

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Carlos Ramón Salcedo Camacho* (República Dominicana)

Posmodernismo, derechos fundamentales implícitos y la solución constitucional dominicana

RESUMEN

A partir de la proclamación de la Constitución de 2010, el constitucionalismo dominicano entró en la dinámica del posmodernismo constitucional y asumió los conflictos propios de la posmodernidad y su catálogo inacabado de derechos fundamentales, algunos expresos y otros tantos implícitos. Uno de los conflictos es el que ocurre entre derechos fundamentales implícitos, en los que el juez constitucional tiene la tarea de armonizarlos, apoyándose en una interpretación holística, armónica e integral de la Constitución, tanto en el plano dogmático como en la práctica constitucional, para que cada ciudadano obtenga una solución que responda al orden constitucional sustantivo, material y funcional imperante.

Palabras clave: constitucionalismo, posmodernismo, República Dominicana.

ZUSAMMENFASSUNG

Seit der Bekanntmachung der Verfassung von 2010 ist der dominikanische Konstitutionalismus der Dynamik der verfassungsrechtlichen Postmoderne ausgesetzt und hat sich den Konflikten zu stellen, die der Postmoderne und ihrem unvollendeten Katalog von teils ausformulierten, teils implizit niedergelegten Grundrechten eigen sind. Einer dieser Konflikte besteht zwischen den impliziten Grundrechten, die die Verfassungsrichter auf der Grundlage einer ganzheitlichen und umfassenden Auslegung der Verfassung sowohl auf der rechtsdogmatischen als auch auf der verfassungspraktischen Ebene in Einklang bringen müssen, damit jedem Bürger eine Lösung angeboten wird, die der geltenden materiellrechtlichen und funktionalen Verfassungsordnung in ihrer Substanz entspricht.

* Abogado, especialista en derecho constitucional, derechos fundamentales y libertades públicas, argumentación jurídica, derecho societario y comercial, y derecho del trabajo y de la seguridad social. Dirige la firma de abogados y consultores Salcedo y Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com.

Schlagwörter: Konstitutionalismus, Postmoderne, Dominikanische Republik.

ABSTRACT

With the proclamation of the Constitution of 2010, Dominican constitutionalism entered the dynamic of constitutional postmodernism, and assumed the conflicts inherent in postmodernity and its incomplete catalogue of fundamental rights, some express and others implied. One of these conflicts arises among implied fundamental rights, which constitutional judges must harmonize on the basis of a holistic, harmonious and comprehensive interpretation of the Constitution, on a dogmatic level as well as in constitutional practice, so that every citizen can obtain a solution that is consistent with the prevailing substantive, material and functional constitutional order.

Keywords: constitutionalism, postmodernism, Dominican Republic.

Introducción

Con la nueva Constitución de la República, el constitucionalismo dominicano entró en una nueva etapa a partir de 2010 y con ello se plantearon nuevos retos para los operadores jurídicos con ocasión de los conflictos jurídicos surgidos a partir de ella. Previo a esta carta política, el constitucionalismo dominicano, aunque con luces y avances, venía rezagado y poco a poco dejaba la modernidad jurídica atrás para asumir paulatinamente el posmodernismo jurídico.

Con la proclamación de la Constitución de 2010, el ordenamiento jurídico dominicano fue dotado de una amplia gama de derechos fundamentales, los cuales no se limitan a los contenidos en la propia carta fundamental de la nación, sino que se admiten –readmiten, pero con mayor certidumbre y amplitud–¹ otros derechos no expresados en ella y se les otorga la misma jerarquía, al tiempo de dar mandato de interpretación favorable al titular de los derechos fundamentales.²

¹ Muchos de los derechos fundamentales de la Constitución de 2010 ya eran reconocidos expresamente por la Constitución de la República de 2002, en su artículo 8; a su vez, el artículo 10 de dicha Constitución establecía la cláusula de derechos y deberes implícitos, al disponer: “La enumeración contenida en los artículos 8 y 9 no es limitativa, y por consiguiente, no excluye otros derechos y deberes de igual naturaleza”. De ahí que, en cierta medida, el catálogo de derechos fundamentales de la Constitución de 2010 esté nutrido por esos derechos implícitos de las constituciones anteriores.

² Al establecer los principios de reglamentación, aplicación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales, el artículo 74 de la Constitución establece: “La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza; 2) Sólo por ley, en los casos *permitidos* por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales, respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad; 3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por

A su vez, la carta política de 2010 reafirma la idea de Constitución como norma vinculante para todos los poderes públicos.³ Por primera vez en la historia constitucional dominicana tenemos una Constitución fuertemente normativa y autoproclamada suprema. Esto implica un avance significativo y forma parte de la entrada del constitucionalismo dominicano a la posmodernidad.

Esta normatividad férrea, que desde los años noventa se le venía reconociendo a la Constitución de la República, ha tenido su momento de consolidación con la actual ley de leyes y esta, a su vez, está garantizada por una jurisdicción constitucional que tiene como atribuciones asegurar la supremacía de la Constitución, su integridad y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

Desde la acera de los derechos fundamentales, la Constitución amplía, pues, el catálogo de estos y reconoce la existencia de otros. Estos son los derechos fundamentales implícitos, los cuales son una creación normativa de la Constitución y corresponde a la comunidad de intérpretes constitucionales reconocer progresiva y favorablemente a los dueños de aquellos derechos fundamentales que no están expresamente reconocidos en la carta magna.

En el presente artículo vamos a afirmar al constitucionalismo dominicano en el posmodernismo jurídico y sus implicaciones de cara a la creación –más bien solución conforme a la Constitución– y garantía de los derechos fundamentales. Además, plantaremos el contexto de los conflictos entre derechos fundamentales implícitos y su expresión en la normativa derivada del texto capital de la nación.

Trataremos de indicar cuál es el camino idóneo para una solución constitucional conforme en caso de que colidan los derechos fundamentales implícitos, choques que seguro sucederán en el nuevo escenario del constitucionalismo dominicano, partiendo siempre de las reglas de interpretación que impone el constituyente en el artículo 74 de la carta fundamental, el cual forma parte vertebral de nuestra norma fundamental, pero que en algunas circunstancias podría ser insuficiente sin el adecuado y correcto método interpretativo por parte de la comunidad de intérpretes constitucionales.

En efecto, algunos conflictos entre derechos fundamentales no tendrán una solución matemática, y el juez constitucional tiene que apoyarse en el artículo 74 de la

el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; 4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”. Como se observa, el numeral 1 del artículo 74 de la Constitución de la República reproduce casi textualmente las disposiciones del anterior artículo 10 de la Constitución de 2002.

³ Basta ver las disposiciones precisadas del numeral 4 del artículo 74 de la Constitución de la República, que establece la obligatoriedad de la interpretación favorable al titular del derecho, y las disposiciones del artículo 184, que instituye la garantía jurisdiccional de los derechos, al establecer el Tribunal Constitucional para asegurar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Constitución a través de una interpretación conjunta que incluya los distintos elementos políticos fundacionales de la Constitución y que son indispensables para la correcta aplicación de la norma y la conservación del orden constitucional vigente.

1. La posmodernidad constitucional

1.1. De la modernidad a la posmodernidad

Desde el punto de vista filosófico, la modernidad ha sido catalogada como “el proceso de mundialización o secularización”⁴ de las sociedades, enfatizando el uso de la razón por sobre la transitividad.⁵ Por otro lado, desde el punto de vista jurídico, la modernidad es una corriente caracterizada esencialmente por la idea de que los problemas jurídicos se resuelven mediante la aplicación de un pensamiento sistemático y cerrado, de la mano del positivismo.⁶

No obstante, el advenimiento de la etapa posmoderna ha significado el rechazo de los ideales modernistas,⁷ tanto desde la filosofía como desde el derecho. En tal sentido, y para los fines del presente análisis, la posmodernidad jurídica se caracteriza por el pluralismo normativo, es decir, por la apertura del derecho (*open texture*), atendiendo a los valores pragmáticos, estéticos y éticos,⁸ en respuesta a fenómenos como la globalización, lo cual ha resultado en la incorporación de normas supranacionales, normas consuetudinarias y normas de construcción judicial al ordenamiento en un nivel jerárquico básicamente horizontal.

Entre las características de la posmodernidad constitucional, la doctrina generalmente cita el pluralismo jurídico y cultural, la revalorización de la idea de los principios generales del derecho, la recuperación de la dimensión ética del derecho y el surgimiento del derecho transestatal.⁹

⁴ Daniel Innerarity, “Modernidad y postmodernidad”, en *Anuario filosófico*, vol. 20, núm. 1, Navarra, Universidad de Navarra, 1987, pp. 105-106.

⁵ Hans Blumenberg, “Selbsterhaltung und Beharrung. Zur Konstitution der neuzeitlichen Rationalität”, en Hans Ebeling (ed.), *Subjektivität und Selbsterhaltung*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1976, citado en *ibid.*, p. 108.

⁶ Eduardo Ángel Russo, *Teoría general del derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995, citado en Ernesto Grün, “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997, p. 20.

⁷ El modernismo jurídico se consolida con la victoria de la burguesía en la Revolución francesa. Desde ese momento, comienza un proceso de sistematización de la producción de las normas y con ello un control férreo de la producción del derecho. Esta corriente iusfilosófica se extenderá por todo Occidente y durará hasta finalizada la Segunda Guerra Mundial. El posmodernismo nace de las nuevas constituciones europeas de la posguerra.

⁸ Grün, *op. cit.*, p. 21.

⁹ Manuel A. Núñez, “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1, 2004, pp. 119-120.

Por tanto, se podría decir que el paso a la posmodernidad supone un rompimiento con el pensamiento cuadrado de la modernidad, en el cual toda cuestión jurídica debía necesariamente encajar en la normativa existente, sin la posibilidad de aplicar reglas flexibles y prácticas para dar la solución más efectiva a los problemas, de manera favorable para los titulares de los derechos constitucionalmente consagrados, tanto explícita como implícitamente.

1.2. El sistema pluralista

El pluralismo no es más que la existencia de multiplicidad de autoridades en un mismo sistema, sin que haya entre ellas una jerarquía horizontal. Esto puede tomar forma como la multiplicidad y dispersión de las fuentes del derecho, o bien como la integración de diferentes sistemas o jurisdicciones, creando una base legal abierta que rompe con los lineamientos de la modernidad.

En este sentido, la doctrina ha sostenido que “en el marco del constitucionalismo multinivel y, por lo tanto, del pluralismo constitucional, las relaciones entre los diferentes niveles se regulan atendiendo a los principios y objetivos constitucionales comunes, no según una norma última, bien sea esta del derecho nacional, regional o universal”.¹⁰ Esto implica que la finalidad última de cualquier intérprete judicial en un sistema pluralista vendrá siendo el cumplimiento de los objetivos constitucionales, por lo que se les presta especial importancia a las herramientas utilizadas para lograr tal cometido.¹¹

En palabras llanas, el pluralismo jurídico que ha surgido con la etapa posmoderlista ha hecho que el enfoque de los jueces no sea la garantía y protección estricta del cumplimiento de los textos legales, sino que ahora deben velar por que la solución aplicada sea la más acorde con la finalidad del Estado.

A estos fines, y específicamente en el marco de la justicia constitucional, los jueces han empleado mecanismos para lograr estos objetivos, como acudir a los principios constitucionales, normativas internacionales y tradiciones, cuando la norma no es lo suficientemente explícita respecto a la solución que debe darse a un caso, así como apoyarse en la teoría de los derechos implícitos, caracterizada por el reconocimiento judicial de derechos, como se explicará más adelante.

¹⁰ Paola Andrea Acosta Alvarado, “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, 2013, p. 364.

¹¹ *Ibid.*, p. 365.

2. El paso del constitucionalismo dominicano al posmodernismo

2.1. La limitación del poder presidencial como eje del modernismo constitucional dominicano

La historia constitucional dominicana ha sido tan turbulenta, zigzagueante, oportunista y con dejos de autoritarismo como la de la mayoría de los países latinoamericanos. Desde los inicios de la República, el movimiento constitucional fue precario y la Constitución de San Cristóbal de 6 de noviembre de 1844 tuvo la sola función de organizar el poder político e inflar el poder del presidente, otorgándole plenos poderes de excepción.

El constitucionalismo dominicano nació trunco, toda vez que la Constitución de 1844 se fundó en la excepcionalidad, en los poderes exorbitantes del presidente y en la suspensión de la carta de derechos fundamentales clásicos que reconocía y que no debía eliminar desde un primer momento.

Esto explica el poco arraigo de la Constitución en la cultura jurídica y política del siglo XIX. De hecho, no tememos afirmar que, durante esos 100 años, la República Dominicana tuvo constituciones de papel, es decir, puras proclamas de los derechos clásicos de la modernidad y una organización del Estado que no mostraba la honda debilidad institucional de la joven República.

Y esto tiene sentido, dado que durante nuestras dos primeras repúblicas, el constitucionalismo dominicano tuvo como causa principal la limitación de los poderes del presidente, visto este como la institución responsable de los males que azotaban la vida política y el culpable del atraso económico.

El constitucionalismo dominicano del siglo XIX y hasta la fatídica dictadura de Rafael Leónidas Trujillo en 1930 podría resumirse en la “lucha entre liberales y conservadores”; sin embargo, sería un reduccionismo histórico inaceptable, dado que durante años hubo tanto gobiernos liberales como conservadores, como bien ha precisado Eduardo Jorge Prats:

La intención constituyente de 1844, originalmente liberal, quedaría desvirtuada por la incorporación, debido a la presión del General Pedro Santana, del artículo 210 que le otorgaba plenos poderes de excepción al Presidente de la República. Esta presentación no es la más adecuada porque hubo gobiernos conservadores que propiciaron Constituciones liberales y viceversa, ya que las contradicciones entre facciones y partidos durante gran parte de nuestra historia han estado avivadas por las simples ambiciones personales y las rivalidades entre caudillos y no por divisiones ideológicas.¹²

¹² Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, t. I, Santo Domingo, Ius novum, 2010, p. 74.

En esa línea, el constitucionalismo dominicano debe ser estudiado y entendido a partir de las causas políticas que fueron los ejes fundamentales de los movimientos políticos, sociales y económicos del país.

De ahí que en el plano estrictamente jurídico, el constitucionalismo dominicano se desbordaba, más que nada, en la lucha para la limitación de los poderes del presidente. El modernismo dominicano llega tarde y la carta de derechos que preveían las constituciones del siglo XIX y principios del XX seguían la tradición moderna más clásica: eran puras proclamas de derechos sin garantías del Estado, sin dientes para su efectiva aplicación, con la consecuente denegación práctica de derechos en las personas de carne y hueso.

En efecto, como sabemos, para el modernismo constitucional, “las cartas, como por entonces se recalca, siempre se mantuvieron tenazmente apegadas al canon de la abstracción y ni se mezclaron con el ciudadano históricamente concreto, que es el sujeto que vive en un espacio y un tiempo determinados, ni jamás lo admitieron como interlocutor”.¹³

Por ello, muchas de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos de las personas eran asumidas solamente como programas, sin que el Estado estuviera obligado a garantizarlos, por no contar con mecanismos ni garantías de aplicación, lo que delata la indeterminación política de su efectiva ejecución y más aún el vacío normativo, pues los derechos sin las garantías son pura poesía constitucional. Esto se conecta con la tradición moderna francesa, donde la normatividad, la fuerza vinculante y de aplicación directa y efectiva de la Constitución era desconocida.

El modernismo constitucional desconocía el carácter normativo de la Constitución respecto a las garantías de los derechos fundamentales, especialmente los derechos sociales, a los cuales les otorgaba un valor programático a lo sumo. En el caso particular de la República Dominicana, con profundas raíces en la tradición jurídica francesa, la Constitución se limitaba a organizar la vida política de la comunidad, dejando los derechos fundamentales, su ejercicio y su proceso de codificación en manos del legislador.

2.2. Visos de posmodernidad en el constitucionalismo dominicano: el surgimiento del Estado social y la garantía de los derechos fundamentales

El principio del siglo XX en la historia política de la República Dominicana fue sumamente convulsionado, pues tuvo que lidiar con la invasión militar de los Estados Unidos de América desde el año 1916 hasta 1924. La transición de ese período

¹³ Paolo Grossi, “La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en Miguel Carbonell y Oscar Cruz Barney (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. III, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 205-228.

do culminó con la instauración de una de las dictaduras más férreas y sangrientas de la historia latinoamericana.

El constitucionalismo dominicano estuvo prácticamente muerto durante la dictadura de Rafael Leónidas Trujillo. Sin embargo, los movimientos obreros de los años cincuenta permearon en las discusiones jurídicas de entonces. De ahí que en la Constitución de 1955, por vez primera, se incluyó el compromiso del Estado con la protección de los trabajadores, las personas con alguna capacidad especial, los adultos mayores y los desocupados. Es tan tardío este reconocimiento que, para sólo citar un caso latinoamericano cercano, la llamada Constitución de Querétaro, proclamada por los Estados Unidos Mexicanos, el 5 de febrero de 1917, fue la primera en reconocer muchos derechos sociales –lo que constituyó un gran aporte al constitucionalismo universal–, incluyendo en sus primeros 38 artículos los derechos humanos, los de ciudadanía y las garantías individuales.

Era, pues, la primera vez, en toda la historia del constitucionalismo dominicano, que se incluían algunos derechos sociales. La Constitución de 1955 comenzaba a reconocer otras realidades de la sociedad dominicana y, con ellas, necesariamente, otros derechos.

Ahora bien, fue hasta el comienzo de la transición democrática dominicana en 1963 cuando se insertaron un conjunto de derechos sociales en la Constitución de ese mismo año. Desde ese momento se le dotó a la Constitución dominicana de una cláusula social. Fue entonces cuando el constitucionalismo dominicano hizo un punto de inflexión y comenzó a tener visos de la posmodernidad jurídica.

La cláusula del Estado social supuso la piedra angular del régimen socioeconómico instituido por el constituyente de 1963.¹⁴ Desde entonces, el constitucionalismo dominicano empezó una lucha por la afirmación del Estado social. Además, descubrió una sociedad con diversas realidades: al dominicano trabajador, al dominicano enfermo y al dominicano transeúnte. Cabe decir que la Constitución de 1963 fue la primera en contener una cláusula *in numerus apertus* de los derechos fundamentales, es decir, en afirmar que estos derechos no son sólo aquellos expresados en la carta fundamental.¹⁵

La Constitución de 1963 fue abrogada por los acontecimientos históricos del momento;¹⁶ pero su impacto no impidió que en la Constitución de 1966 –la cual marca la transición democrática de la República– ampliara esa cláusula del Estado social.

¹⁴ Juan Manuel Pellerano Gómez, “Constitución, empresas públicas y privatización”, en Manuel José Cabral (ed.), *Constitución y economía*, Santo Domingo, PUCMM, 1996, p. 16.

¹⁵ El artículo 81 de la Constitución de la República Dominicana de 1963 disponía: “Se declara legítima la resistencia encaminada a la protección de los derechos humanos consagrados más arriba, los cuales no excluyen los demás que esta constitución establece, ni otros de igual naturaleza o que sean una resultante de la soberanía del pueblo y del régimen democrático”.

¹⁶ El 25 de septiembre de 1963, el gobierno constitucional del presidente Juan Bosch fue derrocado por la oligarquía militar trujillista que no aceptaba las condiciones democráticas asumidas por Bosch. Este golpe militar llevó a la formación de un triunvirato (1963-1965)

Con esta Constitución de la transición democrática, el constitucionalismo dominicano inició una nueva etapa: la consolidación del Estado social y la garantía de las libertades fundamentales. El constitucionalismo dominicano se aferró a una lucha por el respeto a las libertades públicas durante los 12 años del gobierno del doctor Joaquín Balaguer, y, al mismo tiempo, sostenía la afirmación del Estado social y las promesas de progreso económico que proclamaba la Constitución.

Sin embargo, la sociedad pluriforme que entraña el posmodernismo todavía no estaba siendo reconocida por el constitucionalismo dominicano. Igualmente, el carácter normativo de la Constitución era simplemente un sueño del que no des-pertaríamos, aunque con algunas interrupciones doctrinarias y pretorianas, hasta la proclamación de la Constitución de 1994.

Efectivamente, fue hasta la crisis política de 1994 cuando la República Dominicana reconoció la supremacía de la Constitución y el carácter vinculante de sus disposiciones. Para garantizar esto, se acometió un proceso de reforma judicial destinado a la consolidación del Poder Judicial, procurando su independencia del poder político y como fiel guardián de la Constitución.¹⁷

Esta reforma judicial fue el primer paso concreto del constitucionalismo dominicano hacia el posmodernismo constitucional, al establecerse el control concentrado o directo de la constitucionalidad de las leyes,¹⁸ fungiendo la Suprema Corte de Justicia como Corte Constitucional y como guardiana de la carta fundamental, garante jurisdiccional de los derechos fundamentales.

conformado por representantes de los sectores golpistas. Este acontecimiento sumió al país en una guerra civil, iniciada por la guerrilla liderada por Manolo Tavarez Justo, con la que se buscaba el retorno del gobierno constitucional de Juan Bosch y la reposición de la Constitución de 1963. Este acontecimiento provocó que el 28 de abril de 1965, tropas de los Estados Unidos de América invadieran por segunda vez a la República Dominicana y el conflicto civil se convirtió en guerra de resistencia contra el invasor, denominada en la historia republicana como la Guerra de Abril. Como condición para la salida de las tropas estadounidenses, se organizaron nuevas elecciones a finales de 1965 y resultó “electo” presidente el doctor Joaquín Balaguer, uno de los articuladores del régimen de Trujillo, quien asumió en el año 1966 e inmediatamente comenzó los trabajos para una nueva Constitución, que fue proclamada el mismo año. Balaguer implantó durante 12 años una dictadura ilustrada, con grandes violaciones de los derechos fundamentales y de los derechos humanos en general (ver Mu Kien Sang Beng, *Historia dominicana: ayer y hoy*, Santo Domingo, Susaeta, 1999).

¹⁷ La reforma del Poder Judicial en la década de los noventa supuso la creación de un Consejo Nacional de la Magistratura como forma de garantizar la efectiva independencia del Poder Judicial, la instauración de una carrera judicial y el establecimiento formal del control concentrado de la constitucionalidad (ver Abraham Siles y Mirte Postema, *Informe de investigación sobre la independencia y la transparencia del Poder Judicial*, Santo Domingo, FINJUS, 2012).

¹⁸ En la República Dominicana, la doctrina constitucional admite que en nuestro orden constitucional los jueces siempre han podido ejercer un control difuso de la constitucionalidad, es decir que, en un caso particular, el juez como garante del orden constitucional puede declarar no conforme a la Constitución aquellas normas que le sean contrarias. El efecto será solamente *inter partes* y no de cara al ordenamiento jurídico (ver Prats, *op. cit.*, pp. 445 y ss.).

Este paso fue sumamente importante y está intrínsecamente ligado al tema objeto de este artículo: los derechos fundamentales implícitos en la Constitución dominicana. La teoría de estos derechos fundamentales comenzó a tomar auge justamente desde el momento en que se consolidó el control concentrado de la Constitución y la Suprema Corte de Justicia como su intérprete expreso, con lo cual no sólo se logró la ampliación del catálogo de derechos fundamentales sino que también se avanzó hacia la concepción normativa y vinculante de la Constitución.

Un ejemplo de la ampliación de garantías y derechos fundamentales fue la Resolución 1920-2003, dictada por la Suprema Corte de Justicia¹⁹ para la implementación del nuevo Código Procesal Penal y con la cual pretendía extender las garantías fundamentales que se encontraban en la Constitución de 1966. En esta resolución, la Suprema Corte de Justicia indicó:

En virtud de los artículos 3 y 10 de la Constitución de la República, toda la normativa sobre derechos humanos contenida en las declaraciones, pactos, convenios y tratados internacionales, es de aplicación directa e inmediata; que por lo tanto, reconocido el bloque de constitucionalidad en nuestro ordenamiento jurídico, se impone su aplicación, armonizando los significados de la ley adjetiva que no le fueren contradictorios, con los principios, normas y valores que lo integran, asegurando de este modo la constitucionalización del proceso judicial.²⁰

De esta forma se introdujeron en el ordenamiento jurídico dominicano derechos y garantías procesales que todavía no estaban vigentes, pero que sí figuraban en los diferentes tratados, pactos, convenios y declaraciones internacionales suscritas por la República Dominicana. Todo gracias a una labor creadora de la Suprema Corte de Justicia en el ejercicio de su labor interpretativa de la Constitución.

2.3. La consolidación del constitucionalismo dominicano posmoderno

Como era de esperarse, los pasos agigantados para la total modernización del ordenamiento jurídico requerían una reforma constitucional amplia, apoyada en el consenso de los diversos sectores sociales. Luego de las victorias –porque verdaderamente han sido luchas libradas– de los años noventa, el constitucionalismo dominicano buscaba situarse en el contexto del constitucionalismo iberoamericano.

¹⁹ La potestad reglamentaria de la Suprema Corte de Justicia para trazar procedimientos no establecidos en la ley es otorgada por el artículo 14 de la Ley 25-91, Orgánica de la Suprema Corte de Justicia.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, Resolución 1920-2003, 13 de noviembre de 2003.

La transformación del constitucionalismo dominicano y su entrada triunfal a la posmodernidad jurídica, necesaria para retener los avances en derechos fundamentales y garantías, tuvo como hito histórico la redacción y proclamación de la Constitución de 2010. Esta Constitución reforma por completo el ordenamiento jurídico constitucional, amplía el catálogo de los derechos fundamentales e instaaura el Estado social y democrático de derecho. Con ella se reconoce a esa sociedad posmoderna pluriforme y a cuyos integrantes el Estado tiene la tarea de garantizarles sus derechos fundamentales y proporcionarles las herramientas para el efectivo desarrollo de cada persona.

La Constitución de 2010 crea un Tribunal Constitucional, órgano de cierre del ordenamiento jurídico, con tres atribuciones: garantizar la supremacía constitucional, defender el orden constitucional y proteger de manera efectiva los derechos fundamentales. A través de este tribunal, el constituyente derivado pretende garantizar la normatividad y vinculatoriedad de sus disposiciones; pero, a su vez, asegurar la supremacía del orden constitucional para garantizar la función esencial del Estado, que es la protección efectiva de los derechos de la persona y el respeto a su dignidad.

En una célebre decisión, el Tribunal Constitucional indicó que “la misión principal de todo juez es garantizar los derechos de las personas en todas las esferas. Negarle esta posibilidad, sin alguna referencia real y concreta, atentaría contra el adecuado funcionamiento del sistema de justicia en República Dominicana.”²¹ De esta forma, el Tribunal Constitucional rompe con la vieja tradición de Montesquieu del juez como voz de la ley y les asigna un rol más activo a los jueces para instituirlos como verdaderos guardianes del orden constitucional.

A su vez, la Constitución de 2010 se erige como transformadora social en tanto que es “plenamente consciente de que la sociedad dominicana está caracterizada por la desigualdad y la injusticia social. Por lo que el programa constitucional de transformación social requiere, no sólo de la acción de los poderes públicos que deben garantizar la efectividad de los derechos fundamentales sino también de las personas privadas que no sólo son deudores de derechos fundamentales sino que pertenecen a la comunidad de intérpretes constitucionales”.²²

Este carácter transformador de la Constitución y el reconocimiento de una sociedad plural y compleja, llena de desigualdades e injusticias sociales, obligan también a que la misma se conciba como abierta, es decir, una constitución de principios que solamente regla aquellas cuestiones fundamentales que no pueden quedar a la suerte de los intérpretes constitucionales.

²¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0034/14, 24 de septiembre de 2014.

²² Eduardo Jorge Prats, “La Constitución dominicana de 2010 en el contexto del movimiento neoconstitucionalista”, en Pedro González-Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana: parte general*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 117-118.

El carácter de Constitución abierta, propio de la posmodernidad constitucional, es precisamente lo que nos permite afirmar la existencia de derechos fundamentales implícitos, los cuales pueden entrar en conflicto no sólo con otros expresos en la Constitución sino también con los puramente implícitos que se derivan de la apertura de la carta fundamental, del reconocimiento de una pluralidad de realidades y de la afirmación de la igualdad de las personas, declarando su amplia diversidad en el marco de su desarrollo individual.

El constitucionalismo dominicano hace su entrada en la posmodernidad y en sus problemas al lograr una Constitución que, como afirma Eduardo Jorge Prats:

[E]stablece las dimensiones esenciales de los derechos fundamentales en los diversos ámbitos sociales y los principios estructurales del orden económico y social. La Constitución es siempre un proceso público que se desenvuelve hoy en una sociedad abierta al pluralismo social, a los fenómenos organizativos supranacionales y a la globalización económica. Se trata de un orden-marco que, por su naturaleza, es siempre parcial y fragmentario, por lo que requiere necesariamente la actualización concretizante del legislador y la dinámica interpretación de la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.²³

3. Los derechos fundamentales implícitos en la República Dominicana

3.1. Concepto de derechos implícitos

Generalmente se definen los derechos implícitos o no expresos como aquellos que, si bien no han sido expresamente plasmados en el texto constitucional, se derivan del análisis del contenido del mismo como un todo, con el objetivo de “inferir desde su seno una regla que no estaba explícita en él”.²⁴

Lo anterior indica que el constituyente no ha mencionado ciertos derechos fundamentales implícitos, dejándolos como categoría jurídica general. Es lo que ha establecido el constituyente dominicano cuando acepta que la enumeración de derechos es enunciativa. Lo que debe ser objeto de labor jurisprudencial es la determinación de los criterios que la propia Constitución dispone y que deben ser empleados para reconocer un derecho fundamental no recogido expresamente. Estos criterios son la dignidad humana, la soberanía del pueblo, el Estado social y democrático de derecho y la forma republicana de gobierno.²⁵ El fundamento de los derechos no expresos

²³ *Ibid.*, p. 120.

²⁴ Francisco J. Laporta, “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica*, núm. 6, 2002, p. 139.

²⁵ Constitución de la República Dominicana de 2010, artículos 2, 4, 5, y 7.

–el criterio más necesario y suficiente– es la dignidad humana. Esto es así porque la dignidad humana tiene que ver con el valor humano, que es consecuencia necesaria del ser humano, de la naturaleza humana. No se puede sostener la existencia de la dignidad humana sin reconocer la existencia de la naturaleza humana. Es ahí donde el operador jurídico puede encontrar la causa justificativa de la existencia de un derecho fundamental. Los otros criterios son complementarios y solamente servirán para dar razones de la existencia de derechos fundamentales de naturaleza política. Todo lo anterior permite sostener que la lista de criterios recogidos en la Constitución es abierta, de suerte que pueden ser formulados argumentos con base en otros principios, tales como el de la naturaleza humana y el de la solidaridad, para los derechos clásicamente llamados sociales, entre otros.

Esta práctica se torna necesaria a la luz de la falta de una respuesta concreta presentada por el análisis de los derechos explícitos ante un problema complejo. De lo anterior se desprende que quedarían incluidos dentro de este concepto aquellos derechos extraídos de la interpretación de los derechos explícitos, aquellos plasmados en las convenciones internacionales y demás instrumentos ratificados por el Estado que garanticen derechos fundamentales, y, quizás los más importantes para los fines del presente análisis, todos aquellos otros derechos que sean inherentes al ser humano y que sean necesarios para garantizar el sistema de gobierno, en atención al principio de favorabilidad y progresividad en beneficio del sujeto de los derechos.

Esta última categoría de derechos implícitos ha sido la más utilizada, y a la vez la más controversial, a la hora de analizar la teoría de los derechos implícitos. Esto es así debido a que la identificación y posterior utilización de los derechos encontrados bajo esta categoría configuran nada más y nada menos que una ampliación de naturaleza sustantiva del bloque de constitucionalidad vigente.

La noción de derechos implícitos ha representado una parte focal del desarrollo posmodernista del derecho constitucional, toda vez que la razón principal de su surgimiento y existencia es precisamente velar por el bienestar de los individuos, de manera que se les pueda garantizar la mayor cantidad de derechos posible, enfatizando el pluralismo normativo y la eliminación del monopolio previamente manejado por el Gobierno, en cuanto a la prioridad de las políticas públicas del Estado, cualidades que han sido tan características de la era posmodernista.

3.2. Identificación de los derechos implícitos

El problema radical ya no es si existen otros derechos fundamentales de igual naturaleza que los explícitamente contenidos en la Constitución. La cuestión radica, sobre todo, en determinar a quién le corresponde la identificación de estos derechos implícitos. La mayor parte de la doctrina coincide en que esta es una función inherente a los jueces constitucionales –todos lo son–, en su calidad de intérpretes por excelencia de la normativa constitucional.

No obstante, esta no es la única tesis aceptada. Al respecto, el famoso, polémico y conservador juez Antonin Scalia (fallecido el pasado 13 de febrero de 2016 y portaestandarte de la teoría originalista) ha sostenido que la novena enmienda de la Constitución estadounidense, que establece que los derechos contenidos en ella no son limitativos, “no significa que los jueces están autorizados a identificar cuáles son”.²⁶

Scalia estableció esta postura en el marco de una opinión disidente en el caso *Troxel v. Granville*, donde se ponderaba sobre la constitucionalidad de una ley que les otorgaba el derecho a los abuelos de visitar a sus nietos, por encima de lo que opinaran los padres. Scalia sostuvo que si bien le parecía que el derecho que tienen los padres de dirigir o controlar la crianza de sus hijos es uno de los derechos retenidos por el pueblo, a la luz de la novena enmienda de la Constitución estadounidense, y que es un derecho compatible con el compromiso con la democracia representativa, esto no significaba que la Suprema Corte tuviera la potestad de crear este nuevo derecho: “[N]o creo que el poder que me otorga la Constitución como juez me faculta para negar los efectos legales de leyes que (desde mi punto de vista) atentan en contra de lo que es (a mi parecer) ese derecho no enumerado”.²⁷

Con esta opinión disidente, Scalia le atribuía la labor de identificar los derechos implícitos al mismo legislador, quizás mediante normas posteriores, y no a los jueces. Este tipo de pensamiento es propio del llamado originalismo, la corriente de interpretación jurídica que sostiene, esencialmente, que la Constitución se debe interpretar de acuerdo con las intenciones originales de sus redactores, sugiriendo que ante la imposibilidad de encontrar estas intenciones, y ante la presencia de ambigüedad en el texto constitucional, hay que aplicar “una conducta de deferencia con el Legislativo”,²⁸ dejando que la cuestión sea resuelta de manera democrática. En otras palabras, todo lo que no está claramente plasmado en la Constitución, simplemente no está, para los fines del control judicial de la misma.

La postura más socorrida por la doctrina es la identificación de los derechos implícitos a través de la interpretación integral de la Constitución por los jueces constitucionales, pues no hacerlo implicaría desconocer su papel de garantes de la efectividad directa e inmediata del carácter normativo de la Constitución, aun cuando el legislador adjetivo haya hecho mutis en relación con determinados derechos de igual jerarquía que aquellos visibilizados expresamente en la carta magna. Y es que los derechos fundamentales no pueden esperar la labor reguladora del Estado, cuando ellos tienen nombres y apellidos de ciudadanos concretos a quienes se les debe garantizar.

²⁶ Suprema Corte de los Estados Unidos, Sentencia en el Caso *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 91 (2000). Opinión disidente del juez Scalia.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 102.

3.3. ¿Creación normativa o labor interpretativa?

Al hablar de derechos implícitos naturalmente surge la interrogante de si ellos son un mero resultado de la interpretación de los derechos explícitos, es decir, que ciertos derechos explícitos incluyen otros derechos adicionales más específicos, o si se trata de la incorporación de nuevos derechos por parte de la jurisdicción constitucional, derechos que los jueces constitucionales entiendan que son necesarios para garantizar el ideal de la Constitución.

Lo cierto es que la teoría de los derechos implícitos incluye ambas cosas. Un derecho implícito puede desprenderse de uno explícito más general, en cuyo caso sería una mera interpretación, como también puede ser un derecho nuevo incorporado por el juez constitucional porque estima que es un elemento necesario y esencial de la democracia.

En este sentido, el segundo caso alude a un reconocimiento normativo por parte de la jurisdicción constitucional, el cual puede ser llevado a cabo mediante la utilización de varios mecanismos;²⁹ uno muy popular es el de utilizar cláusulas de no limitación de derechos, al estilo de la novena enmienda de la Constitución estadounidense.

Así, la doctrina sostiene que “puede reconocerse la existencia de derechos fundamentales implícitos o de derechos que serán reconocidos en el futuro como tales, dadas nuevas realidades del desarrollo de la existencia humana y de nuevos contextos de las sociedades políticas futuras”.³⁰

En suma, resulta evidente que, con este tipo de cláusulas, el constituyente ha querido dejar abierta una brecha para que puedan ser incorporados al ordenamiento jurídico otros derechos, en adición a los ya plasmados y en respuesta a la realidad del momento o a la tardanza en la respuesta legislativa, sin que haya la necesidad de atravesar un proceso de modificación constitucional o esperar la labor del legislador ordinario.

²⁹ Domingo Gil, “La teoría de los derechos implícitos”, *Anuario 2015*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016, pp. 152-156. El autor distingue dos mecanismos para justificar la introducción de derechos implícitos al ordenamiento jurídico; en primer lugar, el juez constitucional puede valerse de las cláusulas de no limitación de derechos, popularizada por la novena enmienda de la Constitución estadounidense y actualmente esparcida por toda América Latina, incluyendo a República Dominicana, es decir, incorporar derechos porque la misma Constitución así lo permite, derechos que llama “*expresamente implícitos*”; en segundo lugar, el juez constitucional puede valerse del criterio interpretativo de que para alcanzar el ideal o programa constitucional, necesariamente deben incorporarse ciertos derechos al ordenamiento, es decir, incorporar derechos porque son necesarios para lograr los principios y objetivos plasmados en la Constitución, derechos que llama “*tácitamente implícitos*”. En los países en que existe la cláusula de no limitación, los jueces constitucionales están habilitados para utilizar ambos mecanismos. En aquellos donde no existe, sólo el segundo.

³⁰ Humberto Nogueira Alcalá, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, año 13, núm. 2, 2007, p. 251.

De cierta manera, también resulta evidente que la creciente utilización de este tipo de cláusulas es una demostración latente de la incompatibilidad entre el positivismo jurídico³¹ y el constitucionalismo de la posmodernidad, como fue expresado por Tropper,³² y la creciente objeción a una carta de derechos atrincherada, que dificulte su ampliación y expansión.³³

Independientemente de esto, siempre que las sentencias constitucionales tengan un carácter vinculante habrá una discusión sobre la facultad normativa del juez constitucional, que incluirá también las discusiones sobre la legitimidad democrática de la jurisdicción constitucional. Esta facultad normativa ha sido ampliamente criticada, ya que hace que la justicia se impregne de política,³⁴ siendo tildada como una actividad “no democrática, ilegítima, y que socava las buenas consecuencias que resultan de las virtudes republicanas de gobierno”,³⁵ con la consecuente atribución de poder contramayoritario del juez constitucional.

En el caso de la República Dominicana, cuya Constitución cuenta con esta cláusula de derechos implícitos (art. 74.1), queda más que claro que se trata de una construcción normativa, a la luz del principio de vinculatoriedad de los precedentes constitucionales, sin desmedro de la labor de los jueces en los casos particulares que están obligados a darles una solución conforme a la Constitución y al reconocimiento expreso de los derechos implícitos para los casos particulares objeto de su conocimiento y decisión. En efecto, los precedentes constitucionales forman parte activa del bloque de constitucionalidad, ostentando un rango equivalente al de la Constitución misma, en tanto que “la eficacia normativa del precedente debe identificarse con la de la norma interpretada a propósito de la cual se forma el principio de derecho en que el precedente mismo consiste”.³⁶ Por otra parte, si bien el juez ordinario está obligado a dar solución al caso particular a la luz del texto funda-

³¹ Sin embargo, el positivismo jurídico incluyente o inclusivo de Dworkin, Schauer y Atienza frente a las críticas de Hart (el *soft positivism*) y Raz, entre otros, ha permitido una interpretación más abierta (*open text*) para los casos difíciles a través de la integración de los valores y principios constitucionales y metajurídicos, más allá del universo jurídico expreso.

³² Michel Tropper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1984, citado por Claudina Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 214.

³³ Orunesu, *ibid.*, pp. 153-159.

³⁴ Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, citado por Andrés Bordalí Salamanca, “Jueces constitucionales. Un poder incómodo”, en Eduardo Ferrer MacGregor y Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008, pp. 41-61.

³⁵ James Allan, “Implied Rights and Federalism: Inventing Intentions While Ignoring Them”, *University of Western Australia Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2009, p. 233 [traducción propia]. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/2009/2.html>.

³⁶ Alessandro Pizzorusso, *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, citado en Prats, *Derecho constitucional*, *op. cit.*, p. 356.

mental expreso e implícito y sus decisiones no tienen carácter *erga omnes*, como sí las decisiones del Tribunal Constitucional, estas pertenecen a la comunidad de intérpretes constitucionales y servirán de base para otras decisiones protectoras y garantes de los derechos fundamentales.

4. La solución constitucional dominicana ante conflictos de derechos fundamentales implícitos

4.1. La trascendencia de las disposiciones del artículo 74³⁷ de la Constitución dominicana

Ya hemos indicado previamente que la Constitución de 2010 supone la entrada a la posmodernidad del constitucionalismo dominicano y que es una Constitución abierta, que amplía *ad infinitum* el catálogo de los derechos fundamentales, los cuales no sólo son aquellos que están contenidos expresamente en la Constitución sino también todos los demás que formen parte del ordenamiento internacional suscrito por la República Dominicana, como de aquellos que resulten de las tradiciones y de los propios de una comunidad de seres humanos que ameritan respuesta conforme a la Constitución.³⁸

Igualmente serían derechos fundamentales implícitos aquellos que por el progreso social sean esenciales para el desarrollo socioeconómico de las personas. Así, podemos mencionar el acceso a la energía eléctrica, que no sólo es un servicio público en clave del derecho administrativo, sino que puede enmarcarse como un

³⁷ Constitución de la República Dominicana, artículo 74. “Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes:

1. No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza;
2. Sólo por ley, en los casos permitidos por esta Constitución, podrá regularse el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales respetando su contenido esencial y el principio de razonabilidad.
3. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado;
4. Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”.

³⁸ Ver Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622.

derecho fundamental implícito derivado del derecho a una vivienda digna consagrado en el artículo 59 de la Constitución.³⁹

La existencia de estos derechos implícitos no solamente es el producto de las victorias del constitucionalismo con las reformas judiciales de 1994, que, como vimos, respondían a la necesidad de ampliar el catálogo de derechos que establecía la Constitución de 1966, sino que también la propia Constitución actual establece una cláusula *in numerus apertus*, como aplicación del carácter abierto al que hemos hecho referencia.

Este *in numerus apertus* se manifiesta en el artículo 74, numeral 1, que, como vimos, declara que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución no tienen carácter limitativo ni excluyen otros de la misma naturaleza. De ahí que la Constitución reconozca otros derechos fundamentales no expresados en ella y, a su vez, contemple que los mismos pueden entrar en conflicto.

El artículo 74 es una de las bases vertebrales en que se sustenta el actual ordenamiento constitucional dominicano y esto es así porque establece principios medulares para el efectivo y amplio reconocimiento y protección de todos los derechos fundamentales y sus garantías.

En efecto, el artículo 74 permea toda la aplicación de la Constitución, al establecer –como mencionamos– una cláusula abierta de derechos fundamentales, la reserva de ley para la regulación de su contenido sin menoscabar su esencia, la dotación de igual jerarquía a derechos fundamentales incluidos en tratados, pactos y convenciones internacionales, con la correspondiente aplicación directa e inmediata, y los principios de interpretación *pro homine* y *pro libertatis*.

El artículo 74 es la herramienta que otorga la Constitución a la comunidad de intérpretes para resolver conflictos entre los derechos fundamentales, para comprender e interpretar la Constitución y garantizar una totalización de los principios que el constituyente derivado ha querido para lograr una Constitución abierta, transformadora, dinámica e integradora.

Este artículo traza reglas de interpretación y de solución al conflicto. Las reglas en las constituciones se refieren a mandatos imperativos del constituyente para que los poderes públicos y la comunidad actúe en un determinado caso. El artículo 74 ordena a los poderes públicos una interpretación *pro homine*, es decir, más favorable al titular de los derechos. Esa es la primera regla de interpretación que impone la Constitución.

Por ello, toda labor creadora –más bien reconocedora– del intérprete constitucional, en especial de los jueces, debe tener siempre presente las herramientas y reglas

³⁹ Constitución de la República Dominicana, artículo 59. “Derecho a la vivienda. Toda persona tiene derecho a una vivienda digna con servicios básicos esenciales. El Estado debe fijar las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promover planes de viviendas y asentamientos humanos de interés social. El acceso legal a la propiedad inmobiliaria titulada es una prioridad fundamental de las políticas públicas de promoción de vivienda”.

de interpretación que dispone el artículo 74 de la Constitución. Cualquier solución dada al margen de estas reglas supone la más pura arbitrariedad.

Esto ha sido un criterio defendido por el Tribunal Constitucional, que ha manifestado la necesidad de que los jueces, en especial los de amparo, interpreten las normas a favor de la efectividad de los derechos fundamentales, como ordena el artículo 74.⁴⁰

Precisamente por lo amplias que son las reglas de interpretación contenidas en el artículo 74, los criterios de interpretación y los principios que pueden seguir los jueces constitucionales en caso de conflictos de derechos fundamentales, ellos pueden utilizar una línea de interpretación que trascienda lo formal y utilizar herramientas de otras disciplinas para lograr la efectividad de los derechos fundamentales.

4.2. Derechos fundamentales implícitos en conflicto: una solución constitucional que trasciende lo formal

Hemos dicho que los derechos fundamentales implícitos son aquellos no expresamente indicados por la Constitución, pero sí derivados del ordenamiento jurídico o del propio progreso social. Estos tienen su sentido en el *in numerus apertus* del artículo 74, numeral 1, que no limita los derechos fundamentales a los indicados en la carta de derechos de la Constitución, sino que estos pueden ampliarse sin necesariamente excluir a los demás.

Ahora bien, si estos derechos fundamentales implícitos entraren en conflicto con algún otro derecho fundamental, debido a que tienen la misma jerarquía constitucional conforme al artículo 74, numeral 4, la solución que la Constitución otorga es precisamente la aplicación del principio de armonización concreta.

En varios casos el Tribunal Constitucional ha indicado:

El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución de la República, tiene, en virtud del artículo 74.4, la obligación de armonizar derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados: en este caso, el derecho a la información pública y el derecho a la intimidad [...]. En la especie que nos ocupa, se le plantea a este Tribunal Constitucional la necesidad de ponderar derechos fundamentales en conflicto, lo que implica la operación de balancear esos derechos en concurrencia, o sea, establecer un orden de importancia entre ellos, haciendo prevalecer a uno sobre el otro, con base en una estimación específica para el caso concreto.⁴¹

⁴⁰ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0203/13: “En la especie, es claro que esos principios han tenido, en el mejor de los casos, una vigencia débil en el accionar del juez de amparo”.

⁴¹ Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0042/12.

Con esto, el propio Tribunal Constitucional está admitiendo que para la solución de conflictos entre derechos fundamentales, sin distinguir entre los expresos y los implícitos, la labor de armonización que le corresponde a cada intérprete constitucional debe apoyarse en los principios y valores propios del orden constitucional.

Esto nos pone en perspectiva de cara a la interpretación que deben hacer los jueces constitucionales en su labor integradora y conjunta. La armonización de derechos fundamentales, si bien depende del caso concreto, como señala el Tribunal Constitucional, no puede ser una operación matemática o de aplicación al ras de la lógica jurídica. Para ilustrar lo anterior, es preciso que abordemos dos ejemplos de derechos fundamentales implícitos que pueden entrar en conflicto y tratar de abordar una solución jurídica apegada al criterio del Tribunal Constitucional.

Un derecho fundamental implícito sería el acceso a la energía eléctrica. Este derecho podemos derivarlo del derecho a un vivienda digna, que contempla el artículo 59 de la Constitución. Este derecho fundamental implícito puede entrar en conflicto con el derecho a la libertad de empresa y, con ello, la libertad de contratación de las empresas distribuidoras de electricidad.

Una interpretación constitucional apegada a la lógica jurídica –no tradicional, como Toulmin⁴² del artículo 74 podría derivar en la prevalencia del derecho fundamental implícito por acercarse más a la dignidad de las personas. Sin embargo, la *ratio decidendi* no puede solamente sujetarse al concepto de dignidad humana sino que necesita de una actividad interpretativa activa, dinámica y actual que justifique la prevalencia del acceso a la energía eléctrica en el contexto actual como derecho fundamental.

Otro caso similar sería el típico conflicto entre el derecho a la vida y el derecho fundamental implícito de autonomía del cuerpo de las mujeres, respecto a la interrupción voluntaria del embarazo. El derecho a la autonomía del cuerpo se deriva del principio de dignidad humana y el derecho del libre desarrollo de la personalidad. En nuestra Constitución, el derecho a la vida está protegido desde la concepción. Esto es un conflicto jurídico que todavía no ha sido solucionado por nuestro Tribunal Constitucional, pero que en su momento tendrá la tarea de armonizar los derechos como ya ha establecido.

La solución de un conflicto de tal naturaleza dependerá muchas veces de los valores y convicciones que tenga el juzgador. Sin embargo, si hacemos un ejercicio abstracto y apegado al artículo 74, no hay solución lógico-jurídica posible, pues no es posible poner un derecho sobre otro sin una interpretación que trascienda lo for-

⁴² Toulmin rompe con la idea de interpretación y aplicación matemática del derecho como se ha venido practicando en algunos sistemas jurídicos, dado que los silogismos muchas veces no pueden otorgar una solución efectiva a los conflictos. De ahí que propone un esquema argumentativo dinámico compuesto por seis elementos (datos, garantías, respaldo, propuesta, conclusión y excepciones) que permiten a los intérpretes constitucionales ver un panorama amplio para la solución efectiva del caso más allá de la lógica jurídica ortodoxa (ver Stephen Toulmin, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Editorial Península, 2007).

mal y estrictamente positivista, aun cuando estemos en presencia de la descriptiva relación normativa seca o en el caso del *soft positivim* de Hart.

Es por este motivo que la armonización en concreto exigida por el artículo 74 permite que los jueces puedan apoyarse en otras herramientas y métodos de interpretación que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales. Estos métodos de interpretación no pueden desconocer la realidad escrita de la Constitución ni el juez puede ser un creador de normas, ya que estaría socavando la voluntad constituyente y el Estado de derecho.

Para dar solución a conflictos entre derechos fundamentales explícitos e implícitos, el intérprete constitucional tiene que armonizar apegado al orden constitucional. Con esto queremos decir que una interpretación solamente axiológica o valorista en nuestro ordenamiento sería contraria a la Constitución.

Como bien indica Tamayo Jaramillo, la interpretación valorista por sí sola “atenta contra el Estado social de derecho, pues no respeta el principio de legalidad y en no pocas oportunidades, por repartir directamente por vía de tutela los recursos del Estado, atenta contra la igualdad del principio solidarista de nuestra Constitución escrita [...] si la Corte se convierte en un activista judicial que se arroga el derecho de legislar y de desconocer inclusive los textos constitucionales, la democracia desaparece por el desequilibrio de poderes”.⁴³

La interpretación valorista es una herramienta para la solución de los conflictos entre derechos fundamentales implícitos, pero también es necesaria una interpretación acorde con los principios políticos que fundamentan la Constitución. El intérprete no puede omitir los fundamentos políticos de toda Constitución y estos deben servir para la ordenación de las realidades.

Es por ello que la interpretación constitucional no es una simple ecuación aritmética o matemática, sino que tiene que apoyarse en una realidad política que no puede omitir y que el posmodernismo obliga a reconocer. Nassef Perdomo subraya:

[E]l intérprete de la Constitución debe conocer la verdadera naturaleza de su función y la forma en que ésta afecta el desarrollo del sistema constitucional. Desconocer el elemento político de la interpretación constitucional lleva a una mala comprensión de la Constitución y tiene como consecuencia última una aplicación inadecuada de ella. Para explotar el potencial democratizador de las constituciones liberales hay que tomar en cuenta sus principios políticos, pero, ante todo, el papel de instrumento de gobierno y ordenación política que tienen.⁴⁴

⁴³ Javier Tamayo Jaramillo, *La decisión judicial*, t. II, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2011, p. 1311.

⁴⁴ Nassef Perdomo, “La naturaleza y función política de la interpretación constitucional”, en Eduardo Jorge Prats y Manuel Valerio Jiminián (coords.), *Constitución, justicia constitucio-*

El juez constitucional no puede crear derechos, sino reconocer aquellos derechos fundamentales implícitos y en caso de que estos entren en conflicto, su labor armonizadora no puede ser sólo valorista, ya que pondría en riesgo el orden constitucional, sino que debe apoyarse en los elementos políticos propios de la Constitución y siempre en estricta observancia del orden constitucional. El juez no puede desconocer la norma suprema ni fallar sin esta, es decir, la solución no puede tener como único fundamento el político, pero toda decisión sí debe considerar el elemento político de la Constitución, la realidad viviente y la materialidad de los derechos. Por lo que ante conflictos de derechos fundamentales implícitos, la armonización que ordena la Constitución debe apoyarse tanto en un método valorativo o axiológico como en la consideración de la realidad política de la comunidad y los principios fundacionales que instituyó el constituyente y que son parte del corpus constitucional.

5. Conclusión

Los derechos fundamentales implícitos se integran en el constitucionalismo dominicano una vez este se adentra en la posmodernidad constitucional, luego de años de enfocarse en diversas luchas sociales distintas del panorama internacional, debido a las propias debilidades institucionales que desde la fundación viene padeciendo la República Dominicana.

Estos derechos fundamentales primero llegan del reconocimiento jurisdiccional de su existencia con el llamado bloque de constitucionalidad que la Suprema Corte de Justicia utilizó para hacer vivo el catálogo amplio de derechos y garantías procesales previo a la implementación del Código Procesal Penal. Desde entonces surge la discusión sobre el poder normativo de los jueces, en especial respecto a los llamados derechos fundamentales implícitos y su admisión en el ordenamiento constitucional.

El constituyente –derivado– de 2010 llevó al constitucionalismo dominicano en la posmodernidad a admitir un constitucionalismo multinivel y a concebir una Constitución abierta, transformadora, vivificante, realista y dinámica en tanto que reconoce los diversos escenarios sociales que forman parte de la realidad de la República Dominicana.

A través del artículo 74.1 de la Constitución se incorpora una cláusula *in numerus apertus*, la cual deja perfectamente establecida la posibilidad de la existencia de otros derechos fundamentales que no necesariamente estén expresos en la carta de derechos de la Constitución. De ahí que el constituyente dota a la comunidad de intérpretes constitucionales de la posibilidad de descubrir o reconocer otros derechos fundamentales, los cuales llamamos implícitos o no expresos.

nal y derecho procesal constitucional: Liber Amicorum a Juan Manuel Pellerano Gómez, Santo Domingo, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014, p. 596.

Y esto, como indicamos, suscita el problema de si estos derechos son producto de una labor creativa o normativa del juez. En el caso dominicano, el propio artículo 74 dispone que esto responda a una labor normativa, dado que el juez constitucional no puede subvertir el orden constitucional, el cual no le asigna un poder creador –reconocedor– del derecho.

La Constitución norma incluso respecto a los conflictos entre los derechos fundamentales implícitos. Al considerarlos como de igual jerarquía que los derechos fundamentales expresos en la carta magna, la solución predicada por el artículo 74 es la armonización de estos derechos.

En tal sentido, precisamente como el artículo 74 ata al juez constitucional al ordenamiento jurídico existente y a defender la propia supremacía constitucional, la armonización de los derechos fundamentales implícitos no puede hacerse a través de una interpretación puramente valorista –sin excluirla–, ya que supondría en algunos casos el desconocimiento total de la supremacía constitucional y de la norma escrita.

Ahora bien, ante estos conflictos entre derechos fundamentales implícitos, la armonización que exige el artículo 74.1 requiere que la interpretación constitucional más favorable se vea necesariamente acompañada del entendimiento de los elementos políticos fundacionales de la Constitución.

Con la incorporación del artículo 74.1, la Constitución tiene por objetivo evitar que las soluciones constitucionales sean meramente producto de una aplicación matemática o puramente lógica de las normas vigentes. El artículo 74.1 prefiere, sobre todo en caso de conflictos entre derechos fundamentales o en casos difíciles, la interpretación holística, integradora, conjunta y armónica, para la solución más adecuada del caso, sin que esto implique una ruptura con el orden constitucional.

Esta interpretación descansa en que se tienen que tomar como fundamento los elementos políticos de la Constitución para no dañar el sistema constitucional y esto implica la aceptación de los caracteres del posmodernismo constitucional dominicano: la idea de una constitución abierta y transformadora de la realidad social.

De esta forma, en los casos en que el conflicto entre derechos fundamentales sea severo, el juzgador no tendrá que cargarse la Constitución con una interpretación valorista, sino que en los fundamentos políticos puede encontrar la solución armonizadora de los derechos fundamentales incluidos.

Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Ureña”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 31, 2013.
- ALLAN, James, “Implied Rights and Federalism: Inventing Intentions While Ignoring Them”, *University of Western Australia Law Review*, vol. 34, núm. 2, 2009. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/2009/2.html>.

- BLUMENBERG, Hans, “Selbsterhaltung und Berharrung. Zur Konstitution der neuzeitlichen Rationalität”, en Hans EBELING (ed.), *Subjektivität und Selbsterhaltung*, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1976.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, “Jueces constitucionales. Un poder incómodo”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR, y Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2008.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 2, 2011.
- GIL, Domingo, “La teoría de los derechos implícitos”, en *Anuario 2015*, Santo Domingo, Tribunal Constitucional de la República Dominicana, 2016.
- GROSSI, Paolo, “La Constitución Italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno”, en Miguel CARBONELL, y Oscar CRUZ BARNEY, (coords.), *Historia y Constitución. Homenaje a José Luis Soberanes Fernández*, t. III, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- GRÜN, Ernesto, “El derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 1, 1997.
- INNERARITY, Daniel, “Modernidad y postmodernidad”, en *Anuario filosófico*, vol. 20, núm. 1, Navarra, Universidad de Navarra, 1987.
- LAPORTA, Francisco J., “La creación judicial y el concepto de derecho implícito”, *Revista Jurídica*, núm. 6, 2002.
- LINARES, Sebastián, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, año 13, núm. 2, 2007.
- NÚÑEZ, Manuel A., “Una introducción al constitucionalismo postmoderno y al pluralismo constitucional”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, núm. 1, 2004.
- ORUNESU, Claudina, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- PELLERANO GÓMEZ, Juan Manuel, “Constitución, empresas públicas y privatización”, en Manuel José CABRAL (ed.), *Constitución y economía*, Santo Domingo, PUCMM, 1996.
- PERDOMO, Nassef, “La naturaleza y función política de la interpretación constitucional”, en Eduardo Jorge PRATS, y Manuel VALERIO JIMINIÁN (coords.), *Constitución, justicia constitucional y derecho procesal constitucional: Liber Amicorum a Juan Manuel Pellerano Gómez*, Santo Domingo, Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

- PRATS, Eduardo Jorge, *Derecho constitucional*, t. I, Santo Domingo, Iusnovum, 2010.
- _____, “La Constitución dominicana de 2010 en el contexto del movimiento neo-constitucionalista”, en Pedro GONZÁLEZ-TREVIJANO y Enrique ARNALDO ALCUBILLA (dirs.), *Comentarios a la Constitución de la República Dominicana: parte general*, Madrid, La Ley, 2012.
- RUSO, Eduardo, *Teoría general del derecho. En la modernidad y la posmodernidad*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1995.
- SANG BENG, Mu Kien, *Historia dominicana: ayer y hoy*, Santo Domingo, Susaeta, 1999.
- SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.
- SILES, Abraham y Mirte POSTEMA, *Informe de investigación sobre la independencia y la transparencia del Poder Judicial*, Santo Domingo, FINJUS, 2012.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Resolución 1920-2003, 13 de noviembre de 2003.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, Sentencia en el caso *Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, 91, 2000. Opinión disidente del juez Scalia.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La decisión judicial*, t. II, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 2011.
- TOULMIN, Stephen, *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Editorial Península, 2007.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, Sentencia TC/0042/12.
- _____, Sentencia TC/0203/13.
- _____, Sentencia TC/0034/14, 24 de septiembre de 2014.
- TROPPER, Michel, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, 1984.