

**NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACION CONSTITUCIONAL.
PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD (PONDERACION).**

NEOCONSTITUCIONALISMO.

Durante siglos la lucha a favor de los derechos humanos tuvo por objetivo lograr su reconocimiento constitucional. Los primeros documentos en reconocer derechos humanos fueron las cartas aragonesas y de León de los siglos XI y XII, la Constitución de Juan sin Tierra de 1215 señalado como origen de los derechos fundamentales y los catálogos de derechos que surgen a finales del siglo XVIII, la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano 1789, y el bill of rights de 1791, incluido como enmienda a la Constitución estadounidense de 1787, los cuales son los dos documentos señeros en esta etapa, cuyos contenidos se van expandiendo en las décadas sucesivas culminando después de la segunda post guerra con su reconocimiento en textos constitucionales. La primera Constitución europea de posguerra en reconocer derechos fundamentales fue la Italiana de 1947, luego la Alemana de 1949, Francesa en 1958, Española en 1978, y en el ámbito Latinoamericano, la Constitución brasileña 1988, la colombiana de 1991, la Argentina de 1994, La dominicana de 1963 y sobre todo la reciente del año 2010, además muchos de estos derechos han sido reconocidos en los Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos: Convención Europea de derechos humanos de 1950, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y políticos 1966, Convención Americana de Derechos Humanos 1969, con sus jurisdicciones supranacionales, Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos, dando lugar al surgimiento de lo que hoy se conoce como Neoconstitucionalismo, cuyos representantes más eminentes son: Ronald Dworkin, Robert Alexy y Gustavo Zagrebelsky, entre otros. (Susanna Pozzolo, 1998).

El neoconstitucionalismo según Prieto Sanchis: “Es una forma política inédita en el Continente europeo que crea una nueva cultura jurídica y que es producto de la singularidad del constitucionalismo europeo de la segunda guerra”. (Prieto Sanchís, 2004). Ese reconocimiento en normas constitucionales de los derechos sustanciales es lo que hoy define la democracia constitucional, normas que no son más que moral positivizada.

En el mismo sentido, se expresa M.A. Ahumada (Ahumada 2005) al sostener que con el término neoconstitucionalismo “se quiere hacer referencia al nuevo paradigma asociado a esta forma constitucional (Estado Constitucional Democrático), como un modelo de perfiles todavía confusos que ha obligado a la revisión de la filosofía del derecho”. Por su parte García Figuero sostiene que el neoconstitucionalismo “es una nueva corriente, un nuevo paradigma esquivo a las etiquetas tradicionales, capaz de superar la agotada dialéctica entre positivismo y jusnaturalismo y se caracteriza porque en el derecho tiene disposición a la corrección.”. En conclusión el neoconstitucionalismo no es más que el reconocimiento en normas fundamentales de derechos sustanciales los cuales han sido consagrados en las Constituciones Europeas post segunda guerra mundial.

Características del neoconstitucionalismo. (según Susanna Pozzolo):

- 1 **Principios Versus Normas:** Quiere decir que el ordenamiento jurídico no solo se compone de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por algunas característica: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del todo o nada, según el cual son aplicables al caso concreto prima facie.
- 2 **Ponderación versus subsunción.** Con esta expresión me refiero al método interpretativo-aplicativo que requieren los principios. En efecto llegada a la tesis de los principios se encuentra una peculiar teoría de la interpretación. Los principios no serian interpretables-aplicables según el común método llamado “subsunción”, peculiar de las normas, sino que los principios necesitarían un método llamado “ponderación o balanceo”. Que consta de tres pasos: a) una operación interpretativa tendente a localizar las normas

aplicables al caso concreto. **B)** los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica, el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso y **C)** la jerarquía axiológica, que se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso en específico.

3 Constitución versus independencia del legislador: con esta tesis me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional en todo el ordenamiento jurídico.

4 Jueces versus la libertad del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia. En este caso al juez, una vez abandonado el principio de la subsunción, se le encarga una continua adecuación de la legislación a las prescripciones constitucionales. Lo que conlleva que ahora el juez debe a la luz de la exigencia de justicia, vehiculadas por el caso. (Susanna Pozzolo, 1998)

El juez tiene que abandonar el método de la subsunción y asumir que la interpretación constitucional es dependiente de la valoración moral, que incide, de este modo en la interpretación de las palabras del derecho, debido a la función particular del juez, que debe configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.

Esta concepción del derecho que crea una nueva cultura jurídica y un nuevo paradigma, coincide en términos histórico con la concepción del derecho como argumentación; la cual pretende mediante criterio de racionalidad procedimental justificar la interpretación jurídica constitucional.

Argumentación y Argumentación Jurídica.

En Europa, la Revolución Francesa marca un hito desde el momento en que se exige la motivación de la sentencia, motivación que en muchos países tiene rango constitucional. Esto, sin obviar que ya antes, cuando la fuerza era el instrumento de imponer las ideas, no había lugar para la necesidad de argumentar, suele decirse que se argumenta cuando el signo lingüístico es insuficiente para crear adhesión en las ideas.

Si tomamos la definición que de argumentación da cualquier diccionario de la Lengua Española, observaremos que la misma alude a la acción de argumentar, es decir, la tarea consistente en dar argumentos, lo que equivale a proporcionar razonamientos para demostrar algo. El profesor Atienza, citando a Paul Lorenzen, señala que argumentar es un acto del lenguaje que sólo cabe efectuar en determinadas situaciones; en concreto, en el contexto de un diálogo (con otro o con uno mismo) cuando aparece una duda o se pone en cuestión un enunciado, y aceptamos que el problema se ha de resolver por medios lingüísticos (sin recurrir, por lo tanto, a la fuerza o a la coacción física).

Además de esta idea de argumentación relativa al lenguaje, el Maestro Atienza señala que la argumentación presupone siempre un problema o cuestión, además de que puede ser vista como un proceso, como una actividad y como un producto, y finalmente, como una actividad racional que permite no solo la consecución de la meta sino también de los criterios para evaluar la bondad o no de una argumentación.

Atienza señala tres concepciones que consagran la idea de la teoría de la argumentación jurídica.

La primera de ella, una CONCEPCION FORMAL, que puede entenderse unida al conocimiento formal de la lógica subsuntiva.

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

La importancia de resolver problemas formales, es que, ejercitarse en la solución de los mismos, es un buen entrenamiento para hacer frente a problemas que no son simplemente formales. Es tanto así que en la práctica la necesidad de argumentar proviene de la necesidad de resolver problemas materiales, no estrictamente formales, pero por el conocimiento y pericia que tenemos para trabajar con estos se nos hace más fácil resolver aquellos.

Aquí las premisas y la conclusión son enunciados no interpretados, o si se quiere, interpretado en sentido puramente abstracto.

Una CONCEPCION MATERIAL, que dejando de lado la parte estructural, se concentra en el contenido mismo de la actividad argumentativa.

Quien soluciona un problema de corte material tiene que comprometerse con la verdad o corrección de un contenido o supuesto de hecho determinado, no así en la concepción formal, en la cual basta que la inferencia sea lógica.

Una CONCEPCION PRAGMATICA, que incluye la retorica y la dialéctica, recordando que el derecho tiene un carácter adversativo cuando está en el ámbito del dialogo y retórico cuando está en el ámbito de la persuasión.

El interés por el tema de la argumentación jurídica es creciente en los últimos años. Lo que explica esta situación, por encima de factores de naturaleza teórica, o pedagógica, es la exigencia de que, en los modernos Estados de Derecho, sus poderes públicos (y, en particular, su poder judicial - los jueces que lo componen-) lleven a cabo una adecuada tarea justificativa de sus decisiones.

En las sociedades democráticas sus ciudadanos no sólo demandan que sus poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto de cada ordenamiento jurídico, sino que las personas que integren dicho poderes sepan razonar y argumentar (León Gómez, Adolfo) las decisiones que afectan a su vida. Todo ello ha contribuido a producir un cambio en la manera de ver el derecho, que supone una superación de las más importantes concepciones o enfoques del derecho existentes a lo largo del siglo veinte: el normativismo positivista, el iusnaturalismo y el realismo jurídico.

Para todo jurista, y para el juez en particular, resulta necesario conocer las diferentes concepciones filosóficas del derecho. Su entendimiento, más allá del que se proporciona en las diferentes universidades o escuelas, le resultará útil no sólo para ampliar su formación cultural, sino para entender el contexto en el que surge la teoría de la argumentación jurídica, como un nuevo enfoque o concepción de lo jurídico.

Como destaca el profesor Atienza, los orígenes de la idea de razonamiento jurídico o argumentación jurídica son muy antiguos. En el derecho romano ya se estudiaban las formas lógicas de los diferentes argumentos que emplean los juristas. Además, el citado autor destaca que el origen de la retórica (en Sicilia, en el siglo V antes de Cristo) se vincula al mundo del derecho, pues el que es considerado como primer tratado de retórica – el “Corax”- nace de la necesidad de persuadir a los jueces en relación con determinados conflictos acerca de la propiedad de la tierra. (Atienza, Manuel, (2006), “El Derecho Como Argumentación”, Editorial Ariel S.A., Ed. No. 1, Barcelona, ISBN. No. 84-344-3254- 4).

En el siglo XX, aparece un especial interés científico por la argumentación y por su incidencia en el derecho. En relación con ello dos momentos destaca el autor que seguimos, que se corresponden con la aparición de los

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

denominados “precursores” de la teoría de la argumentación jurídica (Theodor Viehweg¹, Chaïm Perelman, y Stephen E. Toulmin) y los autores de la llamada “teoría estándar” de la argumentación jurídica (Neil MacCormick y Robert Alexy). El primer momento coincide con el auge del análisis lógico del derecho, la tópica y la retórica; el segundo, se vincula con el llamado aspecto “material” de la argumentación jurídica, es decir, con el estudio de lo que hace que un razonamiento jurídico sea racional (no en sentido formal) y justo.

El enfoque del derecho como argumentación.

En el siglo XX existieron tres grandes concepciones acerca del derecho, que respondieron a cuestiones esenciales como la determinación de sus elementos básicos, su función, su relación con respecto a la moral y al poder, sus límites, y su interpretación y aplicación, entre otras. Estas concepciones son el normativismo positivista, el realismo, y el iusnaturalismo. Además, coexistieron con las anteriores otros dos enfoques acerca del derecho: el formalismo jurídico y las concepciones escépticas del derecho (las corrientes de inspiración marxista).

Como sintetiza Atienza, para el enfoque del derecho como argumentación, éste se concibe como una actividad, una práctica compleja; sus elementos no son sólo las normas, sino también las diversas fases de esa actividad, y su finalidad es contribuir a la realización de la misma. Según dicho autor, teóricos como Neil MacCormick o Robert Alexy comparten, desde la llamada “teoría estándar de la argumentación jurídica”, la idea de que el derecho es una realidad dinámica, que consiste no sólo en un conjunto de normas, pues es una práctica social compleja que incluye, además de éstas, valores, procedimientos, agentes, etc.

Lo que queremos destacar aquí es que el enfoque del derecho como argumentación constituye otro punto de vista, no necesariamente contrapuesto a la visión positivista, iusnaturalista, o realista de lo jurídico, que la supera a todas, y que parte de una nota básica de una sociedad democrática: la exigencia de justificar, dar buenas razones, y argumentar jurídicamente las decisiones que afectan a los ciudadanos.

Frente a la **concepción positivista** del derecho, éste se concibe, desde el enfoque de la teoría de la argumentación jurídica, como una actividad, es decir, una empresa en la que participan diversos agentes, y que construye, interpreta y aplica el material con el que cuenta (normas, principios, valores).

En relación con ello, en contraposición a la **perspectiva realista** de lo jurídico, para el derecho como argumentación no sólo es trascendente la conducta de los jueces sino también lo que justifica su decisión, y, frente a la **perspectiva iusnaturalista**, el citado enfoque del derecho consiste, como dice Atienza, en ofrecer “una reconstrucción satisfactoria del razonamiento jurídico que dé cuenta de sus elementos morales y políticos”.

El enfoque del derecho como argumentación es una concepción superadora de las corrientes filosóficas acerca de lo jurídico, parte de una concepción dinámica del mundo del derecho. A continuación, ha de analizarse en qué sentido hablamos de perspectiva dinámica, lo que ha de enlazarse con la exigencia que imponen los estados constitucionales a los jueces de llevar a cabo un especial esfuerzo justificador de sus decisiones.

Uno de los valores superiores de todo ordenamiento jurídico en un Estado democrático es la libertad. El art. 40.1, de la Constitución Dominicana del 2010 señala que nadie puede ser cohibido en su libertad “sin orden motivada”.

¹ GARCÍA AMADO, Juan Antonio Teorías de la tópica Jurídica. Colección *Monografías Civitas*. Ed. Servicio de Publicaciones Universidad de Oviedo, 1988, P. 14, 35, 119, 264-272

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

Dicho precepto señala también, que está prohibido el traslado de cualquier detenido de un establecimiento carcelario a otro lugar “sin orden escrita y motivada”. Con ello queremos resaltar que este texto constitucional es plenamente consciente de la importancia de la justificación jurídica de las decisiones del poder público, al menos las que afectan a tan importante valor.

Del mismo modo otras constituciones como la Española de 1978, en su art. 120.3, ubicado dentro del Título VI, dedicado al “Poder Judicial”, establece que “las sentencias serán siempre motivadas”. En el mismo sentido el art. 24 del nuevo Código Procesal Penal establece : los jueces están obligados a motivar en hecho y derecho sus decisiones y el código de procedimiento civil también demanda esta exigencia al establecer que la redacción de las sentencias contendrá la exposición sumaria de los puntos de hecho y de derecho, los fundamentos y el dispositivo.

La nota de la buena motivación, es predicable no sólo de las sentencias, sino también de otras resoluciones judiciales: autos, providencias, ordenanzas administrativas y disciplinarias. La falta de motivación de las sentencias judiciales es motivo de casación.

La mayoría de los textos constitucionales resaltan la necesidad de dar motivos para decidir, inclusive el derecho a una sentencia motivada está íntimamente ligada al derecho a una tutela judicial efectiva de jueces y tribunales: ya que el derecho a una tutela judicial efectiva no se agota con el debido proceso, sino que incluye una decisión fundada.

Se considera que una sentencia esta mínimamente argumentada cuando permite el control de otro órgano judicial y permite su crítica y cuando muestra el esfuerzo del juez por lograr una aplicación del derecho vigente libre de toda arbitrariedad. La decisión judicial se debe dirigir a lograr el convencimiento no solo por el directamente afectado por la misma, sino también por las otras partes del proceso, respecto de su corrección y justicia sobre los derechos de un ciudadano.

De acuerdo a Atienza una decisión es racional si respeta las reglas de lógica deductiva, así como los principios de la racionalidad practica que son consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad si se adopta sin eludir alguna fuente de derecho de carácter vinculante, y si no se adopta bajo la base de criterios éticos y políticos no previstos específicamente en el ordenamiento jurídico.

Históricamente predominó como mecanismo de argumentación la concepción lógico-deductiva del razonamiento jurídico (silogismo decimonónico) Probablemente una de las expresiones más celebres y rotundas de esta forma de contemplar el razonamiento jurídico se deba a Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, quien en su obra De los delitos y las penas, afirma:

“En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor debe ser la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena (...) No hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que es necesario consultar el espíritu de la ley”.

Desde este punto de vista, el razonamiento jurídico y singularmente una sentencia judicial, se expresa a través de un razonamiento lógico.

Esta visión de la aplicación del derecho es muy estrecha, porque nos encontramos con deficiencias de diverso orden, el cual convierte en insuficiente la concepción de la aplicación del derecho que nos propone Beccaria.

La teoría del derecho como argumentación que surge a partir de los años cincuenta nos ofrece, sobre todo, un

planteamiento antiformalista de la misma, probablemente como reacción a algunas corrientes formalistas que comienzan a tomar cuerpo en esa época confirmando un planteamiento logicista como el recién expuesto: las nuevas tendencias de la argumentación jurídica rescatan de la antigüedad clásica disciplinas como la retórica, la tópica o la dialéctica a la hora de teorizar sobre la argumentación jurídica. En esta línea se inscriben las teorías de autores como Theodor Viehweg, que revitaliza la tópica, Toulmin con su lógica operativa o dialéctica y Chaim Perelman, quien con Olbrechts-Tyteca rehabilita la retórica para el derecho (Neil MacCormick MAcCormick, Neil, (1978), “Legal Reasoning and Legal Theory”, Clarendon, Oxford) y Robert Alexy, Robert, (1997), “Teoría de la Argumentación Jurídica”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), que desarrollan la teoría procedimental de la racionalidad.

A partir de la consolidación del amplio catálogo de derechos fundamentales consagrados en diferentes fuentes y del carácter vinculante de las decisiones de los Tribunales; salas y Cortes Constitucionales por el control concentrado que por esta vía se convierte en fuente del derecho constitucional, constituyendo lo que hoy se conoce como bloque de constitucionalidad y creada la jurisdicción y competencia para preservar estos derechos, de lo que se trata es de supervisar su correcta puesta en práctica, ya que su aplicación ha dejado y sigue dejando mucho que desear en toda Iberoamérica; aun la Corte Constitucional Colombiana, que tiene fama de ser una de las mejores del Continente, de acuerdo a uno de sus magistrados, el Dr. Jaime Araujo Rentería (Jaime Araujo Rentería, 2006), reconoce que la Corte Constitucional Colombiana ha aplicado mal el principio de proporcionalidad, ya que en muchos casos se ha limitado a controlar que el medio sea idóneo sin hacer control de necesidad, lo que ha permitido que muchas leyes inconstitucionales se hayan declarado ajustadas a la Constitución.

Partiendo del criterio de que el derecho constitucional **conlleva una forma específica de interpretación** y que existen diferentes técnicas de interpretación constitucional: **la proporcionalidad (la ponderación), la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación de la posición horizontal de los derechos, el principio pro-personae, la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, el test de igualdad o los escrutinios del sistema norteamericano, la lectura moral de la Constitución, la deferencia razonada, entre otros.** Por lo que el intérprete constitucional no sólo debe utilizar la técnica de interpretación pro-personae, o sea a favor de la persona, que establece el artículo 74.4 de la actual Constitución.

De todas estas técnicas de interpretación conocidas, sólo será motivo de análisis en el presente ensayo el método más popular de interpretación constitucional. El **Principio de Proporcionalidad**, el cual es definido: como un concepto jurídico que aparece con frecuencia en las decisiones de los tribunales constitucionales europeos y de nuestros países latinoamericanos, el cual contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afecta a los derechos fundamentales, el cual es conocido como el más recurrente límite de los límites a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos (Miguel Carbonell, 2009).

Robert Alexy, es el filósofo del derecho que más ha aportado al desarrollo y comprensión del principio de proporcionalidad y su aplicación por la jurisprudencia continental en los últimos años cuya influencia ha sido decisiva en el ámbito jurídico latinoamericano, otro autor relevante es el colombiano Carlos Bernal Pulido, que es el referente de mayor autoridad y prestigio en materia de proporcionalidad en nuestro continente, el cual ha sido el autor de la obra más completa sobre la materia en lengua castellana, “Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales (2005)”.

En esta función de interpretación de principios los operadores jurídicos constitucionales se la tienen que ver con trabajar con valores y principios que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sean capaz de aplicarlas a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándola de esa manera de contenidos

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

normativos concretos. (Gustavo Zagrebelsky). Además los principios no se encuentran solo en la norma suprema, “la constitución” sino en varias fuentes del mismo rango”.

Los derechos humanos, como bien es sabido, no solo internacionalizan el derecho en tanto terminan regulando a los estados imponiéndoles deberes y exigencias cuyo incumplimiento puede generar reclamos jurisdiccionales, y por esas vías se termina consolidando la posibilidad de reconocer a las personas físicas legitimación para ante los tribunales internacionales o regionales. Sin duda nuestro continente también avanzo generosamente por ese camino del derecho comunitario, y logro establecer el espacio interamericano efectivo para los derechos humanos.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de Costa Rica a través de sus fallos y opiniones consultivas, como también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de Washington, fueron poniendo en interrogantes el **clásico apotegma de la supremacía de la constitución y debilitando las visiones chauvinistas imperantes**. Los derechos humanos han demostrado la utilidad para fortalecer la conciencia de un espacio cultural, territorial y personal en común, y es la tarea de los jueces posibilitar que los pactos o tratados respectivos no sean meros propósitos a lograr sino vías operativas concretas de distinta índole. Precisamente la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es también responsabilidad de los Poderes Judiciales el velar por el cumplimiento de los derechos humanos, el cual no debe dejarse librada a la voluntad de los otros poderes para la efectiva vigencia de los mismo y su tutela efectiva. (Rodolfo Vigo, 2007).

Los conflictos entre principios constitucionales.

Dada por sentada las características de los principios: su fundamentabilidad, generalidad, indeterminación; (ambigüedad, vaguedad) lo que de ha dado lugar a la doctrina a afirmar que el **bloque de constitucionalidad habla con voz incierta y con muchas voces**. (José Juan Moreso, 2005). Pasamos a analizar cómo se dan los conflictos y tensiones entre principios.

Los conflictos entre principios constitucionales a causa de la pluralidad de los valores incorporados al bloque de la constitucionalidad son muy frecuentes. Un ejemplo clásico, común a muchas constituciones: el conflicto ente la libertad de expresión y algunos derechos de la personalidad (el derecho al honor, el derecho a la intimidad, etc). Otro ejemplo es el conflicto entre el derecho de huelga en los servicios públicos y los derechos fundamentales de los usuarios de dichos servicios. En verdad, cualquier ley que imponga una obligación a los ciudadanos, con la finalidad de concretizar uno u otro principio constitucional se convierten en alguna limitación de algún derecho constitucional de los ciudadanos mismos y, por tanto, entre en conflicto con algún (otro) principio constitucional.

Algunos autores señalan que por definición, todo principio esta, por consiguiente, necesariamente, en conflicto con otros principios: en resumen, el estar en conflicto con otros principios, es un rasgo definitorio de los principios, que forma parte del concepto mismo de principio. De ello sigue que, en toda controversia en la que sea aplicable un primer principio P1 existía siempre al menos un segundo principio P2 que sea igualmente aplicable y que resulta incompatible con P1.

Por tanto, generalmente hablando, todo conflicto entre principios constitucionales presenta los siguientes caracteres:

- A) En primer lugar, se trata de un conflicto entre normas que, de ordinario, emanan en el mismo momento.
- B) En segundo lugar, se trata de un principio entre normas que tienen el mismo estatuto formal, la misma posición en la jerarquía de las fuentes del Derecho.
- C) En tercer lugar, se trata de un conflicto “en concreto”.
- D) En cuatro lugar, se trata de un conflicto parcial bilateral.

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

Todo ello tiene importantes consecuencias. Los conflictos entre principios constitucionales, no pueden ser resuelto por medio de criterios estándar de solución de conflictos. No se puede utilizar el criterio “lex posterior”, porque los dos principios son coetáneos. No se puede emplear el criterio “lex superior”, porque los dos principios tienen la misma posición frente a la jerarquía de las fuentes. No se puede utilizar el criterio “lex specialis”, porque, las dos clases de hechos regulados por los dos principios se entrecruzan. (Eduardo Guastini, 1991)

Guastini señala que en la constitución Italiana, se encuentran algunos conflictos emblemáticos, como por ejemplo: el conflicto entre el principio de igualdad (en sentido “formal”), que excluye toda forma de discriminación, y el principio de igualdad considerado en sentido “sustancial”, que admite la discriminación “positiva” (positive actions), a fin de eliminar las desigualdades sociales; o el conflicto entre el principio de igualdad, que excluye todo tratamiento diferencial de los ciudadanos, y el principio de la autonomía legislativa de las regiones, que implica necesariamente, un tratamiento de los ciudadanos de diversas regiones. Igualmente el conflicto puede darse entre un principio que está en la constitución y un principio que está en la convención o tratado ratificado por el país, o entre dos principios consagrados en dos tratados o convenciones diferentes.

También Colautti señala que: “se pueden crear varias tensiones entre los derechos que enumeran distintos tratados, por ejemplo, el derecho de los padres a elegir el tipo de educación de los hijos que garantiza la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho de los niños a la libertad de conciencia y religión que enumera la Convención de los Derechos del Niño”. Todas las normas de los tratados incorporados tienen la misma jerarquía. Será responsabilidad de los jueces y sobre todo del la jurisdicción constitucional hacer compatibles las tensiones entre los distintos derechos que tienen jerarquía constitucional. (Carlos Colautti, 1996)

Ha fin de resolver este tipo de conflictos los tribunales constitucionales frecuentemente utilizan la técnica el **principio de proporcionalidad**, la cual no es más que una herramienta argumentativa orientada a fundamentar la validez de los fallos que contienen estas colisiones de derechos fundamentales. Por los tanto es un método de control constitucional. El cual contiene **tres subprincipios: idoneidad-necesidad-y estricta proporcionalidad.**

Subprincipio de Idoneidad. Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo

Subprincipio de necesidad. Según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al adoptado por el legislador que no sean gravoso, o al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una relación medio, esto es, de una comparación entre medios, el adoptado por el legislador y el o los hipotéticos que hubieran podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. No obstante, aquí es necesario hacer una precisión. Es concebible la situación en que un medio alternativos sea incluso más idóneo e implique una intervención igual o menor en igualdad.

En palabras de Robert Alexy “los principios de idoneidad y de necesidad expresan la pretensión, contenida en el concepto de principio, de alcanzar la mayor realización, posible de acuerdo a las realidades fácticas. En el primero de ellos se exige que entre dos medios que son igualmente idóneos sea escogido el más benigno con el derecho fundamental afectado. En el segundo, a causa de la existencia de un medio más benigno o más idóneo, puede mejorarse una posición sin que esto represente costes para la otra.” (Robert Alexy, 2001).

Subprincipio del Test de Proporcionalidad en sentido estricto (Ponderación).

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Ponderación), consiste en establecer una jerarquía

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

axiológica entre dos principios en conflicto.

“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. En otras palabras, la ventaja que se obtenga mediante la intervención en el derecho fundamental debe compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.

Al respecto la ley de ponderación consiste en establecer una jerarquía axiológica móvil entre dos principios en conflicto:

1. Una jerarquía axiológica, no creada por el derecho como la jerarquía de la fuente, sino por el juez constitucional mediante un juicio comparativo de valores, esto es, un enunciado dotado de la fórmula 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.

Por consiguiente el principio que tiene mayor valor prevalece sobre el otro (precedencia condicionada), este es aplicado, mientras el otro es desaplicado. El principio que sucumbe, si bien es desaplicado, no es declarado nulo, abrogado o inválido, en otras palabras, este queda con vida en vigor, en el sistema jurídico para ser aplicado a las demás controversias.

2. una jerarquía móvil, de otro lado es una relación de valores móviles, mutables: una jerarquía que vale para el caso concreto pero que podría ser revertida y que a menudo es revertida en un caso concreto diverso, el hecho es que, para determinar la jerarquía en cuestión, el juez no evalúa el valor de los dos principios en “abstracto”, una vez por toda, no instituye entre los dos principios, una jerarquía fija y permanente. El juez se limita a valorar la “justicia” de la consecuencia de la aplicación de uno de los dos principios en el caso concreto. Toda intervención en los derechos fundamentales que no observe las exigencias de estos tres subprincipios e ilegítima y por tanto debe ser declarada inconstitucional.

El conflicto por tanto, no es resuelto definitivamente: cada solución vale para una controversia particular, de modo que nadie puede prever la solución del mismo conflicto en otra controversia.

Por ejemplo, la Corte Constitucional Italiana ha aplicado el principio constitucional formal y desaplicado el principio de igualdad sustancial, declarando la ilegitimidad de una ley que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres (Corte cost. 210/1986), como también una ley que estableció cuotas femeninas en el sistema electoral (Corte cost. 422/1995) en otras ocasiones ha aplicado el principio de igualdad sustancial y desaplicado el principio de igualdad forma, reconociendo la legitimidad constitucional de una ley que reconocía algunas acciones positivas a favor de las mujeres empresarias (Corte cost. 109/1996), como también de una ley que garantizaba un tratamiento a favor de los trabajadores en el conflicto con los empresarios en el proceso laboral (Corte cost.13/1977).

Es por tanto evidente, que la ponderación implica el ejercicio de un doble poder discrecional de parte del juez constitucional. Es una operación discrecional la creación de una jerarquía axiológica entre los principios en cuestión. Y es igualmente una operación discrecional la mutación de valores comparativos de los dos principios a la luz de una nueva controversia a resolver. (Ricardo Guastini, 2005). Por lo que la ponderación hasta cierto punto vulnera el precedente constitucional.

CRITICAS A LA PONDERACIÓN.

De acuerdo a los críticos: Habermas, García Amado, Elester Jhon, Luis Castillo Córdova, entre otros, la ponderación es irracional por una amalgama de razones. Las más prominentes se refieren a la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.

1. La indeterminación de la ponderación. Esta primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder, que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios. Desde este punto de vista, la ponderación será una estructura formal y vacía, basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez. Las apreciaciones subjetivas del juez constituirían la balanza con la que se pondera. Como consecuencia, la ponderación, no podría ofrecer una respuesta correcta para los casos en que se aplica.
2. La inconmensurabilidad en la ponderación. La segunda objeción sostiene, que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no serían compatibles. La inconmensurabilidad aparecería en la ponderación porque no existiría una organización jerárquica de los principios que se ponderar, ni una medida común entre ellos, que permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso. En el ámbito de los principios no existiría una “unidad de medida”, así como tampoco una moneda común que posibilite la ponderación entre los principios que en cada caso entrarán en colisión.
3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. La crítica final mantiene que la ponderación es irracional porque es imposible predecir sus resultados. Todos los resultados de la ponderación serían particulares, dependerían de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia ad-hoc, que tendería a magnificar la justicia del caso concreto, mientras, correlativamente, sacrificar la certeza, coherencia y la generalidad del derecho.

Existe un nexo entre estas objeciones. La imposibilidad de predecir los resultados de ponderación se debería a su falta de precisión conceptual y el factor principal que determinaría esa falta de precisión conceptual sería la inexistencia de una medida que posibilitara determinar el peso de los principios en cada caso concreto.

RESPUESTAS A LAS CRÍTICAS A LA PONDERACION.

Algunos aspectos de estas críticas contra la ponderación deben rechazarse por ser hiperracionales, y por tanto, irracionales. Alguien es hiperracional, cuando no reconoce que la racionalidad tiene ciertos límites. Los críticos llevan la razón cuando afirman que la ponderación tiene un carácter formal y que, por tanto, no puede excluir las apreciaciones subjetivas del juez. Sin embargo, esto no significa que la ponderación sea irracional ni que esté basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas del juez. No puede esperarse que, ni aun en el sistema constitucional más preciso, exista una única respuesta correcta para controversias de la magnitud y complejidad que reviste a los derechos fundamentales.

Es meridiano que la ponderación no garantiza una perfecta objetividad. Ello se debe sobre todo, al hecho de que la perfecta objetividad es un ideal que no puede alcanzarse en ningún ámbito jurídico o normativo y mucho menos en un ámbito tan controversial como el de los principios, tan estrechamente vinculados con las ideologías. Una

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

perfecta objetividad solo podría alcanzarse en un sistema jurídico ideal, cuyas disposiciones determinasen por el completo el contenido de los principios. En un sistema semejante, la Constitución y las demás fuentes jurídicas establecerían explícitamente normas individuales que prescribirían con exactitud que está permitido, prohibido u ordenado para cada supuesto de hecho concebible y, como consecuencia, atribuirían a cada decisión judicial una justificación objetiva.

A ello debe aunarse que, si se observa desde el punto de vista de los principios del Estado de Derecho y de la Democracia, tampoco sería deseable que existiese un sistema jurídico que garantizase una perfecta objetividad. En una sociedad que dispusiese de un catálogo de principios constitucionales y legales totalmente determinados y que además estuviesen efectos de irradiación, sobre todo el ordenamiento jurídico, se reducirían notablemente las posibilidades de deliberación política. El legislador se convertiría en una autoridad competente solo para ejecutar las regulaciones determinadas por la Constitución y se desvanecería su importancia como foro para la deliberación democrática.

La ponderación es un procedimiento práctico común en el razonamiento jurídico y sus resultados se consideran aceptables, en general, no solo en la práctica jurídica, sino también en la vida cotidiana. Esta circunstancia, atribuye entonces, sentido a preguntarse, como puede obtenerse el mayor grado posible de racionalidad cuando se aplican los principios mediante la ponderación. Para contestar este interrogante, determinar el concepto de racionalidad. (Bernal Pulido, 2005).

La racionalidad es un término ambiguo. En el nivel más abstracto la racionalidad alude a dos dimensiones, una teórica y la otra práctica. La primera establece las condiciones que una teoría o un concepto debe cumplir para poder ser considerada o considerado como racional esta teoría exige que las teorías y los conceptos tengan una estructura precisa, sean claras y estén libres de toda contradicción. Por su parte, la racionalidad práctica, determina las condiciones de que un acto humano debe reunir para ser racional. Esta se practica en un sentido evaluativo de la racionalidad.

Concluimos en igual sentido que Bernal Pulido al referirse este que los sentidos de la racionalidad antes citados, son relevantes en la crítica a la ponderación. La objeción concerniente a la falta de precisiones conceptuales se opone al uso de la ponderación de la ponderación con el argumento de que esta clara ni tiene una estructura precisa. Si se quiere superar esta objeción, es necesario proponer un modelo que dote a la ponderación de un concepto claro y de un *ja* estructura precisa. Por otra parte, la racionalidad práctica desde la perspectiva de las tres objeciones antes expuestas. Las objeciones de la falta de precisión conceptual inconmensurabilidad e imposibilidad de prever resultados de la ponderación mantienen que el acto mismo de ponderar es irracional es sentido práctica. Si se quiere superar estas objeciones, debe ofrecerse un modelo de ponderación que ostente una estructura determinada, que este provista de una medida común para comparara los principios y que pueda dar lugar a resultados predecibles y susceptibles de ser fundamentados correctamente en el derecho. (Bernal Pulido, 2005)

Al respecto, el primer tribunal en aplicar el test de proporcionalidad fue el Tribunal Constitucional Alemán también lo han aplicado en Europa; el italiano y el español y en América Latina el colombiano, mexicano, peruano, y argentino.

En el caso de la República Dominicana, solo conocemos dos sentencias dictadas al respecto, la primera de ellas dictada por la **Cámara Civil y Comercial de la Corte de Apelación del Departamento de La Vega, en sus atribuciones civiles, en fecha treinta (30) del mes de julio del 1999. Que en su ratio decidendi expresa lo siguiente:**

“CONSIDERANDO: Que si bien es cierto que el presente caso, se encuentran en conflictos dos valores

Mag. José Alberto Cruceta Almánzar.

constitucionales, como son: El derecho a la educación y el derecho de propiedad, ambos consignados en la Constitucionalmente específicamente en el artículo 8, inciso 13 y 16, de la referida Carta Sustantiva, esta Corte privilegia el derecho de propiedad privada, por cuanto es la piedra angular o soporte por excelencia de un bien inmueble sea privado o limitado del derecho de propiedad supracitado, es menester que sea por causa justificada de utilidad pública o de interés social, previa compensación, lo cual no ocurre en la especie.

CONSIDERANDO: Que en el presente caso, el principio de acceso a la educación y el derecho a la misma sufre una atemperación en el sentido de que la Institución Educativa envuelta en el presente litigio es de carácter privado, donde la referida institución recibe como contrapartida un pago por la enseñanza ofrecida, por lo que en la especie no se caracteriza el deber tutelar del Estado de proporcionar la educación fundamental de todos los habitantes del territorio Nacional y tomar las providencias para eliminar el analfabetismo”.

La Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes. Estatuyo lo siguiente en la ratio decidendi de su sentencia de fecha veintiocho (28) del mes de agosto del año dos mil siete (2007).

“**CONSIDERANDO:** A que esta corte no puede negar que ordenar de forma obligatoria la prueba científica de ADN, constituye una limitación al derecho a la intimidad del señor XXX, porque se le estaría obligando a dejar el señorío de privacidad, pero estos derechos no son absolutos y por consecuencia se pueden restringir al ordenar la toma de una muestra celular, o prueba de ADN; **en razón a que los derechos citados es una lesión ínfima si la comparáramos con los fines de preservar el derecho de conocer sus orígenes y su identidad del niño, por lo que la restricción a los derechos de xxxx, debido a que la no realización de la prueba podría implicar la negativa a conocer su propia historia genética, en tal virtud, por mandato del artículo 62, del código del menor, los artículos 4, 7 y 8 de la convención de los derechos del niño, procede ordenar la referida prueba de manera obligatoria, sobre la base de prevalencia de los derechos del niño, en el caso de la especie, sin embargo el niño con la no disposición de su realización, podría sufrir menoscabo permanente, que pudiera constituir una conculcación al derecho constitucional a la identidad y sus derivados previamente enunciados, si por la frustración de dicha prueba no pudiera acceder a la realidad filiatoria además la referida prueba es un medio idóneo, pertinente, necesario y útil no tan solo para demostrar la paternidad, sino también la no paternidad, con lo que se robustece la necesidad de su adopción, en función de los intereses sociales y de orden público del derecho de familia, de ahí que, esta corte tomando como referente el denominado test de proporcionalidad, para evaluar los derechos contrapuestos, afirma que la prueba es idónea porque busca la protección de un objeto constitucionalmente legítimo que tiene como fin la realización de valores supremos el Estado Social y democrático del derecho, como la justicia y la solidaridad, la igualdad de los hijos, siendo el Estado un corresponsable de la identidad y la filiación porque estos tienden a la protección de la familia y los hijos. La prueba es necesaria debido a que es el medio científico idóneo para la determinación de la filiación, y porque tiene como propósito el establecimiento de la filiación para la determinación de la filiación que debe ser y con ello cumplir con el mandato de la Convención de los Derechos del niño de garantizar la identidad. La prueba cumple con el presupuesto de la proporcionalidad, en razón a que la injerencia en los derechos fundamentales del adulto es legítima, debido a que tiene como fin la protección de los derechos supremos, precedentemente enunciados, que existen a favor del niño.**

Consideramos que en toda interpretación, ya sea jurídica general o constitucional siempre hay un margen a la discrecionalidad del juez, que supone cierta incertidumbre en la decisión; pero de todas las técnicas de interpretación que conocemos la que me merece mayor crédito es la del principio de proporcionalidad. Por considerarla la más racional de todas.