

ARTÍCULOS

QUID
IURIS

Interpretación constitucional evolutiva VS. Originalismo. La creación judicial de nuevos derechos.



María del Pilar Molero Martín-Salas

Profesora Doctora de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciada y Doctora en Derecho con mención europea por la misma Universidad, ampliando sus estudios pre y post doctorales en la Universidad de Pisa, Italia.

Ha sido Vicedecana de Ordenación Académica y Comunicación de la Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca (UCLM), y Coordinadora del Grado de Derecho en la misma Facultad, donde ejerce su labor como profesora de Derecho Constitucional.

Su principal línea de investigación se centra en la disposición de la propia vida y salud, decisiones en cuanto a tratamientos médicos, y las técnicas de reproducción asistida. Dentro de este ámbito cuenta con numerosas publicaciones, entre las que cabe destacar la monografía titulada La libertad de disposición de la propia vida desde la perspectiva constitucional, publicada por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2014.

Otra de sus líneas de investigación es en materia electoral, violencia política e igualdad de género. También cuenta con varias publicaciones dentro de este ámbito si bien cabe resaltar la monografía Luces y sombras de la paridad electoral, publicada por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de México, en 2021.

En general, a lo largo de su trayectoria profesional, su investigación se ha centrado en la regulación y protección de los derechos humanos, tratando temas diversos como el derecho a la educación, la Unión aduanera, la paz como realidad multidimensional...y dentro de un ámbito más histórico en el análisis de la Constitución de 1812, entre cuyas publicaciones cabe mencionarse la monografía El proceso constituyente de 1812 y la participación de los diputados de Castilla-La Mancha, publicada por las Cortes de Castilla-La Mancha.

En total cuenta con más de 40 publicaciones.

Secretaria de la Revista Parlamento y Constitución, editada conjuntamente por las Cortes de Castilla-La Mancha y la Universidad de Castilla-La Mancha.

Docente tanto a nivel nacional, como en universidades e instituciones extranjeras, a todos los niveles, tanto al nivel del grado como de posgrado, másteres y títulos oficiales.

Ha participado en numerosos congresos y seminarios, tanto en el ámbito nacional como internacional, pudiendo destacarse su participación en la Facultad de Jurisprudencia de Pisa (Italia), Centro de Estudios de Derecho Español y Europeo de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad de Varsovia (Polonia), Comisión Nacional de Derechos Humanos de Ciudad de México y de Puebla, y en el Tribunal Electoral de la Federación de México, Universidad de Baja California, México, Universidad de Costa Rica, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Nacional de Tucumán (ambas de Argentina), Universidad de Tumbes (Perú), Instituto Palestra de Lima (Perú), Universidad de La Habana (Cuba)...

Interpretación constitucional evolutiva VS. Originalismo. La creación judicial de nuevos derechos.

María del Pilar **Molero Martín-Salas**¹.

Universidad de Castilla-La Mancha. España.

EVOLUTIONARY CONSTITUTIONAL INTERPRETATION VS. ORIGINALISM. THE
JUDICIAL CREATION OF NEW RIGHTS.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. III. DE LA LABOR INTERPRETATIVA. 1. Significado y necesidad de la interpretación. 2. La interpretación se perpetua en el tiempo. 3. Consecuencias de la interpretación. IV. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS. 1. Criterios generales de interpretación. 2. Criterios específicos de interpretación. V. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH). VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Posiblemente, la labor interpretativa por parte de los jueces sea una de las más interesantes en el ámbito jurídico, pues “...constituye uno de los procesos más importantes e interesantes en el quehacer jurídico...”,² e incluso pudiendo afirmarse que es “...el núcleo central de la Teoría de la Constitución y que requiere, por consiguiente, una mínima atención por parte de todos y de cada uno de los que nos dedicamos o pretendemos dedicarnos al estudio y a la enseñanza del Derecho constitucional”³.

Es, sin duda, una tarea compleja y que supone una de las problemáticas más habituales y a la vez más imprescindibles. Parece difícil aplicar una norma jurídica sin una previa interpretación de la misma, al menos suele ser una tarea bastante frecuente en la mayoría de los supuestos.

El análisis de un asunto como la interpretación judicial sería casi inabarcable, al menos en toda su extensión, pues son diferentes las aristas que podrían investigarse, y numerosos los elementos que la componen. Es por ello que el presente trabajo trata de acercarse, aunque de manera sucinta por la complejidad y amplitud del mismo, a un aspecto concreto dentro de la interpretación judicial, por una parte la dualidad que existe entre la denominada interpretación evolutiva y la interpretación originalista, y por otra, el efecto que ello produce en la interpreta-

¹ Dra. en Derecho. Profesora de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. UCLM. España. mariapilar.molero@uclm.es.

² Goig Martínez, J.M., “La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, en Revista de Derecho de la UNED, nº 12, 2013, p. 259.

³ Martínez Alarcón, M.L., “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, en Teoría y Realidad constitucional, UNED, nº 21, 2008, p. 355.

ción de los derechos.

Para analizar la dicotomía que se produce entre la idea de originalismo y la idea de evolucionismo, debemos partir de la labor que desempeña el poder judicial: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Evidentemente, para juzgar, el juez debe aplicar la ley, el derecho positivo. La visión más tradicional de esta labor supone que el juez se debe limitar a analizar el supuesto de hecho por el que se le pregunta, y comprobar si el mismo estaría dentro de los límites que marca la norma. Los defensores de esta corriente originalista ponen en valor el sentido inicial con que se emitió una norma, y en el caso de una Constitución harían referencia a la intención original del poder constituyente.

Sin embargo, esto no siempre resulta una tarea fácil, sobre todo cuando lo que se debe aplicar es una Constitución en la que gran parte de sus enunciados son principios que suelen necesitar de la interpretación. Sin duda, en dicha interpretación se deberá tener en cuenta el espíritu del constituyente cuando la elaboró, pero también otros elementos que han podido formar parte de la ecuación. Además, cuando aplicamos derechos, suele ser habitual el choque entre ellos, produciéndose conflictos jurídicos en los que la interpretación es esencial para resolverlos.

II. INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Cuando se aborda un tema como la interpretación, lo primero que debe delimitarse es si se trata de interpretación jurídica, entendida de una forma más global, o de interpretación constitucional. Si bien considero que la mayor parte de los elementos que deben tenerse en cuenta en la primera, también son aplicables a la segunda, sí me parece importante señalar que el análisis que se pretende realizar en este trabajo se refiere esencialmente a la interpretación constitucional.

Aunque, como digo, gran parte de los aspectos relevantes de la interpretación general van a estar presentes en la constitucional, esta última conlleva una serie de especialidades que deben tenerse en consideración, y que diferencian la interpretación constitucional de la que podría realizarse respecto a otras normas infraconstitucionales como la leyes.

En primer lugar, y quizá lo más relevante, es la propia naturaleza de la norma que interpretamos, pues es distinta en el caso de la Constitución y en el caso de las leyes⁴. Hablar de la Constitución no es hablar de una norma cualquiera. En los estados democráticos en los que la idea imperante es el estado de derecho, la Constitución es una norma jurídica, plenamente vinculante y a la cúspide del ordenamiento jurídico. “La validez del texto constitucional se desprende de su legitimidad (de su naturaleza democrática); su validez no deriva, por tanto y frente a lo que ocurre con el resto de normas del ordenamiento jurídico, de una norma superior de la que sea su lógico desarrollo y a la cual no pueda contradecir. Es decir, la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico que no puede ser interpretada conforme a otra superior, sen-

4 Aragón Reyes, M., “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional”, en REDC, n° 17, 1986, p. 119.

cillamente, porque ésta no existe. Esta situación complica, evidentemente, la cuestión relativa a su interpretación”.⁵ Precisamente, concebir así la Constitución debe ser la idea básica de la que debemos partir si hablamos de interpretación de derechos, pues así entendida parecen obvias dos consecuencias: el resto del ordenamiento jurídico deriva de ella y debe ser conforme a ella, y deben existir mecanismos que controlen y garanticen que realmente ese respecto se produce, esto es, allí donde hay Constitución en el sentido dicho, debe existir Justicia Constitucional⁶. En un sistema concentrado como puede ser el español, la labor de la interpretación constitucional “...aunque es desarrollada por los jueces al aplicar la Constitución, es ejercida, en última instancia, por el Tribunal Constitucional, que se define en su propia ley como el intérprete supremo de la Constitución”⁷. Justamente, en esa labor que realiza la Justicia Constitucional, en cuanto a garantizar la supremacía de la Constitución, resultará “inevitable” la interpretación de la misma. Uso dicho calificativo de manera intencionada, pues considero que aplicar la Constitución es prácticamente imposible sin un ejercicio previo de interpretación.

Además del tipo de norma que supone la Constitución, y la posición preferente que ocupa en el sistema de fuentes, también es relevante la propia estructura que suele tener esta norma especial, y que es distinta de cualquier otra norma infraconstitucional, esto es, las constituciones habitualmente no establecen prohibiciones o permisos de manera expresa, ni exponen enunciados a los que se les atribuye una determinada consecuencia jurídica. Las constituciones suelen ser normas marco, que delimitan unos márgenes de actuación, por lo que suele ser necesaria la interpretación para valorar si una determinada actuación se encuentra dentro de sus límites, o al margen de ellos.

Por otra parte, ni el Derecho en general, ni la Constitución en particular, puede preverlo todo. Ciertamente, se pueden establecer determinados supuestos, y las posibles consecuencias jurídicas de ciertas actuaciones y omisiones, pero el Derecho no puede abarcarlo todo, es por ello que debe tener esa “textura abierta” de la que nos hablaba Hart⁸. Aunque no es intención de este trabajo la referencia concreta al ordenamiento español, sí me parece interesante la teoría seguida por el Tribunal Constitucional en los últimos años, en supuestos especialmente complejos, y que han dado lugar a una clara interpretación creadora del Derecho. Precisamente, usando como base esa textura abierta a la que me refería anteriormente, ha sido habitual el uso de la llamada doctrina de que la Constitución es un “árbol vivo”. Son diversos los supuestos en los que se hace referencia a esta teoría, así lo hizo el Alto tribunal en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo. Afirmaba el Tribunal en el fundamento jurídico 9: “Para avanzar en el razonamiento es preciso dar un paso más en la interpretación del precepto. Se hace necesario partir de un presupuesto inicial, basado en la idea, de que la Constitución es un «árbol vivo», -en expresión de la sentencia Privy Council, Edwards c. Attorney General for Canada de 1930 retomada por la Corte Suprema de Canadá en la sentencia

5 M^a Luz p. 360.

6 No me detendré en el análisis de la tradicional dicotomía entre control difuso y control concentrado, pues más allá de quién realice ese control, bien un órgano especializado, bien los jueces ordinarios, lo importante es la labor de interpretación que realizan en uno y otro caso.

7 Goig, p. 259.

8 Hart, H.L.A., El concepto de Derecho, 2a ed., Buenos Aires 1961, p. 159 y ss.

de 9 de diciembre de 2004 sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo- que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no sólo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”. De manera similar, y más reciente, vuelve a reiterar la misma interpretación al hilo de la STC 44/2023, de 9 de mayo, dictada para la interrupción voluntaria del embarazo, o las SSTC 19/2023, y 94/2023, de 22 de marzo y 12 de septiembre, respectivamente, en cuanto a la eutanasia⁹.

Las especialidades descritas suponen un elemento diferenciador importante, entre la interpretación general que se realiza en torno a las diversas normas que componen el ordenamiento jurídico, y la que se realiza en el ámbito de la interpretación constitucional.

III. DE LA LABOR INTERPRETATIVA

1. Significado y necesidad de la interpretación

Si acudimos a la RAE para conocer el significado de la palabra “interpretación”, encontramos diversas acepciones al respecto. De todas ellas, son tres las que más se acercan al sentido jurídico de la palabra, que es el que aquí nos interesa. Primera acepción: Explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente de un texto. Tercera acepción: Explicar acciones, hechos o sucesos que pueden ser entendidos de diferentes modos. Octava acepción: Determinar el significado y alcance de las normas jurídicas.

Partiendo de estas aproximaciones al concepto, parece claro que la interpretación serviría para explicar o aclarar algo que no está bien explicitado, bien porque no se expone con suficiente profundidad, o bien porque puede ser entendido de diversas formas. Así las cosas, y teniendo en cuenta la labor tan importante que puede desempeñar la interpretación, cabe preguntarse si dicha tarea puede entenderse necesaria. Como trataré de argumentar en los párrafos siguientes, considero que la respuesta ha de ser afirmativa.

Un primer motivo, bastante obvio por otra parte, es que ni la Constitución ni las leyes que de ella derivan pueden agotar la totalidad de las circunstancias que en la práctica pueden

⁹ Si bien el uso de dicha doctrina no está carente de críticas, así Fco. Javier Matía afirma que “No es sorprendente que éste sea el aspecto más discutido de la Sentencia, dado que se utiliza un instrumento surgido en el Derecho anglosajón en una cultura constitucional radicalmente distinta, como es la europea (continental)”, en Matía Portilla, F. J., “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *Teoría y Realidad constitucional*, UNED, n° 31, 2013, p. 545.

darse; como quedó apuntado unos párrafos más arriba. La Constitución no puede entenderse como algo cerrado. Es evidente que cuando se reconocen derechos se hace a través de previsiones, más o menos breves, que luego deben ser interpretadas.

Ni la Constitución puede prever todas las circunstancias posibles, ni el constituyente pudo predecir el alcance ni la naturaleza de todos aquellos enunciados recogidos en la norma suprema. Es por ello que es habitual que algunos de estos enunciados se expongan de manera deliberadamente ambigua, bien por falta de consenso para preverlos con mayor concreción, bien por desconocimiento de cuál debería ser su regulación más adecuada, etc. Un ejemplo podría ser la manera en cómo suele reconocerse el derecho a la vida en los textos constitucionales, garantizando su protección si bien de una forma genérica, siendo escasas las previsiones concretas en cuanto a la interrupción del embarazo, o la disposición de la propia vida, dejando tales regulaciones para la labor futura de del legislador.

Otro de los aspectos a tener en cuenta es que las constituciones contienen principios y/o derechos que en ocasiones pueden entrar en colisión, véase el clásico conflicto entre el derecho a la libertad de expresión e información, y el derecho al honor, intimidad y propia imagen. Si compartimos la idea de que todos ellos tienen una posición de igualdad dentro de la norma suprema, deberemos acudir a la interpretación para analizar el papel que cada uno de ellos juega en el caso concreto.

La labor de interpretación, de tipo evolutivo, también aporta una mayor estabilidad jurídica, política y social, pues permite asumir diferentes opciones sin que sean necesarias reformas constitucionales continuas. Los seguidores de las teorías interpretativas más originalistas precisamente consideran que la reforma es el mecanismo oportuno para dar a la Constitución un nuevo sentido, sin embargo, ni la reforma suele ser un mecanismo fácil, ni las constantes reformas son lo más adecuado para el sistema.

Finalmente, es importante valorar la distancia que se produce entre el origen de la Constitución y el momento de aplicarla. Las Constituciones deben estar vigentes, tanto desde un punto de vista temporal, como desde la perspectiva material, y deben ser válidas. Si obviamos este paso del tiempo, y la evolución que se produce durante el mismo a diversos niveles, no tenemos en cuenta la vigencia material de la Constitución. "...todos deseamos que el derecho en general vaya acompasado con el cambio social, dadas las enormes desventajas que tiene el que el orden jurídico se quede atrás respecto a la realidad"¹⁰.

Así las cosas parece que la labor de interpretación es bastante recomendable, e incluso necesaria en numerosos supuestos.

2. La interpretación se perpetua en el tiempo

Y no solo es algo necesario, como hemos tratado de explicar, sino que es una labor cuya necesidad no se pierde con el paso del tiempo, sino que la conserva durante toda su vigencia. A tal respecto expone Díaz Revorio que la interpretación constitucional tiene especial importan-

10 Carbonell, M., "La Constitución viviente", Isonomía, México, n.º. 35, Octubre, 2011, p. 187.

cia en los primeros años de andadura de un texto constitucional, pues es en esa primera época cuando quedan establecidos los elementos básicos de la norma¹¹. Sin embargo, la labor de interpretación sigue siendo necesaria con el paso del tiempo, pues no solo la producción legislativa es una constante en los estados, y por tanto susceptible de ser controlada en cuanto a su adecuación con la norma suprema, es que la propia Constitución se ve afectada por la evolución social y el paso del tiempo, lo que supone que constantemente deba ser objeto de interpretación.

Claro que al inicio es importante la tarea interpretativa, pero no creo que sea el momento más importante. Cuando una Constitución nace lo hace bajo unas circunstancias y coyuntura concretas, y es con el paso del tiempo cuando esas circunstancias van cambiando y se hace necesaria la interpretación. Un ejemplo de ello sería que en las constituciones encontramos materias muy desarrolladas, lo que indica el amplio consenso en el poder constituyente en cuanto a su previsión y contenido, sin embargo, en otros casos, la regulación constitucional es casi testimonial, y en ocasiones deliberadamente ambigua, con la clara intención de que sea el legislador futuro el que interprete y regule según la coyuntura del momento.

3. Consecuencias de la interpretación

Es indudable que la interpretación, aun siendo necesaria, y estando presente durante toda la vigencia de la norma suprema, provocará una serie de consecuencias. Díaz Revorio se refiere a ello como los “problemas dramáticos” que dicha labor puede ocasionar a veces¹².

Parece claro que tras la interpretación de un precepto este puede ser entendido en un sentido diferente o puede concretarse su contenido. Según la propia definición que hemos expuesto anteriormente, con la interpretación se pretende dotar de un “significado” a un “significante”. Guastini, por ejemplo, considera que el “significante” sería la disposición, el enunciado que pretendemos interpretar, mientras que el “significado” sería la norma, lo que debemos o no debemos hacer¹³. Esto lleva a preguntarnos si con la interpretación descubrimos el significado inicial que se pretendía para un determinado enunciado, o si con la interpretación surge algo nuevo no previsto inicialmente, o dicho de otra forma en cuanto a esto último, si la interpretación constitucional supondría creación constitucional.

Estas dos posibilidades posiblemente se refieran a los dos momentos a los que hacía referencia antes. Como vimos, la interpretación es una labor esencial al inicio de la andadura de un texto constitucional, por ello en ese momento sí se daría la primera de las opciones, esto es, descubrir cuál es el significado que realmente pretendía el constituyente. Al tratarse de una norma reciente, se necesita de la interpretación para saber con certeza su significado. Nos encontraríamos ante una labora interpretativa de tipo originalista.

En años posteriores, cuando el texto constitucional se va consolidando, las consecuencias de la interpretación también pueden tener que ver con determinar el significado concreto de una disposición, pero en menor medida, pues se trata de un texto que ya goza de una cierta

11 Díaz Revorio, F.J., “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, México, n° 37, enero-junio, 2016, p. 12.

12 Díaz Revorio, F.J., “Interpretación...”, op. cit., p. 11.

13 Guastini, R., *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, p. 118.

andadura y madurez jurídica, social y política, sin embargo, sí suele producirse la segunda de las consecuencias, la aparición de nuevas interpretaciones que pueden dar lugar a una labor creadora de derecho. Precisamente, de ahí la referencia a que los Altos tribunales, los considerados máximos intérpretes de los textos constitucionales, podrían actuar como legisladores positivos a través de sus, nada sencillas, sentencias interpretativas¹⁴. “Las sentencias interpretativas suponen que se expulsa una interpretación de la disposición, pero se mantiene la eficacia normativa de la misma, es decir, si una de las interpretaciones es contraria a la Constitución y la otra resulta conforme con ella, el TC no puede declarar la inconstitucionalidad de la disposición, sino sólo del sentido interpretativo que colisiona con ella”¹⁵.

Este tipo de interpretaciones posteriores, que suelen conllevar una cierta creación de derecho, se incardinan en las llamadas corrientes de interpretación evolutiva.

IV. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LOS DERECHOS

Como venimos exponiendo, la labor de interpretación es necesaria. Ciertamente, como se expuso anteriormente, ello conlleva una serie de consecuencias, de tal forma que la interpretación puede provocar la aparición de varios sentidos, que un derecho pueda ser entendido de varias formas, e incluso la aparición o creación de los llamados “nuevos derechos”.

Cuando los jueces llevan a cabo la labor interpretativa, a través de sus resoluciones judiciales, deben realizarla a través de una serie de mecanismos que se basan en ciertos criterios interpretativos. En toda interpretación se aplican una serie de criterios que podríamos llamar generales. Cuando la interpretación se refiere de manera concreta a derechos, además de los generales, también aplicaremos una serie de criterios específicos, especialmente importantes en la interpretación de derechos.

1. Criterios generales de interpretación

Siguiendo la clasificación ofrecida por Savigny¹⁶, suelen utilizarse los siguientes 4 criterios generales:

a) Criterio gramatical: Utiliza la literalidad del texto, el sentido de la palabras. Si la literalidad es clara y concisa, deja poco margen a la interpretación, y por tanto a la búsqueda de varios sentidos, y mucho menos a la creación de nuevos derechos. Debe interpretarse según lo que dice el propio enunciado.

Cuando las palabras se usan de manera ambigua y poco clara, da más margen para la interpretación, pero se trata de un criterio poco útil.

La exégesis o interpretación exegética es un método de interpretación objetivo, que se

14 A este respecto, puede leerse el libro Díaz Rervorio, F.J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, 2001, 342 pp.

15 Goig, p. 265.

16 Savigny, F.K., Metodología Jurídica, Valleta ediciones, Buenos Aires, 2004, 93 pp.

basa en el criterio gramatical, literal. Utiliza como único elemento interpretativo lo que dice la ley, sin tener en cuenta otros elementos como la costumbre o la jurisprudencia.

b) Criterio sistemático: Muy útil y utilizado por los órganos judiciales. Estaría comprendido por dos elementos:

1. La coherencia, que permite interpretar un derecho de conformidad con otros valores también reconocidos, evitando la contradicción.

2. Sede materiae, o lugar que ocupa dentro del texto constitucional. Por ejemplo, las constituciones pueden contener diversas partes, con diferente protección, lo que supone que la previsión en un lugar u otro tenga su importancia práctica.

En general este criterio lo que nos indica es que los derechos deben ser interpretados teniendo en cuenta el contexto en el que se encuentran, entendiendo que se prevén en la Constitución y que esta debe ser entendida como un todo.

c) Criterio histórico o de los precedentes: Puesto que nos estamos refiriendo a la interpretación constitucional, este criterio se referiría a los debates del poder constituyente, y el sentido que entendieron debía darse a los derechos.

Se trata de un criterio importante, pero si asumimos la evolución que la propia Constitución sufre con el paso del tiempo, no podemos entenderlo como determinante. El sentido que se le dio a un derecho durante los debates constituyentes puede haber cambiado.

Con base en este criterio cobra especial relevancia la interpretación hermenéutica. Esta herramienta interpretativa nos permite entender y aplicar un texto elaborado en una época anterior, pero en el contexto actual; alejado y distinto del que fue elaborado. Aunque la labor interpretativa se realice en un momento actual, indudablemente está imbuida de la tradición y la historia, así hay autores, como Gadamer, que hablan del círculo hermenéutico, como esa relación circular que existe entre la tradición y la interpretación, siendo ambos elementos de un todo.

d) Criterio teleológico: Hace referencia a un criterio finalista, esto es, el derecho debe ser interpretado conforme a la finalidad que se pretende con él. Este criterio hace referencia a la búsqueda de la esencia, el espíritu de este derecho. Se trata de un criterio clave, pues sea cual sea la interpretación que se asuma, no puede hacer irreconocible al derecho, vaciarlo de su esencia.

Como venimos apuntando a lo largo del trabajo, nos encontramos ante la dicotomía entre la interpretación originalista y evolucionista. Si bien reconocemos la importancia de la primera, pues se realiza con la intención de conocer cuál fue el sentido que el constituyente dio a las diferentes disposiciones que componen una Constitución, lo cierto es que con el paso del tiempo se hace especialmente necesaria la interpretación evolutiva que realizan los jueces a través de sus resoluciones judiciales. Es por ello que, además de los 4 criterios descritos por

Savigny, debemos tener en cuenta un criterio más, el criterio evolutivo o de la evolución. “La interpretación progresiva exige que deban tomarse en cuenta, tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación...”¹⁷.

Se trata de un criterio especialmente importante a la hora de la interpretación de derechos, pues dicha interpretación debería adaptarse a la coyuntura y realidades sociales al momento de la interpretación. El reconocimiento de un derecho no es ni más ni menos que la cobertura jurídica que se le da a una realidad o necesidad social, que surge en un determinado momento y poco a poco se va consolidando. No podemos interpretar un derecho obviando el momento social y temporal en que debe ser interpretado; no sería una interpretación correcta.

Además, este criterio permite la estabilidad y longevidad de ciertas normas, especialmente las constitucionales, que nacen con esa pretensión, la de ser más o menos permanentes. Si el texto constitucional no evolucionara, no gozaría de la misma estabilidad. Si no se permitiera este criterio evolutivo, los derechos perderían su efecto expansivo, pues hay que recordar que no solo gozan de vertiente subjetiva, también de objetiva, en virtud de la cual conforman la estructura social y política del estado.

Como ya quedara apuntado en otra parte de este documento, la Constitución debe ser válida y vigente; desde el punto de vista temporal y material. El no reconocimiento de la evolución a la hora de interpretar provocaría la pérdida de vigencia material del texto constitucional.

Finalmente, y aunque en este trabajo nos estamos centrando en la interpretación mediante resoluciones judiciales, cabe mencionar la importancia de la mutaciones constitucionales en esta labor de la interpretación evolutiva, pues se tratan de mecanismos que permiten la reforma constitucional por vía interpretativa, sin que el texto se vea modificado. “Se produce una mutación constitucional cada vez que uno de los poderes constituidos da a un precepto constitucional una interpretación diferente a la que inicialmente tuvo y no existen vías jurídicas para corregir esa nueva interpretación”¹⁸.

2. Criterios específicos de interpretación

Además de los criterios generales apuntados, resultan especialmente importantes, en la interpretación de derechos, los criterios específicos que exponemos a continuación de manera sucinta.

En primer lugar debemos tener en cuenta que uno de los elementos básicos del estado de derecho es el reconocimiento de derechos. La previsión y garantía de derechos y libertades supone un aspecto clave de las constituciones y del ordenamiento en su conjunto, es por ello que todo el ordenamiento jurídico debe ser interpretado a la luz de los derechos.

Otro de los aspectos importantes es que los derechos también deben interpretarse a la luz de los diferentes tratados y normas internacionales suscritas por el estado. “La aparición

17 Goig p. 279

18 Goig p. 287.

y desarrollo de sistemas de protección internacional de derechos humanos (notablemente del sistema europeo creado por el Convenio de 1950 y el sistema interamericano establecido por la Carta de San José en 1979) está teniendo, como era de esperar, profundos efectos en la interpretación judicial del Derecho”¹⁹.

Por otra parte, siempre que se están interpretando derechos rige el principio pro homine o pro persona, esto es, la interpretación más favorable a la persona. El reconocimiento de este principio supone: a) Si hay varias interpretaciones posibles, se elegirá la más favorable al ejercicio del derecho. b) Los límites a los derechos siempre se interpretarán de la forma más restrictiva posible.

Especialmente importante es el reconocimiento de la dignidad de la persona, y la eficacia que esta irradia en todo el ordenamiento jurídico, y en la interpretación de los derechos. “La dignidad se configura como un principio fundamental de referencia; razón de los derechos y libertades y del propio Estado Social y Democrático de Derecho”²⁰. También juega un papel esencial cuando la interpretación supone limitación de los derechos, pues además de que con la misma no puede vulnerarse el contenido esencial del derecho, ni hacerlo irreconocible, la dignidad supondrá un mínimo infranqueable, tanto para el legislador, como para la interpretación judicial.

V. ALGUNOS EJEMPLOS DE LA LABOR INTERPRETATIVA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH)

Si bien en este apartado se pretende poner de manifiesto la importante labor interpretativa llevada a cabo por el TEDH, resulta crucial hacer mención, aunque de manera sucinta, a la interesante labor interpretativa-creadora llevada a cabo en EE.UU.

Entiendo que es de obligada alusión pues la tarea desempeñada por el Tribunal Supremo de EE.UU. supone uno de los ejemplos más claros en que la labor interpretativa comporta creación de derechos. Esta labor ha sido desarrollada a través de la denominada living constitution o Constitución “viviente”. Como afirma David Strauss, una Constitución viviente es aquella que evoluciona, que cambia con el paso del tiempo y que se adapta a las nuevas circunstancias, pese a que no es formalmente modificada a través del procedimiento de reforma constitucional²¹.

La Constitución de 1797 de EE.UU. sigue vigente hoy en día, a pesar de su longevidad, y puesto que su reforma resuelta especialmente dificultosa, es por ello que la mencionada teoría ha tenido especial trascendencia. El caso paradigmático fue Roe contra Wade, en el año 1973, en el que una mujer solicitaba poder abortar, en el Estado de Tejas, por ser el embarazo fruto de una violación. Más allá del fondo del asunto, lo interesante de la sentencia dictada por el Tri-

19 López Guerra, L., “Interpretación del Derecho y sistema europeo de derechos humanos”, Ex Legibus, Revista de la Escuela Judicial del Estado de México”, n° 2, abril 2005, p. 63.

20 Goig p. 274.

21 Strauss, D.A., The living Constitution, Oxford University Press, Oxford, 2010, 150 p.

bunal Supremo norteamericano, es el cambio interpretativo desde una teoría originalista a una interpretación que considera que la Constitución debe ir adaptándose los cambios propios de la coyuntura del momento.

De manera similar respecto al reconocimiento del concepto privacy, que serviría para dar cobertura a determinadas actuaciones relacionadas con la intimidad, la autonomía personal y la libertad, aun no estando previstas expresamente por la norma constitucional. Sirva como ejemplo de esta labor creadora de derecho el caso Griswold contra Connecticut, del año 1965, entendiendo que el uso de anticonceptivos por parte de las personas casadas formaba parte de su privacidad.

Centrando el análisis en el ámbito europeo, sin duda la labor interpretativa del TEDH es especialmente reseñable, y ellos por varios motivos:

En primer lugar debemos tener en cuenta que la firma del Convenio²², que sirve como parámetro interpretativo del Tribunal, supone un compromiso respecto a su contenido para todos los estados firmantes. Sin embargo, existe gran diversidad entre los estados, especialmente en lo que respecta a ciertos temas, por lo que la labor interpretativa del Tribunal resulta crucial.

Sin bien, como veremos, se deja un margen propio de decisión a los estados miembro, ante diversas cuestiones especialmente relevantes, el Tribunal ha buscado, con sus interpretaciones, una cierta homogeneidad, un estándar común europeo. Así, el propio Tribunal afirma en el caso Glor contra Suiza de 2009 que “Al ser el Convenio principalmente un sistema para la protección de los derechos humanos, el Tribunal debe tener en cuenta las condiciones cambiantes en los Estados contratantes y responder, por ejemplo, a un emergente consenso en cuanto a que estándares deben ser alcanzados”. Ello supone que, por ejemplo, haya entendido en el caso Scoppola contra Italia de 2009 la relevancia de alcanzar un consenso común en cuanto al alcance que debe tener la irretroactividad de las normas penales.

Asimismo, es el propio Tribunal el que pone de manifiesto su intención, y deseo, de que el convenio sea efectivo, y realmente abogue por la defensa de los derechos humanos, por ello el criterio finalista es muy tenido en cuenta por el tribunal, esto es, que la interpretación que se haga realmente busque ese fin, el de proteger los derechos de las personas. En el caso Airey contra Irlanda del año 1979, pone claramente de manifiesto esta intención. Además, para conseguir esa finalidad que se pretende, la protección real y efectiva de los derechos, toda interpretación que se haga del Convenio deberá ser acorde con los valores actuales y vigentes en una sociedad democrática.

Todo ello supone que el TEDH considera que el Convenio es cambiante y adaptable, lo que podríamos llamar, siguiendo la teoría descrita para el Tribunal Supremo norteamericano, un Convenio “viviente”. La jurisprudencia emanada del Tribunal nos indica que nos encontramos “...frente a una interpretación que pudiera llamarse originalista...”²³, lo cual supone que “...el Tribunal

²² Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Conocido como Convenio de Roma.

²³ López Guerra p. 68

ha debido interpretar el Convenio en forma evolutiva...”²⁴.

En todos los años de andadura del TEDH han sido principalmente dos los elementos interpretativos utilizados: el libre margen de apreciación de los estados, y la extensión del contorno de ciertos preceptos.

En lo que respecta al libre margen de apreciación de los estados, el uso de esta metodología interpretativa ha sido crucial para el Tribunal, ante “...la necesidad de aplicación a ordenamientos jurídicos muy diferentes, en situaciones sociopolíticas muy diversas, y que incluso ofrecen una amplia variedad en cuanto a la misma definición de los conceptos jurídicos básicos”²⁵. Ha sido esencial ante cuestiones muy ligadas a la estructura jurídico-política propia del estado, como la relación que se produce entre entidades religiosas y el estado, en cuyo caso el Tribunal ha entendido conveniente otorgar ese margen de libre actuación. Así se produjo, por ejemplo, en el caso Leyla Sahin contra Turquía, del año 2005, en el que se analizaba el sistema laico del estado.

También ha sido habitual su uso en aquellos asuntos especialmente complejos y ligados a la bioética, y en los que no suele haber una interpretación interna homogénea, el Tribunal ape- la a este libre margen de apreciación, entendiendo que son los propios estados los que mejor conocen la idiosincrasia de sus territorios, y por tanto, salvo que sus regulaciones sean abier- tamente contrarias al Convenio, el Tribunal suele darlas por conforme. “Algunos autores hablan de relación de reciprocidad inversa, entre el margen de apreciación de los Estados y la teoría del consenso”²⁶, esto es, cuanto más consenso hay en la regulación de un tema por parte de los Estados, menos margen de actuación tienen estos”²⁷.

Este tipo de interpretación ha sido habitual en casos tan conocidos como Frette contra Francia, del año 2002, respecto a la posibilidad de adopción por parte de homosexuales, en el de Vo v. Francia, del año 2004, en cuanto al momento en que se entiende iniciada la vida y la consideración jurídica del nasciturus, o en el caso Evans contra Reino Unido, del año 2006, rela- tivo a la reproducción asistida.

En cuanto al segundo de los elementos interpretativos, “...suele ser habitual la flexibili- zación de los márgenes de ciertos preceptos, lo que conlleva una ampliación de su contenido. Ante la inexistencia en el Convenio de ciertas manifestaciones, al menos de manera expresa, el Tribunal realiza una interpretación flexible que permite que puedan entenderse incluidas, de manera implícita, en otras realidades sí reguladas”²⁸.

Aunque dicha extensión se ha producido en diversos preceptos, lo cierto es que ha sido el artículo 8 el principal objetivo de esta labor interpretativa evolutiva. Si bien dicho precepto se

24 Ibidem, p. 69.

25 López Guerra, p. 73.

26 Es el caso de Penasa, S., “La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza”, en Forum di Quaderni Costituzionali, www.forumcostituzioanli.it, 2012, pp. 1-22.

27 Molero Martín-Salas, M.P., “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Estudios Constitucionales, n° 2, 2016, p. 191.

28 Molero Martín-Salas, M.P., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos y terminación de la vida tras dos décadas del caso Pretty V. Reino Unido”, en Revista General de Derecho Europeo, n° 58, 2022, p. 389.

refiere de manera expresa a la vida privada y familiar, su domicilio y su correspondencia, la diversa casuística que va llegando al TEDH ha provocado que sus contornos se hayan ido dilatando, dando cobertura a ciertas realidades que no aparecen de manera expresa en el Convenio. Es el caso, por ejemplo, de determinadas actuaciones como vertidos tóxicos, emanación de humos y olores, o la provocación de ruidos, que si bien no están reguladas por el Convenio, el Tribunal entendió, en el caso López Ostra contra España, del año 1994, que vulneraban el artículo 8.1. Situación similar se produce respecto al derecho a la reproducción analizado en el caso Evans contra Reino Unido, del año 1996, pues si bien se trata de un derecho que tampoco aparece como tal en el Convenio, el Tribunal entiende que dicha manifestación también se derivaría del artículo 8.1.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Si bien las conclusiones se han ido deduciendo a lo largo del propio trabajo, cabe destacar las ideas principales que se han destacado en su desarrollo.

La interpretación originalista de la Constitución sigue siendo necesaria, pues nos acerca a la esencia en cómo el constituyente quiso prever las diferentes disposiciones constitucionales, sin embargo no es suficiente. Para una correcta aplicación de la Constitución es necesario que también se tenga en cuenta la interpretación evolutiva, pues es la que permite que la Norma suprema también evolucione y se adapte a las circunstancias sociales, políticas y jurídicas del momento en la que deba ser aplicada, sobre todo cuando ha pasado un tiempo considerable entre uno y otro momento, pues la realidad indudablemente habrá cambiado.

Pero la interpretación evolucionista, o basada en el principio de la evolución, también tiene sus consecuencias, quizá la más relevante es la creación de Derecho por un órgano, el Poder judicial, no llamado a este cometido. Entiendo que esta labor creadora hasta cierto punto es inevitable y necesaria, y aporta numerosas ventajas al sistema, como he tratado de apuntar, sin embargo, ¿dónde estaría el límite? Una de las principales críticas que se realiza a esta labor creadora del Derecho es el llamado “activismo judicial” que para parte de la doctrina comienza a ser excesivo y desproporcionado. Sin duda se trata de un tema interesante, complejo y de plena actualidad, pero que deberá ser tratado en otro momento.

VII. BIBLIOGRAFÍA

-Aragón Reyes, M., “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional”, en REDC, n° 17, 1986, pp. 85-136.

-Carbonell, M., “La Constitución viviente”, Isonomía, México, n°. 35, Octubre, 2011, pp. 187-193.

-Díaz Revorio, F.J., Díaz Revorio, F.J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, 2001.

-.“Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, en Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, México, nº 37, enero-junio, 2016, pp. 9-31.

-Guastini, R., *Le fonte del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milán, 1993.

-Goig Martínez, J.M., “ La interpretación constitucional y las sentencias del Tribunal Constitucional. De la interpretación evolutiva a la mutación constitucional”, en Revista de Derecho de la UNED, nº 12, 2013, pp. 257-292.

-López Guerra, L., “Interpretación del Derecho y sistema europeo de derechos humanos”, *Ex Legibus*, Revista de la Escuela Judicial del Estado de México”, nº 2, abril 2005, pp. 63-78.

-Martínez Alarcón, M.L., “La aplicación judicial del Derecho Constitucional”, en Teoría y Realidad constitucional, UNED, nº 21, 2008, pp. 355-374.

-Matía Portilla, F. J., “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, Teoría y Realidad constitucional, UNED, nº 31, 2013, pp. 535-554.

-Molero Martín-Salas, M.P., Molero Martín-Salas, M.P., “La reproducción asistida en Europa: la labor armonizadora del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Estudios Constitucionales, nº 2, 2016, pp. 183-206.

-.“Tribunal Europeo de Derechos Humanos y terminación de la vida tras dos décadas del caso *Pretty V. Reino Unido*”, en Revista General de Derecho Europeo, nº 58, 2022, pp. 384-420.

-Penasa, S., “La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza”, en *Forum di Quaderni Costituzionali*, www.forumcostituzioanli.it, 2012, pp. 1-22.

-Savigny, F.K., *Metodología Jurídica*, Valleta ediciones, Buenos Aires, 2004, 93 pp.