

¿Qué significa interpretar? La doctrina⁵⁵ muestra que definir esta actividad es una

cuestión compleja. En principio, se manejan las siguientes tres concepciones o sentidos básicos sobre la interpretación: 1) la interpretación *sensu largissimo*, la cual consiste en atribuir «significado a “objetos culturales”, es decir, a los enunciados [...] entendidos como producto de una determinada cultura»⁵⁶; 2) la interpretación *sensu largo* que «significa comprensión de cualquier signo lingüístico. En otras palabras, para entender un signo de un lenguaje dado hay que interpretarlo atribuyéndole un significado de acuerdo con las reglas de sentido de ese lenguaje»⁵⁷; y, 3) la interpretación *sensu stricto*, la cual se refiere a la «determinación de un significado de una expresión lingüística cuando existen dudas referentes a este significado en un caso concreto de comunicación»⁵⁸, esto «equivale a atribución de significado a formulaciones lingüísticas oscuras»⁵⁹. En sentido general «interpretar significa algo así como entender, atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural [...] en [...] otro, la interpretación hace referencia a la atribución de un significado a un texto problemático, esto es, a un texto cuyo significado es dudoso»⁶⁰.

Es preciso señalar que el sentido del término puede variar en función del objeto a interpretar. En la especie de la interpretación legal hay autores que entienden que dependiendo de la postura adoptada frente al derecho se pueden llegar a identificar dos tendencias opuestas. La primera, conocida como la teoría formalista, «presenta la interpretación como el descubrimiento del significado inherente a la

54 Gascón, Marina, «Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, número 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 204-215, en p. 205.

55 La lista de autores tratados en el presente capítulo no pretende, de ninguna manera, ser exhaustiva.

56 Iturralde Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, p. 26.

57 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 22.

58 Ídem.

59 Iturralde Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014, pp. 26 y 27.

60 Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 281.

regla legal interpretada y considera la actividad interpretativa como la reconstrucción de este significado»⁶¹, en cambio, la teoría escéptica «presenta la interpretación como la atribución de un significado (determinada por varios factores) a la regla legal, y considera la interpretación como una actividad creadora similar o análoga a la del legislador»⁶².

Esta antinomia ideológica sólo es sostenible en el plano teórico ya que como bien se ha señalado: «[l]a verdad, tal vez trivial, es que a veces los jueces hacen una cosa y otras veces otra»⁶³. En definitiva, se puede precisar que «el vocablo “interpretación” denota grosso modo: algunas veces la actividad de constatar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico; otras veces el resultado o producto de tal actividad, es decir, el significado mismo»⁶⁴. Por tanto, «la interpretación sería la actividad que transforma las disposiciones en normas»⁶⁵, en donde la disposición sería el «significante» y la norma el «significado».

Ahora, ¿de qué manera la interpretación jurídica se encuentra relacionada con los derechos fundamentales? En la doctrina existe un consenso mayoritario basado en la convicción de que «[s]in interpretación no hay derecho. Mejor dicho, no hay derecho que no exija ser interpretado. La interpretación es la sombra que acompaña el cuerpo. De la misma manera que ningún cuerpo puede

librarse de su sombra, el derecho tampoco puede librarse de la interpretación»⁶⁶. Esta es la razón por la que la realización constitucional de todas las disposiciones sobre derechos fundamentales exige como condición sine qua non su interpretación constitucional, la cual, «no hay que olvidar [...] lleva consigo una pesada carga política e ideológica»⁶⁷. En última instancia, «[l]a esencia del derecho se encuentra en este nexo en el que su valor práctico se pone de manifiesto»⁶⁸.

Respecto a esto, hay ciertos autores que advierten que

[u]na revisión de la literatura muestra dos cosas. Primero, los estudiosos del derecho generalmente definen la interpretación como la imposición de significado a un objeto. La definición es, a su vez, ambigua entre dos extremos: en un polo la interpretación es similar a la noción de comprender o explicar. Por el otro, está cerca de la creación o invención. Si alguien está interpretando y/o creando o explicando está determinado por una estructura de restricciones, tales como el sentido literal del texto, la intención del autor, el género al que pertenece el objeto, su propósito, entre otros. En segundo lugar, ninguna descripción de lo que es la interpretación conlleva un compromiso institucional de ningún tipo.⁶⁹

61 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 18.

62 Ídem.

63 Hart, Herbert, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño», en MORESO, J. y CASANOVAS, P. (coords.) *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350, en p. 348.

64 Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021, p. 25.

65 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 140.

66 Pérez, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pp. 127-128.

67 Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, p. 35.

68 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 138.

69 Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canada, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255, en p. 238. [Trad. del Autor].

Lo señalado por Bello respecto a la cuestión interpretativa es de prestar atención. Si como previamente hemos indicado al hablar de interpretación nos referimos a tan variado conjunto de actividades cuya determinación depende del actor y la ideología o teoría que este sostenga y, más aún, si ninguna descripción posible de esta actividad pueda sentar las bases de lo que en verdad consiste la interpretación, entonces, ¿qué es lo que hacen los jueces cuando dicen que interpretan? Yéndonos un poco más lejos, entonces, ¿cuáles consecuencias puede esto acarrear para los derechos fundamentales?

En un primer momento la doctrina pensó que las respuestas a estas preguntas podrían ser encontradas en los métodos de la interpretación constitucional, dígase: el jurídico o hermenéutico-clásico, científico-espiritual, concretizador o normativo-estructurante y el método tópico⁷⁰. Estos autores sostenían que «la interpretación [consistía] en la aplicación de una serie de métodos aplicados por los jueces a casos en que el derecho no provee de una respuesta clara a una disputa concreta»⁷¹. Sin embargo, la verdad es que «los propios medios de interpretación de las constituciones son controvertidos»⁷², ninguno de estos métodos se encuentra consolidado como el constitucionalmente correcto ni por la doctrina ni por las jurisdicciones constitucionales. Por lo tanto, son utilizados discrecionalmente por estas últimas. Al respecto se ha llegado

a afirmar que «[l]a búsqueda de la regla no viene determinada por el método, sino que es el método el que está en función de la [...] búsqueda, dependiendo de lo que se quiere encontrar»⁷³. Por tal razón, en general, son «sólo un expediente argumentativo para mostrar que la regla extraída del ordenamiento es una regla posible, es decir, justificable en un ordenamiento dado»⁷⁴.

Desde la doctrina se han dirigido diversas críticas contra los métodos interpretativos. Algunos entienden que estos métodos «producen como resultado en definitiva [...] la degradación de la normatividad de la Constitución»⁷⁵ toda vez que en vez de reducir la indeterminación de las normas y principios constitucionales estos la agudizaban. En ese mismo sentido, se ha denunciado el problema de su inexistente ordenación jerárquica, así como su indeterminación al momento de ser aplicados. A pesar de estas objeciones, es necesario hacer la siguiente salvedad: «[e]sta debilidad de los cánones de la interpretación no significa que carezcan de valor, pero impide el considerarlos como reglas suficientes para la fundamentación de las decisiones jurídicas»⁷⁶.

Por tales razones, esta cuestión se reduce en última instancia a que «[l]a decisión de escoger uno u otro método es una cuestión de teoría política»⁷⁷. En definitiva, «la elección del método interpretativo no precede a la interpretación; el problema de

70 Para profundizar sobre los métodos es de utilidad el inventario contenido en: Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

71 Bello, Donald, «-Against judicial supremacy in constitutional interpretation», en *Revus*, número 33, 2017, pp. 83-106, en p. 85. [Trad. del Autor].

72 Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72, en p. 51.

73 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011, p. 134.

74 Ídem.

75 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 35.

76 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2018, p. 25.

77 Posner, Richard, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995, p. 234. [Trad. del Autor].

la interpretación no es, en suma, el problema de elección del método interpretativo. Esta elección es un medio para un fin»⁷⁸. Con base a estas razones nos abstendremos de seguir abordando la cuestión de los métodos para proceder en un próximo apartado a hacer un recorrido doctrinal sobre la interpretación constitucional.

2.2. La interpretación a la luz de la doctrina de los derechos fundamentales

En el presente apartado se revisará de manera sucinta cómo ha sido desarrollado doctrinalmente el tema de los derechos fundamentales y su interpretación por autores como: Pérez Luño, Dworkin, Ferrajoli, Böckenförde, Hesse y Alexy. La selección de estos autores responde al peso de sus aportaciones dentro de la doctrina, en específico, en materia de derechos fundamentales e interpretación por parte de los órganos que ejercen la Justicia Constitucional. Estas posturas vienen a presentar, bajo la mejor luz posible, qué es la denominada interpretación de los derechos fundamentales.

Se dará inicio con Pérez Luño, quien consideraba que actualmente el positivismo resulta inadecuado para la interpretación de los derechos fundamentales debido a que «[l]a actividad hermenéutica y el método para la reconstrucción del sistema jurídico se hallan estrechamente vinculados a la propia naturaleza de las fuentes del derecho sobre las que operan»⁷⁹. Lo que exige, —siguiendo al autor—, dejar atrás esa actitud mecánica

basada en silogismos por parte de los intérpretes para pasar estos a ocupar una posición más activa en el proceso.

La importancia de esta actividad es resaltada cuando el objeto de la interpretación son los derechos fundamentales, los cuales «representan una de las decisiones básicas del constituyente a través de la cual los principales valores éticos y políticos de una comunidad alcanzan expresión jurídica»⁸⁰. Por tal razón, procede a afirmar que «[e]sta peculiaridad de los derechos fundamentales incide en su interpretación y exige que su significado sea entendido unitariamente, es decir, como un sistema entre cuyos elementos no pueden existir antítesis o contradicciones de orientación y sentido»⁸¹.

Esta exigencia de unidad con las otras normas constitucionales y la especial fuerza expansiva de estos derechos que les otorga la capacidad de proyectarse sobre la interpretación de todas las demás normas del sistema jurídico «determina que el sistema de derechos y libertades fundamentales opere como canon para disciplinar jurídicamente las diversas manifestaciones de la vida del Estado y de la sociedad»⁸². Por lo tanto, la interpretación de estos derechos viene a repercutir en el sistema *in toto*.

Tomando un enfoque distinto, Dworkin defiende que la función de los jueces al momento de realizar cualquier tipo de interpretación es la de garantizar los derechos preestablecidos. Esta cuestión es abordada en sus obras desde la óptica de los Tribunales

78 Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014, p. 210.

79 Pérez Luño, Antonio, «La interpretación de los derechos fundamentales», en MEDINA, M., MESA, R. y MARIÑO, F. (coords.) *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra. V. II*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales: Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 955-993, en p. 957.

80 *Ibidem*, p. 985.

81 *Ídem*.

82 *Ibidem*, pp. 985-986.

Superiores y de la Corte Suprema de Estados Unidos. Su análisis parte de los denominados casos difíciles (hard cases), estos son casos en los que la decisión no se encuentra previamente establecida por una regla. Ante esta circunstancia, él aduce, —sosteniendo una postura cognitivista⁸³ —, que incluso estos casos tienen una respuesta correcta, ya que «es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, [...] esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles»⁸⁴.

Para lograr esto propone que el conjunto de normas a las que hicimos alusión, —reglas, principios y directrices políticas—, constituyen el material jurídico al que deben recurrir los jueces para la construcción de criterios y teorías que puedan justificar, de manera racional, la decisión a tomar para resolver estos casos. Para este autor resulta un hecho incuestionable que «las decisiones judiciales [...] aun en casos difíciles [...] son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas»⁸⁵. Estas normas que se caracterizan por su incerteza no responden a un orden jerárquico previamente establecido, por lo que corresponde a los tribunales, mediante

el razonamiento judicial, determinar cuáles son los principios que deben prevalecer en un determinado caso considerado como difícil.

Estos principios utilizados como argumentos en los casos difíciles «justifican una decisión demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo»⁸⁶. Por lo que, en ese sentido, toda teoría que se tome en serio los derechos debe reconocer que un auténtico derecho debe siempre prevalecer frente a cualquier directriz política u objetivo social colectivo. La tesis sostenida por Dworkin de los derechos entendidos como «cartas de triunfo»⁸⁷ frente al Estado y la contingente mayoría resulta la base sobre la que reposa su modelo de la «única respuesta correcta». Es por tal razón que este autor afirma que «las proposiciones jurídicas son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad»⁸⁸.

Para explicar el proceder de los jueces ante los casos difíciles, Dworkin recurre a la metáfora de la «novela en cadena». Según este autor: «[c]ada juez debe considerarse, al decidir el nuevo caso ante él, como un socio en una cadena compleja de la cual estas innumerables decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia; es su trabajo continuar esa historia en el futuro a través de lo que hace en el día»⁸⁹. Por tanto,

83 Dworkin, Ronald, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», en *Philosophy and Public Affairs*, número 22, Princeton, John Wiley & Sons, 1996, pp. 87-139, en pp. 87 y ss.

84 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 146.

85 Ibidem, p. 150.

86 Ibidem, p. 148.

87 Dworkin, Ronald, «Rights as trumps», en WALDRON, J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 153-167, en p. 153. [Trad. del Autor].

88 Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 225. [Trad. del Autor].

89 Dworkin, Ronald, «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, número 60, Texas, University of Texas School of Law, 1982, pp. 527-550, en p. 543. [Trad. del Autor].

para garantizar los principios de integridad y coherencia en la realización de este cometido los jueces deben siempre aspirar a realizar la mejor interpretación posible la cual «debe mostrar el valor de ese cuerpo de leyes en términos políticos al demostrar el mejor principio o política al que puede servir»⁹⁰. En consecuencia, «su objetivo es hacer que el objeto o práctica que se interpreta sea lo mejor posible»⁹¹ en función de sus fines y la correcta concepción del derecho y la justicia.

La mejor interpretación posible se encontrará influenciada por la teoría interpretativa o filosofía política que particularmente maneje cada juez lo que significará que en ciertos casos se podrá llegar a resultados interpretativos distintos. Debido a esto resulta innegable que «la interpretación en el derecho es esencialmente política»⁹². Según Dworkin, siempre que los jueces elaboran estos principios y derechos se estará realizando lo que él denominó la lectura moral de la Constitución. A través de esta «todos nosotros –jueces, abogados, ciudadanos– interpretamos y aplicamos estas cláusulas abstractas en el entendido de que invocan principios morales sobre la decencia política y justicia. La lectura moral, por lo tanto, lleva la moralidad política al corazón del derecho constitucional»⁹³.

Dicha práctica deja en evidencia el poder político que tienen a su alcance los jueces.

Ante este hecho, Dworkin aduce que «[l]a cuestión capital ahora no es qué poder tiene la Corte, sino cómo debe ejercerse su vasto poder»⁹⁴. Para mitigar estas potestades este modelo presenta como sus dos frenos: 1) «[l]a práctica del precedente, que ningún juez que haga una interpretación puede ignorar»⁹⁵, y 2) la subordinación del juez al derecho. De ahí se desprende la obligación de los tribunales de tener que decidir los casos mediante los principios y adjudicando los derechos que subyacen en la novela en cadena que estos vienen a comprender y colaborar en su construcción. Para Dworkin, esta concepción de «los derechos en contra del Estado son afirmaciones que, si se les acepta, exigen que la sociedad se avenga a instituciones que quizá no se adecúen tan cómodamente a ella»⁹⁶. Por ello, le corresponde a la jurisdicción, —según la concepción constitucional de la democracia defendida por el autor—, la función de garantizar los derechos de los individuos aun cuando esto signifique poner en juego el interés general o ir directamente en contra de la mayoría en favor de las minorías⁹⁷, lo que exige tener siempre presente que «corremos el riesgo de que en algún momento de su carrera los jueces tomen decisiones erróneas»⁹⁸.

Siguiendo una postura semejante, Ferrajoli defiende que la indeterminación e imprecisión de las formulaciones lingüísticas de las normas

90 Ibidem, p. 544.

91 Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 77. [Trad. del Autor].

92 Dworkin, Ronald, «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, número 60, Texas, University of Texas School of Law, 1982, pp. 527-550, en p. 544. [Trad. del Autor].

93 Dworkin, Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 2. [Trad. del Autor].

94 Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 357. [Trad. del Autor].

95 Ibidem, p. 88.

96 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 229.

97 Dworkin, Ronald, «Political judges and the rule of law», en DWORKIN, R. *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 9-32, en p. 28.

98 Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 231.

constitucionales y el carácter valorativo de los juicios de constitucionalidad implican que el funcionamiento de la jurisdicción constitucional, como la de cualquier otra, se encuentre ligada a la discrecionalidad como rasgo inevitable de la aplicación jurisdiccional de las leyes. Sin embargo, «esta indeterminación no anula el carácter tendencialmente cognoscitivo de la interpretación judicial como aplicación sustancial de las normas constitucionales y, por consiguiente, el fundamento específicamente legal de su legitimación y de su independencia»⁹⁹.

Este autor no considera al carácter valorativo de los juicios de constitucionalidad como algo necesariamente negativo. Respecto a esto aduce que estas valoraciones de constitucionalidad «reducen la discrecionalidad de los poderes [públicos], delimitando lo que podríamos denominar la “legítima esfera de lo decidible” en su competencia»¹⁰⁰, en aras de garantizar los derechos y principios constitucionalmente consagrados. Sobre este punto precisa que la jurisdicción constitucional «actúa en defensa de lo que [...] llam[a] la “esfera de lo indecible” anulando o dejando de aplicar leyes sustancialmente inválidas por constitucionalmente ilegítimas»¹⁰¹.

En cuanto se trata de los conflictos de derechos fundamentales, Ferrajoli no niega la posibilidad de su ocurrencia toda vez que las constituciones reconocen derechos que en la práctica tienden a colisionar. Esto se debe a que «no siempre existe “una nítida frontera” entre los derechos y los límites que

les vienen impuestos por otros derechos»¹⁰². Este autor entiende que para resolver estos conflictos entre derechos fundamentales es necesario recurrir a la ponderación la cual se encuentra caracterizada por un margen de discrecionalidad mayor que el existente en cualquier juicio ordinario de subsunción. Sin embargo, el cumplimiento de este deber de amparar esta “esfera de lo indecible” no significa que en «la vigilancia de esa esfera la jurisdicción no realice una actividad que se mueve a su vez dentro de una “esfera de lo decidible”, inevitablemente discrecional y caracterizada muy a menudo por la presencia de juicios de valor»¹⁰³.

Esto no significa que la discrecionalidad esté exenta de límites, según este autor, los principios constitucionales aumentan la certeza del derecho toda vez que sirven como parámetros para delimitar las posibles opciones interpretativas, quedando los jueces obligados a elegir «sólo sus significados válidos, o sea, compatibles con las normas constitucionales sustanciales y con los derechos fundamentales establecidos por ellas»¹⁰⁴. Por tanto, esta discrecionalidad judicial «es la que se da en el marco de la sujeción a la ley y que queda por tanto limitada a la interpretación de las normas que han de ser aplicadas [...]. De aquí su legitimación legal, y no político-representativa»¹⁰⁵.

Por tal razón, la sujeción a la ley por parte de las jurisdicciones equivale y exige una necesaria separación e independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría.

99 Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 65.

100 Ibidem, p. 66.

101 Ídem.

102 Ibidem, p. 91.

103 Ibidem, p. 93.

104 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 211.

105 Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006, p. 95.

Esto es así porque «la actividad jurisdiccional en un Estado de derecho [...] es una actividad prescriptiva que tiene como necesaria justificación una motivación en todo o en parte cognoscitiva»¹⁰⁶. En definitiva, la validez de las decisiones en ningún caso puede depender del consenso de una mayoría. Con mayor motivo este argumento se aplica si entran en juego los derechos fundamentales los cuales por su naturaleza contra mayoritaria exigen que «también el poder judicial instituido para su tutela debe ser un poder virtualmente contra la mayoría»¹⁰⁷. Con base a este razonamiento, Ferrajoli termina afirmando que el fundamento de la legitimación democrática de la función jurisdiccional «es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales»¹⁰⁸. Böckenförde, en cambio, plantea que las disposiciones iusfundamentales consagradas en las “[c]onstituciones de Estados de derecho, son, conforme a la literalidad y morfología de sus palabras, fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismas, además, de un único sentido material»¹⁰⁹. Sin embargo, estos preceptos constitucionales funcionan como derecho efectivo, por tanto, son objeto de aplicación directa. Para lograr este cometido precisan de «una interpretación no sólo explicativa, sino rellena, que recibe no pocas veces la forma de un desciframiento o concretización»¹¹⁰.

Esta interpretación no se encuentra necesariamente ligada a la literalidad y al contexto normativo de la disposición iusfundamental, en cambio, «se deriva [...]

de una determinada teoría de los derechos fundamentales, entendiéndose por tal teoría una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, finalidad normativa, y el alcance material de los derechos fundamentales»¹¹¹. Estas teorías iusfundamentales recurren a teorías materiales para poder precisar su contenido, es decir, encuentran su fundamento, —como se había señalado en el capítulo previo—, en las distintas teorías del Estado y de la Constitución que existen y se encuentran disponibles para las jurisdicciones constitucionales.

Debido a esto el contenido material de las disposiciones sobre derechos fundamentales va a estar sujeto al proceder de las jurisdicciones constitucionales y su casuística. Esto se debe a que las diversas teorías disponibles buscan atribuir un determinado contexto normativo a estas formulaciones constitucionales partiendo de cierta postura político-social la cual termina, de una manera u otra, actualizando el contenido de dichas disposiciones iusfundamentales a la luz de una concreta idea de la Constitución y del Estado. En definitiva, la posibilidad de terminar en una mutación constitucional a través de la actividad interpretativa es uno de los peligros sobre los que busca advertir este autor. Admitir esta posibilidad equivaldría a reducir a la Constitución «a un edificio formal que brinda entrada, sucesiva y coordinadamente, por la puerta de su interpretación, a muy diferentes también heterogéneas, ideas de ordenamiento, sin ser portadora ella misma de tal cosa»¹¹².

106 Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, p. 213.

107 *Ibidem*, p. 214.

108 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 27.

109 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 44.

110 *Ídem*.

111 *Ibidem*, p. 45.

112 *Ibidem*, p. 68.

De manera similar, Hesse parte de una comprensión de la Constitución en la cual las normas que esta contiene se caracterizan por no ser «completas ni perfectas»¹¹³. La naturaleza indeterminada de estas normas constitucionales exige que para el proceso de su realización sea necesaria la intervención de la interpretación. Actividad que debe ser entendida como «concretización» toda vez que tiende a integrar la «realidad» al contenido de la norma con el fin de alcanzar su realización.

«En este sentido la interpretación constitucional tiene carácter creativo: el contenido de la norma interpretada sólo queda completo con su interpretación; ahora bien, sólo en ese sentido posee carácter creativo: la actividad interpretativa queda vinculada a la norma»¹¹⁴. Por tanto, para lograr una correcta concretización de la norma, además de su sujeción al programa normativo del texto que la contiene, es necesario que se cumplan dos condiciones: 1) que la misma sea comprendida tomando en cuenta un determinado caso concreto, ya que «[n]o existe interpretación constitucional desvinculada de los problemas concretos a resolver»¹¹⁵, y 2) la necesaria comprensión de la teoría constitucional por parte del intérprete al entenderse la Constitución como el objeto de la interpretación.

Para evitar caer en la arbitrariedad y como forma de racionalizar, —dentro de lo posible—, y dar certeza a la concretización de las normas constitucionales el autor propone

las alternativas siguientes: a) primeramente, es necesario aprehender el significado del «programa normativo» integrado en la literalidad de la disposición constitucional mediante la utilización de los métodos de interpretación clásicos lo que permitirá una «comprensión “correcta” del texto»¹¹⁶; b) en caso de no ser suficiente la interpretación del texto, entonces, se tiene que recurrir a la utilización de la información extraíble del ámbito normativo del caso concreto. «Esta forma de actuar no sólo proporciona elementos adicionales de concretización y una fundamentación racional y controlable, sino que, además, garantiza [...] en buena parte la adecuada solución del problema»¹¹⁷; y, c) finalmente, el intérprete debe actuar observando los principios de la interpretación constitucional a los cuales «les corresponde la misión de orientar y encauzar el proceso de relación, coordinación y valoración de los puntos de vista o consideraciones que deben llevar a la solución del problema»¹¹⁸.

Como corolario de todo esto, Hesse entendía que la interpretación tenía como finalidad la de «hallar el resultado constitucionalmente “correcto” a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado, de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídica, y no acaso, el de la simple decisión por la decisión»¹¹⁹. Racionalidad que, en definitiva, debido a la utilización del método tópico nunca podría llegar a ser total.

113 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 44.

114 *Ibidem*, p. 63.

115 *Ibidem*, p. 64.

116 *Ibidem*, p. 66.

117 *Ídem*.

118 *Ibidem*, p. 67.

119 *Ibidem*, p. 58.

Finalmente, para Alexy la interpretación de los derechos fundamentales «puede concebirse como resultado de un discurso democrático general vinculado de modo más fiel a los ideales discursivos que al discurso democrático por sí solo»¹²⁰. Esta es la razón por la que, para este autor, la interpretación de las disposiciones de derecho fundamental se encuentra indisolublemente ligada a la argumentación, en específico con la argumentación iusfundamentalmente correcta. Así mismo afirma que el discurso iusfundamental, a diferencia de la argumentación jurídica en general, sólo se encuentra vinculado a las «disposiciones de derecho fundamental, que son muy abstractas, abiertas y cargadas ideológicamente»¹²¹. Esta argumentación iusfundamentalmente correcta sólo puede ser entendida a través de la distinción entre la base y el proceso de la argumentación.

La base de la argumentación iusfundamental se encuentra caracterizada, como en el caso de la argumentación jurídica general, por «la sujeción a la ley, la obligada consideración de los precedentes [y] su encuadro en la dogmática elaborada por la ciencia jurídica organizada institucionalmente»¹²². En cuanto a la sujeción a la ley, esto no es otra cosa que la «vinculación al texto de las disposiciones de derecho fundamental y a la voluntad del Constituyente»¹²³ por parte de la argumentación.

Esto se alcanza mediante las reglas y métodos de la interpretación semántica y la

interpretación genética las cuales tienen una fuerza vinculante relativa, es decir, limitada. Esto es así porque Alexy, basándose en su ideal normativo de la «pretensión de corrección», sostiene que «el valor de la seguridad jurídica tiene que ser sopesado con el de la justicia material»¹²⁴, por tanto, se puede imponer una solución contraria a la prevista por la disposición siempre que se aduzcan argumentos con un peso tal que justifique apartarse de la Constitución. Por tal razón, «el texto de las disposiciones de derecho fundamental vincula a la argumentación de derecho fundamental porque existe a su favor una carga de la argumentación»¹²⁵.

Los precedentes son el segundo elemento vinculado a la argumentación iusfundamental. El papel atribuido a las jurisdicciones constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución y la fuerza vinculante del carácter general de sus decisiones hacen de estas una cuestión de relevancia para el argumento iusfundamental. Para la utilización del precedente se han construido las siguientes reglas: «(1) Si puede aducirse un precedente a favor o en contra de una decisión, hay que aducirlo. (2) Quien quiera apartarse de un precedente, tiene la carga de la argumentación»¹²⁶. Debido al principio de universalidad se puede extraer de cada caso que ha sido decidido una regla de decisión la cual puede ser aducida en casos futuros, ya sean similares o que presenten cuestiones nuevas. Este diverso conjunto de reglas de decisión que va construyéndose con cada

120 Alexy, Robert, «La Teoría del Discurso y los Derechos Fundamentales», en MENÉNDEZ, A. y ERIKSEN, E. (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010, pp. 29-48, en p. 40.

121 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 499.

122 Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2018, p. 36.

123 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 499.

124 Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 58.

125 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 501.

126 *Ibidem*, p. 503.

una de las decisiones de estas jurisdicciones constitucionales posee solamente una fuerza vinculante relativa. Esto resulta patente cuando se presentan excepciones mediante la distinción (*distinguishing*) o revocación (*overruling*) de precedentes. Por tales razones, «los precedentes contribuyen indispensablemente a la seguridad de la argumentación de derecho fundamental, sin embargo, la argumentación basada en precedentes no basta, por sí sola, para el control racional de la fundamentación de derecho fundamental»¹²⁷.

El tercer y último elemento vinculado a la base de la argumentación iusfundamental es la dogmática la cual es entendida como las teorías materiales de los derechos fundamentales. Estas teorías sirven como «una base de la argumentación de derecho fundamental apoyada no autoritativa sino argumentativamente»¹²⁸. Estas son, necesariamente, una teoría de los principios basada en una determinada concepción de la Constitución o el Estado la cual establece un conjunto de relaciones y prioridades entre los mismos que sirven para la estructuración de los argumentos iusfundamentales «de una manera materialmente aceptable en la mayor medida posible»¹²⁹. En definitiva, aunque resulte paradójico, todos estos elementos que caracterizan la base carecen de la fuerza necesaria para ejercer de manera racional un control sobre la argumentación de derecho fundamental.

Para suplir este déficit de racionalidad es necesario recurrir al proceso de argumentación

de derecho fundamental, es decir, al discurso iusfundamental el cual «es un procedimiento argumentativo en el que, de lo que se trata, es de lograr resultados iusfundamentales correctos sobre la base presentada»¹³⁰. Esto significa la utilización de la argumentación general práctica la cual va a presentar dos consecuencias relevantes: 1) la inseguridad relativa a los resultados, y 2) la apertura calificada del sistema jurídico causada por los derechos fundamentales.

Para Alexy esta «inseguridad relativa a los resultados, que tiene el discurso iusfundamental, conduce a la necesidad de una decisión iusfundamental autoritativa»¹³¹. Por lo que esta necesidad hace que no tenga «nada de irrazonable que un Tribunal Constitucional no sólo argumente, sino que también decida»¹³². Decisión que, según el autor, se encuentra racionalmente estructurada en virtud de la base y el proceso de la argumentación de derecho fundamental.

Finalmente, terminado el recorrido se señala el hecho de que estos diversos autores, con tan distintos enfoques en sus construcciones doctrinales, terminan coincidiendo en una cuestión esencial: la interpretación constitucional y, en específico, la interpretación de los derechos fundamentales, a pesar de su «racionalización», es una actividad o proceso que carece a *prima facie* de todo tipo de compromiso institucional. La mayoría, — algunos autores más que otros—, señala el papel decisivo que juega la teoría e ideología constitucional que maneje el juez durante el proceso interpretativo la cual puede llegar

127 Ibidem, p. 506.

128 Ibidem, p. 507.

129 Ibidem, p. 518.

130 Ídem.

131 Ibidem, p. 519.

132 Ídem.

a determinar autoritativamente el resultado normativo. Procederemos, pues, en un próximo apartado a revisar los principios de la interpretación constitucional construidos por la doctrina.

2.3. Los principios de la interpretación constitucional

Los principios de la interpretación constitucional son considerados como líneas de razonamiento llamados a orientar, guiar y estructurar la interpretación. La doctrina constitucional ha desarrollado todo un catálogo¹³³ de los mismos los cuales tienen como finalidad arrojar luz a cómo debe ser acometido el acto interpretativo realizado por los operadores jurídicos.

Sin embargo, estos principios, como construcción doctrinal, ciertamente responden a criterios lógicos-sistemáticos, pero esto no significa que los mismos tengan su fundamento en una norma prescriptiva que se impone sobre el intérprete. Los mismos se encuentran disponibles dentro del acervo de herramientas interpretativas al alcance de las jurisdicciones constitucionales, pero su utilización queda supeditada a la discrecionalidad de estos agentes. De ahí la siguiente paradoja: si ni estos principios constituyen formas para racionalizar el quehacer de los jueces al momento de interpretar las disposiciones constitucionales, entonces, es necesario verificar cómo es que estas jurisdicciones llevan a cabo la susodicha actividad interpretativa.

2.4. Los argumentos constitucionales

Como bien señaló Wróblewski: «[e]n la cultura jurídica contemporánea, tanto en los sistemas de *statutory* como en los de *common law*, se cuenta con que la decisión legal sea una decisión justificable»¹³⁴. Tal es la razón por la que en todo Estado de Derecho la toma de cualquier decisión judicial impone sobre los jueces como requisito para la validez de estas el deber de motivar adecuadamente sus sentencias, con esto «lo que quiere decirse es que deben justificarlas»¹³⁵.

Imperativo que resulta categórico si se toman en consideración los determinantes efectos de las decisiones emanadas de las jurisdicciones constitucionales:

Dada la preeminencia que tiene la interpretación en materia constitucional puede afirmarse [...] que las motivaciones, la ratio o el discurso lógico de la sentencia, tiene con respecto al fallo una mayor importancia que en otras jurisdicciones. Si extremando las cosas suele decirse que lo importante de una sentencia es el fallo, de la jurisdicción constitucional podría decirse que lo fundamental es la motivación¹³⁶.

En esta práctica es que se encuentra la legitimidad constitucional del poder contra mayoritario de estas jurisdicciones. Por tanto, el juez constitucional a través de su sentencia debe «buscar la aceptabilidad de sus argumentos y decisiones en tanto que decisiones racionales que serán sometidas a crítica y control social»¹³⁷. En consecuencia, «[e]special relevancia tiene la justificación de

133 Remitimos a la lista desarrollada en la obra de Hesse, véase: Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, pp. 68-68.

134 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 57.

135 Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 115.

136 García-Pelayo, Manuel, «El "estatus" del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid, CEPC, 1981, pp. 11-34, en p. 33.

137 Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, p. 262.

la decisión interpretativa formulada en las decisiones de los tribunales cuando aplican el derecho y, especialmente, cuando los estilos de toma de decisión judicial permiten un amplio conjunto de argumentos»¹³⁸. Ahora, ¿cuáles son estos argumentos a los que pueden recurrir las jurisdicciones constitucionales para justificar sus decisiones y en qué se diferencian de cualquier otro tipo de argumentación?

Dentro de la doctrina jurídica se destaca la tipología de argumentos constitucionales defendida por Bobbitt. Para este autor estos argumentos «se encuentran en opiniones judiciales, en audiencias, en informes, y no en otro tipo ajeno a un razonamiento de tipo judicial»¹³⁹. En ese sentido, «los argumentos constitucionales son convenciones adoptadas como parte de una gramática jurídica compartida orientada a proveer a los jueces con razones convincentes que motiven sus decisiones»¹⁴⁰. En ese tenor, lo «importante es que [el tribunal] escucha argumentos, lee argumentos y, en última instancia, debe escribir argumentos, todo dentro de ciertas convenciones»¹⁴¹. Como arquetipos desarrolla los siguientes seis tipos de argumentos constitucionales, a saber, histórico, textual, estructural, prudencial, doctrinal y ético.

Para este autor el argumento histórico es aquel «que presenta la intención de los redactores de la Constitución y las personas que adoptaron la Constitución. Tales argumentos comienzan

con afirmaciones sobre las controversias, las actitudes y decisiones del período durante el cual se propuso y ratificó la disposición constitucional particular a interpretar»¹⁴². Este tipo no debe confundirse con el argumento textual el cual «se extrae de una consideración del sentido actual de las palabras de la disposición»¹⁴³.

Los argumentos estructurales se caracterizan por ser «afirmaciones de que un principio particular o resultado práctico está implícito en las estructuras de gobierno y las relaciones creadas por la Constitución entre ciudadanos y gobiernos»¹⁴⁴. En cambio, el argumento prudencial «es consciente de sí mismo para la institución revisora y no necesita tratar los méritos de la controversia particular (que en sí misma puede o no ser constitucional), sino que promueve doctrinas particulares de acuerdo con la sabiduría práctica de usar los tribunales de una manera particular»¹⁴⁵.

Como penúltimo argumento se apunta el doctrinal el cual «afirma principios derivados del precedente o del comentario judicial o académico sobre el precedente»¹⁴⁶. Finalmente, el último es aquel denominado como argumento ético «cuya fuerza se basa en una caracterización de las instituciones [estatales] y el papel del pueblo [...] dentro de ellas. Es el carácter, o *ethos*, de la política [estatal] lo que se propone en el argumento ético como la fuente de la que se derivan las decisiones particulares»¹⁴⁷.

138 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 61.

139 Bobbitt, Philip, *Constitutional fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982, p. 6 [Trad. del Autor].

140 Bello, Donald, «Against judicial supremacy in constitutional interpretation», en *Revus*, número 33, 2017, pp. 83-106, en p. 86. [Trad. del Autor].

141 Bobbitt, Philip, *Constitutional fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982, pp. 6 y 7. [Trad. del Autor].

142 *Ibidem*, p. 7.

143 *Ídem*.

144 *Ídem*.

145 *Ídem*.

146 *Ídem*.

147 *Ibidem*, p. 94.

Una vez revisada la tipología de argumentos comúnmente utilizados por las jurisdicciones constitucionales podemos concluir lo siguiente: los argumentos constitucionales no poseen ninguna característica que pueda distinguirlos de otros tipos de argumentos como, por ejemplo, los de naturaleza moral o política. Si lo que se afirma es correcto, entonces, la interpretación constitucional estaría abierta a proposiciones no legales. En consecuencia, las justificaciones de las decisiones interpretativas quedarían supeditadas a criterios metajurídicos del juzgador. Aceptar esta premisa implica admitir que «la verdad de cualquier proposición jurídica [dependería] en suma “de la verdad de un juicio moral sobre el que pueda justificarlo mejor”, entonces cada aserto sobre el derecho sería valorativo, *interno*, y por entero dependiente de elecciones morales»¹⁴⁸. En definitiva, detrás de la argumentación jurídica, —contrario al discurso que pretende que esta sea entendida como una práctica jurídica de naturaleza autónoma y técnica—, lo que verdaderamente subyace es una determinada ideología ético-política la cual puede llegar a tomar las riendas de la actividad interpretativa.

2.5. Detrás de la interpretación

Como corolario del presente capítulo se pueden extraer dos ideas principales: 1) la interpretación constitucional realizada por los órganos jurisdiccionales es una práctica que carece de un proceder prescrito ya sea normativa o doctrinalmente. Por lo que, contrario a lo defendido por la doctrina, la interpretación «[n]o es una actividad reglada»¹⁴⁹. En consecuencia, no existe tal

cosa como un compromiso institucional sobre la interpretación constitucional, y, 2) los argumentos constitucionales que vienen a justificar las decisiones interpretativas tomadas por estos órganos no son diferentes a los utilizados en la argumentación política o moral. Por tal razón, la interpretación judicial entendida como actividad decisoria se encontraría abierta a proposiciones extralegales.

Podemos concluir, tomando como fundamento estas premisas, que la supuesta racionalidad de la argumentación jurídica sobre la que reposa la legitimidad de la interpretación constitucional se encuentra construida sobre las bases de un metafórico castillo de arena y sal. Mero espejismo retórico de una construcción doctrinal que resulta más confusa que esclarecedora de lo que realmente significa e implica la interpretación de los derechos fundamentales realizada por estos órganos jurisdiccionales. Por lo que, como comprobaría Raz, «[p]ocas obras de interpretación constitucional abordan exitosamente problemas en general; esto es, pocas ofrecen lecciones útiles en relación con la naturaleza de la interpretación constitucional como tal»¹⁵⁰.

Esta divergencia doctrinal revela el problema que subyace detrás de la actividad interpretativa y su realidad insoslayable: «[I]os argumentos para elegir una concreta directiva de interpretación son o la autoridad o bien la valoración que justifica una elección o un uso de estas directivas»¹⁵¹. Por lo que, en consecuencia, más allá de limitarse a una determinada adscripción de sentido

148 Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 98.

149 Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 131.

150 Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72, p. 4.

151 Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 66.

la interpretación resulta ser una práctica autoritativa de imposición de significado. Esto demuestra que «frecuentemente lo que los jueces dicen que hacen y lo que hacen es distinto. La práctica de algunos jueces no concuerda con sus afirmaciones generales sobre la naturaleza de la interpretación constitucional»¹⁵². Ante tal corolario, parece, —como advirtió Kelsen—, que hemos levantado el velo y para nuestra sorpresa nos hemos encontrado frente a la cabeza de la Gorgona del poder.

En definitiva, respecto a la interpretación, y, tomando en consideración todo lo señalado previamente, suscribimos la postura de Bello, para quien

la interpretación se entiende mejor como una práctica de imponer significado a un objeto, con restricciones flexibles que limitan las habilidades de los intérpretes para explicar un objeto o crear uno nuevo. Es a la vez un sustantivo y un gerundio, una entidad confusa y procedimental que culmina en el acto decisional de imponer un significado a un objeto»¹⁵³.

Si son tomadas en serio las consecuencias de este planteamiento esto significaría que el contenido y alcance de los derechos fundamentales estaría supeditado a la *auctoritas*¹⁵⁴ de aquellos órganos jurisdiccionales titulares de la *potestas* para llevar a cabo la interpretación de las disposiciones iusfundamentales. Consentir esto implicaría admitir «un modelo tendente a conceder a los jueces la facultad de decidir cuestiones aún no decididas por el pueblo,

un modelo que no ve discontinuidad entre la interpretación de la moral y de las normas jurídicas, [el cual] viola el principio esencial de la democracia»¹⁵⁵. Veamos, pues, si la doctrina jurídica ha previsto algún límite a este poder oculto que se revela aparentemente omnímodo.

3. ¿Límites en la interpretación de los derechos fundamentales? El caso español y el caso dominicano

Si como previamente se ha tenido a bien concluir, no existe tal cosa como una concepción unánime por parte de la doctrina de qué se debe entender por un derecho fundamental, así como tampoco ninguna descripción o definición de lo que es la interpretación conlleva a un compromiso institucional sobre dicha actividad, entonces, ¿acaso la interpretación de las disposiciones que contienen derechos fundamentales es una actividad que se encuentra exenta de límites?

Para responder esta pregunta, en el primer apartado del presente capítulo revisaremos los límites propuestos por la doctrina; en una segunda sección trataremos la relación que existe entre la mutación constitucional y la interpretación de los derechos fundamentales; en la tercera parte del capítulo se harán estudios de caso de los Tribunales Constitucionales de España y República Dominicana en dónde la interpretación es llevada a sus extremos con el fin de poner a prueba lo sostenido por la doctrina. En el último apartado se teorizará sobre la naturaleza de la interpretación iusfundamental.

152 Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72, p. 47.

153 Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canadá, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255, en p. 240. [Trad. del Autor].

154 García-Pelayo, Manuel, *Auctoritas*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1998, pp. 6 y ss.

155 Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006, p. 101.

Por lo tanto, desde un inicio debemos señalar que, a pesar de existir una extensa bibliografía que versa sobre los derechos fundamentales y la interpretación constitucional, la verdad es que la doctrina resulta, para nuestra sorpresa, parca al tratar la cuestión de los límites que se presentan a la hora de interpretar, máxime en el caso de las disposiciones iusfundamentales. Sin embargo, la breve y escasa literatura académica pertinente señala entre los posibles límites los siguientes: 1) la garantía del contenido esencial, y 2) el texto como límite absoluto.

3.1.1. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales

Para el estado de cosas de la actual teoría jurídica constitucional constituye una verdad de Perogrullo el hecho de que los derechos fundamentales son normas que preexisten a su configuración legal, es decir, «que la propia Constitución ha definido [como] una determinada situación jurídica en términos que la hacen identificable o discernible para el intérprete y que, además, la Constitución ha determinado también [...] la necesaria consideración de esa situación jurídica como “derecho” a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia»¹⁵⁶. Partiendo de esta idea la doctrina ha construido la conocida garantía del contenido esencial.

Esta garantía debe ser entendida como «un límite a la actividad del legislador limitadora de los derechos fundamentales: el legislador puede restringir los derechos

fundamentales, siempre y cuando respete su contenido esencial»¹⁵⁷. Ahora, el significado de la expresión «contenido esencial» varía en función de la teoría que se maneje: ya sea la teoría absoluta o la teoría relativa.

Para la teoría absoluta, los derechos fundamentales tienen una composición heterogénea, es decir, están compuestos por dos partes reconocibles: «por un lado, un núcleo duro en el que el legislador nunca podría penetrar; y, por otro, un contenido de facultades –vinculante sólo para los restantes poderes públicos– pero que el legislador podría limitar o incluso suprimir al configurar el derecho»¹⁵⁸. En ese tenor, es necesario precisar que «sólo aquella parte de los elementos integrantes del contenido que sean absolutamente indispensables para la reconocibilidad jurídica del derecho en cuanto tal [...] puede considerarse constitutiva del contenido esencial»¹⁵⁹. En cambio, para la teoría relativa, «el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación»¹⁶⁰. Al ser el resultado de una colisión de principios, el cual ha sido resuelto mediante la aplicación del llamado test de proporcionalidad, «no existe, pues, algún elemento permanente identificable como contenido esencial del derecho»¹⁶¹.

La doctrina ha criticado ambas concepciones. Respecto a la teoría absoluta, se señala que al dividir los derechos fundamentales en dos partes complejiza en exceso su contenido, dificultando la aprehensión de qué es el núcleo duro y cuál debe ser entonces el contenido

156 Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 24-25.

157 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 20.

158 Tajadura, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 101.

159 Parejo, Luciano «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 3, Madrid, CEPC, 1981, pp. 169-190, en p. 187.

160 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, p. 269.

161 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 22.

accesorio del derecho en cuestión. A esto se agrega también el hecho de que todo aquello que no sea identificado como parte de ese núcleo intangible, entonces, se encuentra a total disponibilidad del legislador. En cuanto a la postura relativista, los peligros que se aducen son graves:

[s]i la determinación del núcleo intangible del derecho sólo puede hacerse por relación a los derechos o fines legítimos que el legislador pretende proteger al limitarlo, no cabe hablar en rigor de un contenido esencial, pues en último término, si el fin perseguido lo exige, el derecho entero podrá ser sacrificado.¹⁶²

El Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo, juega un papel importante en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales. Esto se debe a que «el elemento central de la interpretación y tutela judicial de los derechos fundamentales es precisamente la delimitación de su contenido esencial, mostrando, en consecuencia, que la garantía [del contenido esencial] no se refiere de modo exclusivo a la actividad del legislador»¹⁶³.

Para la consecución de esta operación el Tribunal Constitucional Español en su STC 11/1981 ha establecido dos caminos que, aunque son desarrollados por separado son considerados complementarios. Para el primero, denominado por la doctrina como «criterio de la reconocibilidad del derecho», [c]onstituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias

para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a ser comprendido en otro, desnaturalizándose [...]. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas.¹⁶⁴

El segundo, al que se refieren como el «criterio de los intereses jurídicamente protegidos», posibilita

hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del mismo que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...] se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.¹⁶⁵

En definitiva, podemos puntualizar que la garantía del contenido esencial sólo presenta un límite a la interpretación de los derechos fundamentales realizada desde las sedes legislativas. Sin embargo, «el corolario de esta doctrina es un Tribunal Constitucional omnipotente que en su condición de intérprete supremo de la Constitución en último término será él quien defina ese contenido esencial del derecho. [Por lo tanto], los derechos fundamentales terminarán por ser lo que el TC diga que son»¹⁶⁶. Teniendo en cuenta la trascendencia de esta premisa

162 Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Volumen III*, Madrid, CEPC, 2012, p. 1040.

163 Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, p. 105.

164 España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 11/1981, FJ 8°.

165 Ídem.

166 Bastida, Francisco et al, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 141.

es necesario advertir que «[s]i no hay una autocontención del Tribunal Constitucional, el resultado es que el Estado de Derecho se muta en un Estado judicial gobernado por un Tribunal Constitucional convertido en un *deus ex machina*»¹⁶⁷. Conclusión que puede ser problemática a la luz de las discusiones existentes alrededor de la legitimidad democrática del Tribunal Constitucional.

3.1.2. El texto como límite absoluto a la interpretación

Como se ha señalado precedentemente, la interpretación literal en su sentido más laxo parte siempre de la presunción de que la materia objeto de esta actividad son necesariamente textos. Dentro de este género, en específico en el subgénero de la interpretación legal, encontramos la especie de la interpretación constitucional que se enfoca en los diversos tipos de disposiciones contenidas en la Constitución entre las cuales resultan de interés las disposiciones iusfundamentales.

Estas llamadas disposiciones de derechos fundamentales se caracterizan por su «textura abierta» las cuales exigen para su realización constitucional de su respectiva concreción por parte del intérprete. Sin embargo, aunque parezca esto una cuestión paradójica, es dentro del contenido literal de estas disposiciones en el que cierta parte de la doctrina ha fijado un límite infranqueable para su interpretación.

Siguiendo a Müller, —quien sentó las bases para esta postura—, para la concreción

de estas disposiciones en normas constitucionales se «necesitan de numerosos elementos interpretativos procedentes de la realidad social normada, que no pueden extraerse mediante las reglas clásicas de la interpretación ni del precepto y de su génesis, ni del contexto sistemático de su significado»¹⁶⁸. Por tanto, la actividad interpretativa no puede ser entendida como exclusivamente cognoscitiva. Es, en ese sentido, que la sistematización de los elementos que integran una norma adquiere relevancia.

Para este autor las normas están compuestas por dos elementos: por el «programa normativo» que se encuentra expresado en el tenor literal de la disposición, y el «ámbito normativo» que debe ser entendido como «el segmento de realidad social en su estructura fundamental que para sí ha “escogido” el programa de la norma como su ámbito de regulación o ha creado parcialmente desde el principio»¹⁶⁹. Admitir esto último significaría dar patente de curso durante la concreción de la norma constitucional a diversos y variados elementos extrajurídicos. Consciente de la posibilidad de desembocar en una absurda práctica jurisprudencial, Müller señala que «[e]l texto determina los límites extremos de posibles variantes en el significado. Más allá de dichos límites no es lícito que los elementos del ámbito normativo, a menudo sólo insinuados en los preceptos constitucionales mediante palabras clave [...] se conviertan en el factor decisivo de la aplicación jurídica»¹⁷⁰.

167 Ibidem, p. 63.

168 Müller, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 27, Madrid, CEPC, 1989, pp. 111-126, en p. 114.

169 Müller, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 243.

170 Müller, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 27, Madrid, CEPC, 1989, pp. 111-126, en p. 125.

Hesse en ese mismo sentido y basándose en esta construcción doctrinaria comenta sobre el susodicho límite e indica que

[s]i las modificaciones de la realidad social sólo deben considerarse relevantes para el contenido de la norma en cuanto forman parte del ámbito normativo, si el “programa normativo” resulta a este respecto determinante y si para este último resulta fundamental el texto de la norma, entonces el contenido de la norma constitucional sólo podrá modificarse en el interior del marco trazado por el texto»¹⁷¹.

Por tanto, y teniendo en cuenta las funciones asignadas a la Constitución, según este autor, su texto «se erige en límite absoluto»¹⁷² a la interpretación.

Lo interesante de esta postura sobre la cuestión es que parte de la teoría de las mutaciones constitucionales. Materia que ciertamente se encuentra dentro del ámbito de la interpretación constitucional. No obstante, si se toman en serio sus implicaciones, entonces, su constatación en la realidad conllevaría a que la disposición de la norma iusfundamental pudiera ser reducida a un límite no ya absoluto, sino relativo a su interpretación. Se procederá, pues, a comprobar qué ha establecido la doctrina al respecto de las mutaciones constitucionales y cómo esto repercutiría en el contenido de los derechos fundamentales.

3.2. Mutación constitucional y derechos fundamentales

De manera similar a como sucede con los límites de la interpretación constitucional la

teoría de las mutaciones constitucionales ha sido materia de escaso desarrollo entre los doctrinarios del derecho. Una primera aproximación al concepto de mutación constitucional tuvo lugar en la Alemania de principios del siglo pasado. Esta fue en sus inicios comprendida como «la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente y que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación»¹⁷³.

Desde los primeros pasos esta teoría de la mutación de las normas constitucionales fue vista por varios autores como un fenómeno inevitable o incluso necesario para la supervivencia de las constituciones. Por lo tanto, ulteriores desarrollos de la teoría buscarían diferenciar e identificar aquellos supuestos en los que las mutaciones serían legítimas o, en su defecto, resultarían irremediamente inconstitucionales.

Entre los pioneros se destaca la sistematización realizada por Hsü, para quien una mutación de la Constitución es permitida siempre que se realice en su sentido formal, es decir, una mutación de su texto. Estamos ante este supuesto «cuando las normas positivas de una Constitución escrita ya no guardan congruencia con la situación constitucional real, cuando surge una diferencia entre el derecho constitucional escrito y el efectivamente válido»¹⁷⁴. Para este autor, la legitimidad de dicha desviación jurídica se sustenta en las insuficiencias características de las disposiciones constitucionales las cuales necesitan de una interpretación constitucional elástica e integradora en aras

171 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 112.

172 Ibidem, p. 113.

173 Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 2018, p. 9.

174 Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Basauri, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 169.

de la autoconservación de la Constitución. Las mutaciones en sentido formal «[s]on, precisamente, complemento y ampliaciones del sistema significativo propuesto por [la Constitución] de manera ideal»¹⁷⁵.

Sin embargo, este autor aduce que la situación pasa a ser problemática en el caso de la mutación constitucional en su sentido material, es decir, cuando se produce una transformación del sistema o de su significado. Esto tiene lugar cuando «en la realidad de la vista estatal se desarrollan relaciones jurídicas contrapuestas al sistema –no importa si son determinadas por normas o solamente están en ellas implicadas significativamente– incorporadas a la Constitución»¹⁷⁶. Estas desviaciones jurídicas se reputan plenamente inconstitucionales toda vez que «se comprueba la contradicción entre la situación real del derecho constitucional y la intención manifestada por la Constitución»¹⁷⁷.

Esta idea abstracta del sistema del sentido de la Constitución desarrollada por Hsü da lugar a demasiadas ambigüedades e imprecisiones, las cuales sólo empeoran al tomarse en consideración que fueron pensadas en un momento donde en Alemania sólo se contaba con un Tribunal del Estado que no ejercía las mismas competencias atribuidas a un Tribunal Constitucional. Por tal razón, la doctrina ulterior se ha decantado por anteponer el texto como límite absoluto a toda mutación constitucional, cuya fijación, en última instancia, resulta ser una cuestión de interpretación. Es por ello por lo que, «donde la posibilidad de una comprensión lógica del texto de la norma termina o donde una determinada

mutación constitucional aparecería en clara contradicción con el texto de la norma, concluyen las posibilidades de interpretación de la norma y, con ello, las posibilidades de una mutación constitucional»¹⁷⁸. Por lo que, en definitiva, «[t]odo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución»¹⁷⁹.

Las consecuencias de estas afirmaciones alcanzan una dimensión trascendental en aquellos ordenamientos que poseen un órgano encargado de la garantía jurisdiccional de la Constitución. En estos sistemas la mutación constitucional puede producirse mediante una reforma formal de la Constitución y/o como resultado de una interpretación constitucional. Es de interés, pues, plantearse la cuestión sobre qué tan admisible resulta, en un determinado ordenamiento jurídico constitucional, la modificación del contenido de la Constitución mediante métodos que se encuentran al margen del procedimiento que esta prevé y regula explícitamente para su reforma, sin que su validez normativa y su vigencia positiva sean comprometidas.

Es por esto por lo que se necesita precisar, desde sus determinados conceptos dogmáticos constitucionales, qué es lo que realmente están haciendo los órganos jurisdiccionales. Es decir, si es que mediante su labor jurisprudencial están llevando a cabo lo que se denomina como *desarrollo jurídico del Derecho Constitucional*, o simplemente están propiciando la consumación de *cambios o mutaciones constitucionales*.

175 Ibidem, p. 176.

176 Ibidem, p. 169.

177 Ibidem, p. 177.

178 Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012, p. 112.

179 Ibidem, p. 114.

Estamos ante el primer supuesto cuando lo que se pretende es el enriquecimiento y perfeccionamiento de las normas constitucionales mediante su interpretación y aplicación práctica, la cual tiene lugar en aquellos casos en los que el intérprete posee cierto margen respecto a cómo decidir. «Aquí el objetivo no es modificar la Constitución, aunque, advertida o inadvertidamente, ello puede producirse en una cierta medida»¹⁸⁰. Por lo tanto, en la medida que nos mantengamos en el ámbito de lo que se entiende por interpretación y aplicación del derecho, entonces, estas modificaciones «se mantienen vinculadas al contenido normativo de los preceptos constitucionales específicos y a las decisiones fundamentales de la Constitución en su conjunto –en suma al sistema constitucional–»¹⁸¹.

Máxime cuando de lo que se trata es de alcanzar «la elucidación, el desarrollo y, en su caso, el perfeccionamiento de algo que está dado (normativamente) con anterioridad, y no solo de algo meramente propuesto»¹⁸². En ese tenor, aunque se encuentren casos en los que la indeterminación de las normas lleve a la interpretación a su límite, aún en estas circunstancias será posible diferenciarla de las mutaciones constitucionales. En definitiva, «[l]o decisivo es que el programa normativo de una norma constitucional no se transforme, sino que meramente se descubra su contenido dado y fijado, utilizando para ello los medios auxiliares reconocidos de la interpretación»¹⁸³.

Debemos diferenciar estos conceptos. No hacerlo significaría tener que admitir que «la competencia para la interpretación de la Constitución, que [...] reside en el Tribunal Constitucional como intérprete último y auténtico, se va transformando sin solución de continuidad en una competencia para modificar la Constitución. [...] Y esto no es jurídicamente aceptable»¹⁸⁴. Debido a esto, las razones dadas por las concepciones clásicas que sostenían que las mutaciones eran un hecho inevitable y necesario, son hoy por hoy inadecuadas. Por tal razón, la teoría de la interpretación constitucional integradora, previamente desarrollada por Hsü, conlleva ciertas implicaciones inadmisibles que conducen a que «el Derecho constitucional [...] se transform[e] en un proceso político que se mueve por sí mismo. Queda a disposición del intérprete y en sus manos. ¿Es esto lo correcto?»¹⁸⁵.

Si aceptamos esta proposición, entonces, tendremos que estar de acuerdo con la conclusión de que el Tribunal Constitucional tiene la *potestas* no sólo de validar y/o ratificar jurisdiccionalmente las mutaciones constitucionales que se produzcan dentro de la vida estatal, también, a fortiori, la de reformar la Constitución al margen de los procedimientos constituidos por la misma. En tales circunstancias estos tribunales se convertirían en la sede de *revoluciones constitucionales* las cuales causarían un «desplazamiento paradigmático, como sea que se logre, en el prisma conceptual a través del cual se experimenta el

180 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 190-191.

181 *Ibidem*, p. 191.

182 *Ibidem*, p. 193.

183 *Ibidem*, pp. 194-195.

184 *Ibidem*, pp. 193-194.

185 *Ibidem*, p. 196.

constitucionalismo en una política dada»¹⁸⁶. Dicho desplazamiento equivaldría a un «cambio incremental que presagia la promesa de una gran transformación»¹⁸⁷, el cual «deja la práctica del gobierno constitucional en un lugar muy diferente de donde había estado previamente»¹⁸⁸.

No obstante, es cierto que «[c]abe otorgar [...] al juez una cierta libertad, pero no es posible transferirle la decisión en materia política que es propia del legislador, sin alterar su posición constitucional»¹⁸⁹. Por tal razón, «[t]oda instancia que pone fuera de duda y resuelve auténticamente el contenido dudoso de una ley, realiza, de manera efectiva, una misión de legislador. Y si resuelve de modo indudable el contenido dudoso de una ley formulada en la Constitución, procede como legislador constitucional»¹⁹⁰.

Admitir esto sería caer en la confusión de considerar al Tribunal Constitucional como un poder constituyente cuando en realidad es un poder constituido. Cabe recordar que «el Tribunal Constitucional no es el señor de la Constitución, ese es el dominio del poder constituyente originario o derivado»¹⁹¹. Por tanto, a este órgano no le corresponde tomar las decisiones que por su naturaleza le incumben al poder constituyente. Su función no es sustituirlo, mucho menos la de ir en su contra. De hecho, por deferencia al mismo

no debe pronunciarse en aquellos intersticios constitucionales sobre los que ha guardado silencio y que claramente pertenecen al poder de reformar la Constitución. En definitiva, los Tribunales Constitucionales no están para pronunciarse sobre la dirección política del Estado. Al actuar de tal manera dejan de ser tribunales de justicia y usurpan las funciones que constitucionalmente les competen a los correspondientes órganos democráticos representativos.

3.3. Los derechos fundamentales llevados al límite: los casos de España y República Dominicana

Contrario a las conclusiones a las que previamente habíamos llegado, resulta que la realidad no podría ser más diferente. Lo cierto es que llegados a este punto «[t]eorizar más allá acerca de los límites de la interpretación jurisdiccional de la Constitución resulta problemático por cuanto aunque puede constatar la existencia cierta de limitaciones, ninguna de ellas resulta especialmente intensa»¹⁹². Máxime cuando la realidad de la práctica jurisdiccional llevada a cabo por los Tribunales Constitucionales refleja, – utilizando *mutatis mutandi* la fórmula de Von Kirchmann–, cómo con sólo «tres palabras rectificadoras del [Tribunal Constitucional] y bibliotecas enteras se convierten en papel mojado»¹⁹³.

186 Jacobsohn, Gary y Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020, p. 19. [Trad. del Autor].

187 *Ibidem*, p. 36.

188 *Ibidem*, p. 48.

189 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 78.

190 *Ibidem*, p. 90.

191 García Roca, Francisco, «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: O la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número 43, Cataluña, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2011, pp. 87-120, en p. 103.

192 Rollnert, Göran, «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, Madrid, CEPC, 2014, pp. 125-155, en p. 146.

193 Kirchmann, Julius, *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 30.

Por este tenor, procederemos a poner en prueba todo lo previamente desarrollado al analizar dos casos en los que el Tribunal Constitucional Español (de ahora en adelante TCE) y el Tribunal Constitucional de la República Dominicana (de ahora en adelante TCRD) se han pronunciado interpretativamente llevando al límite determinadas disposiciones de derecho fundamental. Con este ejercicio pretendemos comprobar si lo que se llevó a cabo ha sido un correcto «desarrollo jurídico del Derecho Constitucional» o una «mutación constitucional».

3.4.1. El derecho a la Vida según el TCE

Mediante la sentencia 53/1985, el TCE se pronunció sobre un recurso de inconstitucionalidad interpuesto en contra de un proyecto de Ley Orgánica que vendría a regular la despenalización del aborto en determinados supuestos. El tribunal inicia su fundamentación jurídica dejando claro que está decidiendo sobre un «tema en cuya consideración inciden con más profundidad que en ningún otro ideas, creencias y convicciones morales, culturales y sociales»¹⁹⁴. Por tanto, advierte *ab initio* que para decidir la cuestión se abstendrá de recurrir a todo elemento que sea ajeno o externo al análisis jurídico.

En ese sentido, el TCE identificando que «[e]l problema nuclear en torno al cual giran las cuestiones planteadas en el presente recurso es el alcance de la protección constitucional del nasciturus»¹⁹⁵, procede a interpretar el artículo 15 de la Constitución, el cual consagra el derecho fundamental a la vida con

el fin de delimitar su contenido. Según este tribunal, en el ordenamiento jurídico español el derecho fundamental a la vida «reconocido y garantizado en su doble significación física y moral [...], es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional –la vida humana– y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible»¹⁹⁶, el cual se encuentra indisolublemente relacionado con la dignidad humana, derechos estos que ocupan ambos la posición de valores supremos del ordenamiento jurídico constitucional.

Siguiendo su argumentación, el intérprete supremo hace referencia a la doble dimensionalidad de los derechos fundamentales. Resalta que estos derechos desde su dimensión subjetiva «no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste»¹⁹⁷. En cuanto a la dimensión objetiva los derechos fundamentales «son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política»¹⁹⁸. Por lo tanto, todos los poderes del Estado se encuentran sometidos a estos teniendo que respetar y velar por la efectividad de los derechos fundamentales «aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano»¹⁹⁹, quedando, pues,

194 España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 53/1985, FJ 1°.

195 Ibidem, FJ 3°.

196 Ibidem, FJ 3°.

197 Ibidem, FJ 4°.

198 Ídem.

199 Ídem.

especialmente vinculado el legislador para cumplir con sus funciones según lo ordenado por estos preceptos constitucionales.

Establecido lo precedente el TCE precisa que la vida «es un concepto indeterminado sobre el que se han dado respuestas plurívocas no sólo en razón de las distintas perspectivas»²⁰⁰ para proceder, paradójicamente, a «resolver constitucionalmente el caso»²⁰¹ partiendo de una noción de la vida de acuñación propia que no encuentra asidero en la disposición iusfundamental que la regula. El tribunal aduce que la justificación dada para llegar a tal concepción de la vida se infiere de los debates parlamentarios y de cómo la formulación del texto aprobado por los constituyentes tenía previsto tácitamente la defensa del nasciturus, argumento que a todas luces responde a los del tipo histórico. En definitiva, esto lleva al tribunal a «afirmar que la vida del nasciturus, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia, es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental»²⁰².

Para finalizar, luego de haber examinado el proyecto de Ley Orgánica, el TCE procedió a darle indicaciones al legislador de cómo debe ser configurado el precepto de rango legal que regule la despenalización del aborto y a ordenarle que pondere los bienes constitucionales en juego. Todo esto lo hizo aduciendo que «como es obvio, el legislador puede adoptar cualquier solución dentro del marco constitucional, pues no es misión de este Tribunal sustituir la acción del legislador,

pero sí lo es [...] indicar las modificaciones que a su juicio -y sin excluir otras posibles- permitieran la prosecución de la tramitación del proyecto por el órgano competente»²⁰³. Como corolario de estos argumentos el TCE declaró la inconstitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica «no en razón de los supuestos en que declara no punible el aborto, sino por incumplir en su regulación exigencias constitucionales derivadas del art. 15 de la Constitución, que resulta por ello vulnerado, en los términos y con el alcance que se expresan en el fundamento jurídico 12 de la presente Sentencia»²⁰⁴.

Esta decisión es muestra de un caso en el que el TCE en vez de limitarse a interpretar y concretar el contenido de la disposición iusfundamental lo que hizo fue actuar como un legislador alternativo con el fin de imponer una determinada posición política por encima de los órganos a los que la Constitución le atribuye la realización de esas competencias. Es claro que las críticas a la sentencia no tardaron. De hecho, las más certeras se encuentran en el mismo cuerpo de la decisión, en específico, en los votos particulares de los Magistrados Rubio Llorente y Tomás y Valiente.

Destacamos el voto particular del primero de estos por la lucidez y solidez de sus juicios. Según Rubio Llorente:

con esta decisión la mayoría traspasa los límites propios de la jurisdicción constitucional e invade el ámbito que la Constitución reserva al legislador; vulnera así el principio de separación de poderes,

200 Ibidem, FJ 5º.

201 Ídem.

202 Ibidem, FJ 7º.

203 Ibidem, FJ 12º.

204 Ibidem, Fallo.

inherente a la idea de Estado de Derecho y opera como si el Tribunal Constitucional fuese una especie de tercera Cámara, con facultades para resolver sobre el contenido ético o la oportunidad política de las normas aprobadas por las Cortes Generales.²⁰⁵

Lo que resulta plenamente inadmisibles toda vez que recordando los principios fundamentales de todo Estado Constitucional de Derecho estamos de acuerdo en que este órgano jurisdiccional

...no ostenta la representación popular, pero que sí tiene el tremendo poder de invalidar las leyes que los representantes del pueblo han aprobado, no ha recibido este poder en atención a la calidad personal de quienes lo integran, sino sólo porque es un Tribunal. Su fuerza es la del Derecho y su decisión no puede fundarse nunca, por tanto, en cuanto ello es humanamente posible, en nuestras propias preferencias éticas o políticas, sino sólo en un razonamiento que respete rigurosamente los requisitos propios de la interpretación jurídica.²⁰⁶

Llama la atención, pues, cómo igualmente advierte este magistrado, que los argumentos esgrimidos en la sentencia no son propios de los métodos conocidos en la interpretación jurídica. Más bien, lo que se hizo para justificar la decisión tomada fue recurrir al inventario²⁰⁷ de argumentos constitucionales disponibles. Esto se evidencia en dos puntos en específico: el primero tiene lugar mediante el argumento ético de caracterizar el derecho fundamental a la vida como un valor supremo

del ordenamiento, sin estar explícitamente fijado como tal en la Constitución. Este derecho pasa a ser desplazado al campo de lo metajurídico para ser utilizado como justificación axiológica de la postura política sostenida por la mayoría del tribunal la cual se pretende imponer al orden estatal; el segundo tiene lugar en el argumento histórico esgrimido por el TCE para justificar la noción de la vida que acuño para tomar la presente decisión. Este órgano tuvo que recurrir a los debates parlamentarios para «deducir» su concepción defendida de la vida debido a que la misma no encuentra ningún asidero en el tenor de la disposición iusfundamental.

En definitiva, como señalaría Rubio Llorente: [e]l intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos “encarnan”, para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente.²⁰⁸

Procede, pues, a advertir que «[l]os valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. [...] La proyección normativa de los valores constitucionalmente

205 Ibidem, VP: Rubio Llorente.

206 Ibidem, VP: Rubio Llorente.

207 El cual hemos abordado en el apartado 2.4. del capítulo anterior.

208 Ibidem, VP: Rubio Llorente.

consagrados corresponde al legislador, no al Juez²⁰⁹. En definitiva, resulta claro que el TCE en esta sentencia incurre, –en contra de todas las funciones y competencias de lo que se considera estrictamente un tribunal de justicia–, en la llamada jurisprudencia de los valores. Práctica que, paulatinamente, desemboca en la «tiranía de los valores»²¹⁰ la cual tiene entre sus diversas consecuencias reducir la normatividad de las constituciones y aumentar la inseguridad jurídica al realizar ciertos valores a través de la destrucción de otros valores.

3.4.2. El derecho a la (des) Nacionalidad según el TCRD

Es necesario iniciar este apartado con la siguiente aclaración: la Constitución vigente de la República Dominicana establece en su artículo 74.1 que los derechos y garantías fundamentales consagrados en ella «no tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza». En dicha disposición se encuentra expresamente contenida la cláusula de los derechos implícitos. Por tanto, «el constituyente dominicano, contrario al francés, y al alemán [...] ha escogido claramente el sistema de *lista abierta* de derechos»²¹¹. Ahora, se exige como requisito para que un derecho implícito sea considerado como un derecho fundamental implícito que el mismo posea «una mínima base iusfundamental»²¹².

Por lo que, en virtud de una lectura conjunta de la anterior disposición con el artículo 74.3 de la Constitución el cual reconoce jerarquía constitucional a todos los «tratados,

pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano», y el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la nacionalidad constituye un verdadero derecho fundamental implícito del ordenamiento constitucional dominicano, máxime cuando la misma Constitución consagra el artículo 18 para su regulación. Dicho derecho fundamental constituye el centro de la cuestión en la polémica sentencia TC/0168/13 del TCRD. En dicha decisión, –como sucedió en el caso previo de su homólogo–, esta Alta Corte recurrió a argumentos que no corresponden estrictamente a un análisis jurídico para llevar a cabo una interpretación judicial con la que desarrolla una noción de nacionalidad de acuñación propia.

Para el TCRD «la nacionalidad se considera como un lazo jurídico y político que une a una persona a un Estado; pero, de manera más técnica y precisa, no es solo un vínculo jurídico, sino también sociológico y político, cuyas condiciones son definidas y establecidas por el propio Estado»²¹³. En ese sentido, «

[s]e trata de un vínculo jurídico, porque de él se desprenden múltiples derechos y obligaciones de naturaleza civil; sociológico, porque entraña la existencia de un conjunto de rasgos históricos, lingüísticos, raciales y geopolíticos, entre otros, que conforman y sustentan una idiosincrasia particular y aspiraciones colectivas; y político, porque, esencialmente, da acceso a las potestades inherentes a la ciudadanía, o sea, la posibilidad de elegir

209 Ídem.

210 Schmitt, Carl, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009, p. 91 y ss.

211 Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional. Volumen II*, Santo Domingo, IUS NOVUM, 2012, p. 49.

212 Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999, p. 61.

213 República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0168/13, §1.1.4.

y ser elegido para ejercer cargos públicos en el Gobierno del Estado»²¹⁴.

Para justificar esta concepción de la nacionalidad esta Alta Corte recurre, como sucedió previamente con su homólogo, a los argumentos constitucionales, en este caso a los de tipo doctrinal. Por tanto, señala que su fundamento se encuentra en el Derecho Internacional Público, en los instrumentos internacionales y en los supuestos criterios sostenidos por diversas jurisdicciones internacionales. Tal proposición exige que se revisen los documentos señalados como sustento: lo primero que se puede percibir, a *prima facie*, es que resulta curioso que la jurisprudencia citada se limita a casos que ya sean o bien demasiado remotos, o bien muy específicos, prefiriendo ignorar pronunciamientos ulteriores donde algunos de estos órganos jurisdiccionales internacionales han rectificado o precisado sus criterios²¹⁵.

En lo que se refiere a los instrumentos internacionales, destaca el hecho de que los citados se remontan a principios del siglo XX, en específico, al período previo a la Segunda Guerra Mundial en donde ciertamente aún imperaba la lógica imperialista y los súbditos eran percibidos como propiedad del Estado más que como fundamento ontológico del mismo. Estos son los dudosos argumentos doctrinales mediante los cuales el TCRD delimita el contenido esencial del derecho fundamental de la nacionalidad y pretende reconocer de manera exclusiva al Estado la competencia para reglamentar y atribuir el susodicho derecho.

Todo esto adquiere relevancia cuando se tiene en cuenta que el caso trata sobre un recurso de revisión constitucional en materia de amparo.

En este caso la recurrente solicitó que se le devuelva su Acta de Nacimiento confiscada por la Junta Central Electoral y se le expidiera su Cédula de Identidad y Electoral. La razón de la confiscación se debió a que al momento de su nacimiento la recurrente había sido inscrita irregularmente en la Oficialía del Estado Civil, siendo hija de nacionales haitianos que carecían de cualquier tipo de documentación que acreditase la nacionalidad dominicana.

Es necesario precisar que al momento de haber nacido la recurrente se encontraba vigente la Constitución de 1966, la cual prescribía en su artículo 11.1 que eran dominicanos: «(...) 1. Todas las personas que nacieren en el territorio de la República, con excepción de los hijos legítimos de los extranjeros residentes en el país en representación diplomática o los que estén de tránsito en él». Por tanto, dicha Constitución reglaba dos modalidades para adquirir la nacionalidad: a través del *jus sanguinis* o el *jus solis*.

Paradójicamente, el TCRD no sólo rechazaría el recurso de revisión de decisión en materia de amparo, sino que excediéndose en sus potestades desconoció la nacionalidad de la recurrente y de todas las personas que se encontraban en su misma situación al pronunciar una sentencia constitucional *inter communis* con efectos en el tiempo *ex tunc* que se retrotraen hasta el año 1929. Esto implicó que toda persona nacida en territorio dominicano, desde el 1929 hasta el 2010, hijo de extranjeros que no tenían documentación migratoria y que se reputaban, –como así lo decidió el TCRD–, «en tránsito», los cuales habían nacido en territorio dominicano y adquirido la nacionalidad correspondiente mediante el *jus solis*, pasaran, entonces, a ser apátridas mediante esta decisión.

214 Ídem.

215 Revísese, por ejemplo, el caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, Sentencia del 8 de septiembre de 2005, Corte IDH.

La mayoría de los integrantes del TCRD sustentaron este desconocimiento masivo de la nacionalidad de todas estas personas y los derechos que se desprenden de esta prerrogativa en una peculiar interpretación del principio de la seguridad jurídica donde alegaron que de la ilegalidad de la situación de sus padres no puede nacer ningún derecho a favor de los hijos. Pero este razonamiento no se sostiene. Veamos.

La Constitución de la República Dominicana del 2010 reconoce lo siguiente en su artículo 18: «[s]on dominicanas y dominicanos: [...] 2) Quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución». En igual sentido, el Pacto de San José en su artículo 20, acápite 3, ordena que «[a] nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla». Como se puede observar, las disposiciones iusfundamentales vigentes al momento de tomar la cuestionada decisión ordenaban al Estado a reconocer la nacionalidad dominicana a todo aquel que previamente gozaba dicha potestad, por lo que la sentencia objeto de estudio deviene en sí misma en una violación a este mandato constitucional. Esta decisión resulta ser una transgresión al contenido de la Constitución y a la seguridad jurídica toda vez que el TCRD desconoce estos derechos a cualquier persona que previamente gozaba de la nacionalidad dominicana, como es el caso de la recurrente y muchos más que resultaron afectados.

A esta crítica se le suman otras formuladas por la doctrina, quienes señalan que se ha realizado respecto a la alegada seguridad jurídica: «[u]na aplicación errónea porque el

hecho que crea la consecuencia jurídica de la obtención de la nacionalidad es el nacimiento, y nacer no es ilegal. El recién nacido no viola con el hecho de nacer ninguna norma jurídica, ni tampoco se cruza jamás una frontera. Este es el sentido de lo decidido por la Corte IDH en la sentencia Yean y Bosico al señalar que el estado migratorio de los padres no se transmite a los hijos»²¹⁶. Respecto a la categoría de «persona en tránsito» y cómo ha sido utilizada por el TCRD, la Magistrada Isabel Bonilla Hernández mediante voto disidente ataca su utilización al señalar la improcedencia de esta debido a que «la prolongada permanencia de sus padres en el país, aunque de manera ilegal, no configura la condición de extranjeros en tránsito. El hecho de que la recurrente naciera en territorio dominicano ya le otorgaba el derecho a la nacionalidad dominicana»²¹⁷.

Esta concepción de la nacionalidad defendida por el TCRD, contrario a lo aducido, resulta insostenible según los estándares internacionales. La introducción de elementos sociológicos como los señalados conllevan un vaciado de contenido de la disposición iusfundamental que pudiera llegar a convertir tal derecho en un instrumento elitista y excluyente utilizable en contra de sus titulares. Si el constituyente hubiese querido concretar esa decisión política de tal manera lo hubiera hecho, pero la realidad es que no es así. Por ende, no corresponde al TCRD decidir lo que el constituyente no ha decidido, máxime si el resultado de la decisión jurisdiccional implica cuestiones tan trascendentales como el desconocimiento de derechos ya adquiridos por miles de personas cuyos intereses, en principio, no se encontraban representados

216 Perdomo, Nassef, «Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13», en *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, número 28, Colombia, Universidad del Norte, 2016, pp. 93-136, en p. 122

217 República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0168/13, VD, Bonilla Hernández.

en el proceso y, por tanto, no fueron tomados en cuenta para emitir la sentencia ahora analizada.

Por estas razones, los argumentos doctrinales aducidos en el cuerpo de la decisión por sí mismos son ineficientes para justificar que del tenor de la disposición y de las demás fuentes citadas se puede inferir y/o sostener tal concepción de la Nacionalidad, o peor aún, la supuesta capacidad del Estado para determinar quién tiene y no tiene tal derecho. En definitiva, esta sentencia puede servir de evidencia de cómo la práctica de la interpretación constitucional puede llegar a convertirse en una imposición autoritativa de significado a un determinado derecho fundamental sin que se presente ningún límite aparente.

Conclusión

Como corolario de la presente investigación, podemos puntualizar que no existe tal cosa como un consenso en la doctrina para establecer un concepto unívoco de los derechos fundamentales al ser la definición de estos, por naturaleza, esencialmente controvertida²¹⁸. Esto se debe a que, como práctica general, estos derechos se caracterizan por la formulación abstracta y axiológicamente indeterminada de las disposiciones que los contienen. Esta problemática, aunque ciertamente resulte polémico, puede ser sorteada mediante el uso de definiciones estipulativas.

Por lo que dicha relativización de los derechos fundamentales, –basándonos en el modelo mixto²¹⁹ que se ha sostenido–, encuentra su freno en la premisa de que, independientemente de toda circunstancia, es el constituyente quien prefigura los derechos y determina su contenido esencial, dejando su configuración en manos del legislador quien al momento de delimitar provisionalmente su contenido y regular su ejercicio debe siempre respetar el mandato fijado por la Constitución. Por tal razón, es a los órganos democráticos representativos a quienes les corresponde, mediante el libre juego de la discusión, deliberación y transacción política, decidir provisionalmente sobre el significado y alcance de los derechos fundamentales dentro del marco fijado en la *Norma Normarum*.

Respecto a la interpretación en sede judicial, se verificó que no hay definición o descripción que sea capaz de generar un mínimo compromiso institucional que dé cuenta de qué realmente significa dicha práctica. Lo que generalmente se entiende por esta actividad se encuentra «entre dos extremos: en un polo la interpretación es similar a la noción de comprender o explicar. Por el otro, está cerca de la creación o invención»²²⁰. Por tanto, todo lo que ocurra en estos extremos deja de ser interpretación y pasa a ser llana reproducción literal o simple producción *ex novo*.

Como muestra de esto piénsese, por ejemplo, en lo sostenido por las teorías de la interpretación del constitucionalismo principialista o garantista que previamente

218 Como hemos señalado previamente siguiendo a Gallie y Besson: los conceptos esencialmente controvertidos son aquellos que encarnan y nombran claramente un estándar o valor normativo, pero que, sin embargo, su uso adecuado implica inevitablemente interminables disputas por parte de sus usuarios.

219 Según este modelo los derechos fundamentales son normas que se encuentran entre reglas y principios, las cuales ordenan, de manera imprecisa, a los poderes públicos y, especialmente, al legislador que garanticen un derecho en la mayor medida posible, fijando reglas precisas que regulen su ejercicio las cuales concretan expresamente el régimen jurídico previsto para los particulares tanto privados como públicos.

220 Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canada, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255, en p. 238. [Trad. del Autor].

han sido objeto de análisis. En el primero de estos modelos se trata de describir la práctica interpretativa estableciendo un determinado proceder guiado por ciertas reglas flexibles que pueden ser superables toda vez que sea posible, por parte del juez, la realización del «ideal regulativo» el cual puede tomar la forma ya sea de la «respuesta correcta» según la concepción Dworkiana o de la «pretensión de corrección» de la concepción Alexyana. El «constitucionalismo principialista» aborda la cuestión enfocándose en la justificación moral de las decisiones interpretativas a través de la argumentación, por lo que la validez de estas se encuentra, en última instancia, sujeta a que hayan sido correctamente argumentadas con base a la concepción de la justicia que se pretenda defender, aunque no se esté seguro de que signifique o sea el contenido de esto último.

En cambio, el segundo modelo al que hemos hecho referencia se sostiene en una alegada defensa al positivismo que, a la postre, resulta desmentida toda vez que los jueces actuando según esta «esfera de lo indecible» se niegan a dar razones que justifiquen una determinada decisión con base en derechos fundamentales, demostrando, pues, que el juez garantista no se toma en serio lo esencialmente controvertido que son estos conceptos y el vasto poder que realmente posee. Por lo que, contrario a lo sostenido por Ferrajoli, el «constitucionalismo garantista» se trata realmente de un proyecto político en el

que la actividad de los jueces ocupa la posición principal, el cual, paradójicamente, para su consecución es necesario que se produzca, cuando así sea necesario, el desplazamiento de la ley por parte de los tribunales.

Sin embargo, contrario a lo que estas doctrinas y los jueces que las defienden costumbran a aducir, la interpretación puede ser mejor entendida como un procedimiento complejo que implica la imposición de significado a una determinada disposición como resultado de una decisión²²¹. Premisa que si se analiza teniendo en cuenta la naturaleza de los argumentos que son utilizados para intentar justificar estas decisiones deja en evidencia cómo la interpretación constitucional se presenta como una práctica jurídica que, paradójicamente, se encuentra abierta a proposiciones extrajurídicas. Por lo tanto, esta confusión de entender la interpretación como una actividad meramente argumentativa conlleva a la instauración del «imperialismo de la argumentación»²²², modelo normativo en el que lo jurídico se puede llegar a encontrar supeditado a lo moral y que, en consecuencia, implicaría que ciertas decisiones interpretativas se encontraran sujetas, en última instancia, a una determinada «forma de vida»²²³, la cual, a la postre, no sería otra que la ideología ético-política preponderante en el tribunal que ostente la autoridad para tomar la decisión.

Para demostrar que lo señalado hasta ahora no se trata de un alarmismo teórico

221 Entiéndase este uso lingüístico de la palabra «decisión» en el sentido Schmittiano del término, es decir, como un acto que no se encuentra restringido por ningún conjunto de reglas o normas, el cual, como nota distintiva, se caracteriza por la autoritaria eliminación de toda duda. Para profundizar sobre la denominada teoría del decisionismo, véase: Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, pp. 90-91; Id., Schmitt, Carl, *Teología Política*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 13 y ss, e, Id., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991, p. 68.

222 Barberis, Mauro, «¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al curso de argumentación jurídica de Manuel Aienza», en *DOXA*, número 37, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, 2014, pp. 325-335, en p. 331.

223 Concepto que debe ser comprendido en el sentido utilizado por Wittgenstein para quien una determinada «forma de vida» constituye una praxis vital común caracterizada por ciertas reglas y convicciones fundamentales que forman la base de lo que este autor llamó una «representación del mundo», la que, como tal, puede ser considerada «como algo que yace más allá de lo justificado y de lo injustificado; como por decirlo de algún modo, algo animal». Para las fuentes y más, véase: Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, Madrid, Gredos, 2009, § 7, 358 y 359; Id., *Investigaciones filosóficas*, Madrid, Gredos, 2009, § 19, 23 y 241.

sin fundamentos o una crítica perdida en la abstracción, hemos, pues, analizado dos casos jurisprudenciales a través de los cuales se puede evidenciar cómo los límites de la interpretación previstos por la doctrina pueden quedar relativizados en la práctica a meras advertencias a las que los Tribunales Constitucionales pueden o no hacer caso. Admitir, entonces, que la interpretación constitucional de los órganos jurisdiccionales es una actividad que se puede encontrar exenta de todo límite equivale a suscribir un modelo en el que los derechos fundamentales y su significado son una cuestión que puede resultar supeditada a una decisión vaciada de todo contenido jurídico, es decir, a una mera imposición de los criterios ético-políticos de un órgano aplicador cuyas credenciales democráticas son discutibles y cuyas características, no resultan ser las idóneas para una auténtica representación política. En última instancia, dicho modelo normativo haría del Tribunal Constitucional un auténtico amo y soberano de los derechos.

Si se diesen las circunstancias y condiciones necesarias para que este modelo ideal pasase a convertirse en nuestra cruda realidad, entonces, —como advertirían los juristas envueltos en la mayor polémica constitucional del siglo pasado—, «el poder del tribunal sería tal que devendría insoportable»²²⁴, ya que se produciría «un semejante desplazamiento del poder —que la Constitución no quiere y que, políticamente, es completamente contraindicado— del Parlamento a una instancia que les extraña y que puede convertirse en el representante de fuerzas

políticas diametralmente distintas de las que se expresan en el Parlamento»²²⁵. Con base a esto, y «

en vista de la fuente inagotable de desacuerdos que representa la segunda sección principal [de la Constitución, que regula los derechos y deberes fundamentales] y del inmenso número de interesados que pueden invocar sus diversas garantías [...], tal Tribunal [Constitucional] sería en realidad un monstruoso órgano de control central universal, un monstruo de la jurisdicción que tendría que juzgar todos los asuntos legislativos, gubernamentales, administrativos y judiciales.²²⁶

De esta manera, tal indeseada politización de este órgano haría dudar de su naturaleza como tribunal de justicia y lo aproximaría más a una instancia política suprema la cual asumiría la forma de una auténtica «aristocracia de la toga»²²⁷.

Sin embargo, la realidad es que dicho modelo normativo no se ajusta con la posición institucional que en virtud de la actual Constitución le corresponde al Tribunal Constitucional, así como tampoco es capaz de rendir cuentas ante la crítica de la «objeción democrática» la cual pone en duda la legitimidad de la justicia constitucional, toda vez que esta no cumple con su deber de respetar la dimensión democrática de todo Estado Constitucional que se encarna en el principio de deferencia hacia el legislador democrático. Este principio, en conjunción con el de la interpretación constitucional de corrección funcional, exige que «el juez debe

224 Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, D. F., UNAM, 2001, p. 81.

225 Ídem.

226 Schmitt, Carl, «Zehn Jahre Reichsverfassung», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1958, pp. 34-40, en pp. 37-38. [Trad. del Autor].

227 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, p. 245.

interpretar el texto constitucional de tal modo que sus decisiones [...] no socaven el sistema de relaciones institucionales que en una democracia representativa deben regir entre Parlamento y juez constitucional»²²⁸.

Frente a estas dificultades tan relevantes es necesario tomarse en serio las alternativas teóricas que sí se ajusten a modelos de justicia constitucional que respeten las instituciones democráticas y sus respectivas competencias. Entre las distintas teorías existentes puede resultar beneficioso defender el modelo del constitucionalismo político²²⁹. Modelo en el que es al poder legislativo como órgano estatal imbuido de dignidad política producto de la representación y la transacción pública a quien le corresponde decidir provisionalmente, mediante una interpretación constitucional, sobre el contenido y el alcance de los derechos fundamentales en virtud de lo ordenado por el constituyente y siempre respetando lo establecido por la Constitución.

Siendo las cosas así, el Tribunal Constitucional, por deferencia, no debería decidir tan ligeramente mediante una alegada interpretación, cuestiones que, en principio, están fuera de su competencia como es el caso de estos derechos que por lo esencialmente controvertido de su contenido caen en el campo de las denominadas cuestiones políticas (*political questions*). Esto se debe a que el Tribunal Constitucional, como poder constituido, en ninguna circunstancia puede decidir lo que, en esencia, le compete al poder constituyente original o derivado, así como tampoco le corresponde pronunciarse donde este ha guardado silencio. En cambio, y como así lo ordenan tanto la Constitución

española como la dominicana, su función es garantizar la supremacía de la Constitución, no reescribirla y/o modificarla a su antojo en detrimento de su normatividad.

Máxime, cuando estas críticas y objeciones levantadas en contra de los órganos jurisdiccionales no tienen lugar de ser frente a los órganos democráticos representativos al constituir estos la sede en la que tienen lugar la deliberación pública y el compromiso político que es llevado a cabo por los representantes elegidos directamente por los ciudadanos mediante sufragio universal. No resulta ocioso señalar que los legisladores, a diferencia de los jueces, al momento de enfrentarse a cuestiones políticas sobre las que existe un verdadero e inagotable desacuerdo pueden ponderar y justificar sus decisiones interpretativas con base en argumentos extralegales como son las preferencias morales y/o políticas que sostienen en nombre de sus representados, las cuales, cabe señalar, sólo resultarán legítimas mientras respeten el marco fijado por la Constitución.

En caso de que como producto del libre juego de la política se tomasen decisiones en contra de la misma Carta Fundamental, entonces, el Tribunal Constitucional, cómo así lo establecen sus funciones como defensor y garante jurisdiccional de la misma, se encontrará habilitado para expulsar del ordenamiento todo acto de naturaleza tanto jurídico como político que contravenga el contenido de la Norma Suprema. Este sería, pues, el paradigma en virtud del cual tanto el legislador como el juez constitucional se ajustarían de manera adecuada a las funciones y competencias que a cada uno

228 Ferreras, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2021, p. 48.

229 Aunque resulte «preferible» es necesario hacer la salvedad de que la postura sostenida guarda ciertas diferencias respecto a lo defendido por los autores cuyas teorías forman parte de este modelo. Véase, Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, Madrid, Marcial Pons, 2010, y Tomkins, Adam, «In Defence of the Political Constitution», en *Oxford Journal of Legal Studies*, número 22, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 157-175.

le corresponde en virtud de su posición institucional dentro del Estado.

En definitiva, si la Constitución es la norma a través de la cual se establecen los mecanismos que regulan el poder político y la función de esta jurisdicción es defender la Constitución, en consecuencia, lo que el Tribunal Constitucional defiende es el espacio legítimo de la política en el que los órganos democráticos representativos ejercen sus funciones. Es de esta conclusión de donde se extrae el fundamento constitucional sobre el que se sostiene el principio de deferencia hacia el legislador democrático como mandato categórico a la justicia constitucional. Por tanto, actuar en contrasentido a este principio aduciendo la tutela y protección de los derechos fundamentales, —como así sostienen las teorías del constitucionalismo de los derechos—, equivale a subvertir a la misma Constitución. Es simple y llanamente usurpar las funciones que por antonomasia son exclusivas al soberano limitándolo en su quehacer. Es, en definitiva, socavar las bases que sostienen todo Estado Constitucional.

Siendo esta, pues, la conclusión provisional a la que hemos llegado en la presente investigación, la cual, con toda humildad tenemos a bien reconocer, esperamos que con el paso del tiempo y el continuo estudio poder seguir enriqueciendo o mejorando en aras de dar respuesta a las falencias de las que pueda adolecer. Es esta la actitud, conforme al método falsacionista de Karl Popper, que hemos considerado prudente adoptar frente a la ciencia jurídica y la teoría política. Esto se debe a que, en nuestra opinión, el estudio y análisis de estas ramas del conocimiento responde cada vez más a intereses contingentes en vez de un fin objetivo como pudiese ser la tan cuestionada verdad. Pero, quién sabe, quizás y, esto último

sólo sea un juicio errado de este precoz autor, el cual sólo estaría dispuesto a afirmar lo que los antiguos con tanta prudencia sostuvieron: «errare humanum est».

En un futuro pretendemos continuar esta línea de investigación abordando temas como son la teoría de la democracia, la teoría de la justicia, la argumentación jurídica y otros asuntos afines que tengan como elemento común ese punto límite en el que la línea que separa el derecho y la política se va haciendo cada vez más difusa.

Referencias

Alexy, Robert, *El Concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

Alexy, Robert, «La Teoría del Discurso y los Derechos Fundamentales», en MENÉNDEZ, A. y ERIKSEN, E. (eds.), *La argumentación y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2010, pp. 29-48.

Alexy, Robert, «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad», en *Revista española de derecho constitucional*, número 91, Madrid, CEPC, 2011, pp. 11-29.

Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, CEPC, 2018.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022.

Atienza, Manuel, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2012.

Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.

Balaguer, Francisco; Cámara, Gregorio; López, Juan; Balaguer, María y Montilla, José, *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*, Madrid, Tecnos, 2021.

Barberis, Mauro, «¿Imperialismo de la argumentación? Comentarios al curso de argumentación jurídica de Manuel Atienza», en *DOXA*, número 37, Alicante, Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alicante, 2014, pp. 325-335.

Bastida, Francisco; Villaverde, Ignacio; Requejo, Paloma; Presno, Miguel; Aláez, Benito y Fernández, Ignacio, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

Bellamy, Richard, *Constitucionalismo político*, Madrid, Marcial Pons, 2010.

Bello, Donald, «Against judicial supremacy in constitutional interpretation», en *Revus*, número 33, 2017, pp. 83-106.

Bello, Donald, «Constitutional Interpretation and Institutional Perspectives: A Deliberative Proposal», en *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, XXXI, número 2, Canada, Cambridge University Press, 2018, pp. 235-255.

Bernal, Carlos, «Estudio introductorio», en ALEXY, R, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2022, pp. XLIII-XCVII.

Besson, Samantha, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart Publishing, 2005.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Bobbitt, Philip, *Constitutional fate: Theory of the Constitution*, New York, Oxford University Press, 1982.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

Chinchilla, Tulio, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Bogotá, Temis, 1999.

Cruz Villalón, Pedro, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 23, Madrid, CEPC, 1989, pp. 35-62.

Dau-Lin, Hsü, *Mutación de la Constitución*, Basauri, Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

Dworkin, Ronald, «Law as interpretation», en *Texas Law Review*, número 60, Texas, University of Texas School of Law, 1982, pp. 527-550.

Dworkin, Ronald, «Political judges and the rule of law», en DWORKIN, R. *A matter of principle*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 9-32.

Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Dworkin, Ronald, «Rights as trumps», en WALDRON, J. (ed.) *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1989, pp. 153-167.

Dworkin, Ronald, «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it», en *Philosophy and Public Affairs*, número 22, Princeton, John Wiley & Sons, 1996, pp. 87-139.

Dworkin, Ronald, *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.

Ferreras, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2021.

Gallie, Walter, «Essentially contested concepts», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, número 56, Oxford, 1956, pp. 167-198.

García Roca, Francisco, «El intérprete supremo de la Constitución abierta y la función bilateral de los Estatutos: O la insoportable levedad del poder de reforma constitucional», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número 43, Cataluña, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2011, pp. 87-120.

García-Pelayo, Manuel, «El “estatus” del Tribunal Constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 1, Madrid, CEPC, 1981, pp. 11-34.

García-Pelayo, Manuel, *Auctoritas*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1998.

Gascón, Marina, «Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los jueces?», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, número 20, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 204-215.

Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, Madrid, Trotta, 2008.

Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, 2021.

Hart, Herbert, «Una mirada inglesa a la teoría del derecho americana: la pesadilla y el noble sueño», en MORESO, J. y CASANOVAS, P. (coords.) *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, pp. 327-350.

Hesse, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 2012.

Iturralde Sesma, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Jacobsohn, Gary y Roznai, Yaniv, *Constitutional Revolution*, New Haven, Yale University Press, 2020.

Jellinek, Georg, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, CEPC, 2018.

Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

Jorge Prats, Eduardo, *Derecho Constitucional. Volumen II*, Santo Domingo, IUS NOVUM, 2012.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, D. F., UNAM, 1982.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, México, D. F., UNAM, 2001.

Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

Kirchmann, Julius, *La falta de valor de la jurisprudencia como ciencia*, Madrid, Dykinson, 2021.

Martínez-Pujalte, Antonio-Luis, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997.

Mendonca, Daniel, *Análisis constitucional. Una introducción. Cómo hacer cosas con la Constitución*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

Moreira, Pedro, *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*, Madrid, CEPC, 2019.

Müller, Friedrich, «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 27, Madrid, CEPC, 1989, pp. 111-126.

Müller, Friedrich, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

Palombella, Gianluigi, *La autoridad de los derechos. Los derechos entre instituciones y normas*, Madrid, Trotta, 2006.

Parejo, Luciano «El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981», en *Revista española de Derecho Constitucional*, número 3, Madrid, CEPC, 1981, pp. 169-190.

Peña Freire, Antonio, *La garantía en el Estado Constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997.

Perdomo, Nassef, «Análisis crítico de la sentencia TC/0168/13», en *Memorias: Revista Digital de Historia y Arqueología desde el Caribe*, número 28, Colombia, Universidad del Norte, 2016, pp. 93-136.

Pérez Luño, Antonio, «La interpretación de los derechos fundamentales», en MEDINA, M., MESA, R. y MARIÑO, F. (coords.) *Pensamiento jurídico y sociedad internacional: libro-homenaje al profesor Antonio Truyol Serra. V. II*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales: Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 955-993.

Pérez Luño, Antonio, *Los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2013.

Pérez, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

Posner, Richard, *Overcoming Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

Posner, Richard, *Cómo deciden los jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Prieto, Luis, «Derechos Fundamentales», en GARZÓN, E. y LAPORTA, F. (eds.) *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 501-510.

Rawls, John, *A Theory of justice*, Cambridge, The Belknap Press of Harvard University Press, 1971.

Raz, Joseph, «Sobre la autoridad e interpretación de las constituciones: algunas ideas preliminares», en *Problema: Anuario de filosofía y teoría del derecho*, número 1, México, UNAM, 2007, pp. 3-72.

Rollnert, Göran, «La mutación constitucional, entre la interpretación y la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 101, Madrid, CEPC, 2014, pp. 125-155.

Rubio Llorente, Francisco, *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución. Volumen III*, Madrid, CEPC, 2012.

Schmitt, Carl, «Zehn Jahre Reichsverfassung», en *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1958, pp. 34-40.

Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991.

Schmitt, Carl, *La tiranía de los valores*, Buenos Aires, Hydra, 2009.

Schmitt, Carl, *Teología Política*, Madrid, Trotta, 2009.

Tajadura, Javier, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Tomkins, Adam, «In Defence of the Political Constitution», en *Oxford Journal of Legal Studies*, número 22, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 157-175.

Wittgenstein, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, Madrid, Gredos, 2009.

Wittgenstein, Ludwig, *Sobre la certeza*, Madrid, Gredos, 2009.

Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

Zagrebelsky, Gustavo, *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*, Madrid, Trotta, 2014.

República Dominicana, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, sentencia núm. TC/0168/13.

España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 53/1985.

España, Tribunal Constitucional de España, sentencia núm. STC 11/1981.