

Los caminos de la libertad

¡LIBERTAD VS. PONDERACIÓN!

The Ways of Freedom,

FREEDOM VS. WEIGHTING

RESUMEN

Pensar en los Derechos Humanos, es anteponer el principio elemental de libertad, sin la cual no hay goce pleno de derechos. Esta es una premisa y parte del hecho que el hombre en toda su dimensión debe gozar y sentirse libre y llevarlo al plano de la realidad, para defender sus Derechos Humanos ante otros seres humanos. Una de las técnicas jurídicas con las que cuenta es la ponderación al momento de sopesar la forma de salvaguardar, los mecanismos ideales de defensa y en algunos casos la norma jurídica que le garantiza en teoría sus derechos, en la práctica debe ajustarse a la realidad social para hacer efectiva esa legítima defensa. La ponderación como metodología empleada en el ámbito jurídico, plantea una serie de pasos para lograr el éxito, entre ellas está la de establecer si existe o no colisión entre normas, y cuál de esas tiene mayor precedencia de acuerdo a su peso jurídico. Uno de sus precursores es Robert Alexys (2003), en su libro *Ley de la ponderación*.

Palabras clave: Libertad, Ponderación, Derechos Humanos, Norma jurídica.

ABSTRACT

Thinking about human rights, is to put the basic principle of freedom, without freedom there is no full enjoyment of rights. This is a premise and partly from the fact that the man in all its dimensions should enjoy and feel free and take it to the level of reality, this way to defend their human rights to other human beings. One of the legal techniques with what counts is the balance at the time of weighing how to defend them ideal defense mechanisms and in some cases the rule of law that guarantees their rights in theory, in practice must conform to the social to enforce this self-defense. The weighting and methodology employed in the legal field, raises a number of steps to achieve success, among them is to establish whether there is collision between standards, and which of these standards has higher precedence according to their legal weight, one their precursors is Robert Alexys (2003), in his book *Weighting Act*.

Keywords: Freedom, Weighting, Human rights, Rule of law.

ELEONORA

PARRA DE PÁRRAGA

Profesora Titular a Dedicación Exclusiva de la Universidad del Zulia. Doctora en Ciencias Gerenciales. (2003) Abogada. (2011) Magister en Lingüística. En *Análisis y enseñanza del Castellano* (1993). *Cursante del Postdoctorado en Derechos Humanos en la Universidad del Zulia*. (2012). *Articulista regular en revistas arbitradas nacional e internacionalmente*. Conferencista en el área de Gerencia, Comunicación y Relaciones Públicas. Tutora de tesis de pre y postgrado (Maestría y Doctorado) de la Universidad del Zulia. eleogil@gmail.com

Recibido:

1 de febrero de 2013

Aceptado:

8 de abril de 2013

INTRODUCCIÓN

Una de las técnicas jurídicas más usadas al momento de tomar decisiones sobre un hecho o acontecimiento dado es la ponderación. La ponderación le permite al operador de justicia seleccionar entre varios instrumentos jurídicos cuál es el más adecuado de acuerdo a su jerarquía, aun cuando sean leyes del mismo orden y nivel.

La ponderación permite discernir, considerar una serie de factores que rodean el hecho como tal, para precisar la decisión más justa, adecuada y pertinente. Pero esta decisión conlleva a pensar que la libertad de selección está sujeta a múltiples factores sociales, económicos y políticos, de allí que la justicia está aparejada con la concepción de libertad que cada comunidad maneje. La libertad es el macroconcepto que une a los hombres y son capaces de darse un conjunto de leyes que les permita vivir armoniosamente, el dilema se presenta cuando hay que sopesar hasta dónde el ejercicio de la libertad no interfiera con los deseos de los otros miembros de la comunidad. Allí entra la ponderación jurídica, para balancear entre lo más adecuado, oportuno y pertinente.

LA PONDERACIÓN COMO CENTRO

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 me-

todológico 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. A pesar de ello, la ponderación se sitúa en el centro de muchas discusiones teóricas, que revelan que algunos aspectos tales como su estructura y sus límites, aún distan de estar del todo claros (Bernal Pulido, Carlos, 2003).

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan “*que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*” (Bernal Pulido, Carlos, 2003).

El Estado Constitucional Democrático se solidifica sobre unos pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas, lo que está claro es que a la hora de tutelar estas libertades con ellas mismas se van consolidando garantías fundamentales, las cuales trazan los paradigmas de un Estado creado bajo aristas de libertad, orden y justicia social (Serpe, 2010).

La identificación de los dos sentidos de la “libertad” es un emblema de dos requisitos distintos y complementarios, y la superposición: la individualidad y la sociabilidad, la libertad como un área de control, y la libertad como fuente de acción. A partir de estas premisas,

es posible rastrear los caminos de la libertad, y sus encarnaciones políticas de los últimos, los Derechos Humanos (Serpe, 2010).

En este orden de ideas el Estado Democrático Constitucional trata de ser imparcial jugando un papel mediador entre la moral y el derecho, o como lo dice Alexy (2003), el Estado Constitucional Democrático trata de resolver la vieja relación de tensión entre el derecho y la moral, presentándose en esta situación la participación de un positivismo jurídico, dando en el verdadero fundamento de esta organización política de gobierno, mostrando un positivismo que lleva consigo los ideales y postulados de este Estado, el Constitucional Democrático.

El proceso de la evolución de los Derechos Humanos, pasa en esta fase, por los derechos políticos. La génesis de los derechos políticos se caracteriza por una nueva concepción de la persona y de la libertad: una libertad que se manifiesta en las formas de las reclamaciones, el concepto de licencia de cualquier persona, para ir a una libertad activa (libertad de) individual, en relación con la (libertad para) libertad colectiva. El individuo ejerce su libertad en la soledad de la naturaleza a la que tiene derechos, pero dentro de una comunidad, y en ella, y a través de varias formas: los derechos políticos están consagrados en el ejercicio del derecho de participación. El corresponsable de tales derechos será el deber de la renovación del mandato del Estado de no interferir, para que se abstengan de realizar acciones contrarias a su ejercicio. La libertad del individuo está fortalecida, y

marca un paso decisivo en la evolución de los Derechos Humanos: la segunda generación se caracteriza por una mayor conciencia de la pertenencia al grupo social (Serpe, 2010).

Es innegable que la evolución de la sociedad contemporánea y el crecimiento del estado del bienestar y el bienestar no pueden pasar también por la idea de la libertad y la manera de realizar esto. Por lo tanto, una libertad de la interferencia ha sido testigo de un cambio hacia una libertad de participación. A partir de mediados del siglo pasado, el ejercicio de la libertad va acompañado de la conciencia del ser humano, al igual que los otros, no solo “libres e iguales”, de pertenecer a un grupo social, pero para distinguirse de los demás en especial de su condición social, sexo, edad, condición física. Cada característica pone de manifiesto las diferencias específicas que impiden la igualdad de trato e igualdad de protección (Serpe, 2010).

La ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*. Para tal fin, la ponderación no garantiza una articulación sistemática material de todos los principios jurídicos, que, habida cuenta de su jerarquía, resuelva de antemano todas las posibles colisiones entre ellos. Por el contrario, al igual que el silogismo, la ponderación es solo una estructura, que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto (Bernal Pulido, Carlos, 2003).

LEY DE LA PONDERACIÓN

Robert Alexy (2003), en la *Ley de la ponderación*, plantea esta ley: “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”. Si se sigue esta ley, la ponderación se puede dividir en tres pasos que el propio Alexy identifica claramente: “En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro”.

La ley de la ponderación plantea la medida permitida de falta de satisfacción o de afectación, de uno de los principios dependiendo del grado de importancia de la satisfacción del otro, la ley de la ponderación expresa en qué consiste esta relación, que se refiere a que cada principio por sí solo no puede determinar su peso, de una manera total o absoluta, sino que esta determinación hace que los pesos sean relativos. La ley de la ponderación lleva a la trascendencia del principio ponderado para su satisfacción, generando así un mandato (Alexy, 2003; Bechara, A., 2011).

La ley de la ponderación apunta primero a la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, y además en segundo orden formula un mandato, lo relevante es la importancia de las consideraciones de los prin-

cipios, y de conformidad con su método la ponderación plantea una regla de cómo ha de hacerse ese análisis, que arroje una ponderación de principios y su fórmula a la aplicación concreta del primer principio, en un juicio racional y objetivo que nace del estudio de los mecanismos tanto argumentativos como lógicos y herramientas de inferencia, que van a permitir al juzgador o intérprete, hacer el desarrollo de los principios que se ponderan, es así como Alexy (2003), propone la utilización de curvas de indiferencia de segundo grado, llevadas a un metanivel argumentativo para su aplicación.

Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce solo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Ejemplo de propuesta de jerarquización es la que realiza Miguel Ruiz (1983), para quien existen unas libertades jerárquicamente superiores a otras.

Si por democracia liberal se entiende el sistema político de toma de ciertas decisiones por representantes en competencia entre sí y elegidos libre y temporalmente por todos los ciudadanos, este sistema exige la preeminencia de algunas libertades que, en mi opinión, deben estar incluso por encima de la propia decisión popular. La libertad de expresión y crítica, la libertad de asociación y de reunión, la libertad de sufragio activo y pasivo en elec-

ciones periódicas, están entre esas libertades esenciales mínimas.

Dentro de este mecanismo de solución de los conflictos, la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados en un litigio concreto, baremos que en definitiva vienen bastante marcados por cuestiones ideológicas (Ruiz, Miguel, 1983).

El punto a decidir en las ponderaciones de principios se centra en un procedimiento definitivo de decisión y es según los grados de importancia de la satisfacción de un principio y de la satisfacción o falta de satisfacción del otro principio (Alexy, 2003; Bechara, 2011).

Conviene reconocer que el grado de afectación de los principios en el caso concreto no es la única variable relevante para determinar, en el tercer paso, si la satisfacción del segundo principio justifica la afectación del primero. La segunda variable es el llamado “peso abstracto” de los principios relevantes. La variable del peso abstracto se funda en el reconocimiento de que, a pesar de que a veces los principios que entran en colisión tengan la misma jerarquía en razón de la fuente del derecho en que aparecen –por ejemplo, dos derechos fundamentales que están en la Constitución tienen la misma jerarquía normativa–, en ocasiones uno de ellos puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo con la concepción de los valores predominantes en la sociedad (Bernal Pulido, Carlos, 2003).

El peso abstracto es una variable muy singular, que remite siempre a consideraciones ideológicas y hace necesaria una toma de postura por parte del intérprete sobre aspectos materiales, relativos a la idea de Constitución, de Estado y de Justicia. Naturalmente, la variable del peso abstracto pierde toda su importancia, cuando los principios enfrentados en la ponderación son de la misma índole (Bernal Pulido, Carlos, 2003).

La jurisprudencia constitucional de diversos países en ocasiones ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático, o a la intimidad y a la integridad física y psicológica sobre otros principios, por su conexión con la dignidad humana.

El tercer elemento de la estructura de la ponderación son las cargas de la argumentación. Las cargas de la argumentación operan cuando existe un empate entre los valores que resultan de la aplicación de la fórmula del peso, es decir, cuando los pesos de los principios son idénticos (Alexy, Robert, 2003).

En la *Teoría de los derechos fundamentales*, Alexy (2003) defiende la existencia de una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica que coincidiría con la máxima *in dubio pro libertate*. De acuerdo con esta carga de argumentación, ningún principio opuesto a la libertad jurídica o a la igualdad jurídica podría prevalecer sobre ellas, a menos que se adujesen a su favor “razones más fuertes” (Alexy, Robert, *ob. cit.*).

En el campo de aplicación de los principios la ponderación se muestra como el mejor mecanismo, pero no se debe obviar que el modelo ponderativo exige antes de su aplicación la subsunción, *“el paso previo a toda ponderación consiste en contrastar que en el caso examinado resulten relevantes o aplicables dos principios en pugna. En otras palabras, antes de ponderar es preciso subsumir, constatar que en el caso se halla incluido en el campo de aplicación de los dos principios”*, con esto se reafirma que la ponderación no está sola en el sistema jurídico, sino que además se incluye la subsunción como una especie de garantía, en la aplicación concreta para que pueda operar con confianza el modelo ponderativo, una vez que ambas aportan a la interpretación a la hora de tomar decisiones en el Derecho (Bechara, 2011; Alexy, 2003; Carbonell, 2007).

QUÉ NORMA O PRINCIPIO SE APLICA PRIMERO

A la hora de ponderar la regla que señale cuál de los dos principios precede al otro, será aquella que se acoja al resultado de la relación de precedencia condicionada, así las razones que juegan a favor y en contra de cada uno de los principios se soportan, y justifican el método ponderativo.

La llamada ponderación de derechos. Este mecanismo, especialmente desarrollado en el ámbito anglosajón, consiste en sopesar los derechos o bienes jurídicos en conflicto con las especiales circunstancias concretas que definen el caso que se intenta resolver, con el fin de determinar cuál derecho “pesa” más

en ese caso concreto, y cuál debe quedar desplazado. No se trata de una jerarquización general y abstracta, sino más bien de una jerarquización en concreto (Barnes, J., 1998). La ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro (Prieto Sanchís, 2000).

Según las posturas conflictivistas, los derechos fundamentales son realidades jurídicas que de modo natural tienden a colisionar, lo cual lleva a aceptar que los conflictos se hacen inevitables. Frente a una situación de conflicto, la solución se reduce solo a preferir un derecho y desplazar el otro, es decir, poner a uno de los derechos en conflicto por encima del otro. Para esto se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismos de solución que utilizan quienes parten de una visión conflictivista de los Derechos Humanos son la jerarquía y la ponderación de derechos (Castillo Córdoba, 2011).

Entonces, ¿qué son los Derechos Humanos? En primer lugar, un derecho es un concepto deóntico, un concepto normativo: la existencia de una ley se refiere a la existencia de una obligación, por lo que, la ley supone la existencia en el sistema regulatorio (Serpe, 2010).

Al visualizar los Derechos Humanos como ese cúmulo de derechos que tiene (bien ganados, o bien defendidos) el ser humano, pero que a la hora de hacerlos valer en casos específicos, hay que aplicar la ponderación en la selección del derecho más vulnerado en relación a los otros también vulnerados, pero que pueden esperar.

A este nivel de las circunstancias concretas sirven procedimientos y técnicas interpretativas como la ponderación (y el consecuente principio de proporcionalidad), que se emplearán no para sopesar derechos –como se estudió, proponen las doctrinas conflictivistas–, sino para ponderar las concretas circunstancias que definen el caso que se intenta resolver. Pero se sopesarán las circunstancias, no para concluir la preferencia de una libertad o de un derecho sobre otro derecho fundamental, de modo que se formule una jerarquía de derechos concreta –en oposición a la abstracta y general– sino para definir en el caso concreto los particulares alcances o contornos del Derecho invocado, de modo que permita establecer si la conducta que se enjuicia –por ejemplo, la publicación de una información– tiene protección constitucional por caer dentro del contenido jurídico del derecho invocado –por ejemplo, de la libertad de información– (Castillo Córdova, 2011).

Así, teniendo en cuenta estos elementos de definición y las circunstancias concretas en las que se presenta el caso, se trata de determinar si una concreta acción significa el ejercicio legítimo del Derecho que se invoca, es

decir, si la acción misma cae o no dentro del ámbito jurídico protegido del Derecho que se invoca como su fundamento y cobertura.

En uno y otro caso, terminará diciendo Cianciardo (2000), “tanto la jerarquización como la ponderación conducen a una relativización de las vertientes negativa y positiva de los derechos fundamentales. En efecto, al asumirse la necesidad de postergar uno de los derechos en juego, de un lado, se eclipsa su rol de límites del poder, y, de otro, el Estado se desliga de su obligación de promover su vigencia efectiva”.

Analizando así este método de aplicación de las leyes se está en presencia ante un derecho proclamado por infinidad de países y ratificado por otra cantidad igual, sin considerar la inclusión en las cartas magnas de muchos de ellos, es decir, tienen rango constitucional. Pero esa distinción no los hace más respetados ante cualquier ente o institución, sobre todo cuando se aplica la ponderación (vista como la selección de instrumentos a aplicar). El tener que decidir entre varios instrumentos jurídicos en relación a su importancia, determina el avance o retroceso que puede considerarse cuando basándose en esta situación se aprecia cómo la jerarquización de la pirámide de Kelsen, tiene sus resultados y su lógica.

La ponderación desde otro ángulo es la medida al momento de actuar ante una situación determinada, en este caso la defensa de los Derechos Humanos considerados como

un avance al momento de tasar la libertad del propio hombre. Si es así, puede plantearse que los Derechos Humanos dependiendo de su alcance, materia, y grado de violación, tienen en su aplicación una ponderación de acuerdo a varios factores, sociales, políticos, culturales, económicos, entre otros. Todo dependiendo del momento histórico que les toca vivir.

Esta condición para determinar cuál es la norma a aplicar en un momento determinado, puede también significar que la selección no sea siempre la más adecuada u oportuna. Lo central es discernir entre los diversos instrumentos jurídicos disponibles, su jerarquía y de acuerdo a su relevancia en relación a los otros se decide su aplicación. En este aspecto los Derechos Humanos, aun cuando significan un enorme avance en el respeto a la dignidad humana vista como un todo, político, social, económico, están igualmente expuestos a la ponderación al momento de decidir cuál norma debe aplicarse para la defensa del derecho humano vulnerado.

De igual parecer son Serna y Toller (2000), quienes refiriéndose tanto a la jerarquía como a la ponderación de derechos, han escrito que ambos métodos de interpretación guardan entre sí un alto grado de semejanza, pues uno de los bienes o derechos en lista puede ser preferido absolutamente y en abstracto, o condicionadamente y en concreto –jerarquización y balance, respectivamente–, pero en definitiva acaba otorgándose prevalencia a uno sobre otro en caso de conflicto. Así, la

jerarquización sacrifica en abstracto a uno de los bienes aparentemente en pugna, el *balancing test* lo hace en concreto.

CONCLUSIÓN

La jerarquización de instrumentos jurídicos al momento de decidir su aplicación lleva consigo la ponderación entre los derechos que pueden aplicarse, el decidirse por una norma u otra para resolver un conflicto implica el uso de algún tipo de baremo que permita inclinar la balanza a su aplicación. Los derechos humanos, pasan por esa ponderación jurídica cuando se estima que un derecho fue más vulnerado que otro, o es más importante, la defensa de los Derechos Humanos es una labor que se encuentra en la cúspide de muchos países y organizaciones, pero su declaración no conduce irremediamente a su respeto.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. pp. 86 y 87.

ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”. Traducción de Carlos Bernal Pulido, *REDC*, núm. 66, 2002. p. 32.

BARNES, Javier. El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998. pp. 35-36.

BECHARA LLANOS, Abraham Zamir. Investigador La ponderación y los derechos fundamentales. El Modelo Ponderativo de aplicación del Derecho y su recepción en la Corte Constitucional colombiana. Universidad Libre, Sede Cartagena, Centro de Investigaciones Producto del Grupo de Investigación Teoría Jurídica y Derechos Fundamentales “Phronesis”, Categoría C Colciencias, 2011.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit. Con un análisis de la jurisprudencia constitucional española en estos aspectos, 2003. pp. 770 y 772.

CARBONELL, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, op. cit. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 123.

CARBONELL, Miguel (coord.). El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional, op. cit. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 121.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Biblioteca Jurídica Virtual. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N° 12, 2011.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los derechos fundamentales*. Lima: Universidad de Piura-Ara Editores, 2003. p. 138.

CIANCIARDO, Juan. *El conflictivismo en los derechos fundamentales*. Pamplona: EUNSA, 2000. p. 120.

PRIETO SANCHÍS, Luis. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Derecho y Libertades*, núm. 8, 2000. p. 443.

RUIZ, Miguel Alfonso. “Sobre los conceptos de libertad”. *Anuario de Derechos Humanos*, Madrid, núm. 2, 1983. p. 547.

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando. *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2000. p. 13.

SERPE, Alessandro. Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio. *Utopía y praxis latinoamericana*, Año 15, N° 51, octubre-diciembre, 2010, Revista Internacional de Filosofía y Teoría Social. ISSN: 1315-5216 CESA-FCES-Universidad del Zulia. Maracaibo-Venezuela. Arguing based on human rights. Taking balancing seriously *Università degli studi di Napoli “Federico II”*, Italia *Universidade Nova de Lisboa*, Portugal *Universidad del Zulia*, Maracaibo, Venezuela.