



UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA UNIBE

Escuela de GRADUADOS

**La ponderación en la jurisprudencia constitucional dominicana
a la luz de la Constitución 2010**

Maestrante

Katherine Del Carmen Gólez Suero
09-0328

Proyecto final para optar por el título de
Maestría en Derecho Constitucional

Asesor metodológico

Cristino García Estrella

Asesora de contenido

Aracelis Fernández Estrella

Santo Domingo, D. N.
República Dominicana
Julio 2023

AGRADECIMIENTOS

A Dios.

A mi familia.

A Aracelis Fernández, Luz Núñez y Scarlet Vanessa, amigos, que como dice la palabra de Dios, en tiempo de angustia son como hermanos (Proverbios 18:24).

INDICE

DELIMITACIÓN DEL TEMA	- 7 -
1. Delimitación temporal.....	- 7 -
2. Delimitación espacial.....	- 7 -
3. Delimitación sustantiva.....	- 7 -
JUSTIFICACIÓN	- 8 -
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	- 10 -
INTERROGANTES CLAVES.....	- 11 -
MARCO TEÓRICO.....	- 12 -
1. Breves referencias a estudios anteriores	- 12 -
2. Desarrollos teóricos atinentes al tema.....	- 12 -
3. Definición de términos básicos.....	- 14 -
OBJETIVOS	- 15 -
1. Objetivo general.....	- 15 -
2. Objetivos específicos.....	- 15 -
METODOLOGÍA	- 16 -
1. Tipo de investigación	- 16 -
2. Métodos	- 16 -
INTRODUCCIÓN.....	- 17 -
CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES	- 19 -
1.1 Breve reseña del contexto del neoconstitucionalismo	- 19 -
1.2 Distinción entre reglas y principios:.....	- 24 -
1.3 Conflictos normativos	- 32 -
1.3.1 Noción de conflicto normativo: aproximación conceptual	- 35 -
1.3.2 Criterios de distinción	- 37 -
1.4. Naturaleza de los Derechos fundamentales como reglas y como principios ...	- 42 -
1.4.1 Los derechos fundamentales como reglas	- 44 -
1.4.2 Los derechos fundamentales como principios	- 46 -
CAPÍTULO II: LA PONDERACIÓN.....	- 51 -

2.1	Origen de la ponderación.....	- 51 -
2.2	Definición de ponderación.....	- 54 -
2.3	¿En qué consiste la Ponderación?.....	- 58 -
2.4	¿Cómo se lleva a cabo la ponderación?	- 62 -
2.4.1	El método de ponderación de Alexy.	- 63 -
2.4.2	El método de ponderación de Moreso	- 68 -
2.3.2	El método de ponderación de Bernal Pulido	- 71 -
2.5	Principio de proporcionalidad.....	- 74 -
CAPÍTULO III:		- 79 -
LA PONDERACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO DOMINICANO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....		- 79 -
3.1	La ponderación en el marco normativo dominicano:.....	- 80 -
3.2	Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional	- 83 -
3.2.1	Sentencia TC/0011/12.....	- 83 -
3.2.2	Sentencia TC/0042/12.....	- 90 -
3.2.3	Sentencia TC/0109/13	- 93 -
3.2.4	Sentencia TC/0167/13	- 95 -
3.2.5	Sentencia TC/0064/19.....	- 98 -
CONCLUSIÓN.....		- 103 -
REFERENCIAS		- 108 -

DELIMITACIÓN DEL TEMA

1. Delimitación temporal.

El presente trabajo se enmarca a partir del año 2012, fecha en que se instala oficialmente el Tribunal Constitucional dominicano a partir de su instauración en la Constitución del 26 de enero de 2010, por constituir el máximo intérprete de la Constitución.

2. Delimitación espacial.

Este trabajo de investigación tendrá como objeto el territorio de la República Dominicana.

3. Delimitación sustantiva.

La base para realizar la ponderación en el ordenamiento jurídico dominicano está enmarcada en la Constitución dominicana y en la Ley del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11. Igualmente se utilizarán las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional.

JUSTIFICACIÓN

A partir de los años 90 se expandió en todo el mundo nuevas constituciones o reformas constitucionales sustanciales, en las que se introdujeron derechos fundamentales y se institucionalizaron sistemas de justicia constitucional concentrada; tal es el caso de la Constitución dominicana proclamada el 26 de enero de 2010, la que incluyó, entre otras cosas, un catálogo de derechos fundamentales y la instauración del Tribunal Constitucional para garantizar la supremacía constitucional, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

La Constitución reconoce como función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona (artículo 8), de manera que los derechos fundamentales gozan de una posición preferente en el ordenamiento jurídico, que impone que ese ordenamiento deba ser interpretado de conformidad con esos derechos y libertades fundamentales. Estos derechos poseen una estructura abierta, por esa razón, es posible que en ocasiones colisionen entre ellos.

Estos conflictos no pueden resolverse pretendiendo la validez absoluta de ciertos derechos sobre otros. Es por ello que, la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios.

En ese sentido, la ponderación es el mecanismo a través del cual se resuelven las colisiones entre derechos fundamentales que consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro, indicando por qué en ese caso concreto tiene preeminencia.

En ese contexto, la reciente introducción de lo que se denomina ponderación en la jurisdicción constitucional dominicana, conjuntamente con el novedoso influjo del Neoconstitucionalismo, ha supuesto una aplicación judicial que deja ver la falta de conocimiento en esa materia.

Por ello, el presente trabajo pretende abordar la técnica de ponderación de derechos fundamentales en colisión por el Tribunal Constitucional dominicano, a través de su doctrina jurisprudencial, con la finalidad de identificarla, conocerla y analizarla.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La Constitución dominicana establece, en su artículo 74.4 que: “Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.”.

Este texto consagra la obligación de todos los poderes públicos, incluido el Tribunal Constitucional, de garantizar la protección de los derechos fundamentales y, en aquellos casos en que surjan conflictos entre ellos, proteger el contenido esencial de esos derechos en colisión. Esto conlleva a que los valores constitucionalmente amparados deban ser armonizados los unos con otros evitando que un valor se realice en base al sacrificio de otro.

En el cumplimiento de esta obligación, el Tribunal Constitucional desempeña una función preponderante en la medida en que, como Tribunal supremo y último intérprete de la Constitución, debe procurar establecer los criterios o parámetros que aplican en todos los casos para la determinación del grado de protección de cada derecho en conflicto.

Todo ello para evitar la violación al contenido esencial de los derechos fundamentales y el ejercicio excesivo de la discrecionalidad, obligando a todos los órganos del Estado a seguir los mismos criterios al momento de ponderar derechos en conflicto.

El problema objeto de investigación radica en que la Constitución y La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11, no establecen expresamente los parámetros o criterios que deberán seguirse para procurar la armonización de los derechos fundamentales en colisión.

Por consiguiente, este trabajo se propone investigar si el Tribunal Constitucional, a través de su doctrina jurisprudencial, ha desarrollado una técnica de ponderación para la solución de derechos fundamentales en colisión, y/o establecido criterios para su ejercicio, y analizar qué particularidades presenta.

INTERROGANTES CLAVES

1. ¿Cuál es el origen de la ponderación?
2. ¿Qué es la ponderación?
3. ¿Por qué se utiliza la ponderación?
4. ¿En qué consiste la ponderación?
5. ¿El Tribunal Constitucional dominicana utiliza la ponderación para resolver conflictos normativos en caso de colisión entre derechos fundamentales?
6. ¿En su caso, cuáles son los parámetros o criterios que utiliza el Tribunal Constitucional dominicano para aplicarla? ¿Se trata de parámetros constantes?
7. ¿Se adecúa la ponderación del Tribunal Constitucional Dominicano a algún sistema o método de ponderación reconocido internacionalmente y/o utilizado por otros Tribunales Constitucionales?

MARCO TEÓRICO

1. Breves referencias a estudios anteriores

- ATIENZA RODRIGUEZ, MANUEL. A vueltas con la ponderación. La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas, No- 1-2010.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, SANTIAGO. De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional.
- BURGA CORONEL, ANGÉLICA MARÍA. El test de ponderación o proporcionalidad de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Gaceta Constitucional No.47.
- CARBONELL, MIGUEL. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. El Derecho Constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010.
- PORTOCARRERO QUISPE, JORGE ALEXANDER. Peligros y límites de la ponderación. Lima, 2011. Dispone en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/1605/1/portocarrero_qj.pdf Consultado en fecha: 19 de junio de 2014.

2. Desarrollos teóricos atinentes al tema

Para entender la ponderación resulta necesario conocer que luego de la Segunda Guerra Mundial, se expidieron nuevos textos constitucionales o se aprobaron reformas constitucionales sustanciales que contienen mandatos sustantivos para el Estado, muchos de ellos redactados en forma de derechos fundamentales.

A partir de la consolidación de amplios catálogos de derechos fundamentales el discurso teórico y cívico sobre los mismos cambia de rumbo y la practica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando de forma relevante, pues ahora se trata de supervisar su correcta puesta en práctica, y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas.

- ALEINIKOFF, T. ALEXANDER. El Derecho Constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010.
- CARBONELL, MIGUEL. El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional. *Primera edición*. Colombia: Universidad Externado de Colombia 2007.
- Son varios los autores que coinciden en que las colisiones entre principios han de ser resueltas de modo distinto que las reglas, puesto que uno de los dos ha de ceder frente al otro.
- Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales, Editorial Porrúa, México, 2010.
- CARBONELL, MIGUEL. El principio de proporcionalidad en el Estado Constitucional. *Primera edición*. Colombia: Universidad Externado de Colombia 2007.

La distinción entre reglas y principios es una discusión muy controvertida. El rechazo o la aceptación de esta distinción conllevan importantes consecuencias para el sistema jurídico. Detrás de esta relación de tensión se encuentra el gran punto de discusión sobre el cual tanto las teorías positivistas como no positivistas entran en conflicto (sistema de reglas). De acuerdo con Alexy, los positivistas entienden al derecho como un orden de reglas fundamentado en la conformidad a las leyes y a la efectividad social. Por otro lado, los no positivistas entienden al derecho como un orden objetivo de valores que no se apoya en la conformidad a las leyes y en la efectividad social, sino también en la corrección interna (modelo de principios).

Robert Alexy señala que el fundamento en la teoría de las normas es la diferencia entre reglas y principios, las reglas son referidas a normas de mandatos definitivos, es por ello se habla de normas condicionadas. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor brevedad posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas, es por ello que se tratan de mandatos de optimización.

- CARBONELL, MIGUEL y GRÁNDEZ CASTRO, PEDRO P. *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*. Lima: Palestra, 2010.

Para intentar realizar una clasificación de las distintas concepciones de la ponderación, David Martínez Zorrilla parte de una división que clasifica en los autores que la conciben como una actividad discrecional o no sujeta a los parámetros de control racional. Por otro lado, están los autores que conciben la ponderación como un procedimiento racional y por tanto que precisa de justificación racional. Y finalmente, se ubican quienes niegan los conflictos constitucionales, para quienes la ponderación, sería un procedimiento epistémico para descubrir cuál es el precepto que regula el caso planteado, siendo los demás preceptos irrelevantes, y en consecuencia, el conflicto es solo aparente.

- MARTINEZ ZORRILLA, DAVID. Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa. Madrid: Marcial Pons, 2007.

3. Definición de términos básicos.

Podemos identificar algunos conceptos básicos que son determinantes para el estudio y comprensión de la investigación que se pretende desarrollar:

- **Supremacía constitucional:** Sometimiento de las actuaciones de todas las personas y los órganos que ejercen potestades públicas a la Constitución, en aras de preservar los valores y principios en ella enarbolados. Supremacía implica la atribución de valor superior en relación al resto del ordenamiento jurídico pues ella es quien determina su validez.
- **Neoconstitucionalismo:** Movimiento político-jurídico de construcción del Estado constitucional de derecho, situado a partir del siglo XXI.
- **Ponderación:** Mecanismo a través del cual se resuelven las colisiones entre derechos fundamentales que consiste en identificar las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro, indicando por qué en esa circunstancia particular un principio tiene mayor peso que otro.
- **Conflicto normativo:** Es la situación en la que dos normas ofrecen dos soluciones diversas e incompatibles a la misma controversia concreta o a la misma clase de controversias.

OBJETIVOS

1. Objetivo general.

Analizar la técnica o metodología de ponderación del Tribunal Constitucional dominicano para la solución de colisión entre derechos fundamentales en el conocimiento de recursos de revisión constitucional de sentencia de amparo.

2. Objetivos específicos.

- a. Definir la ponderación
- b. Determinar si el Tribunal Constitucional usa la ponderación.
- c. Identificar si el Tribunal Constitucional dominicano aplica algún sistema o método de ponderación.
- d. Analizar la vinculación del Tribunal Constitucional a su precedente en materia de ponderación de derechos.

METODOLOGÍA

1. Tipo de investigación

La presente investigación se centra en un análisis de la doctrina y la jurisprudencia nacional relativa al tema de la ponderación de los derechos fundamentales en colisión, así como de las teorías relacionadas a conflictos entre derechos fundamentales, por lo que podemos considerar que se trata de una investigación esencialmente documental.

2. Métodos

- Para desentrañar la significación de la ponderación emplearemos un método hermenéutico-histórico.
- Para conocer la solución de los conflictos existentes entre los principios y reglas, aspecto base para la ponderación, utilizaremos el método explicativo, en virtud de que resulta necesario explicar si existen, por qué existen, y en qué condiciones se presentan.
- Para examinar los parámetros para el ejercicio de la ponderación, se aplicará el método documental, en razón de que sería interesante considerar la doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada sobre el tema y comprobar si realmente existen parámetros establecidos formalmente para realizar dicha actividad.
- Para analizar la aplicación de la ponderación por el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, se empleará el método explicativo, puesto que se trata de exponer el desarrollo de la misma conforme lo ha utilizado en su jurisprudencia.

INTRODUCCIÓN

El problema interpretativo que suscita la existencia de derechos fundamentales que ostentan igual validez de aplicación en un supuesto concreto, y la proscripción de no excluir ninguno de los bienes constitucionales en conflicto, presenta una interrogante para el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, de acoger una solución dentro de la Carta Política que asegure la protección del contenido esencial de los derechos contrapuestos.

Los derechos fundamentales, y los principios en general, no son absolutos, y en algunas circunstancias pueden ser desplazados por otros principios o derechos fundamentales igualmente relevantes, cuyo peso se considere más decisivo frente a una propiedad presente, supuesto que plantea la determinación del derecho que debe prevalecer en el caso concreto.

La colisión entre derechos fundamentales está prevista en el ordenamiento jurídico dominicano, en cuyo caso, de conformidad con el artículo 74.4 de la Constitución, deberá procurarse la armonización concreta de los bienes e intereses protegidos por el texto constitucional en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos.

A la luz de este enunciado, y en atención al artículo 8 de la Constitución, que reconoce como función esencial del Estado la protección efectiva de los derechos de las personas, los operadores jurídicos se ven en la necesidad de recurrir a métodos de interpretación basados en la ponderación como forma de aplicación de derechos fundamentales y de solución de conflicto normativo.

Esta realidad constitucional implica el estudio de la ponderación de derechos fundamentales -en la actualidad uno de los temas más discutidos y controversiales en la teoría del derecho y en el campo de la argumentación jurídica- que consiste en sopesar los valores constitucionalmente protegidos a fin de encontrar un equilibrio que permita garantizar la mayor medida posible de ambos derechos, de manera que uno prevalezca ante el otro sin dejar completamente inoperante el derecho que cede.

Desde esta perspectiva, el presente trabajo presenta aspectos teóricos y prácticos de este instrumento, como método de solución eficaz para sopesar y balancear principios y derechos fundamentales, con el objetivo de identificar cómo el Tribunal Constitucional hace efectivos los mandatos de optimización de los derechos fundamentales y, por consiguiente, soluciona el conflicto que genera la colisión entre derechos fundamentales.

Esta investigación se ha estructurado en tres capítulos de análisis. La primera parte está dedicada a los aspectos generales atinentes a la teoría del derecho, como punto de partida metodológico que nos sitúa en el contexto de estudio. Por consiguiente, se aborda el influjo del neoconstitucionalismo, el debate sobre la distinción de las normas jurídicas entre reglas y principios, y su implicación en los derechos fundamentales, cuya principal diferencia se manifiesta en los casos de conflicto normativo. Concretamente, cuando se produce una colisión entre derechos fundamentales.

El segundo capítulo procura alcanzar una visión íntegra de la ponderación partiendo de su origen y noción, a fin de desentrañar en qué consiste y cómo se lleva a cabo; ello a través de la exposición de los conceptos y planteamientos básicos de los tres modelos principales reconocidos por la doctrina: el de Robert Alexy, Juan José Moreso y Carlos Bernal Pulido.

Finalmente, una vez expuesto los fundamentos teóricos de la ponderación de acuerdo a la doctrina generalmente aceptada, se procede a analizar en el tercer capítulo la práctica del Tribunal Constitucional dominicano a la luz de la Constitución de 2010. Con esa intención se han seleccionado cinco decisiones emblemáticas, que identifican una colisión entre derechos fundamentales en recursos de revisión constitucional de sentencia de amparo, que nos permitirán conocer y analizar su aplicación por el máximo intérprete constitucional, y qué particularidades presenta.

CAPÍTULO I: CUESTIONES PRELIMINARES

1.1 Breve reseña del contexto del neoconstitucionalismo

Antes de entrar en materia, para la mejor comprensión del tema que nos ocupa, es menester referirse a lo que en el ámbito jurídico se ha denominado neoconstitucionalismo, bajo cuya premisa se alude a distintas cuestiones, a saber: para hacer referencias a cambios que han operado en textos constitucionales o en el ordenamiento jurídico de manera general; también a teorías que dan cuenta de esos cambios; a una corriente ideológica de teóricos y filósofos del derecho que valora favorablemente esos cambios o no, entre otras muchas referencias. (Zorrilla, 2007)

En ese sentido, el término neoconstitucionalismo es uno de los títulos más utilizados -con placer o furor- en los debates jurídicos actuales. Tanto el origen de la expresión (derivada de la teoría jurídica) como su uso, conducen a menudo a distorsiones de comprensión.

Es así que, neoconstitucionalismo se identifica con diferentes proyecciones: a) como filosofía que considera que el estado constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización de política. A más Constitución y a mayores garantías jurisdiccionales, inevitablemente se reducen las esferas de decisión de las mayorías parlamentarias; b) como ideología que sostiene que se trata del modelo óptimo de Estado de Derecho; y c) como dogma que representa una nueva visión de la actitud interpretativa y de las tareas de la ciencia y de la teoría del Derecho, que defiende la adopción de un punto de vista interno o comprometido por parte del jurista, o una labor crítica y no solo descriptiva por parte del científico del Derecho. Estas implicaciones encuentran sustento en planteamiento de autores como Dworkin, Habermas, Alexy, Nino Zagrebelsky, y en parte, Ferrajoli. (Sanchís, 2001)

Resulta conveniente entonces presentar este tópico sobre la base de una síntesis de las ideas más representativas que -pese a ciertos matices y/o divergencias- generalmente comparten la mayoría de autores que se circunscriben a este movimiento, con el objetivo de contribuir a una correcta comprensión del fenómeno y sus principales características de cara al tema central de esta investigación. Cabe destacar, que en ningún caso agotan la

vasta producción teórica, metodológica e ideológica neoconstitucionalista, pues resulta presuntuosa su exposición en estas breves líneas.

El origen directo del concepto se vincula a la escuela genovesa, a la cabeza de Pablo Comanducci, quien parece haber reivindicado su autoría cuando afirma que:

Neoconstitucionalismo es una etiqueta que, a finales del siglo pasado, unos integrantes de la Escuela Genovesa de Teoría del Derecho (Susanna Pozzolo, Mauro Barberis y yo mismo) comenzamos a utilizar para clasificar y criticar algunas tendencias post positivistas de la filosofía jurídica contemporánea, que presentaban rasgos comunes, pero también diferencias. (Núñez, 2016)

Así, se relaciona con una categoría conceptual que pretende englobar en un nombre la unificación de un conjunto de conceptos y concepciones propuestas que se pueden considerar parte de una misma construcción teórica. En concordancia con Comanducci se expresa Pozzolo en los siguientes términos:

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del Derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al Derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento Neoconstitucionalismo. (Núñez, 2016)

Con esta etiqueta se pretendía describir el funcionamiento del sistema jurídico después de los cambios estimulados por la constitucionalización del derecho. Lo que para unos significó la autonomía hermenéutica de los derechos fundamentales (Susanna Pozzolo) para otros (Comanducci, Atienza), suponía la existencia de teorías pospositivistas del derecho. No obstante, cabe destacar que el neoconstitucionalismo no está necesariamente relacionado -en todos los sentidos- con la concepción moderna del constitucionalismo. (Núñez, 2016)

Si bien las Constituciones europeas para el siglo XIX y principios del XX eran el instrumento principal del sistema jurídico que establecían esencialmente normas formales de contenido institucional que determinaban la estructura, atribuciones y competencias

de las principales instituciones del estado, adolecían prácticamente de contenido sustantivo que trazara límites a los poderes públicos.

Propiciado en gran medida por los espantos experimentados tras la segunda guerra mundial, se redimensiona la Constitución como una fuente primaria y efectiva del derecho, ya no como simple programa sociopolítico, económico, de organización o distribución del poder estatal, sino como paraguas de normas sustantivas en forma de derechos, principios, valores, bienes y fines con una posibilidad concreta de aplicación directa en todos los espacios y esferas jurídicas, al tiempo de establecer límites infranqueables a la actividad de los poderes públicos. Ello condujo a una reducción de la autonomía legislativa y, en muchos casos, el establecimiento de mecanismos específicos para la salvaguarda de la supremacía constitucional, como la creación de órganos específicos, normalmente de *naturaleza semijudicial* y con funciones de control de la constitucionalidad de las leyes y de las actuaciones de los poderes públicos. (David, 2007)

Una parte de la doctrina reconoce al neoconstitucionalismo como la última etapa del constitucionalismo -en tanto movimiento generador de la Constitución-, precedido por el liberal, democrático y social; cuya premisa parte de los desafíos y dilemas en la consolidación del estado de derecho luego de la segunda guerra mundial.

Las variables enunciadas -conjuntamente con las que a seguida se destacarán- suelen ser antagonistas de la concepción del derecho positivista (instituto sobre el cual no ahondaremos pues sus perfiles son muy amplios y escapan al análisis directo de este estudio) que -a grandes rasgos- siguiendo la formulación de Bobbio, suele entenderse que la ley es la fuente principal del derecho, y por tanto, no se reconoce -de manera general- la existencia de principios como normas especiales, al tiempo de sostener la plenitud, coherencia e interpretación mecanicista del derecho que cercena la discrecionalidad judicial. Además, no admite imperativo moral de obediencia. Cabe resaltar que no todos los positivistas comparten todas estas ideas, ya que, de ella, se desprenden un sinnúmero de vertientes. (Núñez, 2016)

En ese contexto, se plantea el neoconstitucionalismo como canal de superación o reforma del positivismo. Al decir de Rafael Aguilera Portales, esta corriente de pensamiento político-jurídica innovadora y revolucionaria introduce un nuevo concepto de

Constitución ya no desde el modelo tradicional formal y normativo, sino desde una visión de denso contenido sustancial fundado en valores y principios. El papel que juega la Constitución en los actuales sistemas políticos y jurídicos ha llegado a condicionar el discurso filosófico-político hasta el punto de fundar una nueva teoría del Derecho. (Portales, 2012)

En ese orden de ideas, el jurista Italiano Gustavo Zagrebelsky ha expresado muy acertadamente cómo el derecho se hace más flexible y dúctil, más maleable, menos rígido y formal, y con ello se amplían las esferas en las que cobra relevancia decisiva la teoría y filosofía política y jurídica del intérprete constitucional. (Zagrebelsky, 1995)

De acuerdo a Luis Prieto Sanchís: “Neoconstitucionalismo, constitucionalismo contemporáneo o, a veces también, constitucionalismo a secas son expresiones o rubricas de uso cada día más difundido y que se aplican de un modo un tanto confuso para aludir a distintos aspectos de una presuntamente nueva cultura jurídica” (Sanchís, 2001).

En este punto, podemos observar, que la doctrina hace referencia a la expresión neoconstitucionalismo para distinguir el estado del constitucionalismo contemporáneo y designar un nuevo modelo jurídico del estado constitucional de derecho, haciendo alusión a un cambio histórico visto desde dos ángulos: El primero, bajo una metodología formal en donde la Constitución es reconocida como norma jurídica, norma suprema, norma primera, norma fundamental que irradia todo el ordenamiento. El segundo se refiere al nivel material de la misma en la medida en que incorporan valores, principios y garantías jurisdiccionales para asegurar su eficacia. (Prats, 2010)

Se trata entonces de un cambio de paradigma cuya característica especial -además de la incursión de principios en la Constitución- es el desarrollo e implementación de instrumentos que permitan hacer efectivo la legitimidad de las normas constitucionales, su supremacía y su irradiación en todo el sistema jurídico.

Por consiguiente, el neoconstitucionalismo apuesta por un modelo sustentado sobre la base de unas Constituciones normativas garantizadas, que además de regular la organización del poder y las fuentes del derecho mediante normas que le indican a los poderes públicos, y con ciertos matices a los particulares, qué pueden o deben hacer o no,

con eficacia directa e inmediata, a su vez suponen que sus preceptos puedan hacerse valer a través de garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos.

De ahí que, Luis Prieto Sanchís destaque que el resultado del neoconstitucionalismo sea posible resumirlo en: “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”. (Sanchís, 2001)

Esos preceptos incluidos en el texto fundamental con fuerza normativa despliegan su eficacia de forma directa e independiente, contraria a la concepción Kelseniana que quitaba a los jueces ordinarios el conocimiento de la Constitución por el hecho de no ser considerada fuente del Derecho. Es así que, el neoconstitucionalismo “(...) parece reclamar una nueva teoría del derecho, una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico”. (Ayaviri, 2016)

De modo que, la ley ha dejado de ser la única fuente suprema y racional del derecho, lo que representa la crisis de la teoría positivista, por ello, esta renovación plantea una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos distintivos podríamos resumirlo, como afirma Guastini, en los siguientes: 1) una constitución rígida 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución 3) la fuerza vinculante de la Constitución 4) la sobre interpretación de la Constitución 5) la aplicación directa de las normas constitucionales 6) la interpretación conforme de las leyes 7) la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas. (Guastini, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. , 2003)

En definitiva, el neoconstitucionalismo nos plantea un derecho donde priman los principios, escenario que replantea la naturaleza de la actividad de los operados jurídicos y de los servidores públicos. Bajo esta concepción, la Constitución concebida como fuente del derecho y de toda producción jurídica, se compone de principios, diferente a las reglas; por consiguiente, dado su carácter principio lógico, requiere un nuevo tipo de interpretación que tome en cuenta el carácter abierto e independiente de los principios constitucionales. Ello supone -como es lógico- posibles conflictos entre principios que, a su vez, suponen una solución distinta a lo que sería conflictos entre reglas (como se verá). (Prats, 2012)

Desde esta perspectiva, el neoconstitucionalismo dará paso a una nueva operación argumentativa basada en la ponderación, que será abordado en el capítulo siguiente. (Ariza, 2003)

En este marco, podemos concluir que, la teoría jurídica actual, que refiere al neoconstitucionalismo, se caracteriza esencialmente por las siguientes hipótesis: 1) La Constitución -norma suprema y primera del sistema- es un orden objetivo y sustantivo de valores, cuyos textos incorporan un nuevo modelo o concepción de normas, en atención a sus diferencias estructurales y funcionales, como veremos en lo adelante -de ahí la distinción entre principios y reglas-. 2) El reconocimiento del contenido de un principio normativo está condicionado por una tendencia al conflicto o colisión, por lo que, dicho reconocimiento es el resultado de solucionar la controversia. 3) Sobre la base de lo anterior, se entiende que el silogismo para la aplicación de esas normas no resulta de la subsunción, de manera que se propugna por el uso de la ponderación.

1.2 Distinción entre reglas y principios:

La distinción entre reglas y principios es una de las cuestiones más controvertidas en la teoría del derecho. Su aceptación o rechazo conlleva a importantes consecuencias para el sistema jurídico, cuya relación de tensión encierra el punto de discusión de esta temática. No obstante, la finalidad de este título no es investigar todas las concepciones acerca de este análisis-que por demás se ha tornado bastante densa- sino intentar referir los cimientos de los trabajos más importantes que nos permitan observar los criterios de distinción propuestos con la finalidad de conocer qué rasgos diferencian a los principios de las reglas, y cuál es su aporte a la explicación y justificación en el ámbito jurídico. Ello nos sitúa en el punto de partida de conversación sobre la ponderación.

En ese contexto, se ha consolidado la idea de que las normas que componen un ordenamiento jurídico no son iguales. Este punto -no pacífico en la dogmática constitucional- ha dado lugar a una discusión doctrinal respecto a las características, criterios de distinción y relevancia de cada una de estas clases de normas.

A modo de introducción, debemos apuntar que, entre los criterios de distinción de normas más populares están los propuestos por Hans Kelsen y por Herbert L. A. Hart. Para Kelsen, se distinguen en el ordenamiento jurídico las normas primarias y las normas secundarias. Las primarias, se refieren a reglas de conductas que determinan una obligación de hacer o no hacer y la consecuencia que conlleva la abstención o realización de ese determinado hecho. En cambio, las secundarias, estipulan la conducta que el orden jurídico trata de provocar bajo la amenaza de la sanción. Para Hart, el conjunto de normas puede igualmente clasificarse en primarias y secundarias, estas últimas pueden, a su vez ser de reconocimiento, de cambio y de adjudicación.

Conjuntamente con esas clasificaciones de normas, hay otra que las divide en reglas y principios, cuya línea de trabajo sigue la presente investigación. En este punto conviene señalar que la separación de estas especies normativas no figura en textos constitucionales o legales, sino que se trata de desarrollos doctrinales que aportan gran relevancia a la teoría general del derecho.

Es plausible afirmar que la distinción entre reglas y principios deriva del enfrentamiento entre el derecho natural y el derecho positivo (cuestión tan compleja que no es posible entrar aquí en detalles). Concretamente, Ramón Ruíz Ruíz sostiene que dicha separación inicia en los años cuarenta con la teoría de Walter Willburg, que establecía que la ciencia del derecho era un sistema oscilante de determinación en función de cada caso particular. No obstante, Joseph Esser es quien señala en el ámbito germánico por primera vez esa distinción. (Ruíz, 2012)

En el desarrollo dogmático de esta cuestión, se ha destacado el jurista Robert Alexy, quien afirma que en todo sistema jurídico hay dos tipos de normas, las reglas y los principios.

En ese orden de ideas, a decir de los catedráticos Manuel Atienza y Ramón Ruíz Manero, los principios son viejos conocidos de los juristas. Esto se pone de manifiesto en los textos de Ronald Dworkin “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”, y más adelante en “Los Derechos en serio”, que da apertura a la discusión del tema en ocasión de presentar un debate sobre la distinción entre reglas y principios como un ataque al positivismo jurídico y a la tesis de Hart, que concibe al sistema jurídico compuesto únicamente de reglas. Para

Dworkin, los juristas no sólo utilizan reglas al razonar, sino también otras normas como son los principios. (Atienza Rodríguez, M & Ruiz Manero, J. , 1991)

No es posible, entonces, asumir que el sistema jurídico esté contenido únicamente de reglas o únicamente de principios. Admitir un modelo constituido únicamente por reglas conlleva a la idea de un sistema de racionalidad práctica, que defina y precise los resultados de cada norma jurídica. Un sistema así planteado sería demasiado rígido en la medida en que no permite espacios de apertura para la armonización de soluciones acorde con las particularidades de casos que se puedan presentar.

Igualmente, un ordenamiento basado únicamente en principios conduciría a un sistema desprovisto de seguridad jurídica, y por demás flexible, en tanto no precisa de pautas u orientaciones claras de conducta de una regulación jurídica existente.

Para autores como Atienza, Ruíz Manero y Ruíz Ruíz, la distinción entre reglas y principios puede ser abordada desde un enfoque estructural o funcional. El primero, busca determinar si los principios poseen la misma estructura condicional (caso/solución) que las reglas, o si los operadores normativos son iguales para ambos casos. Mientras que, el enfoque funcional, se fundamenta en el papel o la función que cumplen las normas en el razonamiento práctico de sus receptores.

Por otra parte, Ruíz Ruíz plantea también que:

Asimismo, existe también una corriente doctrinal que para su distinción plantea una separación débil y una separación fuerte entre las reglas y principios. De acuerdo a la tesis de la separación débil, la diferencia entre reglas y principios es proporcional a las diferencias en la interpretación y aplicación, argumentación y resolución de conflictos.

Esta tesis plantea que, aunque ambas normas desempeñen un papel similar en la argumentación jurídica, se presentan diferencias de grado. Para sus partidarios, más allá de que los principios posean mayor generalidad que las reglas, no hay mayores rasgos característicos para diferenciarlas, salvo los modos de interpretarlas y aplicarlos. En este sentido, el órgano de la aplicación o el intérprete justifican la configuración de una norma

como un principio asumiendo que existen características diferenciales en comparación con otras normas del sistema. (Ruíz, 2012)

En cambio, la tesis de la separación fuerte, plantea diferencias estructurales y funcionales entre estas normas, cuya consecuencia redundante en el método de interpretación de una u otra. Por tanto, la distinción del tipo de norma es condición necesaria y suficiente para la variedad en la interpretación y aplicación de cada una, al igual que para su argumentación y solución de conflictos. (comanducc)

Igualmente, se proponen criterios tradicionales que pueden utilizarse para distinguir las reglas y los principios. Por ejemplo, Eduardo Jorge Prats refiere a cinco tipos de criterios, estos son:

- Grado de abstracción: los principios son normas, que contrario a las reglas, contienen un mayor grado de abstracción.
- Grado de determinabilidad: los principios son vagos e indeterminados y las reglas precisas y determinables.
- Carácter de fundamentabilidad: los principios tienen un papel cardinal en el ordenamiento jurídico por la posición jerárquica preferente en el sistema de fuentes.
- Proximidad a los valores: los principios son patrones vinculantes que nacen de la necesidad de justicia, equidad, igualdad, y de la dignidad humana; las reglas son también vinculantes, pero con un contenido funcional.
- Naturaleza normogénica: las reglas se fundamentan de los principios, de modo que forman la ratio de las reglas jurídicas, y por esa razón desempeñan una función normogénica. (Prats, 2012)

En este punto es relevante destacar que todos los criterios esbozados son trascendentales para la ciencia del derecho, y coadyuvan a la distinción de estos tipos de normas. Ahora bien, en consonancia con Ricardo Guastini, nos parece que la distinción entre principios y reglas pende, en gran medida, de los conceptos empleados para cada especie normativa, por tanto, resulta necesario distinguirlas a partir de su noción.

En ese sentido, la regla es una norma cuyo enunciado condicional vincula alguna consecuencia jurídica con una clase de premisas específicas. Es decir, si A, entonces B, cuya consecuencia jurídica pudiera ser una sanción, un status, creación de un deber o derecho, validez o invalidez de una actuación, entre otras. En ese contexto, como norma precisa, se aplica de forma inmediata al supuesto concreto, y puede ser utilizada como premisa principal en el razonamiento jurisdiccional. Siguiendo el ejemplo anterior, si A, entonces B, si se presenta A, pues B. (Guastini, 2008)

Por tanto, son normas que “siempre pueden solamente cumplirse o no”. Así, si los requisitos establecidos por esa norma (regla) se manifiestan, la consecuencia derivada (prohibición, permiso, habilitación) es concluyente y, por ende, incondicional y determinante. (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)

Sobre esto, Dworkin argumenta en su estudio, que la aplicación de las reglas se muestra de forma todo o nada, esto es, cuando se cumple el supuesto de hecho de una regla, la regla es válida y se acepta su consecuencia, o la regla no se considera válida.

Por tanto, las reglas son normas decisivas, porque tienen la pretensión de proveer una solución específica al supuesto presentado, pues el cumplimiento de la condición de aplicación constituye la razón de aplicación de la regla.

Para Humberto Ávila las reglas son, además, normas descriptivas, principalmente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, que para su aplicación exigen una evaluación de la correspondencia entre la descripción normativa y los hechos. (Ávila, 2011)

Precisado lo anterior, en este punto de la investigación, podemos destacar como elementos característicos de las reglas, que se tratan de disposiciones normativas que

integran el supuesto de hecho y consecuencia establecidas en el marco de lo fáctico y viable. Generalmente tienen una alta precisión y por tanto no precisan de un gran esfuerzo argumentativo.

El concepto de principio, por otra parte, es mucho más controversial y complejo, y puede ser usado en varios sentidos. Sobre ello, Atienza y Ruíz Manero ofrecen uno general de acuerdo a sus rasgos más distintivos, a saber: como norma muy general, que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; como norma redactada en términos particularmente vagos, la descripción del supuesto genérico se muestra en términos de textura abierta y se da a causa de la incorporación de conceptos jurídicos indeterminados; como norma pragmática o directriz, que conlleva la obligación de perseguir un fin determinado; como norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico, como reflejo de una forma de vida; norma especialmente importante, con un nivel bajo de generalidad; norma de elevada jerarquía, todas las normas constitucionales son principios; como norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos, con carácter general señala como se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, entre otros; y, como enunciado o máxima de la ciencia jurídica (regula iuris), que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo. (Atienza Rodríguez, M & Ruiz Manero, J. , 1991)

Por su parte, Guastini considera que los principios deben cumplir con dos cualidades básicas cuya característica primaria se refiere a la posición en el sistema jurídico. Para este autor, se trata de una norma fundamental que constituye un elemento esencial para identificar la fisonomía de un sistema, al tiempo de proporcionar una base axiológica al universo de normas del sistema. Por tanto, se reconocen como disposiciones justas, de modo que no requieren de justificación adicional. (Guastini, 2008)

Como segunda cualidad, Guastini señala que, los principios son normas estructuralmente indeterminadas en cuanto al contenido de la disposición y a la estructura normativa. Tal indeterminación, además de su textura abierta, proviene de su carácter derrotable y/o genérico.

De su carácter derrotable se extrae una particular distinción de las reglas, toda vez que la norma no define exhaustivamente los hechos condicionantes, o no enumera todas las

excepciones, a diferencia de las reglas en las que se incluye. No obstante, tal como expresa Guastini, “la derrotabilidad no es una propiedad «objetiva» de las normas (de ciertas normas, y no de otras): es la interpretación”. En ese sentido, en ocasiones la interpretación inserta algunas excepciones implícitas. (Guastini, 2008)

Asimismo, los principios, como normas genéricas, requieren la formulación de otras normas, que los concreten, actualicen, o ejecuten, pero, por otra parte, pueden actualizarse, ejecutarse o concretarse de diversas formas y opciones. También aquí se manifiesta otra diferencia entre las reglas, que tiene que ver con la precisión, pues si la norma fuese precisa, sería una regla.

De las inferencias esbozadas, se observa que, los principios actúan como herramienta de interpretación de las normas y se emplean como fuente que compone el derecho en caso de vacío o ausencia en una norma específica. A su vez, se caracterizan por tener un alto grado de generalidad, y con cierto nivel de imprecisión terminológica; además, actúan como directriz para la aplicación de reglas jurídicas, y sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico. Entonces, se colige que, como características comunes, los principios presentan tres cualidades elementales: su naturaleza básica, su generalidad y vaguedad.

En términos precisos, Josef Esser sostiene que los principios son aquellas normas que establecen fundamentos para encontrar un determinado mandamiento, cuya diferencia con las reglas no está basada en el grado de abstracción de la premisa normativa, sino en una distinción de tipo específica, de los que derivan, directa o indirectamente, normas de comportamiento. (Ávila, 2011)

La función de fundamento normativo para la toma de decisión es una diferencia esencial de las reglas, y representa una cualidad derivada del modo hipotético de formulación del precepto normativo. De ahí que los principios se presentan como pensamientos rectores de una regulación jurídica, pues aun no siendo reglas susceptibles de aplicación directa- por carecer del carácter formal de proposiciones jurídicas (conexión entre supuesto de hecho y una consecuencia jurídica)- muestran la dirección en la que se sitúa la regla a ser encontrada, es decir, sirven de orientación para obtener la regla.

Para Dworkin, los principios son estándares que han de ser observados, que derivan de los postulados de justicia, equidad y cualquier otra dimensión moral, que constituye una de las formas en que la moralidad se introduce en el derecho. (Dworkin, Los Derechos en serio, 1999)

A partir de los postulados de Dworkin, Alexy precisó aún más el concepto de principio, en el sentido siguiente: (Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 1993)

(...) son aquellas normas que disponen que algo debe ser realizado en la medida de lo que jurídica y fácticamente sea posible. Por eso, puede decirse que los principios son mandatos de “optimización” (Optimierungsgebote), caracterizados porque pueden cumplirse en grados diversos, y la medida debida de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y jurídicas (...).

Así, en tanto mandatos de optimización, los principios constituyen normas que establecen que algo deba realizarse en la medida de lo posible; esta realización debe ser lo más completa, y su satisfacción depende de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes: fácticas porque su contenido se determina ante los hechos, y jurídicas porque su aplicación depende de los principios y reglas que a ellos se contraponen. Por tanto, contrario a las reglas, los principios no determinan de forma directa la consecuencia jurídica, pues la aplicación en cada caso es lo que concreta al principio.

La concepción anteriormente expuesta constituye el eje central de la tesis de Alexy para la distinción entre reglas y principios, para quien, además, no se trata de una diferencia de grado, sino cualitativa. De modo que, las reglas siempre pueden cumplirse o no, y contrario a los principios, resultan ser mandatos definitivos.

Un punto importante que impera en esta distinción y permite ver con claridad su diferencia, es que la convivencia de los principios resulta ser conflictiva, en tanto que las reglas son antinómicas; es decir, los principios coexisten mientras que las reglas antinómicas se excluyen.

Este marco revela un elemento cardinal en los casos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En los dos supuestos, cada una de las normas envueltas, si se aplican

independientemente, llevan a resultados incompatibles, esto es, dos razonamientos contradictorios, pero que se solucionan de forma distinta. (Esto será profundizado en el siguiente apartado)

A la luz de las consideraciones expuestas en este abordaje, se pone de manifiesto entonces, que las normas jurídicas pueden comprender diferencias teóricas y prácticas, pero sin duda la más importante es entre reglas y principios. Ahora bien, por no ser el único criterio de distinción esa separación no siempre se aprecia de manera evidente, y por ello responde a una exigencia de claridad conceptual y estructural, que se hace relevante al momento de enfrentarnos a un caso concreto.

A grandes rasgos, las reglas y los principios tienen la característica de ser normas jurídicas; la diferencia radica en la prescripción conductual resultante de su interpretación, pues los principios no determinan de manera directa el comportamiento a seguir, sino que establecen importantes líneas de actuación, cuya concreción depende un acto de aplicación, mientras que las reglas generalmente dependen menos de la aplicación porque tal actuación está prevista en la norma. Además, presentan diferencias marcadas, en especial, atendiendo a su forma de aplicación y al modo de solucionar situaciones de contradicción entre ellas, como se verá en lo adelante.

1.3 Conflictos normativos

El estudio de los conflictos normativos precisa del conocimiento de su objeto, que por un lado está relacionado con las normas (que estudiamos en el apartado anterior) y, por otro, con las formas en que éstas pueden entrar en conflicto al relacionarse. Pero, previo a ello es necesario hablar de los conflictos normativos de forma general.

En ese sentido, en adición a la precomprensión de la estructura de las normas y su consecuencia, se suma la manera en que las normas interactúan entre sí, lo que representa el fundamento de la concepción del derecho como un sistema, del que también depende su eficacia, en términos de sujeción y de aplicación.

De ahí que varios autores resalten la importancia de la coherencia y consistencia del sistema jurídico que propugna por una relación de las normas de forma congruente y

lógica, y que además de ser aplicables, sean también razonables. Al respecto, la reciente literatura denota el afianzamiento de la distinción entre la consistencia de un sistema normativo y su coherencia, cuya problemática está referida a la concepción de cada una. (Zorrilla, 2007)

Martínez Zorrilla parece explicarlo de la siguiente forma: “mientras que el concepto de consistencia es claro, pues se refiere a la consistencia lógica (ausencia de contradicciones) entre los elementos del sistema, el concepto de coherencia es mucho más borroso (...) la coherencia incluye o presupone la consistencia lógica, pero es algo más rico y complejo que ésta, y que incluye elementos no estrictamente lógicos”. (Zorrilla, 2007)

A grandes rasgos, la coherencia hace referencia a la razonabilidad de las normas, concebida como un atributo de la racionalidad del sistema jurídico como una unidad. No obstante ser una característica importante del sistema jurídico que guía todos procesos de aplicación del derecho, se aprecia entre los doctrinarios posiciones contrastadas. Para unos, la coherencia sería una propiedad intrínseca e imparcial del sistema, que por su propia lógica justifica la aplicación de normas jurídicas sobre la base de la coherencia. Pero para otros, es el resultado de la interpretación que realizan los órganos de aplicación de la ley. (Ochoa, 2003)

Esta última postura es consistente con la dificultad de concebir la coherencia de un conjunto de normas surgidas en diferentes épocas y regímenes políticos y sociales, con finalidades distintas y, en ocasiones, contradictorias.

Por tal motivo, la coherencia es considerada como un dogma que conduce a actuar como si el ordenamiento jurídico fuese realmente coherente, no obstante, producto de esa actitud que dirige los procesos de aplicación de normas jurídicas y conducen a la solución de las contradicciones que surjan, el sistema puede finalmente presentarse como un entramado normativo coherente.

Si bien el sistema jurídico sea o no coherente, o se utilice como si lo fuese, se admite que no puede estar compuesto de normas incompatibles, por lo que, si en los procesos de aplicación del derecho se encuentran dos normas que vinculan dos soluciones normativas

incompatibles a una misma premisa fáctica, entonces una de las dos, debe eliminarse para procurar la coherencia del sistema.

Por tanto, la coherencia no se refiere al ordenamiento jurídico en su conjunto, sino a las relaciones individuales contenidas en ese sistema jurídico. En suma, es un requisito de validez de las normas jurídicas particulares y no una propiedad del sistema jurídico en sí mismo. En otras palabras, la coherencia no constituye una condición de validez del sistema, sino de eficacia de sus normas. (Ochoa, 2003)

Ahora bien, en determinados supuestos resultan aplicables normas de contenidos incompatibles, y por ello, su relación no es siempre idónea. Por ejemplo, cuando dos o más normas son incompatibles ello no quiere decir que el sistema es incoherente o que entre ellas exista una contradicción necesariamente. De ahí que se manifieste otra característica esencial del sistema normativo que es la consistencia. (Ochoa, 2003)

Por lo que, además de coherente, un sistema jurídico genéricamente eficaz debe también ser consistente, por ello, debe disponer de mecanismos de solución de conflictos normativos. Así las cosas, la consistencia entendida como no contradicción entre las normas de un sistema jurídico implica la posibilidad de su satisfacción, lo cual denota su eficacia normativa. (Ochoa, 2003)

En ese orden de ideas, si se asume que la consistencia del sistema no garantiza la ausencia de conflictos, construir un sistema plenamente consistente no evitaría la posibilidad de que se presenten. Sin embargo, esto no quiere decir necesariamente que la consistencia no afecte la ocurrencia de conflictos -aunque pudiera dificultar su aparición- tampoco que un sistema consistente sea mejor a uno inconsistente.

Bajo tal contexto, amén de que se exista alguna incoherencia en el sistema o inconsistencia, el conflicto normativo parte de la premisa de que en un sistema sean aplicables paralelamente dos o más normas para un mismo supuesto, y que entre ellas se produzca una contradicción, pudiendo ser aplicada solo una norma. La autoridad competente debe elegir una de las normas en conflicto, considerando que las consecuencias jurídicas de cada una son diferentes. De ahí que se construya una concepción más acabada como veremos a continuación.

1.3.1 Noción de conflicto normativo: aproximación conceptual

El concepto de “conflicto normativo” genera problemas en la dogmática por la variedad de definiciones y clasificaciones. Además, la naturaleza vaga del término dificulta su claridad. Por tanto, el propósito de este apartado es referir los elementos básicos que lo describen como concepto, a fin de estudiar este fenómeno de cara a la presente investigación.

Sobre este controvertido tema, Carla Huertas en un detallado estudio sobre los conflictos normativos, plantea que una de las problemáticas en torno a la definición de este concepto es la cantidad de términos que la doctrina utiliza para designar esta figura, y respecto de los cuales existe la tendencia de utilizarlos como sinónimos de conflicto normativo, esto son, contradicción, colisión entre normas, entre otros.

En el caso del término contradicción, Huertas sostiene que la problemática va más allá del sentido lógico del concepto. En este escenario, las normas pueden ser válidas o inválidas, así también dos normas en conflicto pueden ser válidas simultáneamente, pero ambos enunciados contradictorios no pueden ser verdaderos.

En cambio, colisión y conflicto son términos empleados a las normas, que con frecuencia se utilizan como sinónimos; sin embargo, partiendo de que en un sistema jurídico se pueden presentar varias tipologías de conflictos, es recomendable, por tanto, atribuir en su concepto significados distintos que permitan diferenciarlo.

Tras lo expuesto, conviene referirse al concepto de conflicto normativo que utiliza esta autora, y que se presenta en sentido amplio: “Cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente”. (Ochoa, 2003)

Ahora bien, de acuerdo con Huertas, en una contradicción normativa estamos en presencia de un *auténtico* conflicto normativo porque la contradicción de las normas se aplica en el mismo ámbito y se presenta por incompatibilidad de sus contenidos normativos.

Lo anterior tiene su explicación en la imposibilidad material de cumplimiento simultáneo de las normas en conflicto, porque el cumplimiento de una conduce necesariamente al incumplimiento de la otra, en cuyo caso el operador debe decidir cuál de las normas resulta aplicable a la especie. Por tanto, en una contradicción normativa se asume que dos normas que pueden ser aplicadas a un caso concreto son incompatibles entre sí. (Ochoa, 2003)

Por otra parte, Guastini se refiere al conflicto normativo o antinomia como la situación en la que dos normas brindan dos resultados distintos e incompatibles frente a la misma controversia o la misma clase de controversias. En un conflicto normativo, una misma disputa puede solucionarse de dos formas distintas. Asimismo, dos disputas análogas pueden solucionarse de dos formas distintas, que requiere que dos casos análogos reciban un trato igualitario. (Guastini, 2008)

Esta concepción se corresponde con el sentido general atribuido a la expresión antinomia. De ahí que se vincule tradicionalmente al concepto de antinomia, cuyo término se indilga cuando no es posible actuar simultáneamente según lo que establecen dos o más normas aplicables a un mismo supuesto.

En términos similares, se expresa Martínez Zorrilla, para quien, en una primera aproximación, un conflicto normativo es: “toda situación en la que resultan aplicables al menos dos normas que el agente podría empíricamente cumplir individualmente pero que el cumplimiento de alguna/s de ella/s elimina la posibilidad empírica de cumplir la/s otra/s”. (Zorrilla, 2007)

Esta noción supone que existe una coincidencia en el caso genérico regulado, se acepta entonces, que al menos dos normas independientes puedan efectivamente cumplirse y que las soluciones normativas de una de ellas resulta incompatible entre sí. En ese contexto, ante un caso concreto dos normas aplicables son incompatibles. Por ejemplo, una norma establece la prohibición de un supuesto de hecho y otra norma obliga a la realización de ese supuesto de hecho.

En definitiva, la problemática de la noción de conflictos normativos pareciera radicar en su adecuada conceptualización. El centro de la noción se ubica en la dificultad práctica de satisfacción de todas las exigencias normativas.

Lo ideal sería disponer de una conceptualización uniforme que permita agrupar en un conjunto la acepción más completa que establezca de manera general su contenido. Ello permitiría comprender mejor la problemática y zanjar las soluciones. Sin embargo, dada la amplitud y complejidad del sistema normativo, resulta imposible prever todos los escenarios o supuestos que puedan derivarse de la relación de convivencia y aplicación del universo normativo.

Para esta investigación, en un primer término, nos decantamos por el concepto de conflicto normativo utilizado por Martínez Zorrilla como el escenario en el cual resultan aplicables al menos dos normas que el agente podría empíricamente cumplir de manera individual, pero que el cumplimiento de alguna de ellas elimina la posibilidad práctica de cumplir las otras.

1.3.2 Criterios de distinción

Expuestas las consideraciones iniciales, conviene profundizar sobre este controvertido tema a través de los distintos criterios de distinción o clasificación. Cabe señalar la enorme cantidad de criterios observados, que obedecen a distintas clasificaciones como doctrinas consultadas.

En este marco, bajo la premisa de que las contradicciones normativas refieren a una tensión entre los contenidos normativos y no a un problema de validez formal, los conflictos se distinguen según la operatividad de las normas en tensión, es decir, atendiendo a los tipos de normas y a su forma de aplicación en caso de tensión, en conflicto de reglas o colisión de principios, sobre lo que profundizaremos más adelante. (Ochoa, 2003)

Del enfrentamiento entre dos reglas que se aplican de manera absoluta surge el conflicto de reglas, cuya solución genérica consta de dos formas, “*que se prevea una cláusula de excepción para una de las reglas (...), la otra es que una de las dos reglas sea declarada*

no válida.”. En asimetría, del choque entre dos o más principios se deriva la colisión de principios, resuelto en la ponderación de los principios en colisión. (Ochoa, 2003)

La caracterización doctrinal propuesta por Guastini, distingue los conflictos normativos en: in abstracto e in concreto. Los conflictos in abstracto no son accidentales o dicho de otra manera, necesarios, porque no es obligatorio que exista un supuesto fáctico específico para establecer un conflicto, pues todos los supuestos fácticos específicos regularizados por uno de los principios, son igualmente regularizados por el otro principio, y por tanto, excluyentes. Para ilustrar, esta tipología se manifiesta cuando una primera norma prohíbe el aborto, y una segunda permite su realización de forma terapéutica. En este caso el conflicto se identifica sin alusión a un supuesto particular, es decir, de forma abstracta. (Guastini, 2008)

En este tipo de antinomia los casos en conflictos pueden ser determinados con antelación, con independencia del contexto práctico del caso. Mientras que los conflictos in concreto sí son accidentales porque solo se manifiestan en casos concretos de aplicación. Es decir, en esta antinomia el conflicto se presenta solo en situaciones que están sujetas simultáneamente a dos normas que imponen consecuencias normativas incompatibles, cada una de las cuales tiene su propio campo de acción donde no se produce el conflicto. Así, el conflicto es accidental porque está sujeto a que se presente esta situación.

A efectos de precisión, los conflictos abstractos penden de la ordenación conceptual del lenguaje configurado por el legislador, en tanto los conflictos in concreto del universo de situaciones que se presenten.

De acuerdo con la tipología de conflictos normativos presentada por Martínez Zorrilla, los conflictos in abstracto, a su vez se distinguen en antinomias genéricas y antinomias contextuales. Las genéricas aluden a las inconsistencias entre las normas del sistema normativo. Este tipo de antinomia ocurre cuando dos normas de un orden jurídico definen deónticamente la misma acción general X de manera incompatible, es decir, cuando la norma Y2 permite X y la norma Y3 lo prohíbe. (Zorrilla, 2007)

Las contextuales, si bien no se conciben como una inconsistencia del sistema normativo, el conflicto se presenta cuando una acción individual puede subsumirse en dos o más

acciones generales calificadas prescriptivamente de manera incompatible por dos o más normas del sistema.

Igualmente, se observa la distinción de los conflictos normativos entre un conflicto total o parcial puesto que los diferentes supuestos reglamentados por dos normas en conflicto pueden superponerse de manera total o parcial. Es total cuando dos normas relacionan resultados jurídicos incongruentes a una misma clase de premisa. Por otra parte, es parcial cuando dos normas relacionan resultados jurídicos que se sobreponen de manera parcial. (Ausín, 1994)

Conviene resaltar, que la posición doctrinal mayoritaria asigna a los conflictos entre principios en la categoría de antinomias in concreto generadas por las circunstancias específicas prácticas del caso individual y no por una contradicción entre las normas del sistema. Un ejemplo paradigmático de ello es la aplicación del derecho a la libertad de expresión y el honor, pues es innegable que en escenarios concretos alguna manifestación de expresiones pueda resultar perjudicial al honor del afectado. Lo anterior apunta a que el conflicto se debe a circunstancias empíricas específicas más que a un conflicto entre dos principios, por lo que el conflicto se clasifica como una antinomia in concreto.

En vista de que el supuesto fáctico específico no puede determinarse a priori, la colisión se revela en presencia del caso concreto. Continuando el ejemplo anterior, en principio no habría conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, pero en casos determinados el ejercicio de la libre expresión puede afectar el honor.

No obstante, hay quienes afirman que es posible también concebir conflictos entre principios como antinomias in abstracto cuando la autoridad normativa regulariza un mismo comportamiento de manera incompatible. A modo de ilustración, se da permitiendo y prohibiendo a la vez la libertad de expresión, o regularizando de forma incompatible diferentes conductas que parecen lógicamente relacionados entre sí al aplicar el principio de obligatoriedad, como sucedería si se reconoce la libertad de expresión sin restricciones al tiempo de establecer la censura previa.

Asimismo, varios autores comparten la idea de que todo principio está en conflicto con otro/s principio/s, que resulta de su naturaleza. De modo que, en los choques en los que

se aplique un principio A, existirá siempre al menos otro principio B que pueda ser aplicado y que es incompatible con A. (Guastini, 2008)

En términos prácticos, el conflicto anteriormente descrito se revela en la tipología en concreto cuando envuelve normas (en este caso, principios) que ostentan la misma posición jerárquica en el sistema. Como consecuencia de lo anterior, este tipo de conflicto normativo no puede solucionarse aplicando métodos de solución de antinomias estándares.

En efecto, los conflictos entre principios no pueden ser solucionados con los referidos criterios tradicionales. Esta diferenciación nos lleva al contraste difundido por Alexy, que las reglas se aplican en base a la subsunción y los principios por ponderación con otros principios que puedan entrar en conflicto en cada caso en concreto.

Por otra parte, también se observa el criterio distintivo de jerarquía, que tiene como finalidad distinguir los conflictos entre normas de igual o distinto nivel en un sistema cuya estructura jerárquica establece relaciones de superioridad entre las normas que lo componen. Por lo tanto, el conflicto normativo se puede presentar en igual o distinta posición jerárquica, resultando dos tipos de conflictos: entre normas del mismo rango y entre normas de distintos rangos, en virtud de lo cual una se encuentra jerárquicamente subordinada a la otra.

Otro criterio apuntado por la doctrina es aquel que clasifica los conflictos normativos según su validez en formales y materiales, atendiendo a las relaciones de validez que surgen de los procesos de creación de la norma o las que proceden de la adecuación de las normas creadas a los contenidos de la norma superior. Su aplicación se considera en un sistema jurídico que se rija por un criterio de jerarquía que determine las reglas de validez del ordenamiento.

Así las cosas, para que se presente un conflicto normativo debe existir una incompatibilidad entre lo que dispone las normas aplicables de un sistema jurídico, en cuyo caso, puede ser un conflicto en sentido formal o una contradicción normativa de tipo material entre los operadores o los contenidos de las normas (deónticos o lógicos), que

también pueden clasificarse de acuerdo a la operatividad de las normas (como conflictos de reglas o como colisiones de principios).

En otro orden, conviene ahora señalar que se perfila una división entre quienes niegan los conflictos normativos y quienes asumen su existencia y se enfocan en su adecuado tratamiento.

Resulta oportuno destacar que quienes niegan los conflictos normativos (se pudiera mencionar a Habermas y Ferrajoli, entre otros), no lo hacen refutando que se presenten controversias que involucren derechos fundamentales o bienes constitucionales, sino que, para ellos, en este ámbito no existen verdaderos choques o conflictos normativos, siendo el problema de fondo aparente.

Los juristas que niegan el conflicto parecen redirigir todo el problema a la cuestión de la interpretación de las disposiciones de la Constitución, o más bien, en palabras de Martínez Zorrilla: “a la determinación de los límites precisos de cada derecho o bien en juego.” Para ilustrar lo anterior, Martínez Zorrilla plantea que:

(...) si en un supuesto concreto parece existir una tensión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, lo que en realidad ocurriría es que o bien se trata de expresiones no amparadas por el derecho de libertad de expresión (y estamos fuera de su ámbito de aplicación), con lo que corresponde proteger el honor del afectado, o bien no queda lesionado el honor del afectado, porque se trata de un aspecto no tutelado por ese derecho. (Guastini, 2003)

En ese contexto, utilizando los derechos ejemplificados como paradigmáticos, el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión no afecta el derecho al honor.

Por su parte, para quienes afirman la existencia de los conflictos normativos (Alexy, Guastini, Moreso y Prieto, entre otros), a pesar de sus rasgos distintivos, concuerdan en que es imposible su asimilación inmediata a las antinomias tradicionales, pues estas últimas se diferencian en un conflicto normativo por el tipo de elemento en colisión: principios, bien sean derechos, bienes o valores, que supone consecuencias significativas. (Guastini, 2003)

En ese sentido, la precisión dogmática de los conflictos normativos supone que los elementos en conflicto son principios y no reglas, entendidos como normas prescriptivas o regulativas disímiles e independientes de las reglas; por tanto, la solución no responde a la guía tradicional de antinomias porque no son producto de incongruencias lógicas del sistema normativo, y no es posible determinarlas de antemano. Es así que, para resolver estos conflictos se precisa, como se ha destacado, de un procedimiento de ponderación, cuyo estudio se desarrolla en el siguiente capítulo.

En vista de todo lo anterior, podemos concluir que los conflictos normativos no se dan a nivel teórico, generalmente son problemas de orden práctico derivados de la aplicación de las normas. Asimismo, pueden categorizarse atendiendo a diversos criterios de distinción que propugnan por la solución de un buen número de antinomias, sin embargo, su clasificación depende del criterio que empleemos para justificar cómo dos normas pueden entrar en conflicto entre sí, como de la noción de norma que estemos asumiendo.

En efecto, los conflictos normativos, en principio, no refieren a un problema formal de validez, sino a un conflicto entre sus contenidos normativos de acuerdo a los tipos de normas y su forma de aplicación en caso de colisión, esto es, las reglas y los principios.

Finalmente, como hemos visto, los supuestos de colisión entre reglas se determinan en abstracto y a priori, en base a criterios tradicionales de solución de antinomias, contrario a las colisiones entre principios, que, dado su carácter de norma abstracta, en determinadas situaciones pueden generar conflictos que no se pueden determinar de antemano. Es en presencia del supuesto fáctico preciso que es posible distinguir la incompatibilidad, cuya solución refiere a la ponderación.

1.4. Naturaleza de los Derechos fundamentales como reglas y como principios

La controversia anterior no está resuelta, pues subyace un tema que igualmente ha interesado a los juristas, y se refiere a la colisión de derechos fundamentales, cuestión que está íntimamente relacionada con la estructura de las normas que estudiamos.

Para comprender debidamente el tópico de esta doble dimensión, hay que partir de la teoría constitucional contemporánea como propuesta de superación del paradigma

positivista a un derecho cimentado, además de reglas, en principios y valores. De ahí, que la distinción entre reglas y principios como fórmula de progreso sea una cuestión trascendental para comprender el papel de las normas en la dogmática constitucional moderna, y las influencias recientes sobre las normas de derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son aquellos derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme a la mayoría de Constituciones neoconstitucionalistas, constituye el fundamento del orden político. En ese sentido, son la expresión directa de la dignidad humana, perspectiva bajo la cual resulta indiscutible que, -además de su vertiente objetiva- presenten, en esencia, una vertiente subjetiva que se traduce en la posibilidad de un *agere licere* dentro de un determinado ámbito. (Segado, 1993)

En este contexto, las constituciones contemporáneas establecen que el fundamento de la organización del estado es, precisamente, la satisfacción de los derechos fundamentales, que se asientan en el centro del sistema. Esta posición central revela la razón por la cual los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado una posición preponderante en la dogmática del derecho.

Una de las características especiales de los derechos fundamentales es su jerarquía superior respecto de la ley ordinaria, pues tienen como fuente social el pacto político constitucional, cuyo reconocimiento está, precisamente, en el texto constitucional. Aunque su eficacia es directa e inmediata, se precisa de una intervención para lograr su plena efectividad. La normatividad de estos derechos -no obstante--, se adquiere con ocasión a su concretización en cada supuesto, al adoptarse la norma de decisión a las circunstancias relevantes para el caso.

En tal sentido, como normas, los derechos fundamentales poseen una estructura normativa variada, que de forma general pueden ser enunciados como principios o prima facie, pero en determinados casos pueden también presentarse como reglas, cuestiones controversiales en el campo del derecho. Esto genera importantes consecuencias en su aplicación, cuya actuación es promotora de dudas interpretativas que el operador constitucional debe atender si se produce una contradicción.

En suma, existen dos teorías principales de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa, conocida como teoría de las reglas, y otra amplia y comprensiva, denominada teoría de los principios, que refieren a distintas tendencias básicas que constituyen un referente para intentar responder a la posibilidad y limitaciones de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. (Alexy, 2010) Asimismo, cuál resulta mejor para la interpretación de la Constitución que conoce los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional. (Peters, 2010)

Empero, esta clasificación genera consecuencias en la terminología jurídica, en la claridad, en la fuerza vinculante de los derechos fundamentales, en los métodos jurisdiccionales de determinación y la Constitución en relación la ley.

Es menester destacar, entre otros, a Alexy, que en su segunda edición de la “Teoría de los Derechos Fundamentales” explica que la distinción categórica como reglas y como principios constituye la base de la teoría de la fundamentación de los derechos fundamentales y un camino allanado para la solución de los problemas centrales de la doctrina de los derechos fundamentales. (Alexy, 2010)

1.4.1 Los derechos fundamentales como reglas

De acuerdo con la teoría estrecha y rigurosa de las reglas, las normas que garantizan los derechos fundamentales no están esencialmente separadas de otras normas del ordenamiento jurídico. Como normas de derecho constitucional, naturalmente tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son los derechos de la más alta abstracción e importancia; pero todo esto, según la teoría de Alexy, no es la base de ninguna diferencia estructural fundamental. Se trata de normas jurídicas y como tales se aplican exactamente igual que cualquier otra; su peculiaridad es que protegen al ciudadano descrito abstractamente contra las posiciones del Estado. (Alexy, 2010)

Como hemos mencionado, las reglas exigen exactamente lo que prescriben, y por tanto, contienen una definición en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta decisión puede fracasar por imposibilidades de hecho y de derecho, lo que puede causar su invalidez, de lo contrario se aplica la regla absolutamente. (Alexy, 2010)

A decir Alexy, si bien las reglas poseen un carácter definitivo y se constituyen de manera general como razones perentorias para la acción, es posible que estas pierdan su carácter definitivo y sean interpretadas como razones *prima facie*. De ahí resulta una importante propiedad distintiva, y es el carácter *prima facie* de las reglas y los principios. (Alexy, 1993)

En otras palabras, el modelo de derecho actual obliga a incluir una cláusula de excepción en las reglas, perdiendo así su finalidad para resolver el caso, es decir, su carácter definitivo. Esto puede suceder por un principio, en cuyo caso estas cláusulas de excepción son incalculables. En tal caso, las reglas adquieren un carácter *prima facie*, fundamentalmente diferente al de los principios. Al respecto, Alexy sostiene que:

(...) una regla todavía no es soslayada cuando en el caso concreto el principio opuesto tiene un peso mayor que el principio que apoya la regla. Además, tienen que ser esquivados los principios que establecen que reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello tienen que ser seguidas y que no debe apartarse sin fundamento de una práctica transmitida. (Alexy, 2010)

Por consiguiente, los principios, aunque se refuerce su carácter *prima facie*, no obtienen el mismo carácter *prima facie* que las reglas; sin embargo, el carácter *prima facie* de las reglas, fundamentado en una decisión que ya ha sido tomada, es fácticamente distinto y tiene mayor peso.

Igualmente, una regla sería una razón definitiva si es una razón para un juicio correcto de deber ser que hay que pronunciar sin excepciones. Si el juicio de deber ser tiene como contenido un derecho, este derecho es definitivo. Mientras que los principios nunca pueden ser razones definitivas sino razones *prima facie*.

Ahora bien, pese a que los derechos fundamentales, sean generalmente adscritos a normas principios, en determinados casos pueden también presentar la estructura de reglas. Como ejemplo de una regla dispuesta en la Constitución de manera directa se observa en el artículo 41 de la Constitución dominicana que prohíbe la esclavitud. De modo que, si se determina la punibilidad del acto, se cumple la regla.

En el enunciado constitucional descrito, se establecen los casos en que aplica, esto es, esclavitud, servidumbre, trata y tráfico de personas. Sin embargo, que los derechos fundamentales puedan tener un enunciado cerrado no supone la inexistencia de indeterminación en su contenido o lagunas, ejemplo de ello son los denominados conceptos jurídicos indeterminados, y enunciados con penumbra que deriven problemas de interpretación que dificulte su aplicación. (Reyes, 2017)

Finalmente, también pueden presentarse las normas iusfundamentales con carácter doble, donde se manifiesta la doble dimensión de las normas de derechos fundamentales, como regla y como principio. Se trata de normas que establecen reglas, pero en el enunciado se constituyen principios o condiciones de aplicación abiertas. Tal es el caso paradigmático del derecho a la vida (artículo 37 de la Constitución dominicana), cuya disposición establece la protección de la vida desde la concepción hasta la muerte, prohibiendo de manera categórica la pena de muerte; sin embargo, no refiere a los supuestos de aplicación o inviolabilidad; máxime cuando se discute la noción de concepción.

1.4.2 Los derechos fundamentales como principios

Según la teoría comprensiva u holística (teoría de los principios), las normas iusfundamentales no se agotan en proteger algunas posiciones abstractamente descritas de los ciudadanos frente al Estado; esta función eterna de los derechos fundamentales está incrustada en un marco más amplio.

Varias ideas explican esta cuestión: La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota por el derecho tradicional del ciudadano a defenderse del Estado. Es así que, los derechos fundamentales también comprenden, un orden de valores objetivos, es decir, los principios adquieren expresión en los derechos fundamentales; por consiguiente, los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también de principios.

La segunda, muy relacionada con la anterior, es que los valores o principios fundamentales, además de aplicarse a la relación entre el Estado y el ciudadano, también se emplean para todas las áreas del derecho. Esto conduce a un "efecto de irradiación" de

los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico: los derechos fundamentales llegan a todas partes. (Alexy, 2010)

Y la tercera idea proviene de la estructura de valores y principios: unos como otros tienden a colisionar o generar tensión. En ese contexto, una colisión de principios solo puede resolverse mediante ponderación.

Alexy sostiene que las normas de derechos fundamentales son principios constitucionales. Igualmente, en la reciente literatura sobre el tema, parece haberse consolidado lo propio, en el sentido de que se asocian de manera más directa a los principios. (Reyes, 2017)

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales, como principios, poseen un nivel amplio de indeterminación porque no contienen un mandato definitivo, y por tanto, no se cumplen fácilmente. Por analogía, configuran casos de aplicación abierta o indeterminada. Por tanto, requieren de otras normas para ser aplicados, concretados o actualizados. Un ejemplo de ello lo constituye la dignidad humana, cuya disposición no indica los supuestos en los cuales resulta aplicable o qué da lugar a la aplicación de la misma, así como su excepción. Ello supone la aplicación de pautas argumentales propias de razonamiento práctico general.

Esto significa que, esas disposiciones sustantivas al no expresar reglas precisas, sino principios generales, requieren, por un lado, de un trabajo de concreción aplicado a controversias específicas y, por otro lado, una estrategia de ponderación en caso de que entren en conflicto. (Guastini, 2003)

Este marco revela que no son adecuados para funcionar como premisa mayor en el razonamiento mediante el cual los operadores aplican las reglas. Por tanto, corresponden a la justificación externa de las decisiones, como argumentos justificativos para la elección de ciertas premisas. Es necesario entonces, obtener del principio una regla que constituya su aplicación.

En otros términos, surge un problema interpretativo en cuanto al contenido definitivo del derecho en el caso concreto, no así de su contenido prima facie. Este último se determina

al interpretar la disposición que lo consagra, pero en ocasión de la solución de los conflictos normativos es que se determina su contenido definitivo. El resultado de la aplicación del derecho es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva del caso.

Es así, que todo principio necesita ser concretizado para poder utilizarse en el razonamiento del órgano de aplicación, es decir, debe ser transformado en una regla precisa. Para Guastini, concretizar un principio significa determinar las reglas implícitas que pueden obtenerse del mismo, y por consiguiente, determinar su ámbito de aplicación (supuestos concretos aplicables) y sus excepciones (supuestos a los que no aplica). (Guastini, 2003)

De esta forma, parece claro, como sustenta Guastini, que derivar una regla implícita de un principio es un ejercicio que comprende un nivel discrecional, porque no responde a un razonamiento deductivo con una única premisa del principio en cuestión, sino que se realiza en el marco de premisas adicionales que inevitablemente se acompañan de juicios de valor que se incorporan al derecho constitucional. Aunque, contrario a este autor, no resulta categóricamente arbitrario, siempre y cuando esté sujeto a los cánones constitucionales establecidos en el ordenamiento jurídico.

En este contexto, se concibe que los derechos fundamentales son normas de contenido estructural distinto a las reglas. Su redacción abstracta permite identificarlos bajo la estructura de principios que, en tanto mandatos de optimización, su maximización entrañe conflictos con uno o más principios (Reyes, 2017). Así, en el plano abstracto, los principios se caracterizan porque no se excluyen uno a otro, pues si lo hicieran, se convertirían en reglas.

Para Alexy, el carácter que revelan los principios como normas de derecho fundamental hace implícito el principio de proporcionalidad, de hecho “Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios”. (Solano, 2013)

De esta forma, los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan la pretensión que contiene el concepto de principio como mandato de optimización, de alcanzar la mayor

satisfacción posible de acuerdo con las posibilidades fácticas. Las posibilidades jurídicas son reducidas por su deducción en el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Aclarado lo anterior, como vimos en el apartado pasado, los conflictos iusfundamentales se identifican en concreto, producidos cuando el ejercicio o la realización del derecho de un titular suyo tiene efectos contrarios en derechos fundamentales de otros titulares de derechos fundamentales. (Mendoza, 2012)

El objeto de la clasificación anterior es dilucidar si el ejercicio de un derecho fundamental por un titular suyo trae consigo o no una lesión en el derecho fundamental de otro titular del mismo. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho a la libertad de culto de un creyente, frente a la misma libertad de culto de un no creyente.

La concepción Alexyana plantea que una colisión iusfundamental está indisolublemente atada a los conceptos de ponderación y subsunción. Por tanto, la condición de conflicto dependerá de los derechos que participen, en función de su condición o no de principios. En este sentido, partiendo de la teoría de los principios de Alexy, debe entenderse que las choques entre derechos fundamentales son “colisiones de principios”.

Esto es, a pesar de que, los derechos fundamentales incorporan un sistema de principios y de reglas, las colisiones solo se producen ante derechos fundamentales que ostentan la condición de principios, por consiguiente, siempre que ambos, o al menos, uno de ellos, tenga la característica de principio, habrá una colisión de derechos fundamentales.

De lo anterior se desprende que, según la condición de norma -principio o regla- opera el procedimiento de aplicación correspondiente; si en una contraposición de derechos fundamentales, al menos uno de ellos precisa de una ponderación se presenta una colisión, si en una contraposición de derechos fundamentales ambos requieren una operación de subsunción, no se está ante un supuesto de colisión.

Es importante destacar que, este panorama se concibe bajo la idea de que los derechos fundamentales pueden entrar en conflicto, postura que, si bien es admitida en la cultura jurídica, es objeto de críticas y detractores. Esta visión conflictivista de los derechos fundamentales permite admitir que son realidades jurídicas que por su naturaleza tienden

a colisionar, lo que conduce a aceptar los conflictos como inevitables. Bajo la tesis de que dos titulares de derechos fundamentales presentan intereses contrastados, ambos amparados por derechos fundamentales igualmente aplicables, preguntas claves como cuál derecho debe ceder y cómo ello opera, resultan relevantes para la investigación, y por tanto, pretendemos describir.

En atención a lo expuesto, y a efectos de concluir este título, producto de su indeterminación, se distingue una característica esencial de las normas de derechos fundamental como principios y como reglas, que resulta en su forma de aplicación y/o solución de conflictos normativos. De modo que, los principios se aplican mediante la concreción, y en el supuesto de que se presente un conflicto con otra norma de la misma naturaleza, debe ser ponderado.

CAPÍTULO II: LA PONDERACIÓN

2.1 Origen de la ponderación

Para una visión íntegra de la ponderación, resulta oportuno dar cuenta -de manera sucinta- del surgimiento de este fenómeno, y los cimientos que dan pie a su desarrollo y evolución.

En ese sentido, para la teoría jurídica la idea de ponderar no es novedosa, pero sí ha llegado a ser en los últimos años objeto de las más relevantes discusiones en la interpretación y argumentación jurídica.

Para principios del siglo XX, los progresistas estadounidenses Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Benjamin Cardozo ya habían iniciado un debate crítico en torno a la jurisprudencia mecánica, que parecía reclamar una nueva visión del derecho y una forma distinta de argumentación, fundamentada en la evaluación y comparación de intereses que permitiría fortalecer la autoridad del derecho y propiciar soluciones más justas.

En ese orden de ideas, varios autores afirman que los antecedentes de la ponderación se perciben con claridad en Estados Unidos. Alexander T. Aleinikoff, plantea al respecto que la ponderación, como método de interpretación y aplicación del derecho, se originó en la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, a partir de la década de los años 20, (Aleinikoff, 2015) y como método explícito de interpretación, a finales del 1930 y principios de 1940 en las opiniones mayoritarias. (González, 2003)

No obstante, se evidencia que varias de las grandes decisiones constitucionales del siglo XIX y comienzos del siglo XX tuvieron como fundamento apreciaciones implícitas sin revelar. En efecto, se registra el reconocimiento de conflictos de intereses por jueces antiguos de la Corte Suprema, como Marshall, Story y Taney, en casos como *McCulloch v. Maryland*, *Gibbons v. Ogden* y *Fletcher v. Peck*, que fueron solucionados de forma categórica.

Lo anterior coincide en el tiempo con un profundo cambio político tras lo ocurrido en el New Deal, que generó un llamado a nuevas formas de interpretación, apoyado por la necesidad de una diferencia en los resultados, y no un esclarecimiento por los errores, que

planteaba un cambio impulsado por los intérpretes de la Constitución no así por la propia Constitución.

En ese contexto, esta apertura a nuevas formas de articulación de posturas por los jueces tuvo sustento en el denominado realismo jurídico, corriente de pensamiento impulsada, como mencionamos, por Holmes, Pound y Cardozo, juristas y sociólogos de esa época (González, 2003), que pretendía demostrar que era posible aplicar la jurisprudencia mecánica sin rechazar el concepto de derecho. (Aleinikoff, 2015)

Así, las ideas de Holmes, basadas en que el derecho era un producto de la experiencia social y no de la lógica deductiva, junto con las opiniones académicas de Pound y Cardozo defendían que el derecho jurisprudencial era una realidad existente que daba lugar a la creatividad y respuesta social –ideas que triunfaron, no sin revuelo, pese a que en la actualidad es generalmente admitido–.

La consecuencia de estos razonamientos fue el descrédito del papel de la lógica en la toma de decisiones siendo objeto de un giro de la filosofía jurídica abstracta a la realista. De ahí que la mayoría de académicos reconocieron la libertad creativa inherente al proceso judicial en contraste con el formalismo, a fin de sustentar las decisiones con un razonamiento jurídico instrumental acorde con la funcionabilidad del derecho en la sociedad. (Aleinikoff, 2015)

Lo anterior supuso grandes consecuencias para la jurisprudencia, pues su ejecución necesitaría una metodología interpretativa. En este marco, la ponderación se erige como una aplicación doctrinal lógica de esta nueva jurisprudencia, cuyo enfoque concibió que en el derecho existe un sinnúmero de medios para lograr un determinado fin y, por tanto, exigía una verificación pormenorizada del contexto y los intereses sociales en juego en una controversia constitucional. En suma, la ponderación parecía ser la solución, como había escrito Holmes mucho antes, los “jueces (...) han fallado al no reconocer su deber de contrapesar las consideraciones sociales.” (Aleinikoff, 2015)

A mediados del siglo XX se plantea el surgimiento de la ponderación como método explícito de interpretación constitucional sustentado en dos hipótesis:

Primera hipótesis: algo sucedió que hizo que los jueces expresaran lo que estuvieron haciendo todo este tiempo. Segunda hipótesis: lo que cambió fue la forma de pensar el Derecho Constitucional y el razonamiento constitucional, y ese cambio se reflejó en la nueva forma en que los jueces comenzaron a articular sus posturas. (Aleinikoff, 2015)

Aleinikoff parece atribuirlo a la segunda hipótesis; sin embargo, desde nuestra óptica ambas pueden vincularse porque bien pudiera admitirse que la primera hipótesis tiene cabida en la segunda, debido a que el cambio en la forma de pensar pudo, -perfectamente, o no necesariamente-, plantearse por algo concreto que sucedió. Esto se pone de manifiesto en el contexto del neoconstitucionalismo y sus implicaciones como vimos.

Por otra parte, la tendencia a utilizar la ponderación en la jurisprudencia norteamericana parte, según González Monzón, de “una asimilación entre la esencia que define la reclamación ante una intromisión legítima en el ejercicio de los derechos fundamentales y la alineación de un conflicto de interés. Incluso, la utilización del vocablo intereses se presentó como más adecuado por las posibilidades que suponía para el juez su naturaleza flexible (Monzón, 2019)”.

Cabe señalar que, el surgimiento de este fenómeno no fue explicado por ningún juez para motivar que su uso era adecuado para la solución del caso, y por ende, apropiado para la construcción constitucional; a pesar de que no se pretendía hacer algo novedoso o controversial, constituyó una ruptura importante del conceptualismo y formalismo.

Del otro lado del continente -en Europa- se distingue el impulso de la ponderación desde la argumentación del test de proporcionalidad desarrollado por los tribunales alemanes en ocasión a los conflictos surgidos en torno al ejercicio de derechos individuales frente al estado, erigido como medida para determinar los límites de los intereses legítimos en la jurisdicción administrativa.

En ese contexto, para el siglo XIX, este principio cobra gran relevancia debido a la evolución del derecho administrativo, materializándose en el discurso sobre los derechos públicos subjetivos, cuya concepción residía en la satisfacción de los derechos personales como unos de los fines fundamentales del poder público, de modo que, cualquier

inherencia estatal en la esfera de la libertad individual debía estar justificada. (Monzón, 2019)

También, los movimientos antiformalistas franceses propusieron formas de argumentación que pueden vincularse a la idea de ponderación. Además, en ocasiones, el "balanceo" de intereses fue visto como la lógica que rige la aplicación de algunas instituciones de derecho civil. Hoy día, este principio ha sido reformado por Alexy, referente mundial más influyente de esta temática.

No es baladí entonces, que, a seguidas -pese a que mantiene su carácter controversial- la ponderación exhibió una gran difusión en el universo del derecho para la solución de conflictos constitucionales y es utilizada en numerosos tribunales y cortes constitucionales de Iberoamérica, cuyos defensores responden al nombre "neoconstitucionalistas".

En definitiva, el fenómeno de la ponderación se remonta a la década de 1920 en la experiencia de la jurisprudencia norteamericana; sin embargo, se articula en el quehacer de los tribunales constitucionales iberoamericanos con el principio de proporcionalidad, de origen alemán, a fin de establecer un criterio para la aplicación de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos.

2.2 Definición de ponderación

Para entrar en el análisis de la ponderación y del uso y alcance que han hecho los operadores jurídicos, es necesario conocerla, primero, desde la dimensión conceptual - qué se entiende por ponderación-, con la finalidad de distinguirla, y más adelante, referirnos a ella en el marco jurídico dominicano y, a su desarrollo por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, el término ponderación proviene de la locución latina *ponderatio*, *pondertiōnis*, que significa "pesar" o "calcular el peso", que apunta a la determinación del peso específico.

El diccionario de la lengua española la define así:

- 1) *Acción de ponderar;*
- 2) *Atención, consideración, peso y cuidado con que se dice o hace algo;*
- 3) *Compensación o equilibrio entre dos pesos.*

Por su parte, el diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo apunta que: “El concepto de ponderación, en su versión más intuitiva, hace referencia a la acción de sopesar dos magnitudes, a fin de obtener un resultado de equilibrio entre ellas.”. (Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo , 2012)

Nociones como las anteriores, ponen de relieve que su terminología connota una metáfora que alude a la representación de elementos puestos en una balanza a fin de determinar cuál tiene un peso mayor. Pero, como es natural, las normas jurídicas -objeto sobre el cual recae la ponderación en este contexto- al no ser entidades físicas no tienen peso. Al respecto, García Amado ha precisado que:

(...) cuando pesamos normas del tipo que sea, o valores o principios o cualesquiera entidades normativas, no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, al modo como lo tienen el lápiz o el bolígrafo. Por eso en este ámbito normativo las expresiones peso, pesar, ponderación, ponderar y similares tienen un alto contenido metafórico (...).
(García, 2017)

No obstante, la referencia terminológica contribuye a desentrañar su concepto en el área del derecho. A decir Martínez Zorrilla, se percibe una relación entre el aspecto metafórico y el objeto sobre el cual se aplica, en la medida en que la balanza destaca el hecho de que la decisión respecto a cuál norma aplica para el caso concreto, no obedece a una decisión arbitraria, sino que los elementos en colisión se colocan en una balanza que determinará el resultado. (Zorrilla, 2007)

Por consiguiente, en su dimensión más amplia, la ponderación se conceptualiza como una forma de pensar y de actuar, es decir, una *forma de decidir* frente a posibilidades decisivas complejas, y no sólo como un método jurídico. (Rodríguez, 2000)

Partiendo de estas ideas elementales, el concepto de ponderación ha sido desarrollado por la teoría general del derecho para referirse a la manera de resolver un tipo especial de conflictos normativos, que como vimos, tienen que ver con un tipo especial de normas, esto es, principios. De ahí que, varios autores se han ocupado de darle contenido a la noción de esta figura.

T. Alexander Aleinikoff apunta que: “(...) la ponderación está referida a las teorías de interpretación constitucional que se fundamentan en la identificación, valoración y comparación de intereses contrarios”. (Aleinikoff, 2015)

Para este autor, cuando se califica una decisión producto de la ponderación, se hace alusión a una decisión judicial que, luego de identificados los intereses envueltos, analiza una cuestión constitucional y llega a una decisión, o, al asignarle valores implícita o explícitamente a esos intereses, crea una norma de derecho constitucional. Por consiguiente, representa un tipo diferente de razonamiento porque la atención se centra en los intereses envueltos, en donde cada uno busca su propio reconocimiento y exige su comparación.

Como puede apreciarse, este concepto vincula a la ponderación con intereses identificables, a los que se les asigna valores implícitos o explícitos, y cuya decisión produce una disposición normativa.

Resulta oportuno hacer la salvedad de que, estos intereses a considerar en la decisión se extraen de los hechos del caso, como catalizadores que dirigen al operador al fallo, y pueden o no estar fundamentados en la Constitución.

En opinión de Ricardo Guastini es “La técnica normalmente utilizada por los jueces constitucionales para resolver un conflicto entre principios constitucionales (...) se suele llamar “ponderación” o “balance”. (Guastini, 2008):

Esta concepción denota que la ponderación también responde a la denominación “balance”, que describe la técnica comúnmente utilizada por los operadores constitucionales para dar solución al conflicto entre principios constitucionales.

Mijail Mendoza Escalante considera que: “La ponderación es un procedimiento para resolver conflictos iusfundamentales” (Escalante, 2012). Desde esta perspectiva, se delinea la ponderación como una forma de solucionar controversias relativas a derechos fundamentales, específicamente, normas fundamentales. Así lo afirma Rubén Hernández Valle, para quien resulta ser un principio que describe “una técnica utilizada para la decisión de conflictos entre derechos fundamentales o entre estos y principios (Valle, 2016)”.

Igualmente, de acuerdo a Carlos Bernal Pulido, la ponderación es una forma de aplicar principios, que se ha convertido en un criterio metodológico elemental en la aplicación jurídica, esencialmente, de los derechos fundamentales. (Bernal, El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales, 2008)

En líneas generales, de esta definición se extrae que se trata de un método fundamental de aplicación de las normas, en tanto a través del mismo se aplican los principios. Es en este contexto que, como método de aplicación de las normas de principios, aparece la ponderación.

Ahora bien, Zagrebelsky señala que la ponderación es una técnica jurídica que consiste en que el juez sopesa dos principios que se encuentran en colisión en un caso concreto, con la finalidad de establecer cuál de estos principios tiene un peso mayor en aras de la solución del caso (1995, pp. 122).

De acuerdo a este autor, se trata de una técnica jurídica que impone al juez, el análisis y examen de los principios en conflicto, teniendo en cuenta su importancia y relevancia en el contexto del caso. Se busca determinar cuál de estos principios tiene una mayor relevancia o peso en función de los valores constitucionales, los derechos involucrados y los objetivos perseguidos.

Precisado lo anterior, se pone de manifiesto que hay quienes distinguen la ponderación como un principio, un método jurídico o una técnica de interpretación; también, indistintamente se alude a ella como balanceo. No obstante, como puntos en común es posible afirmar que, la definición del término responde a una forma que utilizan los

juristas y operadores constitucionales para aplicar las normas constitucionales, en ocasión de resolver una colisión entre principios que expresan derechos fundamentales.

Además, la definición de ponderación implica una postura metodológica de la ciencia del derecho, en especial, desde la teoría de las normas, que reconoce como premisa la existencia de estructuras normativas distintas a las reglas, esto es, los principios, cuya estructura contiene mandatos de optimización.

De lo antes dicho, no es difícil comprender que la ponderación es expresiva de debates teóricos trascendentales y de cuestiones prácticas apremiantes, pues su desarrollo no está explícitamente delineado, como se verá más adelante.

2.3 ¿En qué consiste la Ponderación?

La actividad jurisdiccional del estado, por parte de los jueces, encuentra su legitimación democrática en el ejercicio de su facultad argumentativa (motivación de la sentencia). Esta actividad supone la existencia de ciertos criterios metodológicos que deben usar los jueces para resolver las controversias que se les presentan.

El jurista colombiano, Carlos Bernal Pulido (Bernal, 1989) señala al respecto:

Existen dos formas básicas para aplicar normas: la ponderación y la subsunción. Las reglas se aplican mediante la subsunción, al paso que la ponderación es la manera de aplicar los principios. Es por ello que la ponderación se ha convertido en un criterio metodológico indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente la que se desarrolla en los Tribunales Constitucionales, que se encargan de la aplicación de normas que, como los derechos fundamentales, tienen la estructura de principios.

Tradicionalmente, los jueces adoptaban la fórmula de la subsunción para solucionar los casos; esto es, aplicaban la regla de derecho al hecho litigioso. Sin embargo, como se ha destacado, fruto de la nueva concepción del derecho denominada

“Neoconstitucionalismo”, los principios jurídicos tienen una fuerte preeminencia para la solución de los casos.

En este sentido, es famosa la división que Dworkin (Dworkin, 1984) hace de los casos, en fáciles y difíciles. Los “casos fáciles” son aquellos que se solucionan simplemente subsumiendo los hechos al derecho, mientras que los “casos difíciles” –a juicio de Dworkin- se presentan "cuando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución; el juez tiene discreción para decidir el caso en uno u otro sentido."

En el contexto de un “caso difícil”, se puede producir el fenómeno de colisión de principios o de derechos fundamentales, es decir, el juez para solucionar el litigio tiene el dilema de decidir entre dos principios que se contradicen, no obstante, estos tener la misma jerarquía jurídica, como ya adelantásemos.

Sobre esta particular señala Atienza (1996) que:

(...) en los casos difíciles se da siempre una contraposición entre principios o valores (entendiendo por valores la dimensión justificativa de las normas contempladas como razones para la acción) que ha de resolverse mediante una operación de ponderación en la que se sopesan las diversas exigencias para alcanzar un punto de equilibrio mínimo u óptimo.

El dilema del juez pues, se circunscribe a dos cuestiones claves para solucionar el caso:

- 1) Decidir cuál de los principios o derechos tiene más peso frente al otro para aplicarlo al caso;
- 2) Darle al principio o derecho, el carácter de regla para así poder aplicarlo al caso concreto;

Para resolver la controversia, como destacamos, se ha ideado en el derecho una técnica metodológica que se ha denominado “ponderación”, mediante la cual el juzgador sopesa entre dos principios constitucionales o derechos fundamentales de igual valor jurídico, cuál de ellos debe ser aplicado al caso concreto.

Ahora bien, ¿en qué consiste la ponderación?, Riccardo Guastini (2005) lo explica de la siguiente forma:

La ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto (...) Una jerarquía axiológica es una relación de valores creada (ya no por el derecho mismo, como la jerarquía de las fuentes), sino por el juez constitucional, mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la forma lógica: “el principio P1 tiene mayor valor que el principio P2”. Instituir una jerarquía axiológica supone, por tanto, atribuir a uno de los dos principios en conflicto un “peso”, una “importancia” ético-política mayor respecto al otro.

Desde esta perspectiva, la ponderación estriba en el establecimiento de una jerarquía axiológica móvil entre los principios opuestos, cuya base no responde al derecho, sino a una relación de valores creada por el juez, a través de una evaluación comparativa de valores. Instituir una jerarquía axiológica móvil para Guastini se traduce en otorgarle a uno de los principios en colisión un « peso », es decir, una importancia ético-política, mayor respecto al otro. (Guastini, 2008)

Asimismo, se considera móvil porque representa una relación variable e inestable de valor y, por tanto, mutable, así, una precedencia que aplica en un caso concreto, o clase de casos, puede ser invertida en otro supuesto o clase de supuestos distintos. De ahí que cada solución opera de manera particular para un supuesto fáctico específico. (Guastini, 2008)

En sentido similar, se expresa Mijail Mendoza, para quien “(...) consiste en un procedimiento por el cual se establece una relación de precedencia condicionada entre dos derechos fundamentales que se hallan en conflicto. Como resultado, uno de los derechos ha de preceder en el caso.” (Mendoza, 2012)

Por consiguiente, comprende el establecimiento de una preferencia o primacía por una de las normas (principios) en conflicto, que finalmente dará solución a la controversia presentada respecto al supuesto fáctico concreto, por lo que, en primer término, no se trata de encontrar un equilibrio o compatibilidad de dichos elementos en controversia, sino de determinar cuál vence y resuelve la disputa. (Zorrilla, 2007)

En ese sentido, la ponderación, no supone en modo alguno la anulación o invalidez del principio afectado, sino su no aplicación en el caso concreto, manteniendo frente al sistema jurídico su plena vigencia. Se trata de una situación excepcional dentro del universo del derecho.

Giorgio Mancini (2004) ilustra de manera convincente esta característica muy particular que supone la ponderación y que advertimos en el capítulo anterior:

Las antinomias entre principios se resuelven, en cambio, mediante el criterio de ponderación o balance. Cuando dos principios ofrecen dos soluciones normativas distintas para la resolución de un mismo caso concreto, entonces uno de los dos principios debe ceder frente al otro, debe ser sacrificado. Pero esto no quiere decir que deba ser declarado inválido, o que uno de los principios introduzca una cláusula de excepción al otro. Quiere decir simplemente que se introduce entre los principios una relación de prevalencia (llamada ley de colisión) condicionada.
(Mancini, 2004)

La ponderación también implica un nivel de interpretación. A pesar de tratarse de un mecanismo que busca la racionalidad a fin de reducir la discrecionalidad del juez al momento de decidir cuál principio o derecho prevalece frente a otro, existen elementos o etapas dentro de la ponderación sujetas a una interpretación del juez operador. Así lo señala Jorge Baquerizo Minuche (2014) al expresar que:

No se puede ponderar sin interpretar. Dado que en la formulación de los principios aparecen expresiones de significado abierto o impreciso, su utilización requiere, naturalmente, una labor de interpretación; aún más si se acepta una concepción de la ponderación como la de Alexy, en la que no cabe duda que expresiones como “peso abstracto” o “afectación grave”, necesitan también ser interpretadas. La ponderación, luego, es un esquema que envuelve diversos momentos interpretativos, de la misma forma que la argumentación constitucional parece suponer siempre, de una u otra forma, una operación de ponderación (...).
(Baquerizo Minuche, 2014)

Desde esta óptica, en el marco de la ponderación, la interpretación y la argumentación adquieren especial relevancia, dado que su realización tiene lugar en el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente por los órganos de control constitucional -no obstante en algunos sistemas como el nuestro, todo juez tiene facultades constitucionales-, cuya misión es, esencialmente, la interpretación y aplicación de las normas que, como es el caso de los derechos fundamentales, presentan una estructura particular.

En ese orden de ideas, según Manuel Atienza, se distingue, en su sentido más amplio, el uso del término “argumentación jurídica” frente al uso de “método jurídico” fundamentalmente, en que el primero se centra en la justificación del discurso jurídico, principalmente de los jueces; el segundo término, se refiere igualmente a otro conjunto de operaciones realizadas cuyo carácter no es únicamente argumentativo, sino también práctico -encontrar el sustento para resolver un caso o tomar una decisión en base a ello-. (Atienza, 2004)

De modo que, la argumentación jurídica hoy día, más que describir y explicar el proceso para la toma de decisión, se dedica al discurso que utilizan los jueces para justificar sus decisiones, particularmente las razones que la fundamentan y motivan, que se considera igual de importante como el contexto jurídico.

En ese sentido, en la actualidad -en especial en el entorno constitucional-, la interpretación, aplicación y argumentación del derecho, encuentra en la ponderación uno de sus usos más habituales.

2.4 ¿Cómo se lleva a cabo la ponderación?

Es posible afirmar que no existe un acuerdo generalizado respecto de si los jueces deben o no ponderar, y si resulta, cuándo y cómo deben hacerlo. Es por ello que este fenómeno, a pesar de su extensa producción doctrinal, no ha dejado de ser controversial.

No obstante, es aceptado que de la racionalidad de la ponderación estriba su legitimidad en el derecho, por lo que, mientras más racional sea, más legítimo será su ejercicio, de ahí que la estructura de la ponderación sea crucial.

Como hemos tenido ocasión de ver, una de las concepciones conflictivistas, admite que la ponderación resulta ser el mecanismo que permite establecer una preferencia en favor de uno de los principios en conflicto, a fin de resolver la cuestión y llegar a una decisión respecto al supuesto fáctico presentado. En este punto existe un acuerdo, sin embargo, hay diferencias en la forma de entender cómo se establece esta preferencia.

En ese orden de ideas, se concibe la ponderación como un mecanismo de respuesta a la problemática de colisión o conflicto normativo, y en ese orden, se asimila a los tradicionales métodos de solución de antinomias; aunque se pretende que las preferencias que se establecen entre los elementos en juego se adecuen a ciertas pautas de corrección o de justicia.

En ese sentido, existen varios modelos o métodos de ponderación, entre los más conocidos están, el de Robert Alexy (el más famoso), el de José Juan Moreso y el de Carlos Bernal Pulido. Por consiguiente, el desarrollo de este apartado tiene como objetivo una aproximación a esta temática -antes que una exposición exhaustiva de la misma- mediante los conceptos y planteamientos generales de esos tres juristas.

2.4.1 El método de ponderación de Alexy.

El método de ponderación de Alexy, fue ideado por éste en su libro “Teoría de la Argumentación Jurídica” en 1976, y probablemente tomando como modelo las ideas esbozadas por el filósofo escocés William David Ross en la década del 30 del siglo XX, cuando planteó la posibilidad de ponderar entre valores morales confrontados. Alexy tomó la estructura del modelo de Ross y la readaptó al mundo del derecho. (Gorra, 2014)

A partir de la teoría de los derechos fundamentales, Alexy presenta una concepción bien desarrollada de la estructura de la ponderación, que en su última versión consta de tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula de peso y la carga de argumentación, cuyo objeto es establecer la relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión.

a. Ley de ponderación:

Alexy la plantea en los siguientes términos: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”. Es decir, esboza una relación directamente proporcional según la cual, se establece el grado de afectación o no satisfacción de un principio, y de importancia en la afectación del segundo principio. (Alexy, 1997)

Para Alexy, la relación descrita en esta ley constituye el núcleo de la ponderación, y permite reconocer que puede dividirse en tres etapas. En la primera, se precisa definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. La segunda etapa, define la importancia de la satisfacción del principio que opera en sentido contrario. En el último paso se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. De ahí su relación con el principio de proporcionalidad, que en sus palabras resulta “idéntico a la ley de ponderación”. (Alexy, 2010)

Al respecto de la “ley de ponderación” o “principio de proporcionalidad”, David Martínez Zorrilla (2007), señala que: “(...) el principio de proporcionalidad se correspondería con lo que Alexy denomina <ley de la ponderación>: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”. Según este criterio, el sacrificio que se impone a algún principio, bien o derecho, a fin de satisfacer el otro, tiene su justificación en la medida que no sea excesivo, es decir, que sea el mínimo necesario para que no impida la satisfacción del principio que se considera más importante dada la circunstancia. (Zorrilla, 2007)

En la ley de ponderación, el primer y segundo paso, refieren a operaciones análogas que consisten en establecer la importancia de los principios en colisión. El grado de la no satisfacción o de afectación del derecho y la importancia de la satisfacción del principio confrontado puede alcanzarse por medio de una escala de grados, esto es, leve, medio o grave que constituye una ordenación válida de intensidades, o también referido como modelo tríadico de tres intensidades que especifican el grado de importancia de los principios en colisión. (Mendoza, 2012)

En el enfoque de Alexy, la no satisfacción o la afectación de un derecho encarna un doble concepto que expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección, en donde la no satisfacción corresponde a los derechos de protección, y la afectación, a los derechos de defensa. Asimismo, por intervención se entiende la no satisfacción o la afectación de un derecho; también, las intervenciones son restricciones, por tanto, grado de restricción equivale a intensidad de la intervención. De ahí que, para valorar la intervención se deberá precisar, primero, si el derecho intervenido -en el sentido descrito- se trata de un derecho de defensa o de protección. (Mendoza, 2012)

Determinar el grado de intervención consiste, por tanto, en evaluar la incidencia que produce un acto u omisión en el ámbito de protección del derecho fundamental que interviene. Dicha intervención puede consistir en una regulación normativa o de una autoridad pública, es decir, puede ser jurisdiccional o administrativa, o en una acción individual, esto es, un conflicto específico.

En ese contexto, cabe resaltar, la medida o magnitud de la intervención es siempre concreta -toda vez que su intensidad depende del caso-, pero es posible que la medida de peso o importancia sea concreta y abstracta, esta última referida a la importancia atribuida al derecho colisionante en relación a otros derechos o principios con independencia del caso.

Así, otra variable relevante para la ponderación, es la determinación del peso abstracto de los principios, que puede variar de acuerdo a la jerarquía de la fuente del derecho que los establezca. En efecto, se asume que los derechos en conflicto no poseen igual peso, de lo contrario no les correspondería ningún papel, por tanto, dicha proporción de pesos abstractos puede desaparecer mediante la ponderación.

Para Bernal Pulido el “peso puede establecerse con referencia a valores sociales positivos”, por ello es sostenible que el derecho a la vida tenga un peso abstracto mayor que la libertad, precisamente por su conexión con la dignidad humana, que hace también posible que los tribunales atribuyan mayor peso abstracto a los derechos fundamentales sobre otros principios.

En la fórmula Alexyana, la determinación del peso concreto de un derecho es igual a la intensidad de la intervención hipotética que produciría la no intervención en el derecho intervenido, que dependerá de qué tan intensa sería la prohibición de esa intervención. Es decir, es la intensidad de la intervención hipotética mensurada como leve, media o grave.

En otras palabras, prevalece el derecho en el que la injerencia es más fuerte porque constituye el derecho sobre el que ha recaído la intervención real, o por el contrario, sobre el que se efectuó la intervención hipotética, que viene a ser el derecho opuesto o en conflicto.

A esto hay que añadir una tercera variable sobre la seguridad o certeza de los juicios empíricos que se refiere al grado en qué la medida analizada implica realmente insatisfacción con un principio, y la satisfacción del otro en las particularidades del supuesto fáctico concreto. Esta variable se fundamenta en el reconocimiento de que el punto de vista empírico sobre la importancia de los principios de colisión puede tener diferentes grados de certeza y esto puede influir en el peso relativo que se le da a cada principio durante el pesaje.

A juicio de Alexy, esta estructura de la ponderación muestra que las valoraciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención de los derechos fundamentales y sobre el grado de importancia del principio contrario puede establecerse de forma racional, no son arbitrarias ni de aplicación irreflexiva, toda vez que existen razones plausibles para respaldarlo en el contexto de la argumentación, contrario a la tesis que plantea que admite cualquier tipo de decisión por carecer de medidas racionales.

No obstante, es importante destacar que los márgenes de discrecionalidad y subjetividad son incuestionables al momento de estatuir un valor jerárquico a los principios en colisión y a medida que cambia el valor de acuerdo al supuesto concreto.

b. La fórmula de peso:

De acuerdo a Alexy, la fórmula de peso asegura la obtención racional de un resultado concreto al articular la importancia de los principios, su peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones relativas a la importancia de los principios.

Esta es una fórmula matemática, mediante la cual se “ponderan” o balancean los principios o derechos en conflicto. En otros términos, es la representación gráfica de la ley de ponderación en forma de un cociente matemático. Para José Juan Moreso “la utilización de una fórmula matemática para realizar la ponderación en el modelo de Alexy, garantiza una mayor racionalidad del proceso”. Señala entonces que: (Moreso, 2003)

Esto da como resultado la fórmula siguiente: $W_{i,j} = I_i \cdot W_i / I_j \cdot W_j$...Según Alexy, esta reconstrucción de la ponderación hace de ella una actividad controlable racionalmente. Mientras la subsunción es un esquema que trabaja con arreglo a las reglas de la lógica, la ponderación trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética.

Se entiende entonces que, mediante la aplicación de valores numéricos a la fórmula del peso propuesta, es posible determinar el peso concreto de un principio en relación con otro principio en un supuesto determinado.

La fórmula se plantearía de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{I_i + W_i + R_{ei}}{I_j + W_j + R_{ej}}$$

$W_{i,j}$: representa el peso concreto del primer principio o derecho a contrastar con el otro.
 I_i y I_j : representan la “intensidad de afectación” entre en principio o derecho 1 (I_i) frente al principio o derecho 2 (I_j). Esta intensidad se mide en función al grado de afectación del principio y Alexy le asigna un número: Leve=1; Medio=2; Intenso=4.

W_i y W_j : representan los “pesos abstractos” de los principios o derechos en pugna. El “peso abstracto” es el valor ideológico o importancia que tiene un derecho en un modelo de Estado. Esta variable se mide bajo la misma escala numérica, que la variable relativa a la “intensidad de afectación”: Leve=1; Medio=2; Intenso=4.

R_{ei} y R_{ej} : representan la “seguridad de las premisas fácticas”, es decir, con qué seguridad o certeza se afectarían los principios o derechos enfrentados con la realización de los

hechos litigiosos. Alexy le asigna una escala numérica también: Seguro=1; Probable=0.50; Falso=0.25.

En el teorema de la ponderación de Alexy, se suman los factores del primer principio o derecho y los del segundo y los resultados se dividen entre sí, dando como resultado un valor numérico. Después la fórmula se invierte y se aplica al segundo principio, siguiendo el mismo orden y al obtener el resultado, se confronta con el primero y el principio o derecho de mayor valor numérico es el que prevalece.

c. La carga argumentativa:

Esta fase opera en caso de arrojar un empate entre los valores que resultan de la fórmula de peso, esto es, cuando el peso concreto de los principios opuestos es igual. En la especie, Alexy ha planteado dos propuestas diferentes para la solución de esta cuestión.

En principio, en su libro Teoría de los derechos fundamentales, Alexy se encontraba más inclinado a dar valor en estos casos, a la libertad e igualdad jurídica, cimentado en el principio “in dubio pro libertate”; es decir, preferir el principio o derecho que guarde más afinidad con la libertad e igualdad jurídica. Sin embargo, 15 años después, en el epílogo a la teoría de los derechos fundamentales, se inclina a favor de una carga argumentativa en beneficio del principio democrático.

2.4.2 El método de ponderación de Moreso

En un análisis sobre la aritmética de la ponderación de Alexy, José Juan Moreso, (Moreso, 2003) parte de la necesidad de una alternativa a la reconstrucción de Alexy de la ponderación en aras de un mayor control racional, y plantea que:

(...) es mejor pensar en un modo de configurar la ponderación que la considera un paso previo a la subsunción. Una vía según la cual la ponderación es únicamente la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios -pautas con las condiciones de aplicación abiertas-, a reglas -pautas con las condiciones de aplicación

clausuradas-, con las cuales es posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado.

En ese sentido, el método concebido por Moreso, procura resolver los conflictos de principios o derechos de modo que la ponderación permita subsumirlos en los hechos del litigio. Se deriva del modelo de análisis lógico de los sistemas normativos ideado por los profesores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. (Zorrilla, 2007)

Las etapas del método planteado por Moreso, se pueden estructurar de la siguiente manera:

- a) Delimitación del problema normativo o determinación del “universo del discurso” (UD): Es el conjunto de situaciones que afecten el objeto protegible por los principios o derechos en conflicto.
- b) Identificación de las pautas prima facie aplicables al ámbito de acciones o determinación del “universo de propiedades” (UP): Es el conjunto de normas y decisiones jurisprudenciales del Tribunal que resultan relevantes para tomar una decisión a favor de uno u otro de los principios o derechos en pugna.
- c) Consideración de los casos paradigmáticos: Estos casos pueden ser reales o hipotéticos. En esta fase, se identifican varios casos en los cuales ceden cada uno de los principios o derechos enfrentados.
- d) Determinación de las propiedades relevantes: Se establecen las propiedades relevantes de ese universo del discurso que posibilita la determinación de las soluciones normativas.
- e) Formulación de las reglas que resuelven de modo unívoco todos los casos del universo del discurso: Se trata de construir reglas precisas a partir de las normas jurídicas que permitan subsumir el caso.

Sobre este particular, apunta el propio Moreso (Moreso, 2003) que:

Las reglas surgidas de una reconstrucción como la propuesta se aplican de modo subjuntivo y permiten otorgar coherencia a la función judicial, aunque reducen el alcance de los principios. Cuando un órgano jurisdiccional resuelve un caso individual de dicho ámbito normativo, resuelve con su reconstrucción todos los casos individuales de dicho ámbito (...) Creo que de este modo es posible el control racional de la función aplicadora del derecho.

Al respecto, se resalta que, este modelo de reconstrucción permite ver la solución de todos los posibles casos de colisión entre los elementos envueltos a través de una especie de método subjuntivo análogo al de aplicación de las reglas. Por consiguiente, a esta reconstrucción se arriba luego de varias decisiones que hayan delineado las propiedades consideradas como relevantes y la configuración de las reglas que las asocian con las diferentes soluciones. Así, se presenta un modelo general para resolver todos los casos que han sido previamente delimitados.

Pero, debemos destacar que no se percibe con claridad qué sucede cuando un supuesto del universo del discurso sea solucionado de forma distinta en virtud de una propiedad relevante no evidenciada en un supuesto individual, en cuyo caso se vislumbra la necesidad de una argumentación que justifique la solución de apartarse.

Así también Martínez Zorrilla asegura que este modelo metodológico de reconstrucción de lo que denomina “sistemas de conflicto” es más satisfactorio que el modelo de Alexy, aunque entiende que presenta algunas dificultades a la hora de realizar una reconstrucción que dé cuenta de todos los supuestos posibles de conflicto aun cuando se han concebido como casos generales. (Zorrilla, 2007)

En esencia, Moreso plantea un modelo que replantea la teoría de Alexy, que como vimos, comprende fundamentalmente a la ponderación como una operación que permite pasar de normas a reglas que establecen derechos fundamentales con una estructura de principios. De modo que, a través de las cinco etapas planteadas, sea posible establecer cuáles son las propiedades relevantes seleccionadas, teniendo en cuenta que esa selección no está en capacidad de solucionar todos los casos individuales.

2.3.2 El método de ponderación de Bernal Pulido

Carlos Bernal Pulido parte de la teoría de la ponderación de Alexy, cuya técnica implica -para él- la necesidad de encontrar el peso que cada principio tiene según el caso concreto. Al respecto, sostiene que: “La decisión que el juez adopta no implica un juicio de valor abstracto sobre la subordinación de un principio a otro, sino solamente un juicio relativo al caso específico, en donde el principio que tenga mayor peso determinará el sentido de la decisión” (Bernal Pulido C. , 2014).

Sin embargo, a su juicio, la fórmula del peso descrita por Alexy, expresa una nueva ley de la ponderación, cuyo objetivo es establecer «una relación de precedencia condicionada» entre los principios en conflicto en el marco de las circunstancias del caso, esbozada de la siguiente manera: (Bernal Pulido C. , 2014)

Si se observa con atención, se advertirá que esta relación de precedencia no se determina sólo mediante la comparación de la importancia de los principios en el caso concreto (o sea, «del grado de no satisfacción o de afectación de un principio» y «la importancia de la satisfacción del otro»), sino mediante una operación de mayor alcance, que toma en cuenta también el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones empíricas concernientes a la importancia de los principios. Esto implica que la fórmula del peso sea una reformulación del planteamiento básico que subyace a la ley originaria de la ponderación. Esta reformulación es, en términos analíticos, más sofisticada, por cuando explicita la necesidad de considerar dos variables adicionales: el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas.

En ese orden de ideas, Bernal Pulido expresa que el establecimiento de la relación de precedencia precisa de una operación de mayor alcance que observe el peso abstracto y la seguridad de las apreciaciones fácticas correspondientes a la importancia de los principios en colisión. Se trata, a su juicio, de una reformulación analítica más refinada que permite un alcance mayor que, en consecuencia, consiste en la siguiente reformulación:

Cuanto mayor sea el peso concreto del principio P_i en relación con el principio P_j a la luz de las circunstancias del caso, tanto mayor deberá ser el peso concreto del principio P_j en relación con el principio P_i a la luz de las circunstancias del caso.
(Bernal Pulido C. , 2006)

Esta reformulación tiene su fundamento en una serie de consideraciones respecto a la estructura de la fórmula de peso de Alexy, entre las que se destaca, la objetividad de los criterios para determinar el valor de las variables que lo componen, cuya respuesta refiere al grado de importancia de los principios en colisión, a su peso abstracto, y a la seguridad de las premisas.

En ese contexto, desde la perspectiva de Bernal Pulido, los casos difíciles entrañan la duda sobre la posibilidad de determinar en abstracto el grado de la intervención de cierta medida, sin observar otras apreciaciones subjetivas que subyacen en la especie, y que en algunos casos -para tal determinación del grado- median desacuerdos genuinos. De ahí que, en un caso concreto la graduación de la importancia de un principio sólo puede hacerse después de fijar un punto de vista concreto que la fórmula de peso no puede determinar, así tampoco el valor de esta variable que abre paso al operador constitucional a un ámbito de deliberación, sobre la cual, su decisión depende de sus apreciaciones acerca de la moral crítica o ideología política. A pesar de ello, no significa que la fórmula de Alexy deba ser menospreciada, sino que allí reside la utilidad de la reformulación, precisamente, porque permite esclarecer cuál es el ámbito de deliberación que la ponderación depara al juez.

En este punto entiendo que es posible complementar la fórmula a través de la especificación del tipo de variables fácticas y normativas que deba tener el juez en cuenta, entre las normativas: el significado de las posiciones jurídicas relevantes de cada principio y, la importancia de la posición jurídica desde el punto de vista del contenido relevante de los principios; entre las fácticas, dependerá de la eficiencia, velocidad, probabilidad, alcance, y duración con que la medida afecte y satisfaga, correlativamente, los principios en colisión.

Asimismo, sostiene que el peso abstracto de los principios es una variable muy peculiar sujeta a consideraciones morales e ideológicas del juez, que en los casos difíciles se

aumenta el margen de deliberación, en tanto no existe una escala preestablecida de los pesos abstractos de los principios que pueda formularse en términos de la escala tríadica, por tanto, señala que:

(...) depende de la búsqueda por parte del juez de la mejor teoría sustancial de la constitución. Si se asume que esta teoría es individualista, entonces el juez atribuirá el peso más alto a la libertad. Si, por el contrario, esta teoría es comunitarista, entonces el juez atribuirá el máximo peso a los principios vinculados con bienes colectivos. El juez debe resolver cada caso de acuerdo con la mejor teoría sustancial de la constitución. El problema, sin embargo, es que a veces no es fácil saber cuál es esa teoría. La respuesta correcta para estos casos es que de la Constitución no deriva ninguna respuesta correcta. (Bernal Pulido C. , 2006)

Por otro lado, identifica también algunas limitaciones de la racionalidad en la determinación de la seguridad de los juicios sobre las premisas fácticas en relación con la importancia de los principios, debido a que el juez no sabe cuál es el valor correcto que debe atribuirse a cada una de las variables expresadas en el punto dos, y también porque combinar dichas variables es una cuestión compleja.

Además, la falta de certeza de las premisas normativas relevantes para la ponderación que determina la importancia y el peso abstracto de un principio, constituye un problema epistemológico, que da lugar a un margen de acción epistémico normativo, en cuyo caso sostiene que:

En los casos concretos debe establecerse si las premisas normativas relevantes son fiables, plausibles o no evidentemente falsas. Si se distingue la seguridad de las premisas empíricas (SEIPiC y SEWPjC) de la seguridad de las premisas normativas atinentes a la importancia de los principios en el caso concreto (SNIPiC y SNWPjC) y a su peso abstracto (SNPPiA y SNPPjA), tendríamos entonces una nueva definición más completa de la seguridad de las premisas. (Bernal Pulido C. , 2006)

Así las cosas, las consideraciones de Carlos Bernal Pulido a la fórmula de peso de Alexy proponen un modelo más completo, cuyo objetivo es dar cuenta de las principales variables normativas y empíricas relevantes en la ponderación. No obstante, admite la imposibilidad de determinar el valor de cada variable, y que sea siempre el mismo. De modo que, a su juicio, la multiplicación es posible cumplirla metafóricamente. Por tanto, reconoce que:

(...) la fórmula del peso no es un procedimiento algorítmico que pueda ofrecer a cada caso una única respuesta correcta. Por el contrario, este modelo de ponderación reconoce sus propios límites de racionalidad y abre al juez un margen de deliberación en el que su ideología y sus apreciaciones juegan el papel determinante. (Bernal Pulido C. , 2006)

Finalmente, bajo tal contexto, esta fórmula del peso reformada da a conocer cuáles son las variables relevantes de la ponderación que, en consecuencia, posibilita fundamentar adecuadamente en el derecho el resultado de la ponderación, en términos claros y consistentes.

En definitiva, los métodos de ponderación incluidos en este desarrollo no son los únicos que existen, pero sin duda los más conocidos y valorados por la comunidad jurídica en la materia. Su perspectiva es distinta: el método de Alexy, en consonancia con Bernal Pulido, apunta más al valor axiológico del principio o derecho a prevalecer como elemento justificante de la decisión justa sobre el caso; el método de Moreso, en cambio, procura concretizar y dotar de contenido al principio a prevalecer de modo que adquiera la categoría de regla y bajo tal condición, subsumir en ella los hechos litigiosos del caso.

2.5 Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, como se refirió, ha sido desarrollado por la jurisprudencia y la doctrina alemana después de la segunda guerra mundial, incorporándose luego en países europeos continentales, latinoamericanos, y en las cortes y tribunales de derechos humanos. Es considerado por muchos como uno de los límites a la limitación de los derechos fundamentales. De ello se infiere que, la consideración de validez del derecho en oportunidad de su limitación supone una doble reflexión: que los

derechos actúan como límites de la restricción, y conlleva la exigencia de un ejercicio. En consecuencia, la vigencia de los derechos exige restricciones, tanto en los casos de limitación como en los casos de omisiones insuficientes que impidan sin fundamento su ejercicio.

En ese sentido, el principio de proporcionalidad es definido por César Londoño Ayala de la siguiente manera: (Ayala, 2009)

(...) es un estandarte del Estado Social y Democrático de Derecho en tanto concibe la idea de derecho material social, institucional e individual, garantizando racionalidad y razonabilidad jurídicas de nivel constitucional. Racionalidad en tanto es una metodología hermenéutica escalonada, ordenada y disciplinada, sistemáticamente estructurada bajo una trilogía de elementos - idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto-, que componen la base de la argumentación jurídico-constitucional, en la forma de test.

Bajo ese entendido, el principio de proporcionalidad demuestra ser un criterio de valoración correcta de los fundamentos de la interpretación de las leyes y disposiciones constitucionales con miras a la obtención de una decisión justa al supuesto que se estructura de forma sistemática a través de tres elementos que abordan la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto.

En ese orden de ideas, Robert Alexy ha desarrollado doctrinalmente de forma más completa este principio en su Teoría de los derechos fundamentales, donde expone que la definición de principio como mandato de optimización implica necesariamente el principio de proporcionalidad, como vimos. En efecto, entiende que: “(...) el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad (...). Esta equivalencia significa que los tres subprincipios de la proporcionalidad definen lo que debe entenderse por «optimización», de acuerdo con la teoría de los principios.”. (Alexy, 1985)

De manera que, la precedencia establecida entre los valores en colisión puede fundamentarse de manera racional por el principio de proporcionalidad. De ahí se reconoce que el principio de proporcionalidad se corresponde con la ley de ponderación

de Alexy. Este principio consta de tres subprincipios interrelacionados: 1) la idoneidad 2) la necesidad, y 3) la proporcionalidad en sentido estricto, cuyo cumplimiento es condición necesaria para considerar justificada la decisión.

- El subprincipio de idoneidad: también referido como adecuación, es definido por Bernal de la siguiente forma: “(...) toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.”.

Como se aprecia, este subprincipio está encaminado a comprobar que la medida que limite o restringe el derecho es apropiada para alcanzar el fin que con ella se persigue. Para que sea así, se impone que esa finalidad perseguida con la medida, además de ser constitucionalmente legítima, sea adecuada para la obtención de tal fin. En otras palabras, debe haber una conexión lógica entre la restricción impuesta y el fin buscado.

- El subprincipio de necesidad: luego de la valoración sobre la idoneidad de la medida adoptada, debe considerarse como segundo elemento, si el sacrificio del derecho que tal medida supone es necesario, en el entendido de que no exista otra medida menos gravosa o más apropiada para la obtención del fin perseguido. De modo que se justifique que no existe otra forma para la consecución del fin constitucional perseguido.

Martínez Zorrilla, plantea que la exigencia de la necesidad se satisface cuando: “se dan las siguientes condiciones: a) la exigencia de varias alternativas para alcanzar el fin establecido, b) que alguna/s de las alternativas sea menos gravosa, y c) que esta/s alternativa/s menos gravosa/s tengan al menos el mismo grado de idoneidad que la medida enjuiciada.” En ese orden, si no se cumplen estos medios, la exigencia de este subprincipio queda superada. En este punto, el intérprete debe demostrar que no hay alternativas razonables y menos intrusivas disponibles. (Zorrilla, 2007)

- El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto: este subprincipio establece que los beneficios o ventajas obtenidos mediante la restricción del otro derecho deben superar los sacrificios o las desventajas causadas al otro derecho fundamental (compensa la lesión). En ese contexto, la medida restrictiva debe ser proporcionada al

objetivo perseguido y no puede ser excesiva o desproporcionada en relación con el impacto en los derechos.

El examen de este punto se ajusta a la ley de ponderación, y de acuerdo con Martínez Zorrilla , se desarrolla en tres fases: “a) la determinación del grado de la lesión o menoscabo que la decisión provoca en uno de los elementos en conflicto; b) la determinación del grado o la importancia de la satisfacción del otro elemento del conflicto, y c) la comparación de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento.”. (Zorrilla, 2007)

Básicamente, consiste en demostrar la existencia de un equilibrio o balance entre los beneficios obtenidos con la medida que limita o restringe un derecho y las lesiones que ello supone.

Acorde con lo dicho, los subprincipios de idoneidad y necesidad expresan la pretensión que contiene el concepto de principio, de alcanzar la mayor satisfacción posible de acuerdo con las posibilidades fácticas. Mientras que el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, expresa lo que significa la optimización en relación con los principios que operan en sentido contrario, que se identifica con la ley de ponderación de Alexy.

Resulta oportuno destacar que este principio, ha sido denominado por algunos como juicio de proporcionalidad o de ponderación, y por otros, razonabilidad o balanceo, debido a su estrecha vinculación. En ese contexto, la doctrina sostiene que la proporcionalidad es intrínseca a la ponderación, en razón de que, el examen de los tres subprincipios requiere un análisis ponderativo, que concluye con el examen principal sobre la norma preponderante en el caso concreto.

Al respecto, Bernal Pulido plantea que el uso de los conceptos de proporcionalidad y ponderación como similares o sinónimos parte de la definición de ponderación que se asemeja a la de proporcionalidad. Para este autor, debe entenderse que la ponderación es una parte del principio de proporcionalidad desde su tercera etapa (proporcionalidad en sentido estricto).

Por lo anterior, se hace necesario tener una visión propia de la concepción y análisis de la ponderación y del test de la proporcionalidad como mecanismos autónomos y que no se enlazan entre sí.

De este modo, el principio de proporcionalidad es un estándar fundamental en el derecho constitucional que se utiliza para evaluar la validez de las restricciones impuestas a los derechos fundamentales. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto ayudan a garantizar que las limitaciones sean proporcionadas y necesarias para lograr un objetivo legítimo.

CAPÍTULO III:

LA PONDERACIÓN EN EL MARCO NORMATIVO DOMINICANO: DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución establece en su artículo 74.4 que los poderes públicos deben interpretar y aplicar las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos, y en caso de conflicto, deberán armonizar los bienes e intereses protegidos por ésta.

El Tribunal Constitucional (en lo adelante podrá referirse a este órgano como TC), como máximo intérprete de la Constitución, en su labor hermenéutica de establecer el contenido y alcance de esos derechos, debe desarrollar, a través de su doctrina jurisprudencial, los lineamientos que conducen a la solución de una colisión entre derechos fundamentales.

En sus casi doce años de prolífera actividad jurisdiccional, el Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus competencias, ha tratado un sinnúmero de casos a través de las atribuciones conferidas por el artículo 185 de la Constitución, en su función de garantizar la supremacía constitucional, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Dentro de ese desarrollo jurisprudencial, queremos resaltar su labor en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Resulta importante entonces conocer la jurisprudencia constitucional enarbolada por este Colectivo, pues sus decisiones no sólo son definitivas e irrevocables, sino que además constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado (artículo 184 de la Constitución).

En el presente capítulo se analizará el marco normativo que sustenta el uso de la ponderación estudiarán y algunas de las sentencias en las que el Tribunal Constitucional dominicano ha solucionado colisiones entre derechos o principios fundamentales con el objetivo de conocer los elementos que integran la ponderación de esta alta corte y, si la misma se ajusta a lo establecido por la doctrina de la ponderación y/o alguno de los modelos estudiados.

En ese sentido, se inicia con la referencia de la primera decisión que resuelve una colisión entre derechos fundamentales, y continuará con el desarrollo de algunos de los precedentes más relevantes sobre el tema, no respondiendo a algún orden en específico.

3.1 La ponderación en el marco normativo dominicano:

La Constitución dominicana, como las constituciones modernas no establecen una concepción perfectamente delineada del contenido de los derechos fundamentales y frente a esta realidad, tal como señala Rodríguez de Santiago “ha entrado la ponderación como técnica de aplicación habitual para decir lo que es o lo que ha de ser Derecho en la materia”. Y es que “los derechos fundamentales garantizados constitucionalmente dejan de ser sólo normas bajo las que se subsumen ámbitos concretos de libertad individual, para pasar a entenderse, también, como valores o principios que han de ser integrados en un sistema armónico y que pueden entrar en conflicto con otros derechos fundamentales o con otros principios, valores o bienes relativos a intereses públicos, como un apoyo constitucional más o menos directo. El camino a la ponderación queda abierto. (GONZÁLEZ)

La colisión entre derechos y garantías fundamentales de igual jerarquía está prevista en nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, la Constitución dispone en el artículo 74.4 lo siguiente:

Artículo 74.- Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.

De la redacción de este texto se desprende que, en caso de conflicto entre normas relativas a derechos y garantías fundamentales, se deberá procurar la armonización de los bienes e interés protegidos por la Constitución, cuya interpretación y aplicación será en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos.

En ese sentido, en esta norma se ve reflejado el principio de favorabilidad y de ponderación que buscan garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas y el mecanismo de solución en caso de conflicto. El principio de favorabilidad está establecido en la legislación ordinaria como uno de los principios rectores del sistema de justicia constitucional en el artículo 7 numeral 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales No. 137-11, de la siguiente manera:

***Favorabilidad.** La Constitución y los derechos fundamentales deben ser interpretados y aplicados de modo que se optimice su máxima efectividad para favorecer al titular del derecho fundamental. Cuando exista conflicto entre normas integrantes del bloque de constitucionalidad, prevalecerá la que sea más favorable al titular del derecho vulnerado. Si una norma infraconstitucional es más favorable para el titular del derecho fundamental que las normas del bloque de constitucionalidad, la primera se aplicará de forma complementaria, de manera tal que se asegure el máximo nivel de protección. Ninguna disposición de la presente ley puede ser interpretada, en el sentido de limitar o suprimir el goce y ejercicio de los derechos y garantías fundamentales.*

De conformidad con este principio, a fin de proteger y garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas, en caso de duda o ambigüedad, las normas de derechos fundamentales deben ser interpretadas y aplicadas de manera más favorable a la persona afectada. De forma que el principio de favorabilidad resulta ser un canal de optimización para el juez, a quien se le impone la maximización de la efectividad de todos los derechos protegidos por la Constitución.

Desde esta perspectiva, se parte de que en la ponderación de las normas del texto de la Constitución relativas a derechos fundamentales o principios, le es aplicable la justificación de la argumentación del modelo de los principios, pues la aplicación de un derecho o bien constitucional no puede conducir a la eliminación de otro derecho igualmente reconocido por el texto fundamental, máximo cuando es deber del juez, en su labor interpretativa, garantizar el principio rector del Estado de asegurar “(...) la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse de forma igualitaria, equitativa y

progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.”

Sobre este particular, sostiene Nelson Hernández, que: “(...) *es válida la ponderación de éstos, de acuerdo con una máxima de proporcionalidad. En razón de que el carácter de principio implica la máxima proporcionalidad de los mismos, lo cual hace que la Corte pueda ponderarlos en caso de conflicto, aplicando el principio de armonización concreta.*”. De ahí que resulte válida la ponderación en nuestro ordenamiento jurídico para la solución de colisión entre derechos fundamentales. (Meza, 2003)

Desde esta óptica, cuando existen normas fundamentales que entran en conflicto debido al ejercicio de los derechos fundamentales, se requiere encontrar una solución que permita conciliar y armonizarlas en la situación específica. De conformidad con el principio de armonización concreta -denominado así por la doctrina- el intérprete debe resolver las colisiones entre derechos fundamentales de forma que se optimice la efectividad de cada uno. Sin embargo, no se trata de favorecer un derecho sobre otro, sino encontrar una solución que permita la máxima protección y ejercicio de los derechos en conflicto.

Por consiguiente, la solución a los conflictos de derecho no debe ser superficial ni basarse en una prelación abstracta de uno de los derechos en conflicto. No es posible establecer jerarquías o prevalencias sin un análisis adecuado de los diferentes bienes jurídicos y los intereses involucrados.

En ese contexto, el principio de la armonización concreta contiene los siguientes elementos característicos (Nelson Hernández):

1. Posee una preponderancia alterna: Raúl Canosa señala al respecto que: “*presupone que su relación será de preponderancia alterna en determinados casos y siempre de equilibrio, puesto que ningún bien constitucional en su aplicación puede acarrear la paralela eliminación de otro interés protegido igualmente por la carta.*”. De ahí que, la preponderancia alterna consiste en el grado de satisfacción de uno de los principios, que correlativamente debe ser la medida de grado de la no satisfacción del principio contrapuesto.

2. Los pesos aplicados serán relativos, puesto que no deben observarse como obligatorios o constantes para cada caso de manera absoluta, sino que dependiente del supuesto fáctico y las condiciones de aplicación y justificación permitirá justificar una mayor preponderación a uno que otro derecho.
3. Supone la aplicación de un razonamiento tópico. Dicho razonamiento obedece a criterios de valorización y ponderación de bienes y valores en juego, cuyas soluciones son aplicables al caso concreto.

El principio de armonización concreta conlleva la delimitación de ambos derechos en colisión a través de la concordancia práctica de las normas constitucionales, de manera que se garantice su máxima efectividad. Se trata de un análisis profundo y contextualizado de los intereses en juego, de modo que, la solución posibilite la convivencia y efectividad de los derechos fundamentales en colisión, sin el sacrificio y restricción injusta de ninguno de ellos.

A este respecto, en atención al citado artículo 74.4 de la Constitución, el tribunal constitucional ha elaborado en su jurisprudencia una doctrina aplicable como criterio de solución ante situaciones de colisiones entre derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Esta doctrina ha desarrollado el principio de armonización concreta, que realiza una ponderación de los bienes constitucionales enfrentados en el caso concreto, como se verá a continuación.

3.2 Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional

3.2.1 Sentencia TC/0011/12¹

La primera decisión del Tribunal Constitucional que utiliza la técnica de la ponderación en el contexto de una colisión de derechos fundamentales, es la sentencia TC/0011/12, de fecha 03 de mayo de 2012. El colectivo determinó que existía una colisión entre el derecho fundamental a la obtención de información y el derecho fundamental a la

¹ Sentencia TC/0011/12 de fecha 03 de mayo de 2012, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc001112/>

intimidad de las personas, previstos en los artículos 44 y 49.1 de la Constitución, respectivamente.

En este pronunciamiento se resolvió un recurso de revisión de decisión constitucional de amparo, cuyo conflicto se originó en ocasión de que la Dirección General de Migración negara expedir una certificación que hiciese constar informaciones con relación a las entradas y salidas del país de los familiares de Gary Gresko entre los años 2004-2007, alegando que se trataba de una información pública, bajo el amparo de la Ley sobre Libre Acceso a la Información Pública No. 200-04, del 28 de julio de 2004.

Una vez analizada la pretensión, el Tribunal asume, por vez primera, la existencia de un conflicto de derechos fundamentales entre el derecho fundamental a la obtención de información de la entidad Gary Gresko, S.A., y el derecho fundamental a la intimidad personal y al honor de los señores Amal Fabiani y Jean Claude Fabiani, para cuya solución aplicó el artículo 74.4 de la Constitución, expresando que: *“Respecto a los supuestos de colisión de derechos fundamentales, como ocurre en el caso que nos ocupa, el artículo 74.4 de nuestra Constitución dispone (...) “Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.”*

Identificada la presencia de un supuesto de colisión entre los derechos fundamentales mencionados, el tribunal se refiere a la normativa procesal que regula su solución. De ahí que, identifica la realización del juicio de ponderación sobre dos valores fundamentales que, de acuerdo con la clasificación propuesta por Alexy, se corresponde con la estructura de los principios o mandatos de optimización, a saber, la libertad (de información pública), y la intimidad (integridad personal).

Para abordar la colisión entre derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional se apoyó en criterios de la Corte Constitucional de Colombia expresados en dos decisiones, la No. T-210/94, del 27 de abril de 1994 y la T-417/96 del 9 de septiembre de 1996 que establecen el deber de:

(...) garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en la sopesación de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, atendidas la importancia y la función que cada derecho cumple en una sociedad democrática (...).”

En consecuencia, es indispensable que el fallador, en la ponderación de los derechos en juego, aprecie y evalúe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejercen los derechos, de manera que, a la luz de la situación de hecho concreta, pueda establecer si el ejercicio de uno de ellos resulta desproporcionado, lo que sucedería en caso de vulnerar el núcleo esencial de un derecho fundamental específico.

La proporción o justa medida del ejercicio legítimo de un derecho constitucional está determinada por los efectos que, sobre otros derechos igualmente tutelados por el ordenamiento, pueden tener los medios escogidos para ejercer el derecho. La imposición de cargas o exigencias inesperadas e ilegítimas a terceras personas revela un ejercicio desproporcionado de un derecho o libertad. El empleo abusivo de las facultades emanadas de un derecho puede desembocar, en la práctica, en el recorte arbitrario de los derechos ajenos. (Sentencia T-210/94)

Como se observa, mediante la adopción de este criterio, el tribunal establece una serie de pautas que el intérprete debe asegurar para la solución de una colisión entre derechos fundamentales, como: *“garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales”*. Lo anterior implica que se debe permitir a las personas ejercer sus derechos fundamentales en la medida más amplia posible, siempre y cuando no entren en conflicto con otro u otros derechos fundamentales.

En dicho supuesto, deberá *“preferir la solución que, en la sopesación de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial.”* En caso de colisión entre derechos fundamentales, el intérprete debe buscar una solución que no sacrifique el núcleo esencial de ninguno de los derechos en contraposición. Es decir, se debe encontrar un equilibrio que respete los aspectos más fundamentales e intrínsecos de cada derecho.

También, se impone apreciar y evaluar *“las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejercen los derechos.”*. En la ponderación, el juzgador debe tener en cuenta el contexto específico en el que se ejercen dichos derechos. Esto implica considerar las circunstancias particulares, como el momento, la forma y el lugar donde se realizan, para determinar si su ejercicio resulta desproporcionado.

Además, señala que *“La proporción o justa medida del ejercicio legítimo de un derecho constitucional está determinada por los efectos que, sobre otros derechos igualmente tutelados por el ordenamiento, puedan tener los medios escogidos para ejercer el derecho.”*. Aquí se establece que la medida adecuada para ejercer un derecho constitucional legítimo se determina por los efectos que pueda tener sobre otros derechos igualmente amparados por el ordenamiento jurídico. Por lo que deberá evaluar si los medios utilizados para ejercer un derecho pueden afectar desproporcionadamente a otros derechos.

Asimismo, advierte que *“El empleo abusivo de las facultades emanadas de un derecho puede desembocar, en la práctica, en el recorte arbitrario de los derechos ajenos.”*. Se debe tomar en cuenta que el uso abusivo de un derecho puede conducir a la restricción arbitraria de los derechos de otra u otras personas. Esto significa que el ejercicio excesivo o desproporcionado de un derecho puede perjudicar injustamente a otros.

Ahora bien, dispuso que, en caso de que no pueda alcanzarse la compatibilidad de los derechos contrapuestos por las características del conflicto deberá *“prevaler el derecho más próximo a la dignidad del ser humano (...) procurando, desde luego, que el derecho no preponderante resulte afectado únicamente en la medida necesaria para no sacrificar el prevaleciente. (...)”* (Sentencia T-417/96).

Igualmente, dispuso, cuando no sea posible encontrar una solución que permita la plena compatibilidad entre los derechos en juego, que tendrá prioridad el derecho más cercano a la protección y promoción de la dignidad humana, no sin antes buscar minimizar el impacto en el derecho que no prevalece, asegurando que sea afectado solo en la medida necesaria para proteger y preservar el derecho que prevalece. Por tanto, se hace necesario

procurar un equilibrio donde se limite el derecho menos prioritario de manera proporcional y justificada, evitando sacrificarlo por completo.

Como se observa, el TC establece una especie de pautas generales o lineamientos que el juzgador debe cumplir para aplicar la técnica de la ponderación frente a una colisión entre derechos fundamentales; sin embargo, en este punto, resulta relevante destacar, que no los desarrolla con la claridad necesaria que sirva de guía a los aplicadores de esta técnica, y su aplicativo al supuesto concreto, a fin de vislumbrar un orden de cumplimiento. Esto se evidencia porque a seguidas procede a referirse directamente a las consideraciones pertinentes respecto a la confrontación de ambos derechos.

En efecto, con relación a la confrontación entre el derecho a la intimidad y al honor, y la libertad de información concretamente, el TC igualmente hace suyo algunas consideraciones del Tribunal Constitucional de España contenidas en la sentencia T-417/96 del 9 de septiembre de 1996, conforme a la cual:

(...) cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor (...) será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información. (...). Sólo tras indagar si la información publicada está especialmente protegida sería procedente entrar en el análisis de otros derechos, como el derecho a la intimidad o al honor, cuya lesión, de existir sólo deberá ser objeto de protección en la medida en que no esté justificada por la prevalencia de libertad de información, de acuerdo a la posición preferente que por su valor institucional ha de concederse a esa libertad.

De lo anterior se colige que, aunque el derecho a la información sea un valor preponderante para el desarrollo de las democracias, no es absoluto, y tiene una serie de limitantes en la medida en que no entre en conflicto con la esfera de otros derechos que pudieren ser afectados con su ejercicio arbitrario; máxime cuando las personas deben estar libres de intervenciones arbitrarias en el ámbito de la vida privada. Por consiguiente, toda injerencia ilegal en la intimidad constituye una restricción injustificada de su

libertad, capacidad de libre acción y autonomía. Ello sucede cuando el contenido de un derecho se ve reducido significativamente por las exigencias o cargas impuestas por la interacción con otros derechos fundamentales.

En ese contexto, y bajo las previsiones antes referidas, el colectivo constitucional consideró que:

(...) los jueces de la Segunda Cámara del Tribunal Superior Administrativo interpretaron correctamente en su decisión las limitaciones prescritas en los aludidos artículos 2 y 18 de la referida Ley 200-04; mientras que, en cambio, la entidad recurrente en revisión no probó la relevancia social de los señores Amal Fabiani y Jean Claude Fabiani, ni la naturaleza pública o eventual incidencia de la información requerida en los intereses colectivos, ni tampoco respaldó sus pretensiones en una base legal que justificara el quebrantamiento de la confidencialidad inherente a dichas informaciones.

De los razonamientos esbozados, la solución a la colisión entre ambos derechos fundamentales planteó evaluar las condiciones presentes a la luz de la situación de hecho en concreto para verificar si el ejercicio de alguno de ellos resultaba desproporcionado por la vulneración de su núcleo esencial, y por tanto, otorgarle preferencia a aquel derecho, que por su propia naturaleza y las circunstancias concurrentes en su ejercicio lo ameritaba; en la especie, proteger el derecho a la intimidad de los señores Amal Fabiani y Jean Claude Fabiani.

De este examen de ponderación, se evidencia que el tribunal, en primer lugar, presentó los elementos fácticos y jurídicos del supuesto e identificó la presencia de un supuesto de colisión de derechos fundamentales entre la libertad de información y la intimidad y el honor. A la luz de la Constitución y de la legislación adjetiva y comparada en materia de libre acceso a la información pública y al honor e intimidad analizó el caso concreto para identificar la presencia de injerencias arbitrarias en el ejercicio de alguno de los derechos.

En segundo lugar, al evidenciar una tensión entre los derechos fundamentales en colisión sopesó los valores o derechos contrapuestos, que implicó ponderar los diferentes intereses en juego en aras de obtener una solución que respete los aspectos más fundamentales e

intrínsecos de cada derecho, es decir, que no sacrifique el núcleo esencial de ninguno de los derechos.

Ahora bien, del análisis de la decisión comentada, y tomando en cuenta los aspectos teóricos aborados en los capítulos anteriores, es importante referir, si en la especie, dado el supuesto fáctico planteado era necesario agotar la ponderación de los derechos indicados, pues este método parte de la premisa de que se evidencie una autentica colisión de derechos, es decir, que existan, al menos, dos principios aplicables al mismo caso concreto, y deba definirse entonces cuál debe prevalecer.

Lo anterior en el entendido de que, la referida Ley 200-04 establece en el artículo 2 las condiciones de acceso a este derecho:

(...) de acceder a las informaciones contenidas en actas y expedientes de la administración pública, así como a estar informada periódicamente, cuando lo requiera, de las actividades que desarrollan entidades y personas que cumplen funciones públicas, siempre y cuando este acceso no afecte la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o el derecho a la privacidad e intimidad de un tercero o el derecho a la reputación de los demás. También comprende la libertad de buscar, solicitar, recibir y difundir informaciones pertenecientes a la administración del Estado y de formular consultas a las entidades y personas que cumplen funciones públicas, teniendo derecho a obtener copia de los documentos que recopilen información sobre el ejercicio de las actividades de su competencia, con las únicas limitaciones, restricciones y condiciones establecidas en la presente ley.

En ese sentido, las personas cuyas informaciones de entradas y salidas fueron solicitadas a la Dirección General de Migración, no cumplían funciones públicas, por lo que era evidente una falta de relevancia pública, que pudo haber sido abordada desde la perspectiva del alcance y los límites del derecho de libre acceso a la información pública. Es así que, a nuestro juicio, lo primero a verificar es, si el supuesto fáctico se enmarca en el ámbito de protección de los derechos fundamentales invocados, y por tanto, se evidencia un conflicto que genera injerencias en esos derechos y que pueda verse afectado su núcleo esencial.

No obstante, es posible afirmar que, los fundamentos derivados de esta decisión coadyuvan a construir y dotar de contenido los derechos en colisión, lo que permite perfilar criterios y consideraciones frente a determinados hechos o situaciones futuras en las que se procure su protección. Aunque el fallo no resulte, en principio, decisivo para otros casos en los que se examine ambos derechos contrapuestos, los argumentos y las condiciones de aplicación, para casos con perfiles fácticos análogos, constituye precedente vinculante para el tribunal. De modo que, la solución es un precedente del cual pueden extraerse elementos que permitan construir reglas de ponderación.

3.2.2 Sentencia TC/0042/12²

Al tenor de un recurso de revisión de amparo incoado por el señor Manuel Muñoz Hernández, con el propósito de obtener de la Cámara de Diputados la información de las personas que le asesoran, con sus nombres y salarios, el Tribunal Constitucional, luego de realizar un juicio de ponderación, protegió el derecho al libre acceso a la información pública frente al derecho a la intimidad, en la trascendental sentencia TC/0042/12, de fecha 21 de septiembre del año 2012.

Para la Cámara de Diputados, las informaciones solicitadas constituían datos personales de sus asesores, cuya divulgación -sin previo consentimiento-, vulneraba el derecho a la intimidad de estos servidores. Por otra parte, a juicio del señor Muñoz Hernández, la solicitud se refería a informaciones públicas amparadas en la Ley de Libre Acceso a la Información Pública No. 200-04. Al analizar el caso, el tribunal valoró en primer lugar:

(...) la necesidad de ponderar derechos fundamentales en conflicto, lo que implica la operación de “balancear” esos derechos en concurrencia, o sea, establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto. Así, en el presente caso se determinará cuál de esos derechos (el de acceso a la información o el derecho a la

² Sentencia TC/0042/12, de fecha 21 de septiembre del año 2012. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc004212/>

intimidad) debe ceder ante las ventajas para el interés de la sociedad de controlar el ejercicio de la Administración Pública.

En esta importante decisión, el Tribunal evidenció la necesidad de realizar la operación de “balancear” los derechos que concurren, y en consecuencia, establecer un orden de importancia entre los mismos, en el interés de que predomine uno sobre el otro a fin de determinar cuál debe ceder en beneficio del interés de la sociedad de ejercer un control sobre la administración pública. Por tanto, sostuvo que: “(...) *como intérprete supremo de la Constitución de la República, tiene, en virtud del artículo 74.4, la obligación de armonizar derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados (...)*”, para la cual procedió a desarrollar “*las consideraciones relacionadas a la ponderación de los derechos en conflicto*”.

Para el desarrollo del examen de ponderación, al igual que en el caso anterior, el TC se apoyó en la jurisprudencia comparada, en esta oportunidad, en el criterio del Tribunal Constitucional de Perú, que respecto a un supuesto fáctico análogo dispuso que: “*todo órgano del Estado o entidad con personería jurídica de derecho público se encuentra obligada a proveer la información solicitada siendo excepcional la negación de acceso a la misma por razones de seguridad nacional, afectación a la intimidad personal o supuestos establecidos por ley (...)*” (sentencia TC-0666-1996-HD/TC); cuyo derecho: “*no solo comprende la mera posibilidad de acceder a la información solicitada y obligación de dispensarla por parte de los organismos públicos, sino que la misma debe ser completa, precisa, correcta, actualizada, oportuna y veraz.*”. (Sentencia 1797-2002-HD/TC).

Lo anterior nos permite extraer algunas consideraciones sobre el juicio de ponderación que realizó el TC de cara a la confrontación entre el derecho a la información pública y el de intimidad, en cuyo caso estableció la obligación de determinar cuál de estos derechos debía ceder frente a las ventajas para el interés de la sociedad de controlar el ejercicio de la administración pública.

En el presente caso, al efectuar la ponderación correspondiente (es decir, fijar las condiciones de aplicación de los valores libertad e intimidad), el TC destacó la importancia que reviste el derecho al libre acceso a la información pública para el

fortalecimiento de la democracia en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho, “ya que su ejercicio garantiza la transparencia y permite a la ciudadanía acceder libremente a las informaciones en poder de las instituciones del Estado”, que tiene como “finalidad controlar el uso y manejo de los recursos públicos y, en consecuencia, ponerle obstáculos a la corrupción administrativa.” Sin embargo, admite no solo que la libertad de información no es un derecho absoluto, sino que su ejercicio debe enmarcarse en el respeto al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales.

En ese sentido, para la solución de este conflicto, el Tribunal estimó que:

(...) aunque el derecho a la intimidad es un valor fundamental del sistema democrático, al igual que la protección a los datos personales, no pueden, de manera general, aunque sí excepcionalmente, restringir el derecho de libre acceso a la información pública, ya que limitarlo despojaría a la ciudadanía de un mecanismo esencial para el control de la corrupción en la Administración Pública (...).

El tribunal reconoce que el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales constituyen valores fundamentales en el marco del sistema democrático; no obstante, en circunstancias generales no deben restringir de forma amplia y general el derecho de libre acceso a la información pública (aunque en situaciones excepcionales, es posible que existan limitaciones específicas a este derecho). La restricción general del derecho de libre acceso a la información pública privaría a los ciudadanos de un mecanismo esencial para el control de la corrupción en la administración pública, cuyo acceso permite conocer y supervisar las acciones de los funcionarios públicos, contribuyendo así a la transparencia y la rendición de cuentas.

De ahí que el tribunal no encontró reparos en la decisión judicial que inicialmente ordenaba a la Cámara de Diputados entregar lo solicitado; decisión de suma trascendencia por cuanto confirma que el nombre y salario no se enmarcan en las excepciones que prevé referida Ley 200-04 por no ser confidenciales, y los organismos y entidades de la administración pública están en el deber de publicar las nóminas indicando sus salarios, cargos, nombres y apellidos de sus integrantes, todo ello en beneficio del control del uso de los fondos públicos por los ciudadanos.

Sobre este ejercicio de ponderación, el tribunal, luego de analizar los planteamientos de las partes y el objeto de la acción, determinó que se trataba de un conflicto entre derechos fundamentales (derecho a la información pública y el derecho a la intimidad) que obligaba a armonizarlos en el interés de no afectar el contenido esencial de los derechos involucrados. Así, procedió a desarrollar “*las consideraciones relacionadas a la ponderación de los derechos en conflicto*”, en cuyo desarrollo, no se observa, la mención y/o desglose de las pautas establecidas en la decisión anterior que se refieren a la obligación del juzgador frente al abocarse a ponderar derechos fundamentales en colisión. En ese sentido, no se sigue la misma línea de estructura llevada a cabo en la primera decisión que aplica la técnica ponderativa.

3.2.3 Sentencia TC/0109/13³

El Tribunal Constitucional ponderó el derecho de propiedad, por un lado, y los derechos del niño y de la familia del otro, en el marco de un recurso de revisión constitucional de amparo decidido por la sentencia TC/0109/13, de fecha 04 de julio de 2013, que resolvió el conflicto originado por la retención del Ministerio Público del arma de fuego propiedad de Juan Carlos Terrero Peña, retenida a raíz de varias denuncias por violencia intrafamiliar, lo que a su juicio, era violatorio de su derecho de propiedad.

Como lo expuso el tribunal constitucional en las decisiones anteriores, al determinar la existencia de una confrontación de derechos fundamentales se impone la aplicación del artículo 74.4 de la Constitución, que:

(...) no es más que la consagración en el ordenamiento jurídico dominicano del principio de armonización concreta, el cual otorga a este Tribunal Constitucional, de conformidad con la sentencia TC/0042/12 [página 14], de fecha veintiuno (21) de septiembre del dos mil doce (2012), la obligación de armonizar derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados como tampoco, más de lo necesario, su máxima efectividad.

³ Sentencia TC/0109/13, de fecha 04 de julio de 2013, disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7533/sentencia-tc-0109-13-c.pdf>

Sobre el particular, es relevante el mandato jurídico al interprete constitucional de velar por la armonización de los intereses en conflicto, sin que ello suponga el sacrificio de su contenido esencial, que resulta de una obligación primordial, pues no es posible admitir que una medida que intervenga sobre un derecho fundamental deponga su contenido reconocible.

En su decisión, el colectivo constitucional sopesó el alcance del derecho de propiedad sobre un arma de fuego frente a las disposiciones constitucionales que consagran a la familia como el fundamento de la sociedad y el espacio básico para el desarrollo integral de las personas, así como la obligación del Estado de garantizar su protección, y conjuntamente con la sociedad y la familia, hacer prevalecer el interés superior del niño, niña o adolescente (artículo 55). En consecuencia, ordenó retener provisionalmente el arma de fuego “hasta tanto culmine (...) *el proceso penal iniciado en su contra, ya que, dependiendo del resultado del mismo, entonces se levantaría dicha incautación (en caso de descargo o extinción de la acción) o se tornaría en definitiva (en caso de condena).*”.

De modo que, sobre la base del examen de las premisas fácticas, jurídicas y epistemológicas, al efectuar el correspondiente juicio de ponderación, el Tribunal determina que la retención por parte del Ministerio Público del arma de fuego del recurrente estuvo justificada en la medida en que el proceso penal contra él no había concluido, y por ello no había recaído una sentencia con la autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada que determinare si la misma sería definitiva o no, por tanto, en la especie, el derecho de propiedad debió ceder en virtud del interés superior del niño, la vida e integridad física de la pareja (derechos a la familia y a la niñez y adolescencia), que -de acuerdo al colectivo- constituyen un valor superior del ordenamiento constitucional.

De esta decisión es posible extraer cómo los elementos o premisas fácticas relevantes del caso incidieron en la optimización de ambos principios en colisión. Asimismo, se toma en cuenta las normas jurídicas que resultan directamente aplicables al supuesto, y que tienen incidencia en el ejercicio del derecho y en la delimitación de su contenido, entre ellas, la potestad del Ministerio Público en la incautación de bienes en el marco de una investigación penal, y del Ministerio de Interior y Policía en relación a la licencia para

portar armas de fuego. Además, se observa también las premisas jurídicas que incluyen precedentes del propio tribunal y jurisprudencia comparada.

No obstante, es menester destacar que, en esta decisión, de entrada, se determina la concurrencia de una colisión entre derechos fundamentales, sin previamente haber delimitado la cuestión sobre la base fáctica y jurídica del caso. De ahí, que procede a seguidas a desarrollar las consideraciones en relación a la base constitucional y legal, así como de la doctrina comparada en relación con los derechos en cuestión -fundamentos que advertimos se encuentran robustos-.

Finalmente, se observa la mención de las sentencias TC/0011/12 y TC/0042/12 como referencia del desarrollo de esta técnica ponderativa, desprendida de la obligación de armonizar los derechos en conflicto.

3.2.4 Sentencia TC/0167/13⁴

En la sentencia TC/0167/13, de fecha 17 de septiembre de 2013, que resuelve el conflicto generado por la exploración puesta en ejecución por la empresa Falconbridge Dominicana, S.A., (Xstrata Nickel Falcondo), con miras a la explotación de minerales en Loma Miranda y la resistencia de técnicos, ecologistas y entidades de la sociedad civil que entendieron que los efectos del impacto ambiental conspirarían contra el desarrollo sostenible de la zona y el país, el TC realizó un juicio de ponderación de los derechos fundamentales a la libre empresa y al trabajo, frente a derechos e intereses colectivos y difusos referidos a la preservación del medio ambiente y los recursos naturales, donde estableció que: *“Corresponde al Tribunal Constitucional decidir cuál de estos derechos debe prevalecer ante la situación que genera el conflicto y de esta manera adoptar la decisión más justa y cónsona con el más elevado criterio jurídico, garantizando de manera efectiva la supremacía del derecho que más beneficioso resulte al interés nacional.”*

⁴ Sentencia TC/0167/13, de fecha 17 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016713>

De modo que, frente al cuadro fáctico, el tribunal resaltó la responsabilidad de realizar un análisis detallado y equilibrado de los derechos en colisión, que considere los intereses y valores que están en juego, con la finalidad de arribar a una decisión que promueva el interés nacional y sea coherente con los principios y normas del ordenamiento jurídico. En consecuencia, al analizar el conflicto entre los derechos antes mencionados, el tribunal determinó que:

En el presente caso se trata de la concurrencia de derechos cuya restricción, por un lado, pudiera estar afectando los derechos laborales y de empresa de un determinado número de personas, incluyendo al propio Estado, que pudiera verse privado de percibir ingresos económicos por concepto de exploración y explotación minera; y por otro lado, la posibilidad de que resulten afectados derechos e intereses colectivos o derechos de tercera generación que procuran el bienestar de la comunidad a través de la preservación de la ecología, la fauna, la flora y del medio ambiente, elementos estos que constituyen parte esencial de la riqueza natural, del patrimonio público y del propio futuro del pueblo dominicano.

Al respecto, se discutió si el ejercicio de la libertad de empresa de un determinado grupo de personas, entre los cuales figuraba el Estado dominicano, afectaba derechos e intereses de la colectividad que procuran el bien común de la presente y futura generación a través de la protección del medio ambiente que comprende la conservación del equilibrio ecológico y de la fauna y la flora; en cuyo caso, el tribunal estableció que:

Si bien la explotación de los yacimientos mineros puede constituir una importante actividad generadora de riqueza que contribuye con el impulso del desarrollo económico, no es menos cierto que la necesaria protección del medio ambiente entraña tomar en cuenta los efectos devastadores que con frecuencia produce esta actividad, y cuando los estudios relativos al impacto ambiental de estos arroja resultados de tan alta negatividad, como ex- presan los informes expuestos por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), capítulo República Dominicana, y por la Academia de Ciencias de la República Dominicana, es preciso concluir que se ha pretendido la exploración y explotación de yacimientos

mineros (recursos naturales no renovables) sin la existencia de un criterio medio ambiental sostenible.

(...) al tener las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente un carácter general supranacional que propugna por la protección del bienestar de todos los seres humanos, estas hacen que los derechos de libertad de empresa y de trabajo queden limitados en su aplicación y efectos para permitir la plena ejecución de dicha preservación.

El colectivo sostuvo que, si bien la explotación de los yacimientos mineros puede ser una actividad que contribuye al desarrollo económico, también puede tener efectos devastadores en el medio ambiente, y por tanto, resulta necesario considerar criterios de sostenibilidad ambiental. Las medidas destinadas a la preservación del medio ambiente pueden limitar los derechos de libertad de empresa y trabajo en aras de preservar el bienestar de todos los seres humanos.

Se observa en este punto la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto, cuya ley epistémica exige que cuando la certeza de las premisas empíricas que sustentan la intervención en el derecho fundamental sea mayor, la intervención en el derecho debe ser mayor. Por consiguiente, los informes medioambientales que probaban la inviabilidad de la explotación minera en ese lugar eran concluyentes para determinar que la satisfacción del derecho a la libre empresa y al trabajo no justificaba la insatisfacción del derecho a un medio ambiente sano.

De ahí que resultaba incuestionable que, en la especie, la tutela del interés a la protección del medioambiente haya sido amparada, toda vez que los daños que procuraba evitar la empresa minera resultarían ínfimamente menores en relación con la gravedad que generaría la ejecución de un proyecto minero que impactaría de forma negativa el ecosistema, los recursos hídricos, la flora y la fauna de una importante zona geográfica del país, ubicada en la cordillera central, entre las provincias La Vega y Monseñor Nouel.

Al realizar el correspondiente juicio de ponderación, la valoración desarrollada nos remite al grado de afectación del derecho, cuanto mayor es el grado de afectación, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro derecho. Estos presupuestos denotan coincidencia

con los juicios de Carlos Bernal Pulido y de Robert Alexy, respecto a la intensidad de la afectación. En consecuencia, se infiere que el nivel de afectación del derecho de libertad de empresa y trabajo resultó menor que la afectación de los derechos e intereses colectivos y difusos.

Respecto de este examen de ponderación, es dable destacar que, el tribunal en atención a la importancia de la materia, y tomando en cuenta las facultades conferidas por la ley, adoptó iniciativas a fin de obtener la mejor edificación para el análisis y ponderación. De ahí que apeló a evaluaciones y consideraciones técnicas presentadas y difundidas por órganos acreditados como el capítulo dominicano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y la Academia de Ciencias de la República Dominicana; mismos que incorporó a su ponderación y que contribuyeron a robustecer la argumentación, racionalidad y legitimación del fallo.

Asimismo, la decisión desarrolla los parámetros definidos en la sentencia TC/0011/12 sobre el deber del juez frente a un ejercicio de ponderación, lo que denota una sujeción al criterio establecido y permite ver que no se trata de una simple apreciación del pensamiento subjetivo o ideológico del tribunal.

Por lo anterior, a nuestro juicio, esta decisión, pone en evidencia que el supuesto fáctico se circunscribe al alcance de protección de dos o tres derechos fundamentales en colisión y, que, comprobado el cumplimiento de esta primera parte, con base en la normativa aplicable e informes técnicos, se procede a dotar de valor a cada uno de estos derechos y así deslindar el derecho que en la especie debió ceder. Se observa, por tanto, una especie de seguimiento metodológico coherente y el uso de criterios objetivos.

3.2.5 Sentencia TC/0064/19⁵

Mediante la sentencia TC/0064/19 de fecha 13 de mayo de 2019, el TC decidió un recurso de revisión de amparo interpuesto por la Asociación Dominicana de Profesores (ADP) de la seccional de Barahona contra una sentencia dictada por la Primera Sala de la Cámara Civil del Juzgado de Primera Instancia de esa demarcación, que consideró una serie de

⁵ Sentencia TC/0064/19 de fecha 13 de mayo de 2019, disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19119/tc-0064-19.pdf>

marchas, piquetes, asambleas y suspensiones parciales de docencia en escuelas públicas -propiciadas por la ADP- violatorias al derecho a la educación en condiciones de igualdad.

El punto jurídico discutido supuso la solución a la confrontación del derecho a la huelga de los profesores de la ADP de la referida seccional, y el derecho a la educación de los estudiantes de las escuelas públicas de esa comunidad afectados de manera palpable por la reiterada suspensión de docencia que derivó de la referida huelga, bajo los siguientes parámetros:

La sensibilidad y significación de los intereses que se presentan en la colisión entre el derecho a la huelga de los profesores y el derecho a la educación de los estudiantes, especialmente porque los últimos son personas menores de edad, determinan que este tribunal resuelva el presente conflicto sobre la base de una ponderación estricta, adoptando un precedente que restrinja su ámbito de aplicación al contexto de casos rigurosamente análogos. Esto significa que la solución a que se arribará no supondrá necesariamente, y en todo caso, que el derecho fundamental que resulte protegido haya de prevalecer siempre respecto del otro, ni tampoco que el precedente contenido en la decisión podrá ser considerado en abstracto como fuente de una sub-regla de jerarquización entre los derechos en conflicto, sino que será necesario realizar una casuística ponderación entre uno y otro para determinar la solución que resulte constitucionalmente adecuada, según el grado de afectación y satisfacción de los intereses en conflicto.

Así, la trascendencia y sensibilidad del plano fáctico planteó al colectivo la resolución del conflicto mediante una ponderación estricta, enfatizando que la solución adoptada no implicaba necesariamente que uno de los derechos fundamentales prevalezca siempre sobre el otro, y por tanto, considerarse automáticamente como una regla jerárquica entre los derechos en conflicto, pues la especie requería analizar y sopesar cuidadosamente los intereses y las afectaciones involucradas en el caso específico a fin de arribar a una solución equilibrada. En efecto, sostuvo que era conveniente: “(...) atender a las circunstancias concretas del conflicto para visualizar los beneficios que se puede obtener

de un derecho en contraposición a la afectación que supone en el radio de acción del otro (...).”

En ese sentido, el tribunal estableció que el derecho a la huelga no es un derecho absoluto, y su ejercicio está sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones, recaudos y límites que procuran evitar que la paralización de actividades ocasione disturbios o amenazas al orden público, la seguridad Estatal, el funcionamiento regular de los servicios públicos o el desenvolvimiento de actividades económicas, supuestos en los cuales se encuentra proscrita si fuese susceptible de poner en peligro la vida, salud o seguridad personal o poblacional, de acuerdo con los artículos 403 y 404 del Código de Trabajo.

De ahí que el Tribunal Constitucional realizara el aporte jurídico que, a mi juicio, resulta ser el más relevante, y que contribuyó a asignar un peso mayor al derecho a la educación: la redefinición de la noción de servicios esenciales. Sobre el particular, estableció que si bien los servicios esenciales tradicionalmente se consideraban aquellos cuya suspensión ponía en peligro la vida, salud o seguridad de las personas, en este caso, se ampliaba dicha noción para incluir la educación pública gratuita a nivel inicial, básico y medio, cuando la suspensión de la docencia se lleva a cabo de manera progresiva, prolongada e indiscriminada. Esto se basó en la idea de que la educación contribuye a la función del Estado en la obtención de medios que permitan el perfeccionamiento progresivo de las personas de manera igualitaria y equitativa, tal como establece la Constitución.

En consecuencia, determinó que el derecho a la huelga debía ceder frente al derecho a la educación cuando la suspensión de la docencia se lleva a cabo de manera progresiva, prolongada e indiscriminada. Esto se justificó no solo por la falta de realización de los fines perseguidos mediante la huelga, sino también porque la suspensión recurrente de la docencia se considera irrazonable, ineficiente y contraria a los principios de calidad, continuidad y no discriminación en la prestación de servicios públicos.

Además, se argumentó en la indicada decisión, que la suspensión de la docencia en estas condiciones vulneraba el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de los menores de edad, ya que se sostiene que los estudiantes de colegios privados disfrutaban de programas completos, cursos y exámenes sin interrupciones.

Se observa que, el principal fundamento para asignar un mayor peso al derecho a la educación frente al derecho a la huelga -al igual que la decisión anteriormente comentada- tuvo como base la eficacia epistémica de las premisas que sustentaron la viabilidad de dicha ponderación, a saber:

Las huelgas constantes y reiteradas convocadas por la ADP, seccional Barahona, constituyen un grave riesgo que podría afectar el logro de los objetivos educacionales de 33,000 niños, niñas y adolescentes de la región. El beneficio que pretendían obtener los profesores radicaba en mejoras en las condiciones laborales y en los planteles educativos. Sin embargo, las probabilidades de que tales beneficios se pudieran conseguir en un corto plazo eran precarias, pues los requerimientos de las normas que pautan la erogación de los fondos públicos y el carácter centralizado de la gestión educativa en el país, pugnan con la posibilidad de mejoras como las exigidas por la ADP, seccional Barahona, sin el aprovisionamiento presupuestario del Poder Legislativo y otras medidas que tienen una incidencia nacional.

De ahí que:

(...) los paros reiterados, intespectivos, escalonados y prolongados que hacen peligrar el cumplimiento de las metas educativas y el año escolar, impiden que el pan de la enseñanza nutra a los jóvenes de la educación estatal. No puede colocarse en un plano superior el derecho que tienen los docentes de utilizar la huelga para reivindicar mejores condiciones de vida y de trabajo. En otras palabras, el servicio público y social de la educación tiene primacía sobre un derecho a huelga en la función pública, cuyo ejercicio deberá ser regulado por el Estado, con la finalidad de hacer realidad la preponderancia del derecho a la educación.

De conformidad con el examen de ponderación que se realiza en esta decisión, si bien no se desarrollan los parámetros previamente definidos en la sentencia TC/0011/12 sobre los deberes del juez frente a la ponderación de derechos fundamentales -a diferencia de la decisión anteriormente comentada-, se percibe un ejercicio de ponderación basado en una argumentación robustecida por una amplia doctrina legal y jurisprudencial, así como de

elementos epistémicos que envuelven el objeto de análisis, lo que denota el uso de criterios objetivos para arribar al fallo.

CONCLUSIÓN

La precisión dogmática de los conflictos normativos supone que los elementos en contraposición son principios y no reglas, entendidos como normas prescriptivas o regulativas disímiles e independientes; por tanto, la solución no responde a la guía tradicional de antinomias y no es posible determinarlos de antemano (conflicto normativo en concreto). Sobre la base de lo anterior, se entiende que las reglas del silogismo para la aplicación de esas normas no resulta de la subsunción, de manera que se propugna por el uso de la ponderación, que determinará la legítima necesidad de prevalencia de un derecho en un determinado caso.

Para resolver la controversia, se acepta la técnica metodológica de la ponderación, mediante la cual el juzgador sopesa bienes constitucionales de igual valor, y decide cuál de ellos debe ser aplicado al caso concreto, mediante el establecimiento de una preferencia o primacía por una de las normas en colisión, sin que ello suponga la anulación o invalidez del principio afectado, sino su inaplicabilidad en el caso, manteniendo frente al sistema jurídico su plena vigencia. Se trata de una situación excepcional dentro del universo del derecho.

Desde esta óptica, la ponderación adquiere especial relevancia, dado que su realización tiene lugar en el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente por los órganos de control constitucional, cuya misión es, esencialmente, la interpretación y aplicación de normas, que como es el caso de los derechos fundamentales, presentan una estructura particular.

Esa actividad jurisdiccional encuentra su legitimación en el ejercicio de su facultad argumentativa que supone la existencia de ciertos criterios metodológicos para resolver las controversias que se les presentan. Como vimos, la doctrina reconoce varios modelos de ponderación: el de Robert Alexy, el de José Juan Moreso y el de Carlos Bernal Pulido (aunque no son los únicos, sí los más conocidos y valorados). El método de Alexy, en consonancia con Bernal Pulido, apunta más al valor axiológico del principio o derecho a prevalecer como elemento justificante de la decisión correcta sobre el caso; el método de Moreso, en cambio, procura concretizar y dotar de contenido al principio que prevalece

de modo que adquiriera la categoría de regla y bajo tal condición, subsumir en ella los hechos litigiosos del caso.

Desde esta perspectiva, se impone al juez constitucional el deber de poner especial empeño al momento de motivar su decisión y explicar cuáles razones valoró en su razonamiento, que le condujeron a adoptar una decisión frente a otras posibilidades. Por consiguiente, la decisión debe cimentarse en la objetividad, elemento que responde a la necesidad de justificar de forma adecuada las decisiones jurídicas, para que no resulten arbitrarias.

Respecto de si los jueces deben o no ponderar, no existe un acuerdo generalizado y si resulta, cuándo y cómo deben hacerlo. Es por ello que este fenómeno, a pesar de su extensa producción doctrinal, no ha dejado de ser controversial. No obstante, es aceptado que de la racionalidad de la ponderación estriba su legitimidad en el derecho, por lo que, mientras más racional sea, más legítimo será su ejercicio, de ahí que la estructura de la ponderación sea crucial.

En el caso concreto de esta actividad jurisdiccional por el Tribunal Constitucional:

-El Tribunal Constitucional dominicano utiliza la ponderación en la solución de colisión entre bienes constitucionales protegidos en el contexto del principio de la armonización concreta y el principio estructural de la proporcionalidad en su tercera vertiente: proporcionalidad en sentido estricto. Es así, que la ponderación se introduce en el TC a través de la interpretación del artículo 74.4 de la Constitución que establece el deber de “armonizar derechos fundamentales en conflicto”; y se articula mediante la influencia y recepción del derecho comparado.

-En efecto, desde sus primeras decisiones, el TC ha estado abierto al diálogo horizontal con otros tribunales y cortes constitucionales, y por ello se observa la adopción de criterios y la recepción de experiencia comparada en sus fundamentos, que han servido para contextualizar la ponderación o para reforzar las consideraciones sobre el alcance y los límites de los bienes constitucionales concernidos. En especial, de la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia T-210/94 del 27 de abril de 1994) de quien adoptó

el criterio de ponderación y pautas (aunque la aplicación del método ha ido variando a lo largo del tiempo).

-Se observa que el TC emplea la ponderación mediante el uso de una fórmula abierta y tendente a asegurar la valoración específica del caso particular, basado en una estructura diversa: debiendo, por un lado, “garantizar el mayor radio de acción posible al ejercicio de los derechos fundamentales y preferir la solución que, en la sopesación de valores o derechos constitucionales contrapuestos, no sacrifique su núcleo esencial, (...)”, al tiempo de “apreciar y evaluar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se ejercen los derechos” (Sentencia TC/0011/12). Además, frente a una colisión de derechos fundamentales evidencia “la necesidad de ponderar derechos fundamentales en conflicto, lo que implica la operación de “balancear” esos derechos en concurrencia, o sea, establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto.”. (Sentencia TC/0042/12); por lo que, “corresponde (...) decidir cuál de estos derechos debe prevalecer ante la situación que genera el conflicto y de esta manera adoptar la decisión más justa y cónsona con el más elevado criterio jurídico.” (Sentencia TC/0167/13).

-No se ha definido de manera clara un modelo de aplicación específico de la ponderación, lo que denota un uso desordenado de la estructura metodológica que hace complejo su análisis jurisprudencial. Es decir, no se observan criterios uniformes o estándares para el ejercicio de la técnica de la ponderación en la armonización de los bienes constitucionales, de forma tal que sea garantizado el principio de igualdad y seguridad jurídica al ser juzgado bajo una misma metodología, y que no se perciba producto de la simple apreciación del pensamiento subjetivo, ideológico o filosófico del tribunal. No obstante, es posible afirmar que, el TC coloca en una balanza cada bien constitucionalmente protegido y “sopesa” las razones que apoyan a cada derecho a partir del fin legítimo que pudiera llegar a justificar la restricción, su coherencia y los resultados que ocasionaría su lesión. De ahí que, la metodología utilizada no emplea el uso de una fórmula matemática ni sistemática, sino que se realiza a través de la actividad argumentativa (hermenéutica) que, para la solución del supuesto, parte de la certeza jurídica, de la importancia de la satisfacción de determinados bienes y del caso en particular.

-Conjuntamente con la metodología de aplicación de la ponderación, se observa la función interpretativa de los argumentos en favor y en contra de los bienes en colisión que justifican la injerencia, el límite y el alcance de ese derecho. En este desarrollo, el TC ha establecido significativos criterios y reglas aplicables a determinados conflictos entre derechos, por ejemplo, el TC ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información pública y al honor e intimidad personal.

-El TC no reconoce derechos con prioridad *prima facie*, pero sí derechos que gozan de una protección especial, similar a lo que Alexy denomina “relación de prevalencia condicionada”, por ejemplo, en la Sentencia TC/0011/12, estableció que la libertad de información ostenta una posición preferente debido a su valor institucional y a su importancia para el fortalecimiento de la democracia en el marco del Estado social y democrático de derecho. Sin embargo, admite que no es un derecho absoluto, y que su ejercicio debe enmarcarse en el respeto al derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales.

-Para la solución de colisión de derechos fundamentales, el TC toma en cuenta para su análisis las implicaciones y los efectos del impacto del derecho a prevalecer. Así también los beneficios que persigue la adopción de una medida restrictiva de un derecho fundamental y la lesión que se provoca a ese derecho. Lo anterior conlleva implícitamente una ponderación entre los beneficios y perjuicios que ocasiona la medida para el interés general. De ahí se observa el uso práctico de la proporcionalidad en sentido estricto a fin de buscar el equilibrio entre los bienes constitucionales contrapuestos mediante el examen del impacto de la injerencia en el bien constitucional. Ejemplo de ello lo vemos en la sentencia TC/0167/13, donde la tutela del interés a la protección del medioambiente tuvo preeminencia, pues los daños que procuraba evitar la empresa minera resultarían ínfimamente menores en relación con la gravedad que generaría la ejecución de un proyecto minero que impactaría de forma negativa el ecosistema, los recursos hídricos, la flora y la fauna de una importante zona geográfica del país, ubicada en la cordillera central, entre las provincias La Vega y Monseñor Nouel.

-A pesar de no contar con una metodología sistemática para la realización de la ponderación, es posible afirmar que las decisiones del colectivo constitucional muestran

un alto grado de coherencia; generalmente se basan en criterios que intentan ser universales; producen resultados comúnmente aceptados en la comunidad jurídica y de intérpretes que acrecientan su legitimidad; no son contrarias al texto constitucional, y ostentan una argumentación racional que toma en cuenta en su análisis las implicaciones de la medida, los efectos del impacto y los beneficios perseguidos por la adopción de la solución frente a la otra posibilidad, y con ello, mostrar que no ha obedecido a una decisión arbitraria.

REFERENCIAS

- Aleinikoff, T. A. (2015). *El derecho constitucional en la era de ponderación*. Estados Unidos : Palestra .
- Alexy, R. (1985). *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. Obtenido de file:///C:/Users/k.golez/Downloads/Dialnet-EpilogoALaTeoriaDeLosDerechosFundamentales-289390%20(1).pdf
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales,.
- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España.
- Alexy, R. (2007). *La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*. . Bogotá.
- Alexy, R. (2010). *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad* . Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Alexy, R. (2011). *El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México.
- Ariza, S. S. (2003). *La Ciencia Jurídica ante el Constitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Atienza Rodríguez, M, & Ruiz Manero, J. . (1991). *Sobre principios y reglas*. Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho,.
- Atienza, M. (1996). *Los Límites de la Interpretación Constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos*. México.
- Atienza, M. (2004). *El derecho como argumentación*. México.
- Ausín, F. J. (1994). *Conflictos normativos y análisis lógico del derecho*. España.
- Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Ayala, C. L. (2009). *Principio de proporcionalidad en el derecho procesal penal*. Colombia.
- Ayaviri, F. H. (2016). *Reflexiones sobre fuentes del derecho en el positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM : file:///C:/Users/k.golez/Downloads/%23%23common.file.namingPattern%23%23.pdf
- Baquerizo Minuche, J. (2014). *Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación*. Obtenido de <http://www.revistajuridicaonline.com/>
- Bernal Pulido, C. (2006). *La racionalidad de la ponderación* .
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia (P.O.D.).

- Bernal, C. (1989). *Estructuras y Límites de la Ponderación*. España: Doxa.
- Bernal, C. (2008). *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México.
- comanducc, P. (s.f.). *PRINCIPIOS JURÍDICOS E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO*. Obtenido de file:///C:/Users/k.golez/Downloads/principios-juridicos-e-indeterminacin-del-derecho-0.pdf
- David, M. (2007). *Conflictos constitucionales e indeterminación normativa*. Madrid : Marcial Pons .
- Diccionario de Derecho Constitucional Contemporáneo* . (2012). Lima: Gaceta Jurídica .
- Diccionario de la lengua española* . (s.f.). Obtenido de <https://dle.rae.es/ponderaci%C3%B3n?m=form>
- Dworkin, R. (1984). *“Los Derechos en serio”*. España: Ariel.
- Dworkin, R. (1999). *Los Derechos en serio*. Barcelona: Planeta-Agostini.
- Escalante, M. M. (2012). *Conflictos entre derechos fundamentales*. México: Palestra.
- García, J. (2017). *Decidir y argumentar sobre derechos*. México: Tirant lo Blanch.
- González, S. S. (2003). *De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional*. Obtenido de Revista Teoría y realidad constitucional: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1038134>
- GONZÁLEZ, S. S. (s.f.). *De la imponderable ponderación y otras artes del Tribunal Constitucional* .
- Gorra, D. (2014). *Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy: Sistema de Ponderación de Principios*. http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexyp.p2.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Madrid .
- Guastini, R. (2005). *Ponderación: un Análisis de los Conflictos entre Principios Constitucionales*. Perú.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- Mancini, G. (2004). *Algunas Notas sobre la Coherencia y Balance en la Teoría de Robert Alexy*.

- Mendoza, M. (2012). *Conflictos Entre Derechos Fundamentales. Expresión, Información y Honor*. Perú.
- Meza, N. H. (2003). La aplicación del principio de la armonización concreta en la solución de conflictos entre derechos fundamentales. *Revista del Derecho, Universidad del Norte*.
- Monzón, A. G. (2019). La ponderación en la aplicación del derecho (Pequeño boceto histórico y teórico). *Revista Derechos en Acción de la Universidad de La Habana*, 586.
- Moreso, J. (2003). *Alexy y la Aritmética de la Ponderación*". España.
- Núñez, J. (2016). *Sobre los neoconstitucionalismos. Una síntesis para constitucionalistas con alma de teóricos del derecho*. Chile: Opinión jurídica, vol. 15, núm. 29,.
- Ochoa, C. H. (2003). *Conflictos Normativos*. México: UNAM.
- Peters, M. (2010). *Los derechos fundamentales como reglas y como principios*.
- Portales, R. A. (2012). *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo: Legitimidad del Modelo de Estado Neoconstitucional*. *Revista de Filosofía*.
- Prats, E. J. (2010). *Manual de Derecho Constitucional Vol. I* . Santo Domingo : Gaceta Judicial .
- Prats, E. J. (2012). *Derecho Constitucional volumen II*. Santo Domingo: Ius Novum.
- Reyes, A. (2017). *Una aproximación a la ponderación: modelo argumentative simplificado*. Santo Domingo .
- Rodríguez, J. (2000). *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*. Madrid : Marcial Pons .
- Ruíz, R. R. (2012). La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. . *Revista derecho y realidad núm. 20, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 146.
- Sanchís, L. P. (2001). *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Obtenido de [https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/5/6900111(201-228).pdf)
- Segado, F. F. (1993). *La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional*. Obtenido de [file:///C:/Users/k.golez/Downloads/Dialnet-LaTeoriaJuridicaDeLosDerechosFundamentalesEnLaDoct-79497%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/k.golez/Downloads/Dialnet-LaTeoriaJuridicaDeLosDerechosFundamentalesEnLaDoct-79497%20(1).pdf)
- Solano, V. E. (2013). *La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales: una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional español en materia de libertad religiosa*. Costa Rica : Revista Judifical .
- Valle, R. H. (2016). *Derechos fundamentales y jurisdicción constitucional*. Lima.

Zagrebelky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* . Madrid : Trotta.

Zorrilla, D. M. (2007). *Conflictos constitucionales e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.

Sentencia TC/0011/12 de fecha 03 de mayo de 2012, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc001112/>

Sentencia TC/0109/13, de fecha 04 de julio de 2013, disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/7533/sentencia-tc-0109-13-c.pdf>

Sentencia TC/0167/13, de fecha 17 de septiembre de 2013, disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc016713>

Sentencia TC/0042/12, de fecha 21 de septiembre del año 2012. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc004212/>

Sentencia TC/0064/19 de fecha 13 de mayo de 2019, disponible en: <https://tribunalsitestorage.blob.core.windows.net/media/19119/tc-0064-19.pdf>

Constitución de la República Dominicana (2010), Gaceta Oficial número 10561 del 26 de enero del 2010.