

# EL DERECHO CONSTITUCIONAL EN LA ERA DE LA PONDERACIÓN<sup>1</sup>

Luis Javier Moreno Ortiz<sup>2</sup>

## Resumen

Este documento busca, a partir de una lectura crítica de la obra *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*<sup>3</sup> del profesor norteamericano T. Alexander Aleinikoff, hacer una aproximación intelectual al complejo tema de la interpretación de la Constitución en los Estados Unidos y, en especial, al principio de proporcionalidad y a la técnica de ponderación de principios. Se pretende mostrar las particularidades de este principio y de esta técnica en el contexto de los Estados Unidos, cuyo modelo, además de ser distinto del europeo, ejerce en nuestro contexto una marcada influencia. Este análisis comparado, concluye con el reconocimiento de la necesidad de construir un discurso propio y auténtico en torno a ambos referentes, que sea capaz de considerar las particularidades de nuestro contexto.

## Palabras clave

Estados Unidos, Derecho constitucional, Interpretación de la Constitución, Principio de proporcionalidad y Ponderación.

## Abstract

This document seeks, from a critical reading of the work *Constitutional Law in the era of the weighting of the American* professor T. Alexander Aleinikoff, to make an intellectual approach to the complex theme of the interpretation of the Constitution in the United States and, in special, to the principle of proportionality and to the technique of weighting principles. It is intended to show the particularities of this principle and this technique in the context of the United States, whose model, in

---

<sup>1</sup> Este documento se inscribe en el proyecto de investigación Observatorio de Derecho Público, gestionado por el autor en el Grupo de Investigación CREAR de la Universidad Sergio Arboleda.

<sup>2</sup> El autor es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

<sup>3</sup> Esta obra, vertida al castellano por Jimena Aliaga Gamarra, fue publicada en Lima, con un estudio preliminar del profesor colombiano Carlos Bernal Pulido, por Palestra Editores, en el año 2010.

addition to being different from the European one, has a marked influence in our context. This comparative analysis concludes with the recognition of the need to construct a proper and authentic discourse around both referents, which is capable of considering the particularities of our context.

### Key words

United States of America, Constitutional Law, Interpretation of the Constitution, Principle of Proportionality and Weighting.

## INTRODUCCIÓN

1. No es una novedad afirmar que la disciplina jurídica en Colombia está inmersa en una profunda crisis. Tampoco lo es el pensar que la manera de superarla es adoptar un modelo forjado en otras tradiciones y pensado para otras circunstancias, como una solución. Sin abogar por un pensamiento insular, que de la espalda a las realidades de la hora de ahora, la alternativa de importar soluciones, al menos a la luz de los resultados empíricos, no parece ser la más satisfactoria, como lo demuestra el cansino devenir de la oralidad en nuestros procedimientos. Con todo, sea cual fuere la decisión a tomar, conviene conocer tanto las instituciones jurídicas extranjeras como las circunstancias propias de los contextos en los que surgen, valga decir, los problemas que pretenden resolver y las preguntas que logran contestar, antes de embarcarse en nuevas aventuras.

2. La crisis de la disciplina jurídica en Colombia, más allá de lo que pueda decirse de la administración de justicia y sus problemas, afecta dos fundamentos institucionales de todo orden jurídico: las fuentes y la interpretación. Cuando no hay claridad sobre las fuentes, es decir, sobre quién hace el derecho, ni sobre su sentido, valga decir, sobre quién dice lo que el enunciado jurídico normativo enuncia (la norma), no es posible tener seguridad, justicia, orden o paz. Se está, por el contrario, en medio de una peligrosa dinámica, en la cual es posible convertir a la disciplina jurídica en una manifestación más de la política, en su acepción más controversial: *pactum subjectionis*<sup>4</sup>.

3. En el caso del derecho constitucional esta crisis es visible en múltiples e interesantes manifestaciones. En materia de fuentes el cambio es profundo y estructural. Es evidente la irrupción de nuevas fuentes de normas constitucionales distintas al texto mismo de la Constitución, como es el

---

<sup>4</sup> Esta acepción es acaso las más difícil de aceptar para la disciplina jurídica, pues lo que es justo o aquello a lo que se tiene derecho no depende de la mera coyuntura de las mayorías, ni está librado a la suerte de los números. Si debe predicarse de la disciplina jurídica su condición de política, sólo considero aceptable hacerlo en términos de lo que Zagrebelsky, en su obra *Principios y votos*, denomina *pactum societatis*.

caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el derecho internacional humanitario y los derechos inherentes a la persona humana o a la forma democrática representativa de gobierno<sup>5</sup>.

4. En materia de interpretación, al abandonarse el discurso regular, valga decir, la ortodoxia de las reglas, que será en nuestro entorno el dominante durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, por un nuevo discurso, más amplio e inclusivo, en el que conviven, además de las reglas, los valores y los principios dentro de la Constitución, se hace necesario repensar la añeja hermenéutica (prevista en nuestro caso en la Ley 153 de 1887, todavía vigente) y asumir nuevos modos de interpretar la que es sin duda un nuevo referente: el enunciado constitucional. Es aquí en donde tiene sentido ocuparse del principio de proporcionalidad y de la técnica de la ponderación de principios.

5. La interpretación constitucional no es un ejercicio mecánico y rutinario, que pueda manejarse de manera exclusiva con herramientas propias de una hermenéutica de reglas. Si bien la Constitución tiene reglas, también tiene otros referentes, que exigen un trabajo diferente al de la triada: premisa general, premisa particular, conclusión, valga decir, un modo de pensar y valorar distinto al que brinda el razonamiento formal y sus silogismos<sup>6</sup>. Para asumir estos referentes, se requiere ir más allá de la simple lectura de los enunciados, cuyo sentido no es terminante como solía suponerse, sino que debe establecerse por alguien (este alguien suele ser el juez). Este ejercicio que puede llegar a ser y, de hecho, en la experiencia norteamericana así es, algo más creativo que la tarea de definir cuál es la regla aplicable y, acto seguido, aplicarla conforme a su tenor literal, como se pretendía en tiempos decimonónicos por la exégesis. En este contexto, la ponderación, en tanto técnica de razonamiento constitucional, se ofrece como una alternativa útil y relevante para la comunidad jurídica, que la ha acogido en los Estados Unidos de tal forma que se ha convertido en dominante<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Ver, entre otros referentes, los artículos 93, 94 y 214.2 de la Constitución Política y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Esta limitación de la lógica formal se pone en evidencia cuando se considera el fenómeno de la Constitución viviente, pues si bien no se aprecia cambios en las palabras, es decir, en los enunciados, sí existen cambios en su sentido, valga decir, en lo enunciado por ellas, pues más allá de los textos, en la realidad ha operado un cambio relevante en las circunstancias.

<sup>7</sup> Este es el hecho fundamental que justifica la obra que ahora se analiza. Como lo reconoce el profesor Aleinikoff (cfr., p. 20), su texto es “un intento por explorar y evaluar” esta forma de razonamiento constitucional, al parecer tan exitosa.

## EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y UNA POSIBLE SÍNTESIS

6. Antes de entrar de lleno en la técnica de la ponderación en los Estados Unidos, conviene no pasar por alto el estudio preliminar del profesor Carlos Bernal Pulido, quien ha dedicado buena parte de su vida académica al principio de proporcionalidad y a la ponderación<sup>8</sup>. En su texto, además de dar cuenta del origen del libro de Aleinikoff, (fue un artículo publicado la *Yale Law Journal*), y de calificarlo como uno de los más influyentes y más completos estudios sobre el tema, dedica un apartado a argumentar por qué este documento es relevante para el “mundo hispanoamericano”, en la medida en que los tribunales constitucionales de esta parte de América han acogido y usado metodologías de interpretación norteamericanas y europeas para habérselas con los derechos fundamentales, entre las cuales se destaca la ponderación.

7. La técnica de la ponderación, que puede datarse en la década de los años veinte en la experiencia norteamericana, se articula en el quehacer de los tribunales constitucionales sudamericanos con el principio de proporcionalidad, de origen Alemán, a fin de establecer un criterio “para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos”.

8. La ponderación, aún si se aprecia como una mera técnica, es un elemento de juicio relevante, e incluso definitivo (Bernal califica su uso como imprescindible, p. 9), al momento de establecer el sentido y alcance de los derechos fundamentales, merced a la interpretación del texto de la Constitución y, en el caso colombiano, también del texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de lo que es inherente a la persona humana. No obstante, este uso dista mucho de estar exento de críticas, de las que también se habla en el estudio preliminar, en especial la ya reconocida y añeja en materia constitucional, de que esta técnica es un modo de justificar una decisión política tomada por un tribunal<sup>9</sup>.

9. La alusión que se hace al principio de proporcionalidad y a la técnica de la ponderación, busca lograr una síntesis de los dos, una especie de articu-

<sup>8</sup> En efecto, así puede constatarse al revisar su tesis doctoral sobre: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* y dos de sus libros más conocidos en esta materia: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Universidad Externado de Colombia, 2014) y *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculantes para el legislador* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005).

<sup>9</sup> Esta crítica ya se encuentra en el pensamiento de Schmitt, en especial en su conocida obra *La defensa de la Constitución* (*Der Hüter der Verfassung*), cuya primera edición en alemán data de 1931.

lación y de convergencia entre ambos fenómenos. Para este propósito, el profesor Bernal comienza por distinguir los tres sub principios del principio de proporcionalidad, a saber: el principio de idoneidad<sup>10</sup>, el principio de necesidad<sup>11</sup> y el principio de proporcionalidad en sentido estricto<sup>12</sup>. Y acto seguido, en la última parte de su estudio preliminar afirma que sería un paso hacia adelante que las autoridades de los Estados Unidos aplicasen el principio de proporcionalidad en su totalidad, sin las limitaciones que tiene su técnica de la ponderación<sup>13</sup>, aunque ve esto como algo difícil, debido a la resistencia que está técnica todavía tiene.

## **EL FENÓMENO TÉCNICO DE LA PONDERACIÓN, SUS ORÍGENES, DESARROLLO Y EXPANSIÓN**

10. A partir del hecho fundamental de que la ponderación es una técnica de razonamiento constitucional acogida por la comunidad jurídica de los Estados Unidos, como técnica dominante (supra 5), Aleinikoff se propone en su estudio dos objetivos, a saber: (i) exponer cómo surge y de qué modo se extendió esta técnica y (ii) sustentar que esta técnica es todavía controvertida en los Estados Unidos<sup>14</sup>.

---

<sup>10</sup> Este sub principio suele identificarse con el principio, en la medida en que sus dos indicadores: idoneidad (que se predica del medio) y legitimidad (que se predica del fin), más allá de las cuestiones de grado posibles, tanto en lo fáctico como en lo teórico, son el principal soporte del juicio de proporcionalidad, al menos cuando se trata de juzgar la intervención en los derechos fundamentales. La idoneidad, al ser un asunto fáctico, implica un análisis empírico y, por tanto, una evidencia objetiva: sólo es idóneo lo que de un modo objetivo y verificable contribuye a realizar el fin. La legitimidad, al ser un asunto teórico, exige un análisis jurídico normativo, que debiera ser también objetivo: sólo es legítimo aquél fin que no es incompatible con la Constitución y, en cuanto a su grado, será más legítimo en la medida que sea más importante para la Constitución e incluso imperioso para ella.

<sup>11</sup> Este sub principio afecta, al calificarla, la idoneidad y, por tanto, tiene sentido respecto del medio. Si bien existen varios medios posibles que pueden ser idóneos para lograr un fin, no todos ellos son iguales respecto de su intervención en el derecho fundamental. El principio de necesidad exige que el medio a emplear, además de idóneo, sea el menos gravoso para el derecho.

<sup>12</sup> Este sub principio implica un análisis cuantitativo y cualitativo de los pros y de los contras de la intervención al derecho fundamental, valga decir, si las ventajas de la intervención son mayores que las desventajas de la misma. Se trata de establecer si el grado de realización del fin, que se asume se realiza por medio de la intervención, compensa el grado de afectación del derecho. Para medir estos grados de intensidad suelen emplearse guarismos numéricos, con el riesgo de subjetividad que este proceder conlleva.

<sup>13</sup> La más destacada "patología crónica" del razonamiento del juez norteamericano, a juicio de Bernal, es la de no contar "con criterios claros y estables para optar por alguno de los tres tipos de examen y termina[r] escogiendo alguno de ellos de una forma abiertamente discrecional".

<sup>14</sup> Cfr., p. 21 y 22.

11. La exposición comienza por definir el fenómeno de la ponderación y precisar sus usos. Lo primero se hace al decir que una decisión judicial emplea esta técnica cuando ocurre alguna de estas dos cosas: (i) “identific[a] los intereses implicados en el caso y llega a una decisión”, o (ii) “crea una norma de Derecho Constitucional al asignar —explícita e implícitamente— valores a los intereses identificados”<sup>15</sup>. Lo segundo se hace al señalar los dos usos de la técnica por el juez, a saber: (i) “coloca[r] los intereses en una balanza y regula[r] la forma en que la balanza ha de inclinarse”<sup>16</sup> y (ii) “habla[r] de la necesidad de “llegar a un equilibrio” entre los intereses contrarios”<sup>17</sup>.

12. El origen de este fenómeno que, como ya se dijo, puede datarse en los años veinte del siglo pasado (supra 7), muestra en las dos décadas siguientes una evidente consolidación, visible en las opiniones mayoritarias de los tribunales<sup>18</sup>, de la mano de juristas como Holmes, James, Dewey, Pound y Cardozo<sup>19</sup>, en su afán de acercar el derecho a la realidad, como lo demandaba su tiempo y lo sigue demandando nuestro tiempo.

13. El cambio, si bien es fundamentalmente técnico, implica una profunda ruptura dentro de la tradición jurídica norteamericana, en tanto y en cuanto afecta el quehacer de los jueces y, con ello, de la práctica jurídica. Sobre este cambio, como lo destaca el Aleinikoff, es posible aventurar dos hipótesis: (i) no es un cambio material, sino un acto de sinceridad de los jueces, al reconocer lo que venían haciendo de hecho hace tiempo; (ii) sí es un cambio material, que se produce a partir de una nueva forma de pensar tanto el derecho como el razonamiento constitucional<sup>20</sup>. El autor se inclina por esta hipótesis que, en realidad, es la que da cuenta de mejor manera del fenómeno, pues coincide con la irrupción de la teoría del realismo jurídico, que tan bien expondrá otro distinguido jurista del grupo: Jerome Frank<sup>21</sup>.

14. El cambio jurídico coincide en el tiempo con un profundo cambio político: el nuevo trato (*New Deal*), promovido por un presidente de recia personalidad: Roosevelt, empeñado en su tarea de renovar la Corte Suprema, que era adversa a los cambios que pretendía hacer al derecho norteamericano. Sus duras palabras, dichas en su plan de renovación, propuesto en 1937,

---

<sup>15</sup> P. 23.

<sup>16</sup> P. 24.

<sup>17</sup> P. 25.

<sup>18</sup> Cfr., p. 31.

<sup>19</sup> Cfr., P. 32.

<sup>20</sup> Cfr., p. 38.

<sup>21</sup> En especial en sus célebres y, en su tiempo polémicos, ensayos: *El derecho y el pensamiento moderno* (*Law and the Modern Mind*, 1930) y *Los tribunales en juicio* (*Courts on Trial*, 1949).

son: “debemos tomar medidas que salven la Constitución de la Corte y a la Corte de sí misma. Debemos encontrar una forma para que una apelación no sólo sea cuestión de la Corte Suprema sino de la misma Constitución. Queremos una Corte Suprema que imparta justicia sujeta a la Constitución, no por encima de ella”<sup>22</sup>.

15. El presupuesto del cambio, destacado en especial por Holmes, Brandeis y Stone, es la comprensión del caso<sup>23</sup>. Esta comprensión, además de ser esencial para conocer lo que se juzga, debe ser previa a cualquier juicio. Sí y sólo sí se comprende los hechos, valga decir, el fundamento empírico de la tarea judicial, es posible encontrar una solución jurídica adecuada a ellos. El primer desafío del juez no está dado por la ley o por el derecho, sino por la realidad del caso, con la cual debe habérselas de manera insoslayable. Ante esta circunstancia, poco aporta una jurisprudencia de conceptos o mecánica, como lo advierte en su crítica Pound, sino que es necesario considerar de otro modo el asunto. Así lo deja en claro Cardozo, al tener “al Derecho jurisprudencial como una de las realidades existentes de esta vida”<sup>24</sup>.

16. En este nuevo contexto, la lógica (en especial la formal) es importante, pero no lo más importante. El derecho no se aprecia como un fin en sí mismo, sino como un medio para lograr fines en la sociedad en la cual rige<sup>25</sup>. El paso del conceptualismo del derecho al instrumentalismo del derecho introduce en el discurso jurídico un dinamismo vital: el derecho es, entonces, dinámico, funcional, no absoluto y experimental. Por tanto, puede y debe analizarse a partir de lo empírico<sup>26</sup>.

17. Al alejarse de la tranquilidad de los conceptos establecidos, que en tiempos de los modernos e ilustrados aspiraban a la trascendencia, como lo pondría de presente Kant, para asumir el sentido empírico del derecho, se hace necesario cuestionar la univocidad de los enunciados legales, cuyo sentido, al estar sometido a la dinámica del derecho, puede –y de hecho así ocurre– cambiar conforme cambien las circunstancias fácticas. Así las cosas, las consecuencias de una norma se hacen muy importantes, en tanto y en cuanto revelan su idoneidad para lograr fines valiosos, fines que deben ser el epicentro del análisis jurídico, en lugar de centrarse en los meros enunciados. En este nuevo enfoque el juez tiene un papel central: es el protagonista, al punto de que Holmes y Cardozo (ambos serán ministros de la Corte Suprema), no tienen dificultades para reconocer “la libertad creativa

<sup>22</sup> P. 39.

<sup>23</sup> Cfr., p. 40.

<sup>24</sup> P. 42.

<sup>25</sup> Cfr., p. 43.

<sup>26</sup> Cfr., p. 45.

inherente al proceso judicial<sup>27</sup>. A partir de esta libertad, como concluyeron los académicos de ese entonces, ya no había una diferencia marcada entre el juez y el legislador<sup>28</sup>.

18. En un esquema de fines y de medios, siendo el derecho un medio, adquiere sentido la técnica de la ponderación, que se ocupa del análisis de los mejores medios para satisfacer tales fines, en medio de una controversia que involucra o pone en juego diversos intereses sociales<sup>29</sup>. En lugar de ocuparse sólo de la tarea de extraer la norma jurídica de los precedentes, para Stone, el juez debe también preocuparse y ocuparse de valorar y comparar los valores sociales en liza, para determinar la norma que debe aplicarse<sup>30</sup>. No se trata de una libertad absoluta, que justifique dejar de lado los estatutos o los precedentes, que mantienen su fuerza vinculante, sino de –prosigue Stone– escoger en este marco “la norma que [se] debe aplicar” a partir de “los pesos relativos de las ventajas sociales y económicas que finalmente inclinarán la balanza a favor de una norma en vez de otra”. Así, pues, al menos dentro de este ámbito –concluye Stone– “el juez desempeña esencialmente la función de legislador y, en la práctica, crea Derecho”<sup>31</sup>.

19. La técnica de la ponderación, así comprendida, no resulta incompatible con el *Common Law*, pues tanto para una como para otro, las circunstancias empíricas tienen un notable peso específico. Este peso se pone en la balanza para determinar la norma, valga decir, establecer si existe o no un precedente vinculante, en la práctica inmemorial del *Common Law*. Este mismo peso también debe ponerse en la balanza para determinar la aplicación de la norma, por medio de la técnica de la ponderación, para establecer dicha aplicación a partir del análisis de las ventajas sociales y económicas que se seguirían de ella<sup>32</sup>.

20. La libertad creativa del juez no parece tener mayores dificultades cuando se trata de casos que no involucran la Constitución, pues al fin y al cabo

---

<sup>27</sup> Esta libertad creativa se expone en el texto, en la siguiente nota al pie: “Ver CARDOZO, B., *supra* nota 68, en la p. 113; HOLMES, O. W., “Law in Science”, *supra* nota 65, en la p. 242; HOLMES O.W. “The Parth of the Law”, *supra* nota 64, en la p. 184; LLEWELLYN, *supra* nota 71, en la p. 1252: Si la deducción no resuelve los casos sino que sólo muestra el efecto de una determinada premisa; y si existe una premisa en conflicto pero con igual autoridad que lleva a otra conclusión, entonces hay una elección que hacer; una elección que ha de ser justificada; una elección que podrá ser justificada sólo como una cuestión política, dado que la tradición dominante tiene una lengua bípeda”.

<sup>28</sup> Cfr., p. 46.

<sup>29</sup> Cfr., p. 47.

<sup>30</sup> Cfr., p. 49.

<sup>31</sup> P. 49 y 50.

<sup>32</sup> Cfr., p. 51.

el Congreso puede revocar las doctrinas de la *Common Law* y garantizar la prevalencia del principio democrático. Sin embargo, las cosas parecen más complejas cuando se trata de ejercer dicha libertad en casos que sí involucran a la Constitución, pues en tal evento el Congreso no tiene dicha facultad. La justificación de este desbalance respecto del principio democrático no puede fundarse en el añejo argumento de que los jueces se limitan a encontrar la norma, sino que pasa por conjurar el evidente riesgo de la subjetividad del juez o de la prevalencia de sus preferencias personales. Esto pretende lograrse por medio de dos mecanismos: (i) externalizar el proceso de ponderación, es decir, mostrar en detalle el ejercicio de la técnica; y (ii) identificar intereses socialmente relevantes, valga decir, intereses que tienen peso en la historia, la tradición y a los que la sociedad, que no el juez, les atribuye importancia<sup>33</sup>.

21. La libertad creativa del juez en casos que involucran a la Constitución tiene, pues, un contrapeso formidable: una estricta y exigente carga de argumentación. El sentido de las normas constitucionales, merced a la técnica de la ponderación, puede expandirse, y en buena hora así ocurrió, más allá de la literalidad del texto, para asumir, comprender y proteger derechos no textuales (como los innominados), que son inherentes al ser humano<sup>34</sup>. Así lo hará la Corte Suprema de los Estados Unidos, al alumbrar la doctrina del debido proceso sustantivo, y así podría hacerlo en los días por venir, cuando decida tomarse más en serio la norma de la novena enmienda de la Constitución, que brinda un fundamento textual y feraz a esta necesaria libertad<sup>35</sup>.

## CONTROVERSIAS SOBRE LA PONDERACIÓN: CRÍTICAS INTERNAS Y EXTERNAS

22. Como es obvio, el impacto de la técnica de la ponderación y, más que de ella, del nuevo modo de comprender lo jurídico no ha estado exento de críticas, incluso por parte de sus defensores. Las críticas internas se agrupan en torno de dos problemas: (i) los que podrían llamarse problemas operativos o prácticos, relativos al modo de identificar, valorar y comparar intereses; y (ii) los que podrían denominarse problemas valorativos de la

<sup>33</sup> Cfr., p. 53 y 54.

<sup>34</sup> Cfr., p. 67.

<sup>35</sup> *"The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people"*, que podría traducirse así: La no enunciación de un derecho en la Constitución, no debe entenderse como la negación o menosprecio de tal derecho, que retiene el pueblo. En esta enmienda, la propia Constitución libera al juez del hermetismo del texto y lo obliga a considerar otros referentes. Para esta tarea tanto la realidad y sus circunstancias como los intereses sociales relevantes, son elementos de juicio objetivos indispensables.

técnica, que ponen en entredicho su justificación y sensatez para interpretar la Constitución<sup>36</sup>.

23. Aunque se ha intentado traducir el *quantum* de los intereses a números, al asignarles un “peso específico”, esta asignación no resulta ser tan objetiva como debiera, sino que está interferida por valoraciones y, lo que puede ser más grave, por valoraciones subjetivas. Sin llegar al extremo de Laurent Frantz, para quien la tarea del juez es “medir lo inconmensurable... (y) comparar lo incomparable”<sup>37</sup>, lo cierto es que una comparación requiere de una unidad de medida común, para poder medir con ella cada fenómeno o, será acaso mejor decir, interés en liza<sup>38</sup>.

24. Incluso si es posible obtener dicha unidad de medida común, siempre subsiste el riesgo de valorar desde el yo y no desde el conocimiento de la sociedad. No debe pasarse por alto que la escala propia de valores es conocida por cada uno de nosotros, está a mano y cerca, mientras que la escala común de valores debe resultar del estudio de la sociedad en la que vivimos y puede ser, así esto llegue a ser doloroso, contraria o distinta a la propia. En esta escala común no se puede pasar por alto ningún interés socialmente relevante, así se trate de un interés que no es personalmente relevante<sup>39</sup>, lo que introduce un alto grado de complejidad a la técnica.

25. El negar dicha complejidad o el banalizarla conduce a un ejercicio más próximo a lo subjetivo que a lo objetivo y, con el tiempo, puede dar lugar a una jurisprudencia mecánica, que fue justamente lo que se pretendió controvertir con la nueva técnica. Sin esa apertura a la complejidad de la realidad que, además, está en una permanente dinámica o devenir, la técnica de la ponderación puede llegar a perder uno de sus principales atributos: su habilidad para persuadir<sup>40</sup> y, de paso, resultar desconectada de la realidad. En la medida en que el mundo sea más complejo, el ejercicio de ponderación será más arduo y difícil. Ante un panorama así, se puede comprender que algunas personas piensen en emplear otras metodologías o técnicas para interpretar la Constitución, entre ellas la textual, pues por muchas complicaciones que pueda ofrecer un texto, en todo caso serán menos que las que la cambiante y compleja realidad tiene.

26. Las críticas externas, como ya se alcanzó a bosquejar (Supra 8), se fundan en descalificar a la técnica de la ponderación como jurídica y en afirmar, por el contrario, que es una técnica política. En esta línea, se enfatiza

<sup>36</sup> Cfr., p. 73 y 74.

<sup>37</sup> P. 74.

<sup>38</sup> Cfr., p. 75.

<sup>39</sup> Cfr., p. 82.

<sup>40</sup> Cfr., p. 84.

la borrosa frontera que habría, merced a la ponderación, entre el legislador y el juez, para subrayar la falta de legitimidad democrática del segundo. Así, se dice que si la ponderación debe tenerse como necesaria, su ejercicio debe corresponder de manera exclusiva al legislador<sup>41</sup>.

27. Al ejercer una tarea que sería propia del legislador y, en último término del pueblo, el juez aparece como un usurpador de competencias, que pretende determinar valorativamente el peso de los diversos intereses sociales contrapuestos y, por esta vía, si encuentra que la evaluación del órgano de representación democrática ha sido inadecuada, ordenarle que la rehaga, para tomar su decisión conforme al juicio del juez. El argumento se puede llevar al extremo si se considera que el legislador sí ha tenido en cuenta todos los intereses en juego, pero ha decidido dar un peso específico mayor a uno de ellos. En este caso, para los críticos, no se ve muy claro por qué la valoración del juez debe prevalecer sobre la valoración del representante del pueblo<sup>42</sup>.

28. Cuando se trata de comparar pesos específicos a partir de normas constitucionales y normas legales, aparece de nuevo el problema de la unidad de medida común, para poder comparar los intereses contrapuestos, en términos semejantes en una escala<sup>43</sup>. Esta escala, e incluso esta unidad de medida común, al no estar fijadas por la Constitución, que en modo alguno hace una lista de prelación de intereses sociales relevantes, no se deriva de ella, de lo que se sigue un problema de fundamentación de los mismos y, también un problema de competencia. Es un problema de fundamentación, porque si no se funda en la Constitución, ¿en qué se funda? Y es un problema de competencia, porque si no se sigue de la Constitución, sino de otra cosa, ¿por qué le corresponde al juez y no a otra autoridad determinarlo?<sup>44</sup>

29. Si bien la ponderación puede considerarse como una técnica adecuada para crear y extender derechos<sup>45</sup>, su ejercicio pone en entredicho otras técnicas que pueden ser tan o más importantes para la tarea del juez, como es el caso de los métodos tradicionales de razonamiento judicial, de los precedentes y del análisis del texto<sup>46</sup>. Esto último, prescindir del texto para concentrarse en los intereses reales, puede hacer innecesario desarrollar una teoría de la Constitución, que al fin y al cabo está incorporada a un texto, y pone en entredicho la interpretación de dicho texto, con los numerosos problemas lingüísticos y jurídicos que le son propios, e incluso las

---

<sup>41</sup> Cfr., p. 93 y 94.

<sup>42</sup> Cfr., p. 95 y 96.

<sup>43</sup> Cfr., p. 97.

<sup>44</sup> Cfr., p. 97.

<sup>45</sup> Cfr., p. 98.

<sup>46</sup> Cfr., p. 99.

interpretaciones hechas en casos anteriores, con lo cual la práctica judicial se margina de lo que Aleinikoff denomina “nuestra tradición ética”<sup>47</sup>.

30. El poner el acento en la conveniencia, que es un asunto más político que jurídico, puede acabar por desvirtuar las funciones de control y validación del Derecho Constitucional. La evaluación del costo beneficio de una norma, con el propósito de maximizar el bienestar social, no es, ciertamente, una tarea de juzgar la compatibilidad de la norma con la Constitución. Si el juez y el legislador hacen lo mismo –para llevar al extremo la crítica- no hay ninguna razón por la cual la decisión del juez deba prevalecer sobre la decisión del legislador<sup>48</sup>. El juez debería ocuparse de la validez, que puede predicarse incluso de lo que es poco conveniente o hasta inconveniente.

31. Aleinikoff asume, pues, una postura crítica a la técnica de la ponderación, en tanto su ejercicio puede conducir, con una alta probabilidad, a abandonar el discurso jurídico constitucional y a reemplazar las categorías jurídicas de validez por la más amplia y no siempre jurídica de razonabilidad, lo que a su juicio no deja de ser algo lamentable<sup>49</sup>. De ahí que proponga, en la parte final de su estudio una de las críticas más fuertes a la técnica de la ponderación: la que afirma su condición de no inevitable y, por tanto, de prescindible, como se analiza en la siguiente sección.

## LA CONDICIÓN NO INEVITABLE DE LA PONDERACIÓN

32. El uso de la técnica de la ponderación y, por tanto, el ejercicio de equilibrar intereses sociales en liza o en conflicto, no es sólo un acto de sinceridad sobre el modo en que la mente y el análisis de los jueces operan, como se sostenía en la primera de las hipótesis que daban cuenta de este fenómeno (supra 13 (i)). Implica, además, acoger una teoría especial de la interpretación. Esta decisión, como cualquier otra, debe tener una justificación adecuada y suficiente<sup>50</sup>.

33. La crítica de Aleinikoff se funda en la inexistencia de dicha justificación adecuada y suficiente. A su juicio, no es posible reducir la “adjudicación constitucional” a un ejercicio de tomar decisiones razonables, que también podría ser propio de la filosofía o de la legislación. La razón constitucional no es, por tanto, cualquier razón, así sea una construcción razonable que atienda a un interés social relevante, es algo más, algo que depende de la Constitución misma y de su interpretación. Por tanto, la razón constitucio-

---

<sup>47</sup> P. 101.

<sup>48</sup> Cfr., p. 105 y 106.

<sup>49</sup> Cfr., p. 106.

<sup>50</sup> Cfr., p. 123.

nal no puede fundarse sólo en los intereses, sino que debe fundarse, principalmente, en la Constitución<sup>51</sup>.

34. El interpretar la Constitución sin la Constitución, en una especie de abandono del objeto a interpretar, reemplazado por otros referentes, si bien reales, no jurídicos ni constitucionales en sí mismos, hace que Aleinikoff califique esta situación como el “sueño de la ponderación”. Su texto propone despertar al Derecho Constitucional y a sus estudiosos de este sueño, para cuestionar su no necesidad o inevitabilidad, y para recuperar la conciencia sobre la necesidad de construir una teoría sobre la Constitución y sobre su interpretación, para resolver los casos constitucionales<sup>52</sup>.

35. En suma, la propuesta de *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación (Constitutional Law in the Age of Balancing, 1987)*<sup>53</sup> es poner en entredicho la técnica dominante en la interpretación constitucional en los Estados Unidos, a partir de la crítica fundamental sobre su condición de no inevitable, para volver al legado de los antiguos y redescubrir otras técnicas de interpretación o para proyectarse hacia el futuro y buscar nuevas formas de interpretación, a partir de la necesidad de no prescindir de la Constitución y de justificar de manera adecuada y suficiente, en términos constitucionales, el uso de la técnica que se propone<sup>54</sup>.

## EPÍLOGO

36. Para justificar la antedicha interpretación crítica del discurso del autor, conviene traer a cuento las palabras con las cuales cierra su estudio, a saber:

En vez de restaurar el equilibrio al Derecho Constitucional, el recurso fácil de la ponderación amenaza el Derecho Constitucional. La ponderación nos ha alejado de la Constitución, suplantándola con legislación “razonable” en vez de investigaciones teórica sobre los derechos, principios y estructuras<sup>55</sup>.

37. Hecha ya la lectura crítica de la obra de Aleinikoff y, por tanto, conocido el origen de la técnica y las circunstancias en las cuales se forjó, procede ocuparse, así sea brevemente, de la adopción que se ha hecho en nuestro derecho de esta técnica, como se hace en los párrafos siguientes.

38. Sea lo primero destacar el valor que tiene para el derecho y, en especial, para el derecho constitucional, no perder su vínculo con la realidad y sus circunstancias, valga decir, con los intereses sociales y con los fines a los

<sup>51</sup> Cfr., p 125 y 126.

<sup>52</sup> Cfr., p. 128.

<sup>53</sup> *Yale Law Journal*, volumen 96, No. 5, 1987.

<sup>54</sup> Cfr., p. 128.

<sup>55</sup> P. 130.

que sirve. Si bien el derecho constitucional necesita de una teoría sobre la Constitución y sobre su interpretación, no se agota en la mera teoría, pues también requiere de un soporte empírico.

39. Al destacar lo empírico del derecho, los grandes juristas norteamericanos que en el siglo XX defienden la técnica de la ponderación, contribuyen, con acierto, a acercar el derecho a las personas y a sus realidades, en lugar de dejarlo en el “cielo de los conceptos”, de que hablara el jurista alemán Rudolf Von Ihering. Esta lección de realismo no puede, ni debe, olvidarse.

40. Sin embargo, las innegables bondades de la técnica de la ponderación y, más que de ella, de la particular visión de lo jurídico que la hace posible, no pueden llevar a pasar por alto que el epicentro del derecho constitucional está dado por la Constitución. Lo razonable no puede identificarse *per se* con la Constitución. Así que, por importante que sea la técnica, no puede dejarse de lado la Constitución y, por tanto, sigue siendo necesaria una teoría de la Constitución y una teoría de la interpretación de la Constitución. En esto el autor tiene razón.

41. La técnica de la ponderación ciertamente no es inevitable, pero esto no significa que sea inútil o irrelevante. La técnica de la ponderación es una técnica valiosa, pero no la única, ni siquiera la más adecuada para resolver todos los casos.

42. La ponderación, sin la Constitución, envuelve un evidente riesgo político, en el sentido de que el juez no se ocupa de juzgar la constitucionalidad de una norma (como lo hace en el control de constitucionalidad) o de una conducta (como lo hace al revisar las decisiones de tutela), sino su conveniencia respecto de los intereses sociales en conflicto. Así visto el asunto, el juez constitucional no cumple su rol propio y distinto, sino que hace el trabajo del legislador o del filósofo social, lo que en realidad no le corresponde.

43. Un modo de evitar que la ponderación conduzca a un juicio de conveniencia, valga decir, de mantener el discurso en el escenario jurídico de la validez, es dar el lugar central en el análisis a la Constitución. El texto de la Constitución no es un personaje menor en el discurso, sino el principal referente, junto a los otros que conforman el denominado bloque de constitucionalidad, para fundar los argumentos del juez. El deformar estos referentes, sin respetar sus límites lingüísticos o semiológicos, puede llevar al juez no a decidir desde la Constitución, sino a decidir “con ocasión de la Constitución”, lo cual es inaceptable en un Estado Social y Democrático de Derecho.

44. De otra parte, no se puede pasar por alto que la Constitución, si bien acoge valores y prevé principios, también tiene reglas. Para el manejo de

estas reglas, las técnicas de interpretación tradicionales tienen mucho que decir, al punto de que no parece viable emplear la ponderación cuando hay reglas constitucionales, que en todo caso deben ser aplicadas, por mucho que al juez e incluso a la sociedad o a una buena parte de ella, le parezca que dichas reglas no son las más razonables posibles.

45. En suma, las calidades innegables de la técnica de la ponderación, no son suficientes para asumirla sin reparos, con los brazos abiertos y con complacencia acrítica. Habrá de recordarse que, en tanto técnica, se trata de un medio al servicio de fines, y no de un fin en sí mismo. Y, por tanto, advertirse que existen otras técnicas que son también útiles y valiosas para resolver casos constitucionales, siempre y cuando una y otras, no nos alejen de la Constitución y, en nuestro caso particular, respondan de manera adecuada a las particularidades del complejo contexto en el que vivimos y convivimos.

