

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INFLUENCIA DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA EN LA DOMINICANA EN MATERIA
DE GARANTÍAS NORMATIVAS.

SOME REFLECTIONS ABOUT THE INFLUENCE OF SPANISH
CONSTITUTION ON THE DOMINICAN CONSTITUTION IN
NORMATIVE GUARANTEES.

Dr. José Luis García Guerrero.
Profesor Titular de Derecho Constitucional.

SUMARIO

- I. Introducción.*
- II. Las materias protegidas por las garantías normativas.*
- III. La eficacia jurídica inmediata.*
- IV. La reserva de ley impropia. Ley ordinaria y ley orgánica. Sus quórums.*
- V. La indisponibilidad del contenido esencial.*
- VI. El principio de razonabilidad o proporcionalidad.*
- VII. La reforma constitucional agravada como garantía normativa.*

I. Introducción.

Es probable que la Constitución dominicana de 2010 sea una de las más avanzadas de Iberoamérica. Esta Norma fundamental ha recibido una fuerte influencia de la Constitución española de 1978, especialmente constatable en su parte dogmática y más intensamente en su Título II referido a los derechos y libertades fundamentales. No se pretende en este trabajo un estudio exhaustivo de esta afirmación, constatable mediante una simple lectura del articulado de ambos textos, sino más limitadamente examinar el influjo de la Constitución española sobre las garantías normativas recogidas en la Constitución dominicana, aunque hablando rigurosamente se trata más bien de la traslación de categorías jurídicas de Alemania a América a través del texto constitucional español. Al tiempo que se aprovecha el trabajo para destacar cómo en la traslación se han pretendido eliminar alguno de los problemas que las garantías normativas han originado en España, así como analizar ciertas dificultades específicas que surgen con las garantías en el país caribeño. Finalmente, se aprecia en qué medida es trasladable la literatura jurídica y la jurisprudencia europea, especialmente la española, al ordenamiento jurídico dominicano. Con este objeto de conocimiento el trabajo se introduce en el concepto de garantía, en el específico problema dominicano de la delimitación del ámbito material de las garantías normativas, en su eficacia jurídica inmediata, en la reserva de ley y más concretamente en la dificultad autóctona de determinar los espacios reservados a la ley ordinaria y orgánica en esta materia en directa relación con sus quórum, así como en las restricciones que el legislador recibe del contenido esencial y del principio de proporcionalidad. Finalmente se constata cómo no se olvidó el constituyente dominicano de contemplar a la reforma constitucional agravada como una garantía normativa más. En consecuencia, se comenzará por examinar si la Constitución dominicana responde al concepto de garantía y más específicamente si diferencia entre las jurisdiccionales, institucionales y normativas.

Aunque los procesos revolucionarios francés y estadounidense partían básicamente de un mismo concepto de constitución es indudable que su desarrollo más inmediato condujo a una rápida divergencia. En Francia primero y después en toda Europa se consolidó la Constitución política así denominada por limitarse a regular la parte orgánica, esto es, la estructura organizativa del poder¹, y por carecer de fuerza jurídica vinculante frente a ese poder. Se consagró un Estado de Derecho, con la ley como máxima norma expresión de un parlamento que

¹ Se trataba de regular el Estado, no la sociedad, véase ARAGÓN REYES, M. (1995). *Libertades económicas y estado social*, Madrid, Mc Graw-Hill, pp. 2-3, y sus matices a la afirmación.

representaba directamente la soberanía de la nación. Los derechos y libertades fundamentales se proclamaron en una Declaración no provista de valor jurídico y al margen de la constitución.

En cambio en los Estados Unidos de América rápidamente se alcanzó una Constitución normativa donde no sólo se reguló la organización del poder sino también los derechos y las libertades fundamentales, tras las primeras enmiendas constitucionales; además y no por ello menos importante, la norma de normas se dotó de auténtica fuerza jurídica vinculante frente al poder gracias a las cláusulas de reforma constitucional y a la *judicial review* tras la sentencia *Marbury versus Madison*². Se consagró el Estado Constitucional de Derecho, con la constitución como máxima norma jurídica, límite al poder, incluido el parlamento. Surgió así un poder constituyente como límite real y efectivo a los poderes constituidos, límites que sólo podrían ser superados apelando a la soberanía popular a través del poder constituyente constituido, con lo que se salvaguardó al tiempo el principio democrático.

Europa continental abraza este modelo estadounidense de forma generalizada tras la II Guerra Mundial, con las excepciones, llenas de matices, del Reino Unido y de Francia. La Constitución racional normativa no sólo regula la organización del poder, como hacía la Constitución política, y los derechos y libertades fundamentales sino todos los fundamentos de la vida humana y sus variadas relaciones sociales. Se alcanza el Estado Constitucional de Derecho³, fase superadora del Estado de Derecho, y la literatura jurídica empieza a acuñar el término garantía constitucional con el que quiere hacerse referencia a los instrumentos jurídicos que protegen a la propia constitución frente a posibles ataques o violaciones. Instrumentos que no son otros que la reforma constitucional y el control de constitucionalidad. Se trata, como ha señalado Rubio Llorente, de una auténtica revolución⁴, por fin se garantiza lo que acertadamente Kāgi denominó la fuerza vinculante bilateral de la norma, que obliga por igual a los ciudadanos y a los poderes públicos⁵. No está exento de problemas este tránsito del Estado

2 Sobre la importancia de la reforma constitucional en Estados Unidos para institucionalizar el poder constituyente originario del pueblo y la supremacía de la constitución como norma jurídica, véase PÉREZ ROYO, J. (1987). La reforma de la Constitución, Madrid, Congreso de los Diputados, pp. 23-24.

3 Sobre la divergencia entre Europa y Estados Unidos y la posterior convergencia véase DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. (1992). Curso de Derecho Constitucional Español, II, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, pp. 347-348.

4 RUBIO LLORENTE, F. (1993). La forma del poder (Estudios sobre la Constitución), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 507, señala: "La introducción de la jurisdicción constitucional en Europa no ha sido producto de una evolución, sino de una revolución".

5 KĀGI, W. (1945). Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich, Polygraphischer

de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, por citar algunos, señalaré los peligros que el control de constitucionalidad genera al principio democrático⁶ o el carácter excesivamente abierto que los tribunales constitucionales otorgan a veces a los preceptos constitucionales, devaluando su carácter jurídico.

Hasta aquí se ha entendido el término garantías constitucionales como los instrumentos jurídicos que protegen a la propia constitución frente a posibles ataques o violaciones, en este supuesto la constitución es el objeto de la acción de garantizar. No obstante, el concepto garantía constitucional se puede entender en un segundo sentido, concretamente, como la protección que determinada norma jurídica recibe por el hecho de encontrarse incluida en la constitución, ésta no opera como el objeto de la acción de garantizar sino como el sujeto⁷. Este segundo sentido es el que aquí nos interesa, dado que el término garantías normativas no es otra cosa que un tipo de garantías constitucionales pero para entenderlo cabalmente se debe recordar sintéticamente la evolución que han tenido los derechos y libertades fundamentales en su protección.

En un primer momento se consideró que la garantía de los derechos fundamentales quedaba cubierta mediante su proclamación solemne en Declaraciones de derechos, que esto bastaba para asegurarles un importante grado de tutela en la medida en que los derechos y libertades definían y legitimaban a los sistemas políticos; la noción de garantía se identificaba con el propio contenido del derecho. Más adelante, y con la preocupación de consolidar las conquistas revolucionarias, se estimó oportuno ampliar la protección de los derechos mediante su inclusión en las constituciones; se alcanzaba así el grado de tutela que dimana de una garantía constitucional, esto es, la protección que determinada norma jurídica recibe por el hecho de encontrarse contenida en la constitución. Finalmente, se amplió la tutela al establecerse expresamente en la constitución procedimientos e instituciones específicos para la protección de los derechos y libertades fundamentales; hay quien se refiere solamente a estos últimos cuando emplea la expresión garantías de los derechos fundamentales.

Verlag, pp. 49 y ss., dice: "lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional, frente a todo el mundo del autoritarismo, es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, de todas las autoridades y de todos los ciudadanos".

⁶ Véase FERRERES COMELLA, V. (2007). *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición; y AHUMADA RUIZ, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa*, Navarra, Thomson-Civitas.

⁷ Véase DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Curso de Derecho Constitucional Español*, ob. cit., p. 344.

Aquí se va a utilizar el término garantía constitucional de los derechos y libertades para referirse a la protección que reciben por encontrarse recogidos en la constitución y a los diferentes procedimientos e instituciones que han sido establecidos por ésta para tutelarlos específicamente. La doctrina comparada ha considerado que esta protección puede diferenciarse atendiendo a tres tipos de garantías, las jurisdiccionales, las institucionales, y, las que más tardaron en ser aceptadas, las normativas.

Las garantías jurisdiccionales, en línea con el viejo aforismo anglosajón: *Where there is no remedy there is no right*, esto es, sin tutela judicial no hay derecho, están prácticamente en todos los ordenamientos que disfrutaron de un concepto racional normativo de constitución. Se establece un amplio abanico de recursos jurisdiccionales ante los tribunales ordinarios, constitucionales e internacionales. Así la Constitución dominicana, tras afirmar su normatividad en el artículo 6 y proclamar en el 7 el Estado de Derecho, reconoce la tutela judicial efectiva (art. 69), el habeas data (art. 70), la acción de habeas corpus (art. 71) o la acción de amparo (art.72) dentro del Capítulo II del Título II, bajo la rúbrica "De las Garantías a los Derechos Fundamentales".

Las garantías institucionales se recogen en la Constitución dominicana en el Título VIII, cuyo artículo 191 establece que "La función esencial del Defensor del Pueblo es contribuir a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas y los intereses colectivos y difusos...". Por su parte, el artículo 169, párrafo I, dispone que "En el ejercicio de sus funciones el Ministerio Público garantizará los derechos fundamentales que asisten a ciudadanos y ciudadanas...". Parece así que podría seguirse la estela española donde el Ministerio Público se ocupa de la protección de los derechos en el campo de la administración de justicia, quedando el resto de ámbitos en manos del Defensor del Pueblo.

Finalmente las garantías normativas tratan de vincular efectivamente al legislador y su importancia es tal que hay quien estima que este elemento es lo que caracteriza a un derecho como fundamental⁸. El objetivo se alcanza otorgándoles eficacia jurídica inmediata; estableciendo reservas de ley impropias para acto seguido imponer límites a las restricciones que el legislador puede imponer a los derechos, lo que se realiza, en primer lugar, declarando un determinado contenido

⁸ CRUZ VILLALÓN, P. (1989). "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, pp. 39-40, afirma que las garantías jurisdiccionales y la capacidad de limitar al legislador en su función de regular el ejercicio de los derechos fundamentales es lo que hace reconocible a los derechos fundamentales como categoría".

esencial como indisponible para el legislador y, en segundo lugar, exigiendo a éste el respeto al principio de proporcionalidad cuando resuelva los conflictos entre derechos o entre éstos y principios, valores o bienes constitucionales; finalmente el objetivo también se consigue dificultado la reforma constitucional de los artículos sobre derechos fundamentales en mayor medida que otros preceptos constitucionales.

La Constitución dominicana recibe nuevamente aquí la influencia de la Constitución española que, a su vez, la había tenido de la Ley Fundamental de Bonn. El artículo 68, dentro del capítulo II, Título II, "De las Garantías de los Derechos Fundamentales", recoge la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales; en el capítulo III del mismo Título II, bajo la rúbrica "De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales" el artículo 74, en su apartado 2, contempla la reserva de ley impropia en la regulación del ejercicio de los derechos, el respeto a su contenido esencial y el principio de razonabilidad que, como se tendrá ocasión de analizar, es muy probablemente el propio principio de proporcionalidad; el artículo 112 introduce otra reserva de ley impropia, la ley orgánica para las que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales, así como para otras materias principales; finalmente el artículo 272, dentro del Título XIV, prevé un endurecimiento de la reforma constitucional cuando ésta verse sobre derechos o sus garantías al exigir su aprobación mediante referéndum.

II. Las materias protegidas por las garantías normativas.

Una vez delimitadas conceptualmente las garantías normativas es necesario ocuparse de las materias que protegen. Si uno atiende a las rúbricas de la Constitución dominicana parecería que la totalidad son aplicables al capítulo I del Título II, que lleva por rúbrica "De los Derechos Fundamentales", por tanto a sus cuatro secciones: "De los derechos civiles y políticos", "De los derechos económicos y sociales", "De los derechos culturales y deportivos" y "De los derechos colectivos y del medio ambiente". También habría que considerar como derechos fundamentales los contenidos en los tratados internacionales ratificados por República Dominicana y, por tanto, aplicarles la totalidad de las garantías normativas, en virtud del artículo 74.3 cuando dispone que "Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado Dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado". Además, habría que añadir que algunas de estas garantías normativas despliegan su eficacia sobre las garantías jurisdic-

cionales de los artículos 69 a 72 por mandato del artículo 74 y de su apartado 2, específicamente, la reserva de ley ordinaria impropia, el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, en la medida en que sea posible -surgen algo más que dudas sobre la aplicación de la proporcionalidad a las garantías jurisdiccionales-. Asimismo la especial dificultad de la reforma se extiende, por mandato del artículo 272, no sólo a las garantías jurisdiccionales (arts. 69 a 72) sino también a la vinculación de todos los poderes públicos a los derechos fundamentales, es decir, a su eficacia jurídica (art. 68). Por tanto, las diferentes garantías normativas tienen distintos ámbitos materiales de protección en la Constitución dominicana y se cree que ello es consecuencia de que ésta sigue con acierto la influencia alemana, frente a la española, y no concibe dogmáticamente a las garantías de los derechos fundamentales como tales, al ubicar los derechos en el capítulo I y a sus garantías en el capítulo II, esto es, en diferente *sedes materiae*.

En apariencia éstas serían las materias relacionadas con los derechos fundamentales protegidas por las garantías normativas⁹. No obstante, es de temer que la cuestión no sea tan sencilla. ¿Son derechos fundamentales todos los preceptos de las cuatro secciones del capítulo I del Título II? ¿Hay o no derechos fundamentales fuera del capítulo I? La cuestión es extraordinariamente complicada y tendrá ocupada a la literatura jurídica dominicana y a su Tribunal constitucional durante bastante tiempo. A continuación se va a tratar de plantear el problema y de argumentar una solución al mismo.

Por lo que se refiere a los posibles derechos fundamentales situados fuera del Título II destaca el derecho de participación política, que incluye el sufragio activo y pasivo. La Constitución dominicana lo recoge en el artículo 22, cuya *sedes materiae* es el Título I, capítulo V, Sección II "De la ciudadanía". *Prima facie* no se piensa que con esta ubicación el poder constituyente manifieste claramente su voluntad de conceptuarlo como simple derecho constitucional con la consecuencia de que quede excluido como derecho fundamental. No resulta lógico que el poder constituyente se inspire, más fuertemente que ninguna otra constitución iberoamericana, en el tronco del constitucionalismo europeo y, al tiempo, excluya como derecho fundamental a un clásico dentro del constitucionalismo racional normativo no sólo europeo sino mundial. La respuesta puede encontrarse en su *sedes materiae*, la ciudadanía. Se trataría de vincular estrictamente este derecho fundamental a la nacionalidad dominicana, a los mayores de 18 años y a los que

⁹ En la reserva de ley orgánica y en la especial rigidez se incluyen otros ámbitos materiales ajenos a los derechos fundamentales que también se quieren proteger, véase *infra* el penúltimo párrafo de este apartado.

sin cumplir esa edad estén casados o hayan estado casados, con absoluta exclusión de la titularidad del derecho para los extranjeros. Decisión del constituyente que responde a la forma de ser permanente del pueblo dominicano y a un problema más reciente: la fuerte inmigración haitiana, lo que explicaría la singular ubicación de este derecho fundamental¹⁰. Apoya el argumento aquí sostenido el que idénticas razones justifican otra de las singularidades en materia de derechos fundamentales de la Constitución dominicana, que nuevamente se aleja del tronco del constitucionalismo racional normativo mundial, aunque en bastante menor medida, cuando el artículo 46 separa el derecho fundamental de toda persona a transitar, residir y salir libremente del territorio nacional, del derecho fundamental, que sólo tienen los dominicanos, a ingresar libremente en el país. Finalmente, que la *sedes materiae* de la ciudadanía es la explicación a la ubicación del derecho de participación política y con ello no se quiere excluir su fundamentalidad se confirma si se tiene presente, como *infra* se examinará en el apartado VII, el ámbito material de la reforma agravada: tres cuestiones ajenas a lo aquí tratado, ordenamiento territorial y municipal, régimen de la moneda y los procedimientos de reforma instituidos en la Constitución; y en lo que ahora interesa "derechos"-lo que permite distinguir entre simples derechos constitucionales y los fundamentales-, garantías fundamentales y deberes, así como de forma completamente reveladora: el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería.

Una segunda línea argumental de la tesis aquí sostenida sobre la fundamentalidad del derecho de participación política es que no parece criterio suficiente para buscar la voluntad del constituyente dominicano atender exclusivamente a las rúbricas de los diferentes capítulos y secciones. El diferente grado de protección que suministran las distintas garantías normativas no se identifica como en España por su ubicación material con indicación de títulos, capítulos, secciones o artículos sino por referencias dogmáticas a derechos fundamentales, garantías o deberes; por tanto, en cada caso habrá que ver si se está efectivamente en presencia de una de estas categorías jurídicas; en este campo se trata de una inexistente influencia de la Constitución española. Asimismo, juega en favor de la tesis aquí sostenida que dentro de los estados de excepción¹¹, el más intenso de ellos, el de

¹⁰ La polémica Sentencia del Tribunal Constitucional Dominicano TC/0168/13, que priva de la ciudadanía a personas nacidas en el país de padres inmigrantes irregulares haitianos, conocida con posterioridad a la remisión del texto a la revista para su evaluación, confirma la tesis sostenida en el texto sobre el riguroso test de nacionalidad imperante en la cultura jurídica dominicana en cuanto pórtico de entrada para la titularidad de significativos derechos fundamentales como el de participación política.

¹¹ Véase el completo trabajo de GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2012). "Los estados de excepción en la Constitución de la República dominicana, de 26 de enero de 2010: Defensa, emergencia y conmoción interior", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comen-*

Defensa (art. 263) enumera un elenco de derechos y sus principales garantías jurisdiccionales que no podrán suspenderse durante su vigencia, todos ellos contenidos en el Título II "De los Derechos Fundamentales" a los que fuera de esa *sedes materiae* se añaden, muy reveladoramente, la nacionalidad y la ciudadanía. Además, diversos preceptos constitucionales protegen con garantías normativas el derecho de participación como es propio de un derecho fundamental. Así, sucede con la reserva de ley orgánica que se extiende al sufragio activo y pasivo, incluso en el caso que no se estimase la participación política como derecho fundamental, pues el régimen electoral, que indudablemente incluye el sufragio activo y pasivo, es uno de los ámbitos materiales enumerados por el artículo 112 como propios de la ley orgánica. Y lo mismo cabría decir de la materia ciudadanía, más amplio que el derecho de participación política, incluido por el artículo 272 como ámbito que requiere una reforma constitucional agravada en cuanto garantía normativa¹².

En lo que hace referencia a la primera pregunta, la mayor parte de la literatura jurídica dominicana, con Jorge Prats a la cabeza, parece entender que las cuatro secciones del capítulo I del Título II recogen derechos y libertades fundamentales. Obviamente, la opinión se fundamenta únicamente en la rúbrica del capítulo I "De los derechos fundamentales"¹³. No obstante, la cuestión es compleja y creo que habrá que esperar a la decisión del Tribunal Constitucional. Como se acaba de explicar en el párrafo anterior, la Constitución española diferencia entre derechos fundamentales, derechos constitucionales y principios rectores y otorga una diferente protección a cada una de estas categorías jurídicas y para identificarlas recurre a títulos, capítulos, secciones, a sus rúbricas y a artículos; en cambio, la Constitución dominicana cuando establece la diferente protección de las garantías normativas se aleja de este criterio y utiliza el dogmático al referirse a derechos fundamentales o garantías. Además, incluso, en el caso español donde los derechos fundamentales se identifican por incluirse en la sección I del capítulo II del Título I es pacífico en

tarios a la Constitución de la República dominicana, Tomo II, Madrid, La Ley y Universidad Rey Juan Carlos, pp. 1345 y ss.

¹² JORGE PRATS, E. (2010). *Derecho Constitucional*, vol. I, Santo Domingo, *Ius Novum*, p. 325, conceptúa como derecho fundamental a la ciudadanía.

¹³ Todas las opiniones emitidas prescinden de cualquier argumentación y atendiendo a la rúbrica del capítulo I presuponen que todos sus preceptos son derechos fundamentales. En la literatura jurídica dominicana, por ejemplo, JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional*, ob. cit., p. 325. En España parece pronunciarse en el mismo sentido DÍAZ REVORIO, F.J. (2012), "Lineamientos fundamentales de la Constitución dominicana: sus decisiones básicas", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo I, ob. cit., pp. 180-181.

la doctrina que la referida sección no sólo contiene derechos y libertades fundamentales sino otras categorías como garantías institucionales¹⁴, interdicciones, simples garantías, mandatos a los poderes públicos, entre otros tipos de preceptos constitucionales¹⁵. Creo que en la Constitución dominicana sucede lo mismo pero con más intensidad, esto es, que en el capítulo I del Título II bajo la rúbrica de los derechos fundamentales no sólo se proclaman éstos -especialmente en la sección primera donde se acoge la terminología estadounidense de derechos civiles y políticos- sino también otras categorías jurídicas. Estimo que en el referido capítulo hay además derechos constitucionales, necesitados de una mayor o menor *interpositio legislatoris*, simples garantías, interdicciones, mandatos a los poderes públicos, indicación de objetivos a alcanzar por éstos, garantías institucionales e, incluso, valores constitucionales de difícil juridificación como derechos fundamentales. El análisis somero de algunos preceptos de este capítulo, a modo de cata y con este único objeto, puede aclarar la tesis que se está sosteniendo aquí.

La dignidad humana¹⁶ viene recogida, entre otros artículos y en lo que aquí interesa, en el artículo 38 de la Constitución dominicana y aunque la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea parece contemplarla como derecho fundamental¹⁷ es dudoso que pueda llegarse a idéntica conclusión en República Dominicana. Si uno se atiene al tenor literal del precepto¹⁸ observa que su formulación es más propia de un valor constitucional que de un derecho fundamental; su explicitación lo convierte en el valor nuclear del nuevo orden constitucional dominicano, en su fundamento, en su columna vertebral, como norma hermenéu-

14 Véase a SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. (1991). "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, pp. 105-108, sobre las garantías institucionales y a BAÑO LEÓN, J. M. (1988). "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, pp. 155 y ss.

15 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, p. 104, cuando afirma que no todos los preceptos contenidos en la Sección I son derechos fundamentales. En el mismo sentido, DE OTTO PARDO, I. (1995). *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, pp. 116-117, que encuentra garantías institucionales y reservas de ley que establecen mandatos a los poderes públicos.

16 Véase SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1995). "Dignidad de la persona", en ARAGÓN REYES, M., Voz de la *Enciclopedia Jurídica Civitas*, Madrid, pp. 2489 y ss. Sobre la materia véase también, OEHLING DE LOS REYES, A. (2010). *La dignidad de la persona*, Madrid, Dykinson.

17 Concretamente en el capítulo I "Dignidad", artículo 1, Dignidad humana: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida".

18 Constitución dominicana. Artículo 38.- Dignidad humana. "El Estado se fundamenta en el respeto a la dignidad de la persona y se organiza para la protección real y efectiva de los derechos fundamentales que le son inherentes. La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable, su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos".

tica que debe presidir la interpretación de cualquier negocio o relación jurídica¹⁹. El propio artículo aclara que los derechos fundamentales le son inherentes, con lo que prácticamente se descarta que éste sea dogmáticamente uno. Su respeto y protección, que se encomienda a los poderes públicos, no puede realizarse aisladamente sino en conexión con los diferentes derechos fundamentales en que se proyecta. En definitiva, la forma de redacción y la delimitación gramatical del precepto ofrece una indudable pauta interpretativa de la categoría jurídica que se contempla, tal y como estableció, por ejemplo, la STC 86/1985, donde analizada la delimitación gramatical del artículo 27.9 CE: "Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca", observa no un derecho subjetivo sino un mandato al legislador. Si alguna duda cupiere al respecto piénsese en los problemas que se originarían a la hora de realizar una concordancia práctica con cualquier derecho fundamental clásico en caso de confrontación, dado el carácter evanescente, poco denso que caracteriza a los valores constitucionales²⁰. El legislador y el intérprete jurídico tendrían un campo casi arbitrario para limitar cualquier derecho fundamental clásico apelando al valor. Más adelante se insistirá en la cuestión. Otro tanto, probablemente, cabría sostener del derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 43.

La propiedad privada es más un derecho constitucional que un derecho fundamental cuando un estado se define como social²¹. El tenor gramatical del precepto invita a confirmar esta hipótesis. El artículo 51 tras reconocer y garantizar la propiedad la delimita por una función social que implica obligaciones, convirtiéndolo en un derecho subjetivo debilitado²². Se prevé la expropiación por

¹⁹ En el mismo sentido, DÍAZ REVORIO, F.J., "Lineamientos fundamentales de la Constitución dominicana...", *ob. cit.*, p. 182; y también SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. (2012). "Los derechos y libertades" en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo II, *ob. cit.*, pp. 360-361, que además reconoce la dignidad como derecho fundamental en la Constitución dominicana, aunque no deja de afirmar que se trata de un concepto jurídico indeterminado que es susceptible de múltiples concreciones -lo que tiene su importancia para lo que inmediatamente se va a destacar *infra* en este mismo párrafo-.

²⁰ Véase DÍAZ REVORIO, F.J. (1997). *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, donde defiende la abstracción, generalidad o ambigüedad que caracteriza a los valores constitucionales.

²¹ BASTIDA FREIJEDO, F. (2005). *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, pp. 34-35, estima la posibilidad de que en una Constitución liberal la propiedad privada se plasme como derecho fundamental con estructura de derecho subjetivo, mientras que en una Constitución democrática se organice más bien como derecho fundamental desde una perspectiva de garantía institucional. Aunque no acabo de compartir la fundamentación que lleva a este ejemplo si me parece muy relevante lo que subyace, esto es, la diferente conceptualización de la propiedad privada en un Estado liberal y en uno social.

²² La propiedad privada tendría un carácter bifronte, como derecho individual de uso, disfrute o

causa de utilidad pública o interés social mediante justiprecio e, incluso, que la indemnización pueda abonarse con posterioridad tras la declaratoria del Estado de emergencia o de defensa.

La protección a los menores de edad y, especialmente, a la tercera edad y a los discapacitados de los artículos 56 a 58 casan mal con una concepción de derecho fundamental subjetivo, cuya titularidad se debe referir a todos los individuos o como mínimo a los ciudadanos. Si se atiende al tenor literal gramatical se observa además que su redacción contiene un principio con eficacia hermenéutica como la primacía del interés superior del menor y, fundamentalmente, mandatos a los poderes públicos.

Las dificultades para alcanzar un concepto dogmático de derecho fundamental son considerables. La literatura jurídica más solvente sólo ha logrado alcanzar algunos consensos en sus rasgos distintivos. En esta línea aquí se sostiene que resulta complicado admitir que salvo alguna excepción, especialmente justificada como el derecho de participación política -en cuanto manifestación de la libertad e igualdad-, pueda estimarse como derecho fundamental aquel que no permite a su titular satisfacer ninguna de las facultades para las que se reconoce sin intervención del legislador. También es difícil de mantener que la realización de un derecho fundamental pueda depender de la disponibilidad económica por parte de los poderes públicos, cabría aquí nuevamente alguna singular excepción como la educación obligatoria por su inescindible relación con el desarrollo de la personalidad, que es precisamente la finalidad de este derecho y que constituye la clave nuclear interpretativa de la entera constitución, pero no la proclamación de un amplio elenco de derechos fundamentales de prestación. La razonabilidad de estas posiciones se aprecia si se consideran los esfuerzos de las diferentes cortes constitucionales en este sentido, éstas han intentado lo imposible para mantener la fundamentalidad, buscando un contenido mínimo en los casos de *interpositio legislatoris* o hablando de derechos de aplicación progresiva en los de prestación. Por ejemplo, la española ante dos derechos proclamados como fundamentales, en el primer caso, a propósito de la objeción de conciencia concluyó que el contenido mínimo aplicable era la no incorporación a filas²³; y, en el segundo caso, sobre el derecho a un trabajo remun-

señoría sobre cosas; y como institución, con una función social a cumplir. Este segundo aspecto va adquiriendo progresivamente una mayor importancia, de modo que la función social no es sólo un límite sino que puede determinar, por medio de la intervención del poder público correspondiente, el mismo contenido del derecho de propiedad. Estamos, en consecuencia, ante un derecho público subjetivo debilitado, que como dice el profesor Rubio Llorente, se asemeja más a una garantía institucional. *Apuntes de Cátedra* de SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.

23 STC 15/1982, FJ 8º.

nerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad social de los reclusos señaló que a la hora de determinar la aplicabilidad de los derechos no basta con atender a su ubicación sistemática sino que es necesario tomar en cuenta su naturaleza prestacional, se trata de "un derecho de aplicación progresiva, cuya efectividad se encuentra condicionada a los medios de los que disponga la Administración en cada momento, no pudiendo pretenderse, conforme a su naturaleza, su total exigencia de forma inmediata" (STC 172/1989, FFJJ 2º y 3º)²⁴. Estimo que estos esfuerzos denotan con claridad la dificultad de pretender incluir entre los derechos fundamentales aquellos que requieren de una intensa *interpositio legislatoris* o con carácter general a los derechos de prestación; en éstos pueden contemplarse algún caso aislado pero no un amplio elenco. Sería más inteligente reconocer que se está ante una categoría jurídica diferente a la de derechos fundamentales y construir dogmáticamente soluciones a los problemas específicos que estos derechos propios del Estado Social plantean y que poco tienen que ver con la dogmática de los derechos fundamentales. La Constitución dominicana, a modo de ejemplo, proclama solemnemente en el artículo 59 el derecho a la vivienda, pero rápidamente lo configura, lo delimita, en su redacción como un mandato para que los poderes públicos realicen ciertas políticas que permitan su satisfacción, por cierto, con una redacción muy similar a la empleada por la Constitución española.

Los derechos deportivos, culturales o colectivos y difusos son otro ejemplo de la tesis aquí sostenida y respecto a los mismos la propia Constitución dominicana aporta argumentos cuando el artículo 191, refiriéndose a las funciones del Defensor del Pueblo, diferencia entre la protección de los derechos fundamentales y de los intereses colectivos y difusos contenidos en esta Constitución y las leyes.

²⁴ Sobre este esfuerzo del Tribunal Constitucional español véase MEDINA GUERRERO, M. (2008). "La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos, en especial, frente al legislador", Comentario al artículo 53.1, en CASAS BAAMONDE, M.E. y RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., *Comentarios a la Constitución española, XXX Aniversario*, Fundación Wolters-Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1158 y ss. El autor con acierto señala: "Con la inclusión de estos compromisos prestacionales del Estado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, vino a acuñarse una singular categoría de *derechos fundamentales de prestación*, a la cual, sin embargo, difícilmente puede anudarse en términos estrictos una de las notas esenciales de la fundamentalidad de los derechos, a saber, el reconocimiento de derechos subjetivos directamente alegables ante los Tribunales con base única y exclusivamente en el texto constitucional", p. 1160. Véase también los AATC 256/1988, de 29 de febrero, y 95/1989 de 20 de febrero, y la STC 17/1993, de 18 de enero, sobre los derechos de los reclusos; así como la STC 86/1985, sobre el pretendido derecho fundamental del artículo 27.9 CE "Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca", donde, analizada la delimitación gramatical del precepto, el Tribunal Constitucional español observa no un derecho subjetivo sino un mandato al legislador.

En consecuencia, se está defendiendo que la literatura jurídica, los jueces y el Tribunal Constitucional tienen una ardua labor en República Dominicana para identificar los derechos fundamentales de su Constitución y deslindarlos de otras categorías jurídicas. En tan importante tarea no sólo contarán con el apoyo de las teorizaciones dogmáticas²⁵ sino de algo más decisivo: el análisis concreto de la delimitación que la Constitución realiza dentro de cada precepto constitucional en su redacción²⁶. Esto no significa una devaluación de las figuras jurídicas contenidas en el capítulo I que no son derechos fundamentales. En estos casos habrá que decidir si con carácter general les son aplicables en la práctica algunas garantías normativas, institucionales y jurisdiccionales. Su juridicidad está fuera de toda duda por la normatividad dispuesta por el artículo 6 de la Constitución dominicana y por la proclamación del Estado de Derecho del artículo 7²⁷. Cosa distinta es que a veces sea imposible su aplicabilidad inmediata, que su efectividad precise, en determinadas ocasiones, de una modulación a través de la ley, mediante *intepositio legislatoris*, y que en otros casos su eficacia jurídica sea interpretativa o se circunscriba a una eficacia habilitadora o restrictiva, promoviendo ciertas actuaciones de los poderes públicos e impidiendo otras, al igual que sucede con los principios rectores de la política económica y social de la Constitución española. Aunque con mayor potencialidad que éstos, como demuestra, a modo de ejemplo, el derecho a la educación del artículo 63, apartado 10, cuando señala: "La inversión del Estado en la educación, la ciencia y la tecnología deberá ser creciente y sostenida, en correspondencia con los niveles de desempeño macroeconómico del país. La ley consignará los montos mínimos y los porcentajes correspondientes a dicha inversión. En ningún caso se podrá hacer transferencias de fondos consignados a financiar el desarrollo de estas áreas". No debe minusvalorarse esta función habilitadora o restrictiva que podría llevar a la inconstitucionalidad de desarrollos legislativos que incumpliesen estos mandatos constitucionales, especialmente en el caso de la eficacia restrictiva cuando va acompañada de mandatos como el contenido en el artículo 63.10.

25 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., "Algunas cuestiones básicas...", ob. cit., p. 92, estima que sólo hay un criterio material para identificar un derecho fundamental: "el de su relación, determinada ideológicamente, o teóricamente, o históricamente, o mediante referencias de este triple orden, con la dignidad y la libertad de la persona humana. Los derechos fundamentales, como ha quedado dicho, se refieren a relaciones o ámbitos vitales imprescindibles, en el estadio histórico y cultural en que nos movemos, para asegurar el desarrollo en libertad de la persona". Para una visión positivista véase BASTIDA FREIJEDO, F., *Teoría General de los Derechos Fundamentales...*, ob. cit., pp. 24 y ss.

26 Véase *supra* nota 24 *in fine*, donde al Tribunal Constitucional español no le ha quedado más remedio que acudir a esta técnica.

27 Véase *infra* el segundo párrafo del apartado III.

Finalmente, dentro del ámbito material de las garantías normativas se debe resaltar que, aunque éstas surgieron para proteger los derechos y libertades fundamentales, hay dos que como sucede en España protegen otras materias que no son derechos, deberes o garantías de aquéllos. Me refiero a la reserva de ley orgánica y a la especial protección que confiere el procedimiento agravado de reforma que requiere del referéndum popular. Concretamente, el artículo 112 amplía la garantía normativa de la reserva de ley orgánica a las normas que por su naturaleza regulan "la estructura y organización de los poderes públicos; la función pública, el régimen electoral; el régimen económico financiero; el presupuesto, planificación e inversión pública; la organización territorial; los procedimientos constitucionales; la seguridad y defensa; las materias expresamente referidas por la Constitución y otras de igual naturaleza"²⁸. La garantía normativa que supone establecer un procedimiento de reforma constitucional más rígido se encuentra previsto en el artículo 272, cuando éste, además de sobre derechos, garantías fundamentales y deberes, versa sobre: "el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución".

Una vez realizada la delimitación conceptual y material se está en condiciones de concluir con el profesor Cruz Villalón que los derechos fundamentales se proyectan sobre la distinción legislador constituyente, legisladores constituidos. La tensión se plasma en la garantía específica de todo derecho fundamental: la vinculación efectiva del legislador, que puede ser negativa y positiva²⁹. La primera supone una interdicción que identifica un ámbito material vedado a los legisladores constituidos, que va desde la prohibición de reformar los derechos,

28 JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional*, vol. I, ob. cit., pp. 324-325, sistematiza 'las materias expresamente referidas por la Constitución', "que requieren ley orgánica pero que en realidad se reconducen, en gran medida a las materias reservadas: la regulación del mar territorial (art. 9.2) y la regulación del nombre y los límites de regiones, provincias y municipios (artículo 195) que se conectan con la organización territorial; la Ley Orgánica del Presupuesto (artículo 239) directamente conectada con la regulación del presupuesto; la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas (artículo 253) y la Ley Orgánica de la Policía Nacional, ejes esenciales del sistema de seguridad y defensa; y la Ley Orgánica de la Administración Local (artículo 203) vinculada tanto con el régimen electoral como con la estructura y organización de los poderes públicos, la función pública... y la organización electoral". Además considera, acertadamente, que cuando se habla de 'otras de igual naturaleza' a la ley orgánica, la Constitución dominicana se refiere a las "que estén directamente y estrechamente vinculadas" con éstas.

29 CRUZ VILLALÓN, P. (1991). "El legislador de los Derechos fundamentales", en LÓPEZ PINA, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales (Alemania, España, Francia e Italia)*, Madrid, Civitas, p. 129. Este libro es de obligada consulta para los siguientes apartados, así como MEDINA GUERRERO, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill.

campo reservado al legislador constituyente constituido, a la indisponibilidad del contenido esencial y el respeto al principio de proporcionalidad cuando el legislador establece con carácter general los límites de los derechos. La segunda o vinculación positiva implica una habilitación al legislador, con exclusión de otros poderes normativos, para regular por ley orgánica los derechos y libertades y regular a través de ley ordinaria su ejercicio. Estas cinco garantías normativas se complementan con la vinculación de los poderes públicos a los derechos, es decir, con su eficacia jurídica inmediata.

III. La eficacia jurídica inmediata.

La eficacia jurídica inmediata de los derechos fundamentales dispuesta por el artículo 68 *in fine* de la Constitución dominicana se corresponde con el artículo 53.1 de la Constitución española cuando establece que "los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos". Ambas constituciones son tributarias del artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn, que señala: "los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable"; al igual que sucede con el artículo 18.1 de la Constitución portuguesa que manifiesta: "Los preceptos constitucionales relativos a los derechos, libertades y garantías son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas".

Su eficacia jurídica inmediata se desprende del artículo 68.1 cuando establece que "Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, los cuales deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley". Lo que debe entenderse como una concreción del genérico mandato del artículo 6. "Supremacía de la Constitución". "Todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas están sujetos a la Constitución, norma suprema y fundamento del ordenamiento jurídico del Estado. Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrario a esta Constitución". Este precepto es, sin duda, la expresión más decidida del carácter normativo de la Constitución. Por último, tampoco puede olvidarse el artículo 7, dada la necesidad de interrelacionar el Estado de Derecho con los derechos fundamentales, tal y como manifestó el Tribunal Constitucional español en la STC 21/1981, FJ 17º, (caso Pitarch): los derechos y libertades fundamentales "vinculan a todos los poderes públicos (arts. 9.1 y 53.1 de la Constitución) y que son origen inmediato de derechos y de obligaciones, y no meros principios programáticos". Eficacia jurídica reiterada específicamente por el artículo 74.3: "Los tratados, pactos y convenciones relativas a derechos humanos, suscritos y

ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado".

La reiteración encuentra su explicación en el deseo del constituyente de resaltar la importancia de los derechos fundamentales, pues a la par que derechos subjetivos tienen la significación de elementos esenciales del ordenamiento y fundamento del Estado dominicano. En efecto, el artículo 5 fundamenta la Constitución en la insoluble unidad de la Nación y en "el respeto a la dignidad humana", que indudablemente se concretiza en un elenco de derechos fundamentales; el artículo 7 proclama a la República Dominicana como Estado Social y Democrático de Derecho, "fundado en el respeto a la dignidad humana" y en los "derechos fundamentales"; finalmente, el artículo 8 dispone como "función esencial del Estado, la protección efectiva de los derechos de la persona" y "el respeto de su dignidad".

Esta concepción reiterativa es análoga a la contenida en la Constitución española, por lo que le sería aplicable la afirmación contenida en la STC 15/1982, FJ 8º, cuando afirma: su aplicabilidad inmediata "no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable [...] cuando se opera con esa reserva de configuración legal el mandato constitucional puede no tener, hasta que la regulación se produzca, más que un mínimo contenido que [...] ha de ser protegido, ya que de otro modo [...] se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico". Para evitar incurrir en este problema que a veces plantea la eficacia jurídica inmediata, y que la STC 15/1982 trató de solucionar en España, el constituyente dominicano tras proclamar la vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales en el artículo 68.1 añade *in fine*, reveladoramente, que aquéllos "deben garantizar su efectividad en los términos establecidos por la presente Constitución y por la ley". Lo que permite al intérprete acudir a la *Norma normarum* y a la ley para determinar la eficacia jurídica concreta de un precepto constitucional, superando así los problemas que ha planteado la Constitución española al Tribunal Constitucional a la hora de conferir eficacia jurídica inmediata, directamente emanada del texto constitucional, a algunos derechos fundamentales, como se puede observar *supra* nota a pie de página 23 y el texto que le sirve de base.

El artículo 68.1 señala omnicomprensivamente que los derechos fundamentales vinculan a "todos los poderes públicos" pero no lo hacen con cada uno de ellos de la misma forma por lo que será necesario un examen particularizado. El poder legislativo se encuentra vinculado positiva y negativamente. La vertiente segunda implica que el legislador no puede realizar regulaciones contrarias a los derechos

fundamentales o que conculquen su contenido esencial o que no respeten el principio de proporcionalidad al establecer los límites de los derechos. La primera exige una actuación decidida en su tutela, que en palabras de la STC 53/1585, FJ 4^a, significa: "la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan [...] obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa". A los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial corresponde velar por su eficacia inmediata a través de la tutela judicial efectiva, el *habeas data*, el *habeas corpus* o la acción de amparo de los artículos 69 a 72 según los casos. Más generalmente son los encargados de garantizar la aplicabilidad inmediata de los mandatos y principios constitucionales. Por ello, ante una norma preconstitucional o postconstitucional contraria al texto fundamental deben proceder a su inaplicación. El poder ejecutivo también se encuentra vinculado en el ejercicio de su potestad reglamentaria en términos similares aunque más estrictos que el legislador, además deben considerarse inaplicables las normas reglamentarias preconstitucionales y posconstitucionales contrarias a la Norma fundamental³⁰.

Finalmente, aunque el artículo 6, que es la manifestación más acabada de la normatividad de la Constitución, no incluye expresamente a los ciudadanos sí parece hacerlo el 68 cuando habla de satisfacción de los derechos fundamentales frente a sujetos obligados o deudores de los mismos. Más claramente el artículo 70 cuando permite la acción de *hábeas data* en registros o bancos de datos privados. Y sin ninguna duda la acción de amparo del artículo 72 que protege frente a cualquier vulneración o amenaza a los derechos fundamentales por acción u omisión no sólo de toda autoridad pública sino de particulares, con lo que se garantiza la eficacia jurídica inmediata de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

En conclusión, como señala el profesor Prieto Sanchís, el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales implica: al encontrarse recogidos en una norma jurídica, en este caso constitucional, se imponen a las demás normas precedentes que habrán de ser interpretadas de conformidad con aquéllos y si esto no fuera posible serán expulsadas del ordenamiento jurídico; al hallarse reconocidos en la Constitución, en cuanto Norma *normarum* del sistema jurídico, vinculan a todos los poderes públicos y en especial al poder legislativo; la ausencia del debido desarrollo legislativo podrá dificultar pero nunca impedir su ejerci-

³⁰ La estructura de una diferente vinculación de los derechos fundamentales ante el poder legislativo, judicial y ejecutivo sigue a DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P. J., *Curso de Derecho Constitucional español*, vol. II, ob. cit., pp. 349 y ss.

cio; finalmente, los derechos no sólo defienden el status subjetivo de sus titulares sino que constituyen criterios hermenéuticos preferentes que han de ser tenidos en cuenta en toda operación de creación o aplicación del derecho³¹.

IV. La reserva de ley impropia. Ley ordinaria y ley orgánica. Sus quórum.

La reserva de ley en el espacio continental europeo es una categoría creada en el marco de las monarquías constitucionales europeas³². Para comprenderla cabalmente es necesario reparar en las relaciones entre la corona y la soberanía, lo que nos permite discernir los diferentes tipos de monarquía que se han conocido. En la Absoluta la soberanía reside en el monarca. En la Limitada también, aunque el rey cede voluntariamente ciertas competencias a sus súbditos y siempre tiene el poder de recuperar éstas. En la Monarquía Constitucional, que es la que aquí interesa, la soberanía está compartida entre la corona y el parlamento, representante de la nación; el rey ejerce su soberanía en ciertos ámbitos materiales en virtud de su poder de ordenanza o *ius dispensadi* a través de un gobierno responsable ante él, que opera a través de normas reglamentarias; el parlamento actúa su soberanía mediante leyes; reglamento y ley se sitúan en un mismo plano jerárquico, el primero expresión de la soberanía del rey, la segunda del parlamento. Se trata de una distribución de competencias entre ambos poderes en línea, para entendernos, con lo que sucede en los estados compuestos entre el poder central y los entes territoriales periféricos -sean estos estados, provincias, *länder* o comunidades autónomas-. En este contexto surge la categoría reserva de ley, que quiere significar que una vez que el parlamento regula una materia mediante una ley, ésta en el futuro sólo podrá ser normada por los representantes de la nación, esto es, ese ámbito material queda permanentemente sustraído de la competencia del gobierno del rey, por esta razón se dice que esa materia tiene reserva de ley³³.

31 PRIETO SANCHÍS, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate.

32 Sobre la reserva de ley en general, su origen anglosajón en el medievo, su construcción doctrinal alemana a finales del siglo XIX, su plasmación en la Constitución de Weimar, su construcción jurisprudencial en Francia y su tardía traslación a España antes y después de la Constitución véanse las reveladoras páginas de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. (2013). **Curso de Derecho Administrativo I**, Decimosexta Edición, Madrid, Civitas, pp. 269-281; aunque obviamente sin contemplar su vinculación con los derechos fundamentales y con el nuevo estado constitucional de derecho, categorías desconocidas en la época en que se elaboraron estas teorías. En SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos...", *ob. cit.*, p. 103, puede consultarse el origen de la reserva de ley en la monarquía constitucional y doctrinaria, así como su subsistencia en regímenes de parlamentarismo equívoco o dualistas. Sobre su importancia respecto al principio de legalidad véase del mismo autor su lección "El Estado de Derecho" en *Apuntes de Cátedra*.

33 Véase DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, *ob. cit.*, p. 152, que relata como la reser-

Evidentemente, la historia de las Monarquías constitucionales es la disputa del parlamento frente al monarca para incrementar los ámbitos materiales sujetos a reserva de ley, reflejo, a su vez, de la lucha por la soberanía entre los defensores del antiguo régimen y los partidarios del constitucionalismo liberal, esto es, entre el principio monárquico y el democrático³⁴. El final de este enfrentamiento condujo, en aquellos lugares en que no desapareció la corona, a la Monarquía Parlamentaria donde la soberanía reside en el pueblo que la ejerce a través de su representante directo el parlamento mediante leyes que se ubican en la cúspide del ordenamiento jurídico. El reglamento pasa a ser una norma jerárquicamente subordinada a la ley, producida por un gobierno nombrado por el parlamento. La corona, cuando subsiste, pasa a ser un simple órgano constitucional dotado sólo de aquellas funciones conferidas por la constitución, que normalmente son simbólicas, representativas, moderadoras o arbitrales.

Las dificultades del moderno constitucionalismo para crear categorías nuevas que expliquen las nuevas realidades sociales han llevado a acuñar el término evolución de conceptos jurídicos constitucionales, lo que muchas veces quieren decir que ante la incapacidad de crear una nueva categoría jurídica se somete a modificaciones una antigua. Esto es lo que se estima que sucede con la reserva de ley en cuanto garantía normativa, que denominamos impropia para diferenciarla de la originaria desarrollada, como se ha reseñado, en el marco de la monarquía constitucional. La reserva de ley impropia no significa que una determinada materia se atribuya al parlamento, eso sucedía sólo en las Monarquías constitucionales pero hoy esa visión carece de sentido pues en una monarquía parlamentaria la ley, con los límites de la constitución, lo puede todo en cuanto expresión más cualificada del representante directo del soberano. Su significado reside en obligar a que una determinada materia, por su importancia, sea obligatoriamente regulada por el parlamento mediante ley con exclusión de cualquier otro tipo de norma jurídica o poder.

va de ley se establece para asegurar que la actuación de una administración dependiente del Rey sobre ciertos bienes de los individuos sólo podía tener lugar con la previa autorización de éstos a través de la ley; sitúa, en consecuencia, su origen en la Carta Magna y, posteriormente, en la monarquía constitucional germánica.

³⁴ No deja de sorprender la importancia de esta pugna en el constitucionalismo actual. Numerosos conceptos y categorías jurídicas siguen incomprensiblemente impregnadas del principio monárquico. La preocupación sobre la materia surgió del epílogo de Manuel ARAGÓN REYES, al magnífico libro de GARRORENA MORALES, A. (1991). *Representación política y Constitución democrática*, Madrid, Cuadernos Civitas, pp. 116. Véase sobre este principio la literatura jurídica alemana citada por GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, p. 106. Así como las pp. 49-59 y 123-134, que junto al trabajo de BLANCO VALDÉS cita *infra* nota a pie de página 39, inspiran estas reflexiones y las primeras líneas del apartado primero.

Para seguir comprendiendo cabalmente la reserva de ley impropia, tras el tránsito en Europa desde el Estado de Derecho al Estado Constitucional, es necesario acudir nuevamente a la historia constitucional y al marco en que surge esta garantía normativa: los derechos fundamentales. La institución no es ajena a la contienda entre los defensores del antiguo régimen y los liberales, partidarios del concepto racional normativo de constitución. La naturaleza de los derechos fundamentales descansaba en su proclamación y en preservar unos ámbitos de libertad frente a toda intervención del poder público. El tiempo demostró la inviabilidad de esta concepción para garantizar su efectiva vigencia en la sociedad. Como se ha reseñado en el primer apartado, no era suficiente su simple proclamación en una Declaración de derechos, ni siquiera su juridificación en las constituciones racional normativas sino que hubo que acudir a un complejo conjunto de garantías jurisdiccionales, institucionales y normativas. La no intervención del poder público también se mostró inviable. El carácter sumarial y lapidario que caracteriza a las normas reconocedoras de derechos exige un desarrollo del intérprete constitucional; el que su ejercicio tenga lugar en un mismo plano de convivencia origina la necesidad de establecer numerosos límites para garantizar la compatibilidad entre diferentes derechos que pueden entrar en conflicto, de una parte, entre ellos y, de otra, con diferentes valores, principios o bienes constitucionales. Su amplia titularidad exige nuevas restricciones para garantizar su ejercicio simultáneo por las personas. Además, es necesaria su protección no sólo frente al poder público sino frente a los particulares, especialmente frente a las grandes corporaciones públicas o privadas, lo que requiere de medidas tuitivas. Sin ánimo exhaustivo es necesaria también una intervención incentivadora, de fomento del disfrute de los derechos para garantizar su efectiva vigencia en la sociedad³⁵. En consecuencia, se demostró la inviabilidad de una concepción absoluta que vedase la intervención de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales, por lo que hubo que preverla pero únicamente en los casos aquí reseñados y siempre que los ciudadanos consintiesen expresamente la injerencia a través de sus representantes, tal y como destacó tempranamente el Tribunal Constitucional español³⁶. Ahora bien, este amplio conjunto de intervenciones no puede estar previsto por el poder constituyente en la constitución ¿a quién corresponderá?

35 Sobre la inevitabilidad de un completamiento normativo de los derechos fundamentales, lo que es reconocido unánimemente, véase, por ejemplo, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, p. 100.

36 STC 83/1984, FJ 4º, "Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes..."

Si a unos derechos concebidos frente al poder público se añade el hecho de que en Europa continental el antiguo régimen era el enemigo de los derechos fundamentales y del concepto racional normativo se comprende bien las dificultades sobre a quién atribuir el conjunto de intervenciones en materia de derechos fundamentales. El gobierno y su administración brazo ejecutor del monarca no parecen los más adecuados. Los jueces habían sido nombrados por el rey y eran defensores del antiguo régimen³⁷, en este contexto, el parlamento, donde se defendía el liberalismo, a través de la ley aparece como el sujeto menos malo para acometer estas ineludibles intervenciones en materia de derechos fundamentales³⁸; a lo que se añade, que como se acaba de reseñar, sobre estas injerencias debían consentir los ciudadanos a través de sus representantes. No obstante, al otro lado del atlántico, en Estados Unidos el temor no venía de un gobierno y su administración o de los jueces, no había contienda frente al antiguo régimen, estos poderes no eran sospechosos de connivencias. El temor venía representado por una tiranía del parlamento³⁹ frente a minorías diversas⁴⁰, frente a los derechos, de ahí la rapidez de las enmiendas constitucionales para incorporar a la constitución las declaraciones de derechos. La constitución como garantía de los derechos frente a los poderes constituidos, incluido el parlamento. Tras la II Guerra Mundial, una vez constatada tristemente en Europa la tiranía parlamentaria, tras la experiencia nazi y fascista, se vislumbró claramente la perspicacia del constitucionalismo estadounidense y se incorporaron sus garantías sin abandono de las existentes. Los derechos fundamentales en la constitución como límite general que el poder constituyente impone a los poderes constituidos. El parlamento será el encargado mediante la reserva de ley impropia del conjunto de intervenciones imprescindibles en materia de derechos fundamentales, pero, conscientes de los riesgos, siempre presentes, de tiranía, se verá limitado por el poder constituyen-

37 Véase BACHOF, O. (1995). *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas.

38 Una visión optimista sobre la intervención del legislador, siguiendo la estela de Häberle, en BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental...", *ob. cit.*, pp. 161-165.

39 Véase el revelador trabajo de BLANCO VALDÉS, R. (1998). *El valor de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 101 y ss.; donde señala: el modelo constitucional americano quiere prevenir el peligro político de "una eventual extensión desmesurada del poder legislativo (p. 108). En confirmación de esta tesis véanse los clásicos también citados por el profesor Blanco, BERGER, R. (1969). *Congress v. The Supreme Court*, Harvard University Press, pp. 8-16; y CORWIN, E. S. (1963). *The doctrine of Judicial Review. Its legal and historical Basis and other Essays*, Massachusetts, Peter Smith, pp. 36 y ss.

40 GARRORENA MORALES, A. (2001). "Reserva de ley", voz en la obra dirigida por ARAGÓN REYES, M. *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo I. Constitución, Estado constitucional y fuentes del derecho*, Madrid, Civitas, p. 303, concibe la reserva como una garantía de las minorías parlamentarias y del propio procedimiento legislativo. Este trabajo es de obligada consulta en la materia; véase también del mismo autor, (2013). *Derecho constitucional: teoría de la constitución y sistema de fuentes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

te a través de restricciones a su discrecionalidad a la hora de desarrollar en este campo la constitución como ordenamiento marco a través de dos nuevas garantías normativas: la indisponibilidad del contenido esencial y el respeto al principio de proporcionalidad cuando establezca los límites generales de los derechos. Junto a estas dos restricciones el propio procedimiento de elaboración de la ley opera a través de la opinión pública, como se tendrá ocasión de comprobar infra, como un límite a esta intervención del parlamento en los derechos fundamentales. La visión estadounidense y las experiencias que condujeron a la II Guerra Mundial explican estas nuevas garantías normativas, pero no se olvidan en Europa los viejos enemigos del antiguo régimen: el gobierno, la administración por él dirigida y los jueces; por esta razón y otras sobrevenidas sigue siendo necesario protegerse mediante la reserva de ley impropia y otorgando a los tribunales constitucionales la última garantía jurisdiccional en materia de derechos fundamentales.

Finalmente, la explicación de la reserva de ley impropia encuentra un argumento más reciente en el tiempo⁴¹. Hoy, especialmente en Europa, hay un Estado de partidos⁴² que más precisamente se debe denominar democracia representativa de partidos⁴³. En este contexto no existe una auténtica contraposición entre el gobierno y el parlamento sino más bien entre una mayoría parlamentaria, que engloba al ejecutivo y lo respalda, y diversas minorías⁴⁴. Esa mayoría aprovechándose, además, de que en la mayor parte de las democracias contemporáneas la iniciativa legislativa gubernamental copa la mayor parte de la producción legislativa -entre el ochenta y noventa por ciento⁴⁵-, podría abusar del reglamento y dejar a la ley en una posición residual, esto es precisamente lo que la constitución trata de evitar mediante la imposición de reservas de ley impropias en materias consideradas de especial importancia.

41 Véase la idea en DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 153.

42 Véase GARCÍA PELAYO, M. (1986). *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 73-133; y GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática*, ob. cit., p. 71, y su cita de la doctrina alemana de la época de Weimar contenida en la nota 35.

43 Véase GARCÍA GUERRERO, J.L. (1996). *Democracia representativa de partidos y grupos parlamentarios*, Madrid, Monografías del Congreso de los Diputados, con mayor atención pp. 119-230; más sintéticamente, del mismo autor (2000). "Democracia representativa y partidos políticos", en MASSÓ, LÓPEZ GARRIDO y PEGORARO, *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 571-583; finalmente, (2007). *Escritos sobre partidos políticos (Cómo mejorar la democracia)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

44 GARRORENA MORALES, A., *Representación política y Constitución democrática*, ob., cit., pp. 64-79.

45 COLLIARD, J.C. (1981). *Los regímenes parlamentarios contemporáneos*, Barcelona, Blume, p. 297, señala que en la mayoría de los países de régimen parlamentario las leyes aprobadas que tienen su origen en la iniciativa gubernamental se sitúan entre el 80 y el 90 por 100 del total.

Estas consideraciones expuestas en lo que va de este apartado creo que se deben tener muy presentes a la hora de afrontar cuestiones doctrinales que permanecen abiertas y que generan cierta polémica. Me estoy refiriendo, por ejemplo, a la determinación del nivel de regulación de la materia por la ley, ¿qué margen puede dejar ésta y con qué requisitos a un inevitable completamiento normativo por el reglamento gubernativo? Si en la Constitución dominicana debe diferenciarse entre regulación de un derecho fundamental por ley orgánica y regulación de su ejercicio por ley ordinaria, ¿hasta dónde debe llegar la primera? ¿Cuál es la intensidad del control del Tribunal Constitucional sobre el legislador a propósito del contenido esencial y del principio de proporcionalidad? ¿Es correcto el entendimiento del Tribunal Constitucional español que, con ciertas salvaguardias, entiende como ley al decreto ley a efectos de cumplir la garantía normativa?⁴⁶, entre otras cuestiones.

La reserva de ley impropia establecida en la constitución obliga al parlamento a regular una determina materia mediante ley, el legislador debe de establecer por sí mismo la ordenación y no puede remitirla a normas distintas y, muy en concreto, al reglamento. No cabe una ley que sin contener regulación o siendo ésta fragmentaria se remita a una norma reglamentaria. Este tipo de reservas impide tanto la deslegalización de la materia reservada como las habilitaciones en blanco⁴⁷. La STC 83/1984, FJ 4º, ya se pronunció al respecto cuando estableció: "Este principio de reserva de Ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan

46 El artículo 86.1 señala que los Decretos-Leyes "no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos recogidos en el título I. Pese a ello, la STC 111/83 (asunto Rumasa), siguiendo a determinados sectores de la doctrina administrativa y constitucional, ha admitido en materia de derechos y libertades fundamentales la figura del Decreto-ley siempre que se respete el régimen general de los derechos y no se atente contra el contenido esencial de los mismos. Para llegar a esta solución la sentencia realiza una interpretación restrictiva del verbo "afectar" empleado en el artículo 86.1.

Frente a esta doctrina se presentó un importante voto particular. En el mismo se comparte la interpretación del verbo "afectar", pero se señala que la expropiación es inconstitucional, puesto que "la norma recurrida, que lleva a cabo una privación singular del derecho de propiedad de determinados ciudadanos por medio de la expropiación, afecta sin duda a tal derecho". Sobre la materia véase DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 198-201.

⁴⁷ Véase DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., pp. 151-152, sobre este aspecto.

remisiones a normas reglamentarias, pero sí que estas hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador. Esto se traduce en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley⁴⁸.

Pocas líneas atrás se decía que el procedimiento de elaboración de la ley, fruto de la reserva impropia, constituye un límite, a través de la opinión pública, a la libertad del legislador cuando establece con carácter general los límites a los derechos. No obstante, esa obligatoriedad es mucho más. La reserva de ley otorga a este producto normativo grandes ventajas frente al procedimiento de elaboración de cualquier otra norma jurídica excluida⁴⁹, obviamente, la norma constitucional. Se trata de un producto normativo potencialmente racional, participativo, reflexivo, con publicidad y, por último, que permite la exigencia de responsabilidades políticas por los ciudadanos. La racionalidad deriva, no como antaño por la existencia de un único interés general burgués, sino porque los debates en las cámaras exigen, o deberían exigir, el empleo de argumentos racionales sobre las ventajas de una determinada regulación. Participativo, no sólo por la intervención del gobierno en los casos de los proyectos de ley o de los diferentes grupos parlamentarios en las cámaras sino por la posibilidades que ofrece a los diferentes grupos sociales de influir en el gobierno, los grupos o los parlamentarios. Reflexivo por la madurez que otorga al producto su larga tramitación parlamentaria con los debates de totalidad, de comisión, del pleno y su paso por dos órganos legislativos

48 Véase la STC 77/1985, FJ 14, a propósito de la necesidad de complemento por el reglamento del desarrollo orgánico: "Cuando este «desarrollo» lo haya realizado cumplidamente el legislador como sucede en el presente proyecto de Ley orgánica, la remisión al reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida y obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias". Una modelica síntesis de la jurisprudencia constitucional a propósito de las relaciones entre la ley orgánica y el reglamento en la STC 112/2006, FJ 3º. Finalmente, destacar que se comparte el criterio de la STC 77/1985, FJ 14, que establece que no existe diferencia entre las reservas de ley ordinaria y orgánica a propósito de las relaciones entre la ley y el reglamento.

49 BAÑO LEÓN, J.M. (1991). *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*, Madrid, Civitas, p. 96, sostiene que la reserva de ley tiene su justificación constitucional en la naturaleza del procedimiento de elaboración de la ley.

en los sistemas bicamerales, cuando no tres en los bicamerales imperfectos como el español en caso de desacuerdo entre congreso y senado. Publicidad, que se predica máxima cuando se afronta cuestión tan relevante como la regulación de los derechos fundamentales, que focaliza la atención de la opinión pública y obliga a los legisladores a medir cuidadosamente sus actuaciones. Finalmente, es un producto normativo que permite la exigencia de responsabilidades políticas a los representantes por parte de los ciudadanos en las siguientes elecciones pero también en el interior de los partidos durante el propio proceso legislativo. La superioridad que estas notas le confieren potencialmente, especialmente frente a la norma reglamentaria⁵⁰, bastaría para explicar la subsistencia de esta garantía normativa.

El ámbito material de esta garantía normativa ya fue explicitado *supra*⁵¹, de una parte, el artículo 74.2 dispone que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y de las garantías fundamentales, distinción entre ambas figuras querida por el constituyente al ubicarlas en diferente *sedes materiae*; y, de otra parte, el 112 reserva a la ley orgánica las que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales, pero extiende esta garantía normativa a otros ámbitos materiales cuya precisa delimitación excede el campo de este trabajo. No obstante, en relación con la reserva de ley impropia quedan aún dos cuestiones que pueden afrontarse sucintamente aquí: La primera es si el término "regulación" significa lo mismo en los artículos 74.2 y 112 o sucede lo mismo o algo parecido a lo previsto por la Constitución española cuando diferencia entre el artículo 81, que exige ley orgánica para el desarrollo de los derechos y libertades fundamentales, y el 53.1 cuando establece que sólo por ley podrá regularse el ejercicio de los derechos. La segunda cuestión está en directa relación y se refiere a los quórum exigidos para aprobar leyes ordinarias y orgánicas.

Aquí se va a sostener que la Constitución dominicana no incorpora idéntica distinción que la efectuada por la Constitución española y supera, como en otros casos, las dificultades que se han planteado en la península⁵². La Constitución

50 DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 153, destaca las ventajas de la ley: publicidad, contradicción, debate y movilización de la opinión pública, que dotan a la norma de mayor legitimidad democrática, especialmente frente al reglamento elaborado por el Gobierno sin más requisitos que la audiencia a los interesados (artículo 105 CE). GARCÍA MACHO, R. (1988). *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Barcelona, Ariel, p. 114, afirma que "...existen diferencias importantes en que una norma sea elaborada públicamente en el parlamento a que lo sea en secreto como reglamento".

51 Véase *supra* el apartado II.

52 En España ha resultado especialmente polémico y difícil de deslindar cuándo debe intervenir el legislador orgánico o el ordinario, esto es, cuándo estamos ante el desarrollo de un derecho fundamental

dominicana no distingue, a diferencia de la española, entre derechos constitucionales protegidos con la garantía normativa de la ley ordinaria en la regulación de su ejercicio y derechos fundamentales que disfrutan de la anterior garantía a la que se adiciona la de la ley orgánica para su "desarrollo". Este término tiene un preciso significado jurídico, magníficamente glosado por García de Enterría⁵³, que se cree diferente al empleado por la Constitución dominicana que reserva la ley orgánica a las "que por su naturaleza regulan los derechos fundamentales". Se debe entender, en consecuencia, que esta terminología del 112 es idéntica a la empleada por el 74.2: "Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales". En un caso "regulan" y en otro "regularse el ejercicio". Gramaticalmente parecen lo mismo, el primer término puede englobar al segundo, pero se cree que esto no es así. No sucede lo mismo que en España pero sí algo parecido.

El artículo 74.2 reserva la regulación del ejercicio a "los derechos y garantías fundamentales" y en una rápida y primera lectura, incluso en una más reflexiva y con mayor lógica, se tiende a pensar que la fundamentalidad no se predica sólo de las garantías sino también de los derechos, es decir, que el constituyente se

o ante la regulación de su ejercicio, lo que se complica extraordinariamente, además, por la esfera competencial indirecta del artículo 81 en un estado autonómico. Una primera aproximación en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, pp. 103-105, donde se diferencian tres posiciones: A) Cualquier referencia incidental u ocasional, tesis minoritaria que inundaría el ordenamiento de leyes orgánicas. B) La posición de Enterría sobre el desarrollo directo de los derechos fundamentales, que reduciría enormemente su utilización -véase *infra* nota 53-. C) La tesis del Tribunal Constitucional español, defendida por Solozábal, que limita las leyes orgánicas a la regulación de lo global o lo básico, dejando una ulterior colaboración al legislador ordinario o, con la debida predeterminación, incluso, al reglamento. Sobre esta cuestión, el ámbito de la regulación, las materias conexas y el margen de intervención de la ley ordinaria y el reglamento, véase el trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *infra* nota 53, pp. 158 y ss.; SANTAMARIA PASTOR, J.A. (2009). *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Madrid, Iustel, pp. 189-193; DE OTTO PARDO, I., *Derecho Constitucional...*, *ob. cit.*, pp. 111 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S. (2006). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo II, Madrid, Iustel, pp. 609-623; BALLARÍN IRIBARREN, J. (2001). "Materias conexas", en ARAGÓN REYES, Manuel, *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Madrid, Civitas. En la abundante jurisprudencia constitucional seleccionamos el intento de la STC 135/2006, FJ 2º, en que actúa como ponente el magistrado ARAGÓN REYES, para deslindar la regulación de ejercicio del desarrollo; sobre las materias conexas las SSTC 5/1981, (asunto Loece) parcialmente rectificada por la STC 76/1983, (asunto Loapa); y sobre la colaboración del reglamento, la STC 83/1984, FJ 4º.

53 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*, *ob. cit.*, p. 160: El artículo 81 se refiere solamente al desarrollo directo de los derechos fundamentales, "término que apunta de manera inequívoca a regulaciones frontales, directamente orientadas a complementar la normación básica que se contiene en la propia Constitución. El inciso final del artículo 81.2 de ésta parece confirmar esta misma conclusión al requerir 'una votación final sobre el conjunto del proyecto'".

está refiriendo a los derechos fundamentales como ámbito material de aplicación de esta garantía normativa. No hubiera existido duda interpretativa gramatical alguna si se hubieran invertido los términos y el constituyente dijera: garantías y derechos fundamentales. En consecuencia, se estima que puede defenderse interpretativamente, como se ha sostenido supra, que en el Título II no sólo hay derechos fundamentales sino también distintas figuras jurídicas, entre otras los simples derechos constitucionales y que la garantía normativa de la regulación por ley de su ejercicio es aplicable también a las otras categorías jurídicas proclamadas en el Título II, esto es, a los derechos fundamentales y a los simples derechos constitucionales. Coadyuva en la posición sostenida que el artículo 272, a diferencia del 74.2 que se acaba de reseñar, al establecer la garantía normativa de la reforma agravada, incluye en su ámbito "derechos, garantías fundamentales y deberes", introduciendo una coma entre derechos y garantías. Esta interpretación se refuerza considerablemente si se repara en que el artículo 68 al atribuir la eficacia jurídica inmediata se refiere literalmente a los "derechos fundamentales", lo que implica la exclusión de otras categorías jurídicas como los simples derechos constitucionales o los mandatos a los poderes públicos, lo que resulta lógico y coherente y se corresponde con las posiciones que se están defendiendo en este trabajo; concretamente se deben recordar las dificultades reseñadas en el apartado III para conseguir la eficacia jurídica inmediata de algunos derechos que, frente a otras posiciones de la literatura jurídica, en este trabajo no se han considerado derechos fundamentales. Otro argumento en defensa de esta interpretación es la garantía normativa de la reserva orgánica, que se circunscribe literalmente por el artículo 112 a aquellas leyes que "por su naturaleza regulan los derechos fundamentales". Finalmente, esta posición no puede perder de vista el conjunto de argumentaciones contenidas en este trabajo y lo que en breve infra se escribirá a propósito de quórum de la ley orgánica y del peligro cierto de petrificación del ordenamiento jurídico dominicano. Por tanto, aquí se va a sostener que los ámbitos materiales del artículo 74.2 y 112 son diferentes⁵⁴, es más, que hay una geometría variable de protección de estas dos garantías normativas y que lo mismo sucede con el artículo 272 a propósito de la reforma agravada. En consecuencia, las materias que protegen las garantías normativas son diferentes, al igual que sucedía con las propias garantías, y varían en consecuencia también los niveles de protección de los derechos fundamentales, de los derechos constitucionales y de los deberes.

⁵⁴ JORGE PRATS, E., *Derecho Constitucional*, ob. cit. p. 329, también coincide en deslindar los ámbitos materiales de ambos preceptos aunque con una argumentación diferente. Un amplio tratamiento de la cuestión, con sólida síntesis de la doctrina española, en pp. 324-330.

Con estos presupuestos se defiende que el término regulación del ejercicio engloba las garantías jurisdiccionales⁵⁵; los simples derechos constitucionales; y quizás los mandatos a los poderes públicos, así como otras figuras jurídicas del Título II; y, con seguridad, la mayor parte de las intervenciones públicas en materia de derechos fundamentales. Entre estas últimas, sin duda, se incluyen en su ámbito todas las limitaciones no contenidas en la constitución que el legislador debe prever con carácter general para permitir el ejercicio simultáneo de un mismo derecho por todos sus titulares. Se cree que debe englobar también las medidas incentivadoras para el efectivo ejercicio de los derechos en la sociedad, así como las medidas tuitivas menos gravosas con otros derechos fundamentales y que no se encuentran recogidas en el código penal. Se trata, en definitiva, de una ordenación incentivadora, ordenadora, tuitiva, de organización de su ejercicio. Un entendimiento diferente, al menos en la parte en que se ha manifestado no tener dudas, llevaría a una invasión por parte del legislador orgánico de la práctica totalidad del ordenamiento jurídico, debido a la mayor amplitud del Título II de la Constitución dominicana respecto al Título I de la española y a que como se destacó supra la incipiente doctrina mayoritaria dominicana sostiene que todos los preceptos de su Título II son derechos fundamentales⁵⁶. La posición aquí defendida se refuerza si se tiene presente que el quórum establecido por la Constitución dominicana para las leyes orgánicas es de dos tercios de los presentes con lo que la congelación de rango si podría llevar en el ordenamiento jurídico dominicano a una cierta petrificación del ordenamiento, con lo que para evitarlo se reforzaría la tesis sostenida supra en el apartado II a propósito de que la mayor parte de los preceptos del Título II no proclaman derechos fundamentales. En este punto conviene recordar que en el caso español la STC 5/1981, FJ 21, descarta que pueda producirse petrificación en el ordenamiento jurídico español precisamente porque las leyes orgánicas, esto es, "una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas" se prevén "tan sólo para supuestos tasados y excepcionales"⁵⁷. Como se puede observar las diferentes posiciones sostenidas en el texto se retroalimentan.

En el ámbito de la regulación de la ley orgánica podría quedar lo restante, esto es, el completamiento normativo básico de la Constitución realizado por el legislador, dado el carácter sumarial y lapidario de las normas sobre derechos fundamentales; el conjunto de limitaciones no contenidas en la norma *normarum* que el legislador debe prever con carácter general para compatibilizar el disfrute de un

⁵⁵ Véase *supra* el primer párrafo *in fine* del apartado II.

⁵⁶ Véase *supra* nota 13 y el texto que le sirve de soporte.

⁵⁷ Véase *infra* nota 64 y el texto en que se sustenta.

derecho fundamental con los demás, así como con otros valores, principios y bienes constitucionales -en el próximo párrafo se puede consultar el fundamento de esta posición-; y las medidas tuitivas más importantes que protegen los derechos fundamentales, las que normalmente recurren al código penal, que suelen afectar al contenido esencial de otros derechos fundamentales. Se trata de una regulación configuradora, constitutiva, delimitadora del contenido básico, en la medida en que el titular del derecho no pueda hacerlo. En cuanto a su extensión, coincido con Enterría en que "el contenido de la regulación debe ser el mínimo indispensable para que la norma básica contenida en la propia Constitución pueda funcionar correctamente y alcanzar así la operatividad social a la que institucionalmente está abocada⁵⁸". Esta reducción del ámbito material de la ley orgánica mermaría la garantía normativa con menor intensidad de lo que lo haría en España, donde se exige mayoría absoluta para la ley orgánica, es decir, el mismo quórum que se requiere para la ley ordinaria en la Constitución dominicana.

Antes de finalizar con esta primera cuestión se estima necesaria una importante precisión en materia de los límites que con carácter general establece el legislador. Aunque la literatura jurídica en un principio insistía en lo contrario, es de sobra conocido que al ponderar dos derechos fundamentales el que cede debilitadamente a veces desaparece⁵⁹, esto es, que tras agotar el intérprete todos los instrumentos a su alcance no es posible mantener un mínimo contenido en el derecho que cede debilitadamente. La constatación de esta realidad es lo que lleva a proponer la reserva al legislador orgánico de este tipo de límites de carácter general y debería conducir a restringir su discrecionalidad en mayor medida. No es lo mismo el conflicto entre dos derechos fundamentales -la Constitución dominicana contempla esta especificidad⁶⁰- que entre uno de éstos y un derecho constitucional o un valor o principio o un bien jurídico constitucional. La limitación que un derecho fundamental impone a otro derecho fundamental cuando

58 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 161.

59 Véase PRIETO SANCHÍS, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación", en *Derecho y Proceso*, dirigido por MORENO, J.D., *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 5, 2001, pp. 216 y ss.

60 La Constitución dominicana muy reveladoramente en el Título II, Capítulo III, "De los principios de aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales" en su artículo 74.4, *in fine*: "Los poderes públicos...en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución". El precepto habla de armonizar los bienes e intereses protegidos en esta Constitución sólo en caso de conflicto entre derechos fundamentales, obviamente hay armonización en otros conflictos, pero el precepto se cree que distingue intencionadamente cuando la confrontación es sólo entre derechos fundamentales. La *sedes materiae*, interpretación de los derechos, es también muy significativa.

se pondera puede ser, sin duda, de mayor intensidad que la que le exigiría un derecho constitucional, dada la posición que los primeros ocupan en el sistema constitucional. También se debe proceder con prudencia cuando la limitación a un derecho fundamental procede de un valor o principio constitucional, dado que su carácter evanescente, su baja densidad, esto es, su amplia discrecionalidad en manos del legislador, mayor en el valor que en el principio, podrían permitir restringir indebidamente el derecho fundamental. En el genoma de éste está el ser un ámbito de libertad impenetrable para el poder público frente a los intereses colectivos que éste representa; la utilización de estos intereses con excesiva discrecionalidad permitiría eliminar la garantía por la que nacieron los derechos fundamentales. Estas dos reflexiones son igualmente válidas para el conflicto con otros bienes constitucionales. La reserva de ley orgánica debe ocuparse de los límites generales que el legislador establece fruto de una ponderación para evitar el vaciamiento de los derechos fundamentales y las cortes constitucionales tienen que ser menos cautelosas cuando enjuician el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, especialmente, ante el más novedoso ataque a los auténticos derechos fundamentales: los intereses colectivos en forma de bien jurídico, derecho constitucional, valor, principio, y, a veces, incluso, otro derecho fundamental. Sería ciertamente rocambolesco que los derechos fundamentales creados como ámbitos de libertad frente a unos intereses colectivos representados por el poder público fueran destruidos a través de pretendidas técnicas de ponderación.

Tal y como se apuntaba sólo resta finalizar con una reflexión sobre la exigencia de una mayoría absoluta para regular el ejercicio de los derechos y garantías por ley y sobre el quórum de la mayoría de dos tercios en la ley orgánica para las que por su naturaleza regulan derechos fundamentales. Una de las más genuinas influencias españolas en la Constitución dominicana es la ley orgánica. En la península esta norma se caracteriza por un determinado ámbito material y porque se requiere la mayoría absoluta de los componentes del Congreso de los Diputados en la votación final sobre el conjunto de la norma. La razón de ser de este precepto era prolongar el consenso constitucional sobre determinadas materias que se consideraban de especial importancia⁶¹. El objetivo no parece haberse cumplido en España plenamente si se considera lo acaecido en los últimos treinta y cuatro años. Se suponía que la requerida mayoría absoluta garantizaba

⁶¹ Sobre este objetivo de las leyes orgánicas véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, ob. cit., p. 154, así como la referencia a las veintitantas leyes orgánicas previstas expresamente en la Constitución (p. 153) y la falta de un hilo conductor de las mismas. Sobre el propósito de las leyes orgánicas véase también BALAGUER CALLEJÓN, F. (1992). *Fuentes del Derecho*, Tomo II, Madrid, Tecnos, p. 134.

el consenso porque ningún partido obtendría la mayoría absoluta (176 diputados en el Congreso). Sin embargo, en la mayor parte de las legislaturas el grupo parlamentario que sostiene al gobierno ha contado con mayoría absoluta y con cierta frecuencia ha aprobado leyes orgánicas en solitario o contra el criterio del principal grupo parlamentario de la oposición. El caso más extremo se produjo recientemente cuando el Grupo parlamentario socialista sacó adelante el Estatuto de Cataluña en contra de la voluntad del Grupo popular, a través de lo que formalmente es una ley orgánica aunque materialmente es un figura bien diferente, entre otras razones, porque se trata de una norma paccionada entre el Poder central y Cataluña, que en el futuro no puede ser modificada mediante otra ley orgánica sin el consentimiento de esta comunidad autónoma. Por tanto, una singular ley orgánica, al quedar indisponible para los poderes constituidos salvo pacto⁶². Este episodio muestra en grado extremo las dificultades en España de la ley orgánica para alcanzar su razón de ser.

Hace ya bastantes años que se viene pensando en la conveniencia de una reforma constitucional española que eleve el quórum desde la mayoría absoluta a los tres quintos como forma superadora de la ineficiencia de la ley orgánica y le permita cumplir la función para la que fue diseñada. La propuesta encuentra un inconveniente en la medida en que supondría equiparar los quóruns de la ley orgánica con la reforma constitucional simplificada, lo que indudablemente origina problemas con la distinción poder constituyente, poderes constituidos, que se agravan cuando con lógica se defiende la importancia del quórum a la hora de justificar el principio de jerarquía normativa como expresión de un mayor plus de voluntad popular⁶³. No obstante, hay que precisar que la equiparación de quóruns no es total, en la ley orgánica se reclamarían tres quintos del Congreso y en la reforma simplificada de la Constitución española tres quintos en ambas cámaras -en último extremo dos ter-

62 Véase GARCÍA GUERRERO, J.L. (2008). "Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione dopo la prima riforma integrale di alcuni statuti", en Gambino, S. *Regionalismi e Statuti (Le riforme in Spagna e in Italia)*, Milano, Giuffrè, pp. 308-310. Este aspecto puede consultarse en español, en el trabajo del mismo autor, (2011). "El dinámico estado autonómico español", Revista *Quid Iuris*, volumen 13, junio, México, pp. 89-91.

63 Véase GARCÍA GUERRERO, J.L. (2011). "Implicaciones constitucionales de la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en el trabajo colectivo: *La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: su impacto institucional sobre la política y la ciudadanía europea*, Jornada de Expertos, Madrid, Edita APDHE, FIDH y Ministerio de Asunto Exteriores de España, pp. 7-9, donde se tratan de eliminar las adherencias autoritarias al principio de jerarquía normativa provenientes del Antiguo régimen y de su principio monárquico y construirlo como garantía de la soberanía popular a través del principio democrático. Los quóruns desempeñarían un importante papel a la hora de expresar una mayor o menor legitimidad democrática, aunque no puede perderse de vista el órgano que produce la norma y el principio de competencia.

cios en el Congreso y mayoría absoluta en el Senado-, sin mencionar la posibilidad del referéndum si lo solicita a una décima parte de los parlamentarios. Con todo, la propuesta es un mal menor, se trata de elevar el quórum de la ley orgánica para que efectivamente pueda cumplir el objetivo con que se concibió. También se podría objetar que esto provoca una petrificación abusiva de esta parte del ordenamiento jurídico con merma del principio democrático. El argumento ignora que al tiempo de sentar esta doctrina el Tribunal Constitucional español veda su aplicación para los supuestos excepcionales y tasados en los que se establece "una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas"⁶⁴. La objeción también se desvanece cuando se atiende a la práctica y se repara que en todas las legislaturas de la Constitución de 1978 las dos principales fuerzas políticas han andado sobradas para alcanzar ese quórum. ¿Qué consenso se persigue en cuestiones trascendentales si el mismo no alcanza a los dos partidos políticos más importantes que se reparten la gobernabilidad del Estado?

Como en otros casos ya reseñados la Constitución dominicana ha sabido superar los inconvenientes que las garantías normativas han originado en España al tiempo que las importaba. Así la *Norma normarum* dominicana prevé mayoría absoluta de los presentes para la ley ordinaria, según el artículo 113, y mayoría de dos tercios de los presentes en la ley orgánica como dispone el artículo 112. No obstante, también aquí se produce una cierta equiparación en el quórum con el de la reforma constitucional, aunque, quizás, de menor intensidad que en el caso español, pues el artículo 271 exige la presencia de más de la mitad de los miembros de las Cámaras y que las decisiones se tomen por mayoría de dos tercios de los votos -en la ley orgánica se requiere sólo dos tercios de votos de los presentes-. La reforma agravada también marca alguna distancia al exigir tras la votación la intervención del soberano, mediante referéndum, exigiendo una participación superior al treinta por ciento y más del cincuenta por ciento de los votos en sentido positivo (artículo 272).

Tras glosar la imprescindibilidad de una intervención normativa de los poderes constituidos en el régimen jurídico de los derechos fundamentales y concluir que ésta debe ser realizada por el legislador y cómo la desconfianza creciente

⁶⁴ La STC 5/1981, FJ 21, rechaza que se produzca una congelación de rango cuando la ley orgánica regule materia propia de ley ordinaria, argumentando que: "la concepción formal de la Ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, *previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas*". La cursiva es propia y es claramente reveladora de su intención.

frente al mismo llevó a establecer mecanismos de control que restringen su discrecionalidad, es el momento de ocuparse de estas dos limitaciones: la indisponibilidad del contenido esencial y el respeto al principio de proporcionalidad por el legislador a la hora de establecer con carácter general los límites de los derechos fundamentales. No obstante, aquí nos ceñiremos a ver si también se ha producido una recepción de estas limitaciones desde España y en qué medida resulta trasladable la doctrina y literatura jurídica hispana.

V. La indisponibilidad del contenido esencial.

El artículo 74.2 de la Constitución dominicana dispone: "Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad". El precepto modélicamente atribuye la competencia al legislador y lo restringe en su discrecionalidad con la indisponibilidad del contenido esencial y del principio de razonabilidad, que ya se anticipó que se entiende como proporcionalidad. Como ya se ha visto, se trata de un límite impuesto por el poder constituyente controlable por la jurisdicción ordinaria y, en último extremo, por el Tribunal Constitucional.

Se sigue, como en supuestos anteriores, la estela de la Constitución española, cuyo artículo 53.1 dispone que "Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades...". No obstante, el auténtico origen de la limitación al legislador se encuentra también en este caso en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, tanto por lo que se refiere a la delimitación de su ámbito como al propio significado de esta garantía constitucional. Se está, sin duda, en presencia de un concepto jurídico indeterminado, que constituye un auténtico límite a la acción de los poderes públicos, especialmente a la potestad legislativa del Estado.

En Alemania se ha debatido intensamente si este límite al legislador tiene su origen en la posición estructural subordinada, inferior en jerarquía normativa, del legislador en relación con el constituyente o si no deriva de aquí sino de la expresa indisponibilidad establecida por la Constitución alemana en el artículo 19.2 y en la dominicana por el 74.2, esto es, si no existiría sin estos preceptos. Se coincide con Häberle y Hesse en atribuir a la cláusula homóloga la mera condición de recordatorio enérgico, como señala Solozábal, se trata de "la observancia

de límites, que en realidad, viene a reiterar, pero no a establecer propiamente"⁶⁵.

Con el contenido esencial⁶⁶ se pretende preservar un núcleo mínimo a partir del cual el legislador puede operar ampliando más o menos expansivamente las condiciones de ejercicio de los derechos. La delimitación de ese núcleo intangible habrá de realizarse considerando cuál es el mínimo que permite afirmar la subsistencia del derecho o libertad y la posibilidad de ejercerlo.

La noción de contenido esencial es fundamentalmente casuística, habrá que estar al concreto desarrollo de un derecho para saber si se respeta ese núcleo intangible. Para su determinación existen básicamente dos criterios⁶⁷. El primero implica el recurso a la noción generalmente admitida de lo que un derecho significa. Desde esta perspectiva, el contenido esencial de un derecho sería aquel que lo hace reconocible como perteneciente a aquella categoría jurídica con la que, de acuerdo con la idea generalmente aceptada, se corresponde. Se trata de una noción subjetivista y vinculada con un determinado momento histórico. Si un derecho no reúne, en su desarrollo legislativo, esos rasgos que lo identifican como perteneciente a la noción generalmente asumida se vulnera su contenido esencial. El segundo criterio para determinar el contenido esencial del derecho sería el de localizar aquellos intereses cuya protección se persigue con su reconocimiento. Sería preciso dilucidar si los intereses que éste pretende proteger y resguardar están efectiva, real y concretamente protegidos por el desarrollo legislativo del derecho. Ambos criterios de determinación del contenido esencial de un derecho no son antitéticos ni alternativos, sino complementarios.

Esta noción fue elaborada por la STC 11/1981, FJ 8º (caso decreto-ley regulador del derecho de huelga), que establece:

65 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., "Algunas cuestiones básicas...", *ob. cit.*, pp. 102-103. Véase asimismo la bibliografía alemana sobre la cuestión por él citada.

66 Entre los primeros estudios sobre el contenido esencial véase PAREJO ALFONSO, L. (1988). "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", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3. Uno de los trabajos más influyentes, sin duda, DE OTTO Y PARDO, Ignacio, (1988) "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución", en el libro del mismo autor con MARTÍN RETORTILLO, L., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, Cívitas, pp. 95 y ss. Véase también, MARTÍNEZ PUJALTE, A.L. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

67 BAÑO LEÓN, J.M., "La distinción entre derecho fundamental...", *ob. cit.*, pp. 168-169, rastrea la determinación del contenido esencial efectuada por los Tribunales Constitucionales alemán y español en un párrafo de los trabajos de Schmitt.

"Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una reconocibilidad de ese tipo abstracto en la regulación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Constituyen 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 quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo posible camino para definir el contenido esencial de un derecho consiste en tratar de buscar lo que una importante tradición ha llamado los intereses jurídicamente protegidos como núcleo y médula de los derechos subjetivos. Se puede entonces hablar de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, 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.

Los dos caminos propuestos para tratar de definir lo que puede entenderse por «contenido esencial» de un derecho subjetivo no son alternativos, ni menos todavía antitéticos, sino que, por el contrario, se pueden considerar como complementarios, de modo que, al enfrentarse con la determinación del contenido esencial de cada concreto derecho pueden ser conjuntamente utilizados para contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse".

Se defiende, en consecuencia, un entendimiento absoluto del contenido esencial, en línea con la doctrina del Tribunal Constitucional alemán y español, frente al entendimiento relativo del contenido esencial⁶⁸, que lleva prácticamente a equiparar el contenido esencial con el principio de proporcionalidad⁶⁹. La teoría relativa encuentra dificultades para determinar el contenido esencial más allá de los casos concretos y, algunos de sus defensores, observan riesgos en acudir a uno de los criterios, concretamente, el de las ideas generalizadas o convicciones de los juristas⁷⁰.

VI. El principio de razonabilidad o proporcionalidad.

Como se ha podido comprobar al inicio del apartado anterior, tras atribuir al legislador la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales el artículo 74.2 *in fine* limita a este poder constituido no sólo a través de la indisponibilidad del contenido esencial sino mediante el principio de razonabilidad que, en realidad, es de proporcionalidad⁷¹, como se podrá apreciar al examinar el último de los

68 GAVARA DE CARA, J.C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 215-218 y 281-285, relata el enfrentamiento entre el Tribunal Federal y el Tribunal Administrativo Federal; cómo el primero defendía al principio un entendimiento relativo frente al absoluto del segundo y cómo el Tribunal Constitucional alemán adoptó esta última tesis.

69 La STC 236/2007, FJ 4º, a propósito de los derechos de los extranjeros, vuelve a rechazar la tesis relativa que pretende subsumir el contenido esencial en el principio de proporcionalidad: "la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades sólo serán constitucionalmente válidas, si respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida".

70 Observan riesgo de subjetividad al acudir a parámetros extra-constitucionales, PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pp. 144-146; GAVARA DE CARA, J.C., *Derechos fundamentales...*, ob. cit., pp. 341-351; LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M. (1996). *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución española*, Granada, Comares, pp. 73 y ss.; y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2008). "La aplicación judicial del Derecho Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 21, pp. 367-374.

Una tesis más próxima al Tribunal de lo que piensa el autor en JIMÉNEZ CAMPO, J. (1999). *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trota, pp. 70-73, que considera ilusorio concebir un núcleo firme e inalterable que pudiera ser captado *ex ante* y en abstracto. Su mayor rechazo a la posición del tribunal es la concepción de un derecho fundamental con un núcleo indisponible y una envoltura o periferia a merced del legislador. Aunque como relata DE OTTO Y PARDO, I., "La regulación del ejercicio de...", ob. cit., p. 132, la periferia podría no quedar a disposición del legislador si al límite del contenido esencial se yuxtaponen la restricción del principio de proporcionalidad, fórmula empleada con frecuencia por el Tribunal Constitucional español.

71 ESPÍN TEMPLADO, E. (2012). "Las garantías de los derechos y libertades", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo II, ob. cit., pp. 428-429, no aprecia esta equiparación. Véase también su capítulo en relación con este trabajo y a propósito de las garantías jurisdiccionales. En cambio, en el mismo

sub-principios en que éste se desglosa.

El principio de proporcionalidad cuyo anclaje se encuentra en el artículo 74.2, expresamente, y además en la cláusula del Estado de Derecho del artículo 7, implícitamente, es una vez más una aportación teutona. Apareció en el siglo XIX en el campo administrativo para revisar los poderes discrecionales de la administración y tras la II Guerra Mundial se extendió al derecho constitucional para limitar la discrecionalidad del legislador a través de la jurisdicción constitucional. Una de las primeras constituciones en recogerlo expresamente es la portuguesa cuyo artículo 18.2 impone al legislador que cumpla este principio al limitar los derechos fundamentales. La Constitución española no lo contempla explícitamente pero la STC 160/1987, FJ 6º, lo consideró implícito en la cláusula del Estado de Derecho y la STC 6/1988, FJ 3º, en la interdicción de la arbitrariedad. El principio de proporcionalidad comprende el principio de adecuación, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad *strictu sensu*⁷², aunque el Tribunal Constitucional no contempló plenamente estas proyecciones hasta la STC 66/1995⁷³.

El principio de adecuación requiere básicamente que las limitaciones que el legislador impone a los derechos fundamentales a la hora de configurar su ejercicio se encuentren fundadas en la protección de otro derecho, bien, valor o principio constitucional. Aunque no basta la mera indicación del precepto sino que la restricción que sufre el derecho fundamental debe ser verdaderamente útil para alcanzar la finalidad que se persigue. En palabras de la STC 66/1995, FJ 5º, se trata de comprobar si la medida limitativa de los derechos es "susceptible de conseguir el objetivo propuesto". En definitiva se trata de analizar la idoneidad de la medida para la consecución del fin perseguido.

El principio de necesidad consiste en la comprobación de que no existen medidas alternativas menos gravosas que la limitación del derecho fundamental para

libro, Tomo I, el interesante trabajo de TORRES MURO, I., "Los controles y garantías en la Constitución dominicana", p. 315, coincide con la opinión que se manifiesta en el texto y considera que el principio de proporcionalidad se ha denominado en República Dominicana principio de razonabilidad.

72 Véase BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª edición, especialmente, pp. 692 y ss., sobre la estructura de estos sub-principios.

73 Una perfecta síntesis sobre el principio de proporcionalidad y sus sub-principios con detallado despliegue de la jurisprudencia constitucional en MEDINA GUERRERO, M., "La eficacia vinculante de los derechos frente a los poderes públicos...", *ob. cit.*, pp. 1168-1171. Véase también el resto del comentario a propósito de las garantías normativas, así como su trabajo (1998). "El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, pp. 119 y ss.

conseguir el objetivo perseguido. La indispensabilidad de la restricción se convierte en un instrumento básico al que más adelante se añade que la alternativa a la restricción del derecho debe ser igual de eficaz. El control se ciñe a comprobar si la limitación es "imprescindible o cabía [...] la adopción de medidas menos drásticas e igualmente eficaces para la consecución del fin perseguido" STC 66/1995, FJ 5°.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto es el menos depurado y exige atender a todas las circunstancias del caso concreto. Se trata de ponderar el sacrificio de los bienes que se origina al titular del derecho restringido con las ventajas que derivan del derecho, bien, valor o principio constitucional. Perjuicios y beneficios deben estar equilibrados, ambos tienen que estar adecuadamente ponderados, se trata de una auténtica armonización de los intereses confrontados. Así la STC 66/1995, FJ 5°, establece que se trata de comprobar si la limitación al derecho es "ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto"⁷⁴.

Si se tienen presentes los argumentos y razones, que se han examinado en el apartado IV de este trabajo, que llevaron a la reserva de ley impropia y a imponer los límites al legislador, hay que concluir que el Tribunal Constitucional ha adoptado una posición, quizás, excesivamente cautelosa en el control de los sub-principios que engloba la proporcionalidad para lo que se acude al concepto de Constitución como ordenamiento marco, ya desde la sentencia 11/1981. Si bien es cierto que este control es considerablemente más intenso cuando se aplica sobre la administración o la jurisdicción ordinaria. La cautela que, obviamente, disminuye la eficacia jurídica de esta garantía normativa se observa en el control ejercido por el Tribunal Constitucional sobre los tres sub-principios.

En numerosas ocasiones el máximo intérprete de la Constitución española no ha hecho un uso expreso del principio de adecuación sino que se ha limitado a identificar el derecho, bien, principio o valor constitucional que justificaba la restricción al derecho fundamental, pasando a continuación a examinar los otros dos sub-principios.

A propósito del principio de necesidad la STC 55/1996, FJ 8°, afirma: "Que la

⁷⁴ Véase MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2007). *Cuota electoral de mujeres y Derecho Constitucional*, Madrid, Cortes Generales, pp. 199-228, sobre los tres sub-principios en una aplicación concreta.

realización del juicio de necesidad compete al legislador es una afirmación que ya hemos reiterado y justificado, al igual que la del amplio margen de libertad del que goza y que deriva, no sólo de la abstracción del principio de proporcionalidad (STC 62/1982, fundamento jurídico 5º) y de la reseñada complejidad de la tarea, sino también y sobre todo de su naturaleza como "representante en cada momento histórico de la soberanía popular" (SSTC 11/1981, 332/1994)".

"En rigor, el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza (SSTC 66/1985, fundamento jurídico 1º; 19/1988, fundamento jurídico 8º; 50/1995, fundamento jurídico 7º), de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento".

Y otro tanto puede afirmarse de la cautela al examinar el control del Tribunal respecto al principio de proporcionalidad en sentido estricto, como puede observarse en la STC 55/1996, FJ 9º: "Sólo el enjuiciamiento de la no concurrencia de ese desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma compete en este punto a este Tribunal en su labor de supervisar que la misma no desborda el marco constitucional".

VII. La reforma constitucional agravada como garantía normativa.

Ya se destacó en el apartado I, nota dos, la importancia que Pérez Royo confiere a la reforma constitucional, al menos en Estados Unidos, para institucionalizar el poder constituyente originario del pueblo y la supremacía de la constitución como norma jurídica. También se puso de relieve como es una de las dos garantías fundamentales que protege a la constitución frente a posibles ataques o violaciones, al tiempo que opera como garantía normativa por la protección que recibe una institución al constitucionalizarse. Poco más resta añadir dado el objeto pretendido en este trabajo.

En lo que aquí interesa la Constitución dominicana sigue nuevamente a la Constitución española al emplear la reforma constitucional como garantía nor-

mativa de los derechos fundamentales, al diferenciar entre reforma constitucional simplificada y agravada y al requerir en este último caso la intervención en referéndum del pueblo dominicano. En efecto, se distingue entre la reforma ordinaria del artículo 271, con un quórum de más de la mitad de los miembros de cada una de las cámaras y una mayoría de dos terceras partes de los votos, de una reforma agravada (artículos 272 y 273), que opera cómo garantía normativa más intensa en la limitación que el poder constituyente establece al poder constituyente constituido. En este segundo supuesto se exige, además, la intervención del soberano mediante un referéndum obligatorio con participación, al menos, de más del treinta por ciento y con una mayoría de más del cincuenta por ciento de los votantes. El ámbito material incluye: "derechos, garantías fundamentales y deberes, el ordenamiento territorial y municipal, el régimen de nacionalidad, ciudadanía y extranjería, el régimen de la moneda, y sobre los procedimientos de reforma instituidos en esta Constitución". Como en supuestos anteriores se recibe la influencia española pero superando sus dificultades o errores⁷⁵. En España el constituyente se olvidó de proteger ni más ni menos que la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, el principio de igualdad, el sistema de garantías de los derechos del artículo 53⁷⁶ y el propio procedimiento de reforma agravada; errores en los que no incurre el constituyente dominicano como se acaba de comprobar al reproducir el ámbito material de la reforma agravada. Finalmente, destacar que en la geometría variable de protección que despliegan las garantías normativas en República dominicana la especial rigidez no sólo es reclamable de los derechos fundamentales, sino también de los simples derechos constitucionales, de los deberes constitucionales y de las propias garantías.

75 NUÑEZ RIVERO, C. (2012). "La reforma de la constitución", en el libro dirigido por GONZÁLEZ TREVIJANO, P. y ARNALDO ALCUBILLA, E. *Comentarios a la Constitución de la República dominicana*, Tomo II, ob. cit., pp. 1423-1424, acertadamente destaca como la Constitución dominicana sigue a la española al prohibir en el artículo 271 que se inicie la reforma constitucional durante la vigencia de cualquiera de los estados de excepción, cuando hubiera sido más lógico, en línea con otras constituciones, subsanar este error y extenderlo a todas las fases de la reforma constitucional y no sólo a la iniciativa. Véase su trabajo en relación con este apartado a partir de la p. 1415 y especialmente pp. 1425-1427.

76 Véase DE ESTEBAN, J. y GONZÁLEZ TREVIJANO, P.J., *Curso de Derecho Constitucional Español*, ob. cit., p. 357.

Resumen

La nueva Constitución de República Dominicana de 2010 incorpora, indirectamente y a través de la influencia española, buena parte de la dogmática alemana sobre los derechos fundamentales, incluida la totalidad de sus garantías normativas, que son el objeto de este trabajo. Los estudios en este campo por parte de la literatura jurídica a propósito del país caribeño pueden calificarse como incipientes.

Tras la delimitación conceptual de las garantías normativas, la material presenta grandes dificultades. El poderoso influjo de la Constitución española ha llevado a querer interpretar miméticamente la rúbrica del capítulo I del Título II de la Constitución dominicana "De los derechos fundamentales". El correcto entendimiento propuesto en el trabajo ha requerido una amplia argumentación para incluir entre los derechos fundamentales a la participación política, así como para excluir de la categoría a derechos constitucionales y mandatos a los poderes públicos.

Aportes válidos para el derecho constitucional español surgen de las consideraciones que el trabajo efectúa sobre ciertos problemas prácticos surgidos en la península que el constituyente dominicano ha tratado de evitar: la separación entre los derechos fundamentales y sus garantías jurisdicciones, siguiendo la estela alemana, pero aplicando la mayor parte de las garantías normativas a éstas; la dificultad de otorgar eficacia jurídica directa a ciertos derechos fundamentales de prestación o que requieren de completamiento normativo; la propuesta para tratar de superar las dificultades en la delimitación de la reserva orgánica y ordinaria; la exigencia de un quórum en la ley orgánica que obligue al consenso en materias trascendentales, así como la correcta sistematización de éstas; la diferenciación del conflicto entre derechos fundamentales y entre éstos y los valores, principios y bienes constitucionales cuando el legislador establece con carácter general los límites de los derechos fundamentales y las consecuencias que deberían derivar para evitar su vaciamiento; la titularidad del derecho fundamental de entrada en el país exclusivamente a los nacionales dominicanos; y, sin ánimo exhaustivo, una correcta delimitación material de los ámbitos protegidos por la reforma constitucional agravada.

Finalmente, y al margen del estudio de derecho comparado, se debe resaltar la investigación sobre los fundamentos que están en el origen de las reservas de ley y de los límites impuestos al legislador y como aquéllos se deben tener más presentes a la hora del control que las cortes constitucionales ejercen a través del principio de proporcionalidad, al que debe yuxtaponerse el del contenido esencial. Hay un exceso de cautela por los máximos intérpretes de la constitución que está poniendo en peligro la efectividad de algunas garantías normativas.

Abstract

The new Constitution of Dominican Republic 2010 incorporates, indirectly and through Spanish influence, a good part of the German dogmatic about fundamental rights, including the totality of its normative guarantees, which are the object of this work. Studies in this field by the legal literature on the Caribbean country can be described as emerging.

After the delimitation of the conceptual normative guarantees, the material presents great difficulties. The powerful influence of the Spanish Constitution has led to want to interpret mimetically the rubric of the chapter I of the Title II of the Dominican Constitution "Of the fundamental rights". Correct understanding proposed in the work has required an extensive argumentation to include the political participation among the fundamental rights, as well as to exclude the constitutional rights and mandates to the public powers from the category.

Valid contributions to the Spanish Constitutional law arise from the considerations that this work makes on certain practical problems which have arisen in the peninsula and that the Dominican constituent sought to avoid: the separation between fundamental rights and their guarantees jurisdictions, following in the footsteps of German, but applying the greater part of the normative guarantees to these; the difficulty of providing direct legal effects to certain social fundamental rights or rights that require normative completion; the proposal to try to overcome the difficulties in the delimitation of the organic and ordinary reservation; the requirement of a quorum in the organic law that obliges reaching a consensus in transcendental matters, as well as the correct systematization of these; the differentiation of the conflict between fundamental rights and between these and the values, principles and constitutional goods when the legislator establishes with general character the limits of the fundamental rights and the consequences that should derive to avoid their emptying; the entitlement of the fundamental right of entry in the country exclusively to the Dominican nationals; and, without exhaustive, a correct material delimitation of areas protected by aggravated constitutional reform.

Finally, and outside of the study of the compared law, it is necessary to highlight the research on foundations that are in the origin of the reservations of law and of the limits imposed on the legislator and as those must be born in mind at the time of the control that the constitutional courts exercise through the principle of proportionality, to which there must be juxtaposed that of the essential content. There is an excessive caution by the maximum interpreters of the constitution that is putting the effectiveness of some normative guarantees in danger.

Palabras clave

Derecho Constitucional. Derecho Comparado. Constitución dominicana. Derechos Fundamentales. Garantías normativas.

Key words

Constitutional law. Compared law. Fundamental rights. Dominican Constitution. Normative guarantees.