

REFLEXIONES JURISPRUDENCIALES ACERCA DEL PAPEL QUE ESTÁ LLAMADA A DESEMPEÑAR LA PONDERACIÓN EN EL DERECHO

Igor Villalón¹

Resumen: *El presente trabajo revisa y analiza el polémico y siempre interesante principio de la ponderación y su aplicación en el Derecho, el cual no es de exclusivo uso de los jueces constitucionales sino de todos los jueces en general incluyendo los de la jurisdicción contencioso administrativo, quienes tienen la labor de ponerlo en práctica en su actividad de administrar justicia. Para tal fin, se realizara un análisis teórico introductorio respecto al principio de la ponderación y se examinarán dos (2) decisiones emanadas del sistema español y dos (2) del sistema venezolano, las cuales plantean escenarios realmente interesantes para el Derecho.*

Palabras clave: *Ponderación – Derechos – Juez – Interpretación – Jurisprudencia.*

SUMARIO. Introducción. I. La ponderación. 1. El debate entre Dworkin y Hart. 2. La moderna tesis de Robert Alexy. 3. Los principios de la ponderación. II. El principio de la ponderación visto desde la Jurisprudencia. 1. La ponderación en el derecho español. A. El derecho a la salud v. la libertad religiosa. B. El derecho a la imagen v. la actividad productiva. 2. La ponderación en el derecho venezolano. A. El derecho a la vida v. el derecho a la propiedad. B. Derecho a la libertad de tránsito v. los derechos del interés general. C. El derecho a la protesta v. la libertad de tránsito. Conclusión.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más discutidos por los estudiosos del derecho en los últimos años es el relacionado con los principios y la ponderación como técnica jurídica en el derecho contemporáneo actual.

El propósito del presente trabajo no es mostrar una versión mejorada de alguna de las concepciones ya desarrolladas por afanosos del derecho. Tampoco pretendemos intervenir en una polémica espesa y en algunos casos hasta inútil. Lo que proponemos, eso sí, utilizando con libertad elementos surgidos en otros debates, es dar respuesta a algunas de las preguntas fundamentales que se suscitan con relación a la ponderación como técnica necesaria del operador jurídico en el derecho moderno.

A través de los años, abogados y jueces han lidiado con diversas situaciones de complejidad, confrontando a los criterios jurídicos formales y al orden social, a los cuales no se podría reaccionar operando desde una

¹ Abogado de la Universidad Santa María (2006). Docente de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública y la Universidad Católica Santa Rosa.

determinada formalización jurídica, o lo que es lo mismo, pretendiendo hacer una definición lineal de la complejidad, cuando lo cierto es que la respuesta de una determinada situación debe ser conforme a la tutela judicial, la equidad, la proporcionalidad, la ponderación y la constitucionalidad.

De allí la inspiración de retomar un tema que como se sabe no es la primera vez que se ha desarrollado en Venezuela, sin embargo, lo que pretendo destacar en esta breve descripción es el tratamiento dado por algunos operadores jurídicos al principio de la ponderación, entre ellos, los hoy denominados Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

I. LA PONDERACIÓN

Como ya hemos advertido en líneas anteriores, se realizarán algunos comentarios respecto a la ponderación de los derechos o de los principios; un tema que, como se sabe, es uno de los más importantes dentro de la argumentación jurídica y el derecho constitucional contemporáneo.

La idea de la protección de los derechos fundamentales, nos lleva a pensar en la tutela de los mismos y, necesariamente, en los tribunales que son los encargados de salvaguardarlos y garantizar su viable aplicación.

Sabemos que un modelo garantista de derecho, es aquel que vela por el cumplimiento y desarrollo de los valores y principios constitucionales, con el objeto de direccionar las actividades de ese entorno superior que tiene como finalidad el “vivir en sociedad”².

Para lograr tal cometido, es necesario que los jueces comprendan que para resolver (en la sociedad) colisiones entre principios y reglas (opuestas) deben tener presente, por un lado, la norma que puede aplicarse tomando en cuenta el contenido jurídico de lo que se pretende discutir y, por otro lado, determinar la importancia que tendría su directa aplicación; surgiendo de este modo una incompatibilidad normativa entre normas de derechos fundamentales, situación que precisamente justifica el principio de la ponderación como una forma de solucionar conflictos jurídicos³.

² Véase Virgilio Rodríguez: *Ética y Política desde la filosofía del derecho*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM, 2008. www.revista.colaboración.juridicas.unam.mx/index.pdf y Manuel Atienza: *A Propósito de la Argumentación Jurídica* (Nº 21 ed., Vol. II). DOXA. Madrid, 1998. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/>

³ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona, 1995, p. 65.

1. El debate entre Dworkin y Hart

Los principios jurídicos son de vieja data en el derecho; tanto así que puede afirmarse que fue RONALD DWORKIN⁴, con su artículo “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”, quien inició un debate, que aún continúa vigente, con consecuencias en la dogmática y la metodología jurídicas.

El mencionado autor construye su teoría sobre la distinción entre reglas y principios como una arremetida al positivismo jurídico y, especialmente, a la interpretación de H.L.A. HART⁵, a quien acusó de concebir el Derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas.

No obstante, expresó aquel, que cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece haber dejado de lado. Es por ello que la crítica de DWORKIN es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la “separación conceptual entre Derecho y moral” y la “discreción judicial”.

De acuerdo con la primera, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que HART denomina la “regla de reconocimiento”. Sin embargo, para DWORKIN esta tesis no tiene asidero, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados, sino por la adecuación de su contenido.

Efectivamente, para DWORKIN un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, de hecho, la existencia de los mismos constituye una de las vías para la introducción de la moral en el Derecho –constituyendo

⁴ Enciclopedia libre. (On Line) Página: <http://wikipedia.com>. Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, Estados Unidos, 11 de diciembre de 1931 - Londres, Inglaterra, Reino Unido, 14 de febrero de 2013) fue un filósofo del Derecho y catedrático de derecho constitucional. Su teoría del derecho es una de las contemporáneas más influyentes respecto de la naturaleza del derecho. Según *The Journal of Legal Studies*, fue el segundo autor estadounidense del siglo XX más citado en el campo del Derecho.

⁵ Enciclopedia libre. (On Line) Página: <http://wikipedia.com>. Herbert Lionel Adolphus Hart (n. Harrogate, 18 de julio de 1907 - f. Oxford, 19 de diciembre de 1992), fue uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX. Estudió abogacía en el New College (Universidad de Oxford) del cual se graduó en 1932. En un principio se dedicó a ejercer la profesión en forma privada, pero con el comienzo de la Segunda Guerra Mundial, Hart ingresa a trabajar en el Servicio de Inteligencia Británico (MI5), donde compartió labores con otros filósofos oxonienses como Gilbert Ryle y Stuart Newton Hampshire.

éste, por tanto, uno de los argumentos utilizados por los críticos del positivismo jurídico para rechazar la separación conceptual entre Derecho y moral-.

No obstante, esta crítica al positivismo jurídico ha sido contestada por el destacado autor GREGORIO PECES-BARBA⁶, quien afirma que los valores, los principios y los derechos no son Derecho si no se incorporan al sistema jurídico, esto es, el Derecho legal y el Derecho judicial.

Continúa señalando el mismo autor que:

(...) no es evidente la contradicción entre principios y reglas, ni es necesaria la aproximación iusnaturalista de que existe Derecho al margen de lo que Hart llama la regla de reconocimiento y/o la norma fundante básica de identificación de normas. Por el contrario, aparece en la realidad que los principios, los valores y los derechos (...) no se imponen a la colectividad desde su verdad, desde la racionalidad, sino que los imponen los operadores jurídicos desde su autoridad (...).

Ambos, principios y reglas, sólo son relevantes para el Derecho como Derecho, cuando la voluntad normativa, a través de los operadores jurídicamente habilitados, los incorpora al sistema. Ambos son pues, normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción del mecanismo del Derecho. Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. No veo que esta interpretación ponga en entredicho el valor de una aproximación positivista.

Por otra parte, en lo que concierne a la discrecionalidad judicial, señala que en los casos en que ninguna norma sea aplicable a un caso concreto, el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución. Esta tesis ha sido rechazada por DWORKIN por dos razones.

En primer lugar, porque supone una violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo; y, en segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una regulación que no existe en el momento en que se produjo el hecho pudiendo vulnerarse, así, y para determinados, casos el principio *nullum crimen sine lege praevia*.

⁶ Gregorio Peces-Barba Martínez: "Prólogo" a Santamaría Ibeas, J. Javier: *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Universidad de Burgos-Dykinson, Madrid, 1997, p. 13. Citado a su vez del trabajo digital del autor Ruiz Ruiz Ramón: "Derechos Fundamentales". *Revista Telemática de Filosofía*. N° 10, 2007.

Ambas problemáticas pueden ser resueltas si se reconoce la existencia de los principios jurídicos los cuales ponen en manifiesto que el juez no goza de discrecionalidad ni siquiera en aquellos casos en los que hay oscuridad, vaguedad o ausencia de reglas aplicables, ya que puede recurrir a un principio del ordenamiento jurídico compuesto por reglas y principios, que ofrece una respuesta asertiva de la situación en conflicto⁷.

2. La moderna tesis de Robert Alexy

A partir de los años 90, comenzó una gran atención a este interesante tema, y uno de los autores que mayor ha dado por resolver el problema de la ponderación es el jurista teutón ROBERT ALEXY, el cual propone un método que extrae del Tribunal Constitucional Alemán y que denominó el *principio de proporcionalidad o ponderación*.

ALEXY, luego de realizar un exhaustivo estudio de lo que muchos llaman antinomias jurídicas, precisó que el mencionado principio de proporcionalidad debe dividirse en tres principios fundamentales: idoneidad, necesidad y proporcionalidad⁸.

De acuerdo con la filosofía del referido autor alemán, los derechos entran en conflicto; sin embargo, afirma que lo primero que habría que verificar es, cómo se relacionan estos derechos y cuál sería su preeminencia.

3. Los principios de la ponderación

Como ya se precisó, el *primer* principio de la ponderación es la “idoneidad”, en el cual sólo hay que determinar si uno de los derechos que está en juego es un principio idóneo para protegerlo; sin embargo, si esto no fuera así, podría resolverse de la manera más simple, esto es, concluyendo que si no es idóneo no tendríamos nada que resolver y mucho menos que ponderar.

Para el autor patrio JESÚS MARÍA CASAL, la primera característica de la ponderación es la *adecuación*, planteada en términos idénticos a la idoneidad; señalando que para que sea válida la restricción de un derecho fundamental, la medida que impone la restricción debe ser adecuada para alcanzar el fin

⁷ Ramón Ruiz Ruiz: “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en el derecho”. *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales*. N° 20, 2012. Fuente: http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/viewFile/4860/3952.

⁸ Robert Alexy: *El concepto y la validez del Derecho*. Editorial Gedisa. Barcelona, 1994, p. 189.

que persigue la ley, siendo que la no adecuación lo convertiría inmediatamente en inconstitucional⁹.

A modo de ejemplo tenemos que, si el legislador dicta una ley para perseguir una determinada finalidad, la cual es aceptable constitucionalmente, pero la medida a su vez afecta un derecho constitucional, evidentemente no se justificaría la existencia de esa ley, por no ser capaz desde el punto de vista fáctico de alcanzar el propósito para el que fue creada, razón por la cual podría concluirse que sin duda alguna sería contraria al espíritu del Texto Constitucional¹⁰.

Dicho en otras palabras y aplicado a un caso cotidiano, la “prohibición a la publicidad de bebidas alcohólicas en vallas publicitarias en carreteras y autopistas”; bajo este típico supuesto podríamos sostener que hay dos derechos en conflicto “el derecho a la libertad económica” y “el derecho de los ciudadanos a ser protegidos por el Estado en carreteras y autopistas”.

El *segundo* principio, es el de “necesidad”, en el cual hay que evaluar no sólo su idoneidad sino también que tan necesario es, y como se relacionan con otras medidas que podrían ser alternativas; y menos gravosas, si eso es así no resultaría necesaria, y por ende resultaría inconstitucional.

El *tercer* y último principio, es cuando la medida resulta ser idónea y necesaria, pero queda por determinar lo que ALEXY denominó *el peso de la afectación de cada uno de esos derechos*¹¹, es decir, la “proporcionalidad” en sentido estricto. Ello significa analizar qué tanto podría el administrador de justicia estar afectando otra esfera jurídica al proteger un derecho; dicho en otras palabras, lo ideal es hacer una valoración de qué tan importante es lo que estoy protegiendo y afectando en un mismo momento.

Una vez que tenemos estas valoraciones, es posible convertirlo (según ALEXY) en una fórmula que él propone en esta teoría y de la que no haré mayor referencia en el presente trabajo; pero sí advirtiéndole que la misma tiene como base determinar si una medida puede ser más gravosa que otra, aplicando criterios leves, moderados y graves mediante los cuales podamos determinar la afectación de un principio, y si la protección del derecho tiene mucha o poca

⁹ Jesús María Casal: “Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica”. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Serie Eventos N° 3. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2010, pp. 427-428.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, pp. 86-87.

importancia, asignándole en consecuencia valores al conflicto y así poder obtener –según el mencionado autor– un resultado ponderado¹².

Ahora bien, se debe advertir que la idea de ALEXY, ha sido objeto de grandes controversias durante los últimos años, al proponer un método matemático para alcanzar un resultado razonable del conflicto de derechos¹³. Sin embargo, precisamente por hacer un uso excesivo de la racionalización jurídica y por no operar de la manera sencilla, es que resulta cuestionado, pues al momento en que asignamos valores a los derechos, se subjetiviza el derecho y plantea quizás una solución irreal a los derechos que pudieran estar en conflicto.

Asimismo, se sostiene que hay maneras de entender un método interpretativo, pero no como un método concreto al estilo de ROBERT ALEXY, sino que se centre en dar razones a favor y en contra, y a su vez comprendiendo los tres criterios de relevancia, antes señalados.

En definitiva, en la pugna entre derechos e intereses, lo importante es ver qué razones podemos ofrecer y evaluar sin realizar juicios de valor *a priori*, para juzgar de manera adecuada cuándo se afecta de modo simbólico o real, cuando pueden ser un peligro latente o inminente, cuando es una afectación directa o indirecta; situación que sin duda alguna hace complejo pero no imposible el análisis de la ponderación.

II. EL PRINCIPIO DE LA PONDERACIÓN VISTO DESDE LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo haremos referencia a algunos ejemplos clásicos pero bastante peculiares, en los que al operador jurídico le ha tocado resolver pugnas de derechos en aplicación del principio de la ponderación.

1. La ponderación en el derecho español

A. El derecho a la salud v. la libertad religiosa

La primera jurisprudencia que se indicará, se trata de una demanda de amparo dirigida contra dos sentencias, ambas de fecha 27-06-1997, dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en el recurso de casación N° 3248/96.

¹² Robert Alexy: *Teoría de la Argumentación Jurídica*. (M. Atienza, & I. Espejo, Trads.) Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, pp 98 y 101.

¹³ David Zorilla: *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Tesis doctoral "Universitat Pompeu Fabra". Barcelona, 2014, p. 65 y ss.

La primera de ellas absuelve a los demandantes de amparo del delito de homicidio por omisión que se les imputaba. La segunda, como consecuencia de la expresada estimación del recurso, los condena, “como autores responsables de un delito de homicidio, con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la atenuante de obcecación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión”.

Los datos esenciales a que se refieren los términos transcritos del fallo son los siguientes: (a) La persona por cuya muerte se condena a los demandantes de amparo era un hijo de éstos, de 13 años de edad; (b) La condena es por omisión de la conducta exigible a los padres del menor, dada su condición de garantes de la salud de éste (condición que actualmente se recoge expresamente en el art. 11, en relación con el art. 138, ambos del Código penal de 1995); (c) La conducta omitida consistía bien en una acción de los ahora recurrentes en amparo dirigida a disuadir a su hijo de su negativa a dejarse transfundir sangre, bien en la autorización de aquéllos a que se procediese a la transfusión de sangre al menor; y (d) La causa de la actuación de los padres (propiamente, la razón de que éstos hubiesen omitido la conducta que se dice debida) se sustentaba en sus creencias religiosas pues, dada su condición de Testigos de Jehová, entienden, invocando al efecto diversos pasajes de los Libros Sagrados, que la transfusión de sangre está prohibida por la ley de Dios.

El Tribunal Constitucional Español, tras analizar si se ha efectuado una adecuada ponderación de los derechos enfrentados, expresó:

En cuanto a la primera de las cuestiones apuntadas, es indiscutible que el juicio ponderativo se ha efectuado, en lo que ahora estrictamente interesa, confrontando el derecho a la vida del menor (art. 15 CE) y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres (art. 16.1 CE). Es inconcuso, a este respecto, que la resolución judicial autorizando la práctica de la transfusión en aras de la preservación de la vida del menor (una vez que los padres se negaran a autorizarla, invocando sus creencias religiosas) no es susceptible de reparo alguno desde la perspectiva constitucional, conforme a la cual es la vida “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” (SSTC 53/1985, de 11 de abril, y 120/1990, de 27 de junio). Además, es oportuno señalar que, como hemos dicho en las SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 5, el derecho fundamental a la vida tiene “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. En definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional, de modo que no puede convenirse en que el menor goce sin matices de tamaña facultad de autodisposición sobre su propio ser.

En el marco de tal delimitación de los derechos en conflicto las consecuencias del juicio formulado por el órgano judicial no tenían por qué extenderse a la privación a los padres del ejercicio de su derecho fundamental a la libertad religiosa y de conciencia. Y ello porque, como regla general, cuando se trata del conflicto entre derechos fundamentales, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante (acerca de este principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales, por todas, SSTC 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 7, y 60/1991, de 14 de marzo, FJ 5). Y es claro que en el presente caso la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión¹⁴.

De lo anterior se deduce con toda claridad, que el Tribunal Constitucional Español al resolver el recurso de amparo realizó el juicio de ponderación sobre dos valores fundamentales, que de acuerdo con la clasificación propuesta por ROBERT ALEXY, se corresponde con la estructura de los principios o mandatos de optimización, a saber, la libertad de religión y la vida.

B. El derecho a la imagen v. la actividad productiva

La segunda jurisprudencia a la cual se hará referencia tiene relación con una actividad realizada por un trabajador en una fábrica de jamón ibérico, el cual fue despedido por rehusarse a continuar sirviendo como modelo de varias publicidades comerciales, a las que su empleador lo obligaba para promocionar determinado producto. En concreto, no deseaba más que su imagen fuese captada mediante fotografías que mostraran sus habilidades como cortador de jamón.

Vista la situación planteada el trabajador demandó el despido, pero fue negado en dos instancias; y como consecuencia de ello, recurrió en amparo ante el Tribunal Constitucional Español, el cual expresó:

El derecho a la propia imagen, consagrado en el art. 18.1 C.E. junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros. Sólo adquiere así su pleno sentido cuando se le enmarca en la salvaguardia de "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás,

¹⁴ Tribunal Constitucional Español. Sentencia N° 154/2002 del 18-07-2002, en http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4690#complete_resolucion&fundamentos

necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988, Fundamento Jurídico 3º). Una valoración teleológica que, por lo demás, también ha prevalecido cuando se ha analizado la proyección del derecho en cuestión sobre la relación individual de trabajo (STC 170/1987, Fundamento Jurídico 4º). Calificado así, resulta claro que el primer elemento a salvaguardar sería el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, que constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. En este contexto, la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta de aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél.

Esta estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, hace que la dimensión constitucional del tema quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima. Sus numerosas vertientes colaterales quedan, pues, remitidas a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria: respecto de los efectos indemnizatorios de los daños eventualmente causados; de los estrictamente sancionadores; o, por último, de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a la persona cuya imagen se reproduce en los supuestos en que ésta sea explotada comercialmente¹⁵.

Deben apreciarse, en este caso se presenta una colisión de derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, razón por la cual el Tribunal Constitucional mediante una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes concluyó que en esta oportunidad debe valorarse el alcance del derecho a la propia imagen como factor legitimador de la negativa del trabajador a obedecer la orden empresarial.

2. La ponderación en el derecho venezolano

El principio de proporcionalidad de los derechos fundamentales, al igual que la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, no se encuentra regulada de manera expresa en el ordenamiento jurídico venezolano. No existe ninguna norma que consagre de manera individual y específica la existencia de dicho principio del derecho, ya que es precisamente eso: un principio general del derecho que opera en los Estados democráticos y constitucionales.

¹⁵ Tribunal Constitucional Español. Sentencia N° 99/1994 del 11-04-1994, en <http://hj.tribunalconstitucional.es/pt/Resolucion/Show/2616>

Tanto en Venezuela como en otros Estados constitucionales, se despliega una gama de derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, que adoptan la forma de normas de principios y cuyo ejercicio se garantiza plenamente de manera individual.

Aunque no entraremos a analizar toda la jurisprudencia venezolana que de una manera u otra se relaciona con el tema objeto del presente estudio, sí pasaremos de seguidas a comentar algunas de las más recientes sentencias que ponen en evidencia según se desprende de su contenido, los criterios de ponderación. Por tanto Es necesario aclarar que la selección de las sentencias citadas se basa en su relevancia con respecto al método de la ponderación y su aplicación por parte del operador jurídico¹⁶.

En este sentido, el Máximo Tribunal de la República en sentencia N° 272, del 15-02-2007¹⁷, con ponencia de la magistrada Carmen Zuleta de Merchán, expuso:

(...) el test de la razonabilidad y de la proporcionalidad es el punto de apoyo de la ponderación entre bienes jurídicos de rango constitucional. Su aplicación implica: la adecuación de los medios implementados para conseguir un fin válido; la necesidad de instrumentar ese medio; y la proporcionalidad propiamente dicha entre el medio y el fin. De estos tres parámetros el segundo es el de mayor dificultad, porque implica que no debe existir un medio menos gravoso para lograr el objetivo.

De este extracto se aprecia que el tribunal no sólo toma en cuenta el principio de proporcionalidad o “test de la razonabilidad y de la proporcionalidad”, sino que además expone su estructura, que no es otra que los tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Precisado lo anterior, se revisaran dos (2) sentencias de relevancia en materia de ponderación dictadas en la Jurisdicción Contencioso Administrativo, en ese sentido tenemos:

A. El derecho a la vida v. el derecho a la propiedad

La decisión que comentaré de seguida tiene relación con una acción de amparo constitucional interpuesta ante la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en virtud de la negativa de “Hidrocapital” de atender la

¹⁶ Diego Arismendi. “La Ponderación de los Derechos Fundamentales en el Juzgamiento Jurisdiccional”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Metropolitana. Año 2007. Caracas. Fuente: www.tsj.gov.ve. [consultado en el año 2018].

¹⁷ En www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/272-150207-06-0873.htm

petición de instalar un medidor y consumo separado del agua potable en el lugar donde habitaba el solicitante con su familia¹⁸.

Es importante destacar que la presente decisión reviste de una especial relevancia dada las circunstancias particulares del caso, pues, se debatían derechos fundamentales como lo es el derecho la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y a un ambiente sano; protegidos por el Estado a través de la procura existencial de las necesidades básicas de los individuos, ello con la finalidad de que éstos puedan insertarse plena y apropiadamente en la sociedad, para lo cual debe brindarse la garantía de las condiciones mínimas necesarias para que los ciudadanos gocen de una vida digna.

Ello así, resulta interesante como la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, resolvió la antinomia presentada dejando claramente establecido lo siguiente:

No puede entenderse como un desconocimiento al derecho de propiedad de la ciudadana (...), sino que dada las circunstancias del caso en concreto, se observan la presencia de diferentes bienes jurídicos igualmente protegidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual no puede inobservar este Órgano Jurisdiccional, debiendo adoptar una solución que armonice la importancia de cada uno de los bienes jurídicos involucrados –derecho a la vida y el derecho a la propiedad–, y que haga predominar una justicia material sobre una justicia formal; lográndose ello a través del denominado principio de ponderación.

Ello así, en el caso de autos, se pone en evidencia el abuso del derecho de propiedad, al momento en que ciudadana (...), se extralimitó en el ejercicio de tal derecho, desincorporando en forma arbitraria la tubería que surtía la planta baja habitada por la accionante, dejándola sin el suministro del vital líquido, según se desprende de la Inspección realizada (...) por HIDROCAPITAL, (...) todo con el fin de obstaculizar la prestación del servicio de agua potable a la recurrente, en virtud de razones individualistas; contrariando con tal conducta el artículo 132 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que en el marco de los deberes de los ciudadanos, impone a toda persona cumplir sus responsabilidades sociales, de participación solidaria en la vida civil y comunitaria del país, promoviendo y defendiendo los derechos humanos como fundamento de la convivencia democrática y de la paz social.

(...)

En tal sentido, es de destacarse que conductas ilegítimas como la desplegada por la ciudadana (...), fundamentadas en el ejercicio abusivo del derecho de

¹⁸ Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de la República Bolivariana de Venezuela. Sentencia N° 1005 del 06-06-2008, en <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2008/JUNIO/1478-6-AP42-O-2008-000037-2008-1005.HTML>

propiedad no pueden ser tuteladas por el Ordenamiento Jurídico, por cuanto como se señaló *ut supra* todo derecho debe ser ejercicio dentro de unos límites racionales, que no obstaculicen el ejercicio de otros derechos por parte de otros ciudadanos, así como el fin mismo que persigue el derecho de propiedad, el cual tiene por finalidad posibilitar la convivencia social y no imposibilitarla.

(...)

Ello conlleva a que en el caso de autos el derecho de propiedad deba ceder frente al derecho a la vida el cual es un derecho absoluto, que no puede verse limitado por voluntades individuales, sino que debe ser protegido y garantizado por el Estado en virtud de la procura existencial, dado que el servicio de agua potable, es un servicio que los ciudadanos –en el caso particular la recurrente– no pueden proveerse por sí mismos, que está íntimamente relacionado con el derecho a la salud el cual que forma parte del derecho a la vida.

Visto el contenido de la decisión citada, se desprende por una parte, la inminente necesidad del operador jurídico de poner en funcionamiento la llamada ponderación entre los derechos de orden constitucional debatidos en la *litis*. Y por la otra, se dejó claramente establecido que el derecho de propiedad es un derecho que tiene como objetivo primordial hacer posible la convivencia social –no imposibilitarla– en el entendido que nadie puede hacer uso de su derecho de propiedad hasta el punto de hacer imposible el simultáneo ejercicio de otro u otros derechos –derecho a la salud, derecho a la vida, derecho a una vivienda digna– por cuanto estaríamos en presencia de un auténtico abuso de derecho.

B. Derecho a la libertad de tránsito v. los derechos del interés general

En este punto se hará referencia a la sentencia N° 2012-0704 de fecha 23 de abril de 2012 emanada de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en la cual se indicó lo siguiente¹⁹:

(...) el planteamiento de la representación judicial del Instituto Nacional de Transporte Terrestre fundamentó grosso modo su acción de amparo constitucional en la violación del artículo 50 de nuestra Constitución, que consagra la libertad de tránsito así como también en la incompetencia en la cual incurrió el Gobernador del Estado Miranda en dictar Decreto N° 2009-0066, publicado en Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Miranda Extraordinaria N°

¹⁹ En <http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2012/ABRIL/1478-23-AP42-O-2012-000016-2012-0704.HTML>

0214, de fecha 29 de enero de 2009, contentivo del Plan Vial 'Pico y Placa', pues a su decir dicha competencia la detenta el Ejecutivo Nacional.

(...Omissis...)

Ahora bien, no obstante lo anterior y en plena consciencia que el derecho a la libertad de tránsito constituye un derecho constitucional, no es menos cierto que el mismo no puede considerarse como absoluto de manera tal que soporta ciertas morigeraciones, en la medida que las limitaciones impuestas sean justificadas y luego de la correspondiente ponderación de intereses a que haya lugar.

Bajo este marco conceptual, debemos examinar si en el presente caso la limitación a dicho derecho constitucional al libre tránsito mediante el Decreto N° 2009-0066, emanado del Gobernador del Estado Miranda, publicado en Gaceta Oficial del Estado Bolivariano de Miranda Extraordinaria N° 0214, de fecha 29 de enero de 2009, contentivo del Plan Vial 'Pico y Placa', que pretendió desarrollarse entre los kilómetros 23 y 7+300 de la carretera nacional Panamericana se efectuó de forma correcta y en aplicación a la normativa que a tal efecto existe.

Así tenemos, que la carretera Panamericana atraviesa varios estados, incluso parte del Estado Miranda y empalma con la jurisdicción del Distrito Capital, por lo que ciertamente debe calificársele como una carretera nacional, de conformidad con lo previsto por el artículo 152 numeral 1 de la vigente Ley de Transporte Terrestre.

(...Omissis...)

No así, bajo una visión más amplia, es indudable que la medida en definitiva afecta no sólo a los habitantes y vehículos de tales entidades locales integrantes del Área Metropolitana de Caracas, sino a cualquier ciudadano que provenga de otras zonas o ciudades, tales como Maracay, Guarenas, Guatire, San Antonio de los Altos, Los Teques, que laboren en la aludida Área; por lo que el plan en cuestión afecta incluso a personas y vehículos más allá del Área Metropolitana de Caracas, lo cual excede del ámbito de competencias municipales.

Lo anterior hace concluir -prima facie- que, dado que los efectos de la medida que se analiza se extralimitan del ámbito municipal e incluso se exceden del ámbito de competencias del Distrito Metropolitano, se intuye que ésta podría resultar verdaderamente eficaz y efectiva si, además de fundarse en el principio de coordinación, conforme se señaló, sea implementada y coordinada a nivel nacional, previéndose así una uniformidad en su ejecución.

De lo anterior se desprende, que la coordinación entre ambos niveles no es baladí sino por el contrario constituye un requisito sine qua non para la consecución de un fin común, el cual es mejorar la vialidad, sin la cual no es posible la implementación de un determinado plan, tendente a restringir un derecho de orden constitucional, como lo es la libertad de tránsito.

Ahora bien, circunscribiéndonos al presente caso, observa esta Alzada de la revisión pormenorizada del expediente, que no existió plan de coordinación

alguno entre el Ejecutivo Nacional representado por el Instituto de Transporte Terrestre y la Gobernación del Estado Miranda, para dictar el Plan Vial 'Pico y Placa', por el contrario se observa que fue un plan ideado de una sola de las partes, específicamente del Ejecutivo Regional, restringiendo de una manera ilegítima el derecho constitucional de transitar libremente por todo el territorio nacional, acarreado de manera inexorable en la violación de dicho derecho constitucional. Así se decide.

En este sentido, se aprecia que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo concluyó que al tener el agravante la intención cierta de restringir la garantía al libre tránsito en la carretera Panamericana, implementado para ello el denominado Plan 'Pico y Placa', sin tomar en cuenta que se trataba de la carretera nacional Panamericana, es decir una arteria vial de la cual se sirven ciudadanos que residen en diversas ciudades dormitorio como son el estado Vargas, La Victoria, Tejerías estado Aragua, Los Teques y demás poblaciones aledañas para acceder a ésta ciudad capital, la restricción al libre tránsito en dicha vía durante las horas habituales de traslado para la jornada laboral, constituía una trasgresión a los derechos e intereses de sus usuarios y por ende al ordenamiento jurídico que debían ser ponderados.

Ahora bien, en nuestro resumen se indicó que se analizarían (2) sentencias vinculadas al contencioso administrativo en el caso venezolano, sin embargo se incluirá a modo de agregado o de una especie de "*Obiter Dictum*", una decisión emanada de la Sala Constitucional que posee importancia y vigencia en el derecho de hoy y por tal motivo no podría ser objeto de exclusión.

C. El derecho a la protesta v. la libertad de tránsito

Esta última decisión es una de las más polémicas del año 2014, pues en esta oportunidad se analizaron desde la perspectiva de la Sala Constitucional, dos derechos que se encuentran en la palestra en la sociedad venezolana, como lo son el derecho a la manifestación o a la protesta y el derecho a la libertad de tránsito²⁰.

La acción interpuesta se trata de una "Demanda de Protección de Intereses Colectivos y Difusos" conjuntamente con medida cautelar innominada en contra de los "Alcaldes del Municipio Baruta y Municipio el Hatillo", por el presunto incumplimiento del artículo 178 de la Constitución

²⁰ Sentencia N° 135 del 12-03-2014, en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/161913-135-12314-2014-14-0194.HTML>

de la República Bolivariana de Venezuela y la violación de los derechos contenidos en los artículos 50, 55, 75, 78, 80, 83, 87, 102, 111, 112 y 127 *eiusdem*.

En ese sentido la Sala resolvió la medida cautelar solicitada, en los siguientes términos:

Por ende, visto el amplio poder cautelar de esta Sala en protección de los derechos y garantías constitucionales y de los bienes jurídicos que especialmente ellos resguardan y atendiendo a la situación fáctica planteada por el demandante como al hecho notorio del cual tiene conocimiento esta Sala, se acuerda amparo constitucional cautelar, con fundamento en lo previsto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, en consecuencia, se ordena a los alcaldes de los municipios Baruta y El Hatillo, ciudadanos Gerardo Blyde y David Smolansky, respectivamente, que dentro de los municipios en los cuales ejercen sus competencias, realicen todas las acciones y utilicen los recursos materiales y humanos necesarios, en el marco de la Constitución y la Ley, a fin de evitar que se coloquen obstáculos en la vía pública que impidan el libre tránsito de las personas y vehículos; se proceda a la inmediata remoción de tales obstáculos y se mantengan las vías y zonas adyacentes a éstas, libres de residuos y escombros y de cualquier otro elemento que pueda ser utilizado para obstaculizar la vialidad urbana. Asimismo, se les ordena que cumplan con su labor de ordenación del tránsito de vehículos a fin de garantizar un adecuado y seguro desplazamiento por las vías públicas de sus municipios. Adicionalmente se les ordena que velen por la protección del ambiente y el saneamiento ambiental, aseo urbano y domiciliario. Finalmente, se ordena a los mencionados alcaldes que giren las instrucciones necesarias en sus respectivos cuerpos de policía municipal, a fin de dar cumplimiento efectivo a lo previsto en los artículos 44 y 46 de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana. En ese sentido, se les ordena que desplieguen las actividades preventivas y de control del delito, así como, en el ámbito de sus competencias, promuevan estrategias y procedimientos de proximidad con las comunidades de sus espacios territoriales, a fin de lograr la comunicación e interacción con sus habitantes e instituciones locales con el propósito de garantizar y asegurar la paz social, la convivencia, el ejercicio pacífico de los derechos y el cumplimiento de la ley. Así se decide.

Es interesante el contenido de la decisión suscrita por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, quien para resolver un tema de tanta importancia ponderó los derechos en juego, analizando la amplitud y la limitación de cada uno de los derechos fundamentales en pugna.

Para entender la trascendencia de la decisión dictada por la Sala Constitucional, habría que mencionar, inevitablemente, que desde hace muchos años en Venezuela, se han vivido numerosas protestas y movilizaciones sociales, situación que ha dado lugar a un recurrente debate

sobre cómo hacer frente a estas situaciones de conflictividad social, por un lado, el libre tránsito y, por el otro, el derecho a la manifestación.

Es necesario para poder comprender y entender la real dimensión de las posiciones antagónicas respecto a la preeminencia de esos derechos, realizar ciertas afirmaciones; en primer lugar, que ningún derecho humano es absoluto, salvo el derecho a la vida, es decir, todos tienen límites y restricciones y, en segundo lugar, dejar en evidencia que estamos frente a un conflicto de derechos, situación que es muy común conforme a lo que he venido señalando en este breve trabajo de investigación.

Hay que puntualizar que el derecho a la libertad de expresión y de manifestación tiene como límite (a) el ser pacífica y (b) el no afectar derechos de otros ciudadanos; mientras que la libertad de tránsito tiene como límite que si bien los espacios públicos, calles y plazas, son espacios de circulación, también lo son para la deliberación de los asuntos públicos y por ende de manifestaciones pacíficas.

Bajo estas premisas es necesario resaltar que una probable salida del conflicto entre estos derechos tiene que darse a partir de una ponderación de éstos, es decir valorar los derechos en conflicto, el contexto social y determinar el grado de afectación que cada derecho tendrá que sufrir para lograr un ejercicio equilibrado de los derechos implicados.

Resulta quizás temerario afirmar que en Venezuela (al igual que en otros países del mundo) las autoridades deberían mantener una permanente comunicación con quienes mantienen las protestas y así poder llevar a cabo las medidas para garantizar ambos derechos, pero la pregunta que surgiría de seguidas sería; ¿cuáles son? o ¿cuáles serían esas medidas?

Las medidas para garantizar la circulación del sector que pudieran estar en desacuerdo con tal manifestación, y a la vez proteger a quienes tienen el derecho de manifestar su descontento conforme a los intereses que tuvieran en común, pero más allá de ello, las medidas que siempre deben estar claramente determinadas, vienen referidas, por ejemplo: (a) un informe previo a las movilizaciones, el cual debe establecer las rutas que podrían dificultar el tránsito terrestre; y (b) deben ser informadas a la colectividad en general por parte del Estado. Estas dos medidas en principio servirían para mantener un equilibrio deseado entre quienes tienen su derecho a manifestar, y los que tienen el derecho a circular libremente.

En el caso bajo análisis la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dejó establecido que las autoridades (Municipales, Estadales y Nacionales) están obligadas a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos de todas personas y grupos sea cual sea su tendencia política, (que

dicho sea de paso, es otro derecho constitucional), siempre evaluando las realidades de los grupos que reclaman diferentes derechos, siendo allí el momento en el cual el Juez debe aplicar con mayor intensidad la ponderación de los mismos.

Bajo este mismo orden de ideas, es oportuno traer a colación un extracto del criterio asentado por el Tribunal Constitucional de San José de Costa Rica, en decisión N° 2000-03020 del 16-12-2009, el cual establece lo siguiente:

El Estado tiene la potestad de hacer uso de la fuerza legítima para garantizar la libertad de tránsito de las personas, pero la defensa de esta libertad no puede ser ilimitada, a tal punto que restrinja la libertad personal y la libertad de expresión (...) La acción de la policía debió limitarse a resguardar el orden, la seguridad, la tranquilidad y la libertad de tránsito durante la manifestación. Debido a que durante las manifestaciones populares es factible que el ejercicio de la libertad de expresión de unos limite el ejercicio de la libertad de tránsito de otros, el Estado (...) deberá garantizar la libertad de tránsito de las personas, organizando salidas alternas, levantando obstáculos en las vías, pero jamás dispersando mediante maltratos físicos y detenciones ilegítimas al grupo de personas que se encuentren manifestando su opinión de forma pacífica²¹.

Es cierto que las protestas son y serán un modo constitucional de hacer saber a las altas autoridades gubernamentales su desacuerdo con algunas políticas públicas que pudiese afectarlos; no obstante, también es cierto que no puede una protesta limitar derechos constitucionales de otras personas y, mucho menos, ponerlas en riesgo mediante actividades violentas que desnaturalizan el sentido propio de la “protesta”, lo cual es inaceptable, al menos, desde el punto de vista de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República quien, en la decisión objeto de análisis, hace un llamado de las autoridades municipales a los fines de que hagan valer su autoridad ante los hechos ocurridos.

Aclarado lo anterior, no podemos dejar de manifestar en estas breves líneas, nuestra más clara y dura posición en contra de cualquier expresión de violencia, provenga de donde provenga, sin embargo, la posibilidad de manifestar pacíficamente no puede entenderse como un acto invisible y mucho menos como un apaciguamiento, control o irrespeto a los principios democráticos y el derecho a la libertad de los ciudadanos en un Estado Democrático.

²¹ Claudia Marín. El mundo. Cr. (2018). “Bloqueos pueden ser tolerados mientras existan vías alternas”. Página web: <https://www.elmundo.cr/sala-iv-bloqueos-pueden-ser-tolerados-mientras-existan-vias-alternas/>. Ver también el contenido de la página web: <https://vlex.co.cr/vid/-498719182>. Sentencia N° 10177 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia del 14-09-2004.

CONCLUSIÓN

El juicio de ponderación, como técnica depurada de solución de conflictos entre principios y especialmente de colisión de derechos, podrá introducirse en la práctica cuando entendamos, entre otras cosas, que los derechos no son ilimitados ni absolutos, y que la forma de solucionar las tensiones entre aquellos no es la misma que se predica comúnmente respecto a las reglas.

La verdad es que en el área del derecho, se ha observado como en algunos casos, se genera una gran tensión entre uno o varios derechos que complican al operador jurídico a la hora de tomar decisiones, las cuales suponen una alta dosis de discreción judicial.

Sin embargo, aunque la discreción suponga la ausencia de una respuesta jurídica unívoca para la resolución de un determinado supuesto, la ponderación, al menos en Venezuela, debe sujetarse a estándares de racionalidad y justicia, a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que necesariamente implica asimilar el modelo normativo de principios y reglas y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En definitiva, no se puede ponderar sin interpretar, pues el empleo del juicio de ponderación presupone una visión abierta y pluralista que no conoce de jerarquías o absolutismos en el catálogo de bienes, valores y derechos constitucionales. Sólo de esta forma se puede dimensionar correctamente la finalidad de la técnica ponderativa, que no es la imposición o la sublimación de uno de los principios en concurrencia, sino la armonización de aquellos mediante el menor grado de lesión o afectación posible.

Es por ello que este principio tiene una importante relevancia para el derecho y para todos los jueces del país, en especial a los de la Jurisdicción Contencioso Administrativo quienes se encargan de resolver temas vinculados a las actividades que realizan los poderes Ejecutivo, Estadal y Municipal.

Finalmente, se concluye con una frase del filósofo de origen griego Sócrates "Cuatro características corresponden al Juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar y decidir imparcialmente"²².

²² Cfr. Manuel Atienza. *Argumentación y Constitución*, ponencia efectuada en las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política. Universidad de Alcalá de Henares, marzo de 2007, p. 48 y ss. http://www.filder.es/manuel_atienza.pdf