



Carlos Bernal Pulido

*Profesor de derecho constitucional y filosofía del
derecho de la Universidad Externado de Colombia*

LA PONDERACIÓN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS Y DE HISPANOAMÉRICA

Una introducción a *El derecho constitucional en la era de la ponderación*
de T. Alexander Aleinikoff

I. PRESENTACIÓN GENERAL

El opúsculo que el lector tiene en sus manos y que, con gran acierto editorial y empeño, Palestra pone a disposición del público de habla hispana, contiene uno de los ensayos más influyentes en el Derecho Constitucional norteamericano. Se trata de *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Este texto fue publicado de manera original como artículo en la prestigiosa revista de Derecho de la Universidad de Yale (*Yale Law Journal*), y su autor es T. Alexander Aleinikoff, uno de los constitucionalistas más relevantes de los Estados Unidos, quien, en la actualidad, es Decano del Centro de Estudios Jurídicos de la Universidad Georgetown de Washington.

Este texto es uno de los estudios sistemáticos más completos acerca del uso de la ponderación en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos. Como tal, no sólo da cuenta del surgimiento de este concepto jurídico, de su evolución y de su auge, sino también de las críticas y los desafíos que ha supuesto, así como de sus límites, en particular, como instrumento metodológico para la aplicación de los derechos fundamentales contenidos en las enmiendas a la Constitución norteamericana. Tras una breve introducción, Aleinikoff estudia, en la primera parte, algunos de los diferentes conceptos de ponderación que han tenido más resonancia en la doctrina norteamericana, las clases de ponderación que allí se han propuesto (definitoria y *ad hoc*), y aborda el problema de cómo determinar cuáles son los intereses que se ponderan. En la segunda parte, el autor da cuenta de los orígenes de la ponderación en el panorama de la interpretación de la Constitución de los Estados Unidos y sus enmiendas, y, sobre todo, de las razones que llevaron a la Corte Suprema Federal a inclinarse por adoptar este método de aplicación del Derecho. La tercera parte del artículo está dedicada a describir el crecimiento y la expansión de la ponderación a lo largo y ancho de la jurisprudencia de la mencionada Corte Suprema, atinente a todas las enmiendas de la Constitución americana. La cuarta y la quinta parte están dedicadas al examen de las críticas a la ponderación y a evaluar hasta qué punto ellas

son plausibles. La última parte examina y refuta el argumento de que la ponderación es inevitable para la interpretación constitucional.

II. RELEVANCIA DEL TEXTO DE ALEINIKOFF PARA EL MUNDO HISPANOAMERICANO

Este trabajo es de vital importancia para los juristas hispanoamericanos, en razón de la gran importancia que ha adquirido entre nosotros el principio de proporcionalidad, sobre todo, en lo que puede denominarse, la última era del constitucionalismo latinoamericano. En esta etapa, que comenzó en los albores de la década de los años 90, y que se extiende hasta nuestros días, se expidieron nuevas constituciones –o se aprobaron reformas constitucionales sustanciales– en los más representativos países de América Latina, en las que se introdujeron cartas de derechos fundamentales y se institucionalizaron sistemas de justicia constitucional concentrada. Estos sistemas, encabezados por cortes o tribunales, como el Tribunal Constitucional del Perú o la Corte Constitucional de Colombia, comenzaron a recurrir a metodologías de interpretación jurídica acuñadas en Norteamérica y en Europa, para interpretar los derechos fundamentales. Las tendencias provenientes de estos dos orígenes tienen un elemento en común: la ponderación.

Por una parte, como sostiene Aleinikoff, la ponderación comenzó a desarrollarse, como método de interpretación y aplicación del Derecho, desde la década de los años 20 en la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos. A partir de allí, se difundió hasta convertirse en lo que es hoy día, a saber, un criterio esencial para la aplicación de todas las enmiendas a la Constitución norteamericana que establecen derechos fundamentales.

Por otra parte, la ponderación también es un elemento del llamado principio de proporcionalidad, un concepto de procedencia germana que los tribunales constitucionales de América Latina han acogido. En concreto, este principio es un concepto que aparece en la jurisprudencia constitucional de Alemania, España y muchos otros países (lista en la que, aunque resulte un tanto paradójico, no se encuentra en Estados Unidos), como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para los poderes públicos. El uso de este principio se ha ido extendiendo al examen de las intervenciones legislativas, administrativas y judiciales sobre todos los derechos fundamentales, en las que sobre todo su tercer elemento: la ponderación, se ha vuelto casi imprescindible.

El principio de proporcionalidad está compuesto por tres subprincipios: el subprincipio de idoneidad, el subprincipio de necesidad, y la ponderación o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos subprincipios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera¹:

¹ Ver sobre estos tres subprincipios: BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 3ra. ed., 2007, en particular, el capítulo sexto. En la doctrina alemana: ALEXI, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 111 y s. En la doctrina española: MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del Legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1997, p. 120 y s.; BARNÉS, J., "El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar", en *CDP*, No. 5, 1998, pp. 9, 15 y s.;

1. Según el subprincipio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la adecuación de la medida examinada. En cuanto a la primera exigencia, para que una medida no sea legítima, debe ser claro que no busque proteger ningún derecho fundamental, ni otro bien jurídico relevante. Por su parte, de acuerdo con la segunda exigencia, para que dicha medida no carezca de idoneidad, debe tener algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone; es decir, debe contribuir de alguna manera a la protección de otro derecho o de otro bien jurídico relevante.
2. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza: (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.
3. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental. Mediante esta comparación, por ejemplo, se prohíbe que una afectación intensa de la libertad o de otro derecho fundamental sea correlativa tan sólo a una protección mínima o leve de otro derecho o bien jurídico.

Si una medida de intervención en los derechos fundamentales no cumple las exigencias de estos tres subprincipios, vulnera el derecho fundamental intervenido y por esta razón debe ser declarada inconstitucional. Los subprincipios de la proporcionalidad son invocados ordinariamente de forma conjunta y escalonada en los fundamentos jurídicos de las sentencias del Tribunal Constitucional. Por consiguiente, el principio de proporcionalidad debe ser considerado como un concepto unitario. Cuando los tribunales constitucionales lo aplican, indagan si el acto que se controla persigue un propósito constitucionalmente legítimo y si es adecuado para alcanzarlo o

BACIGALUPO, M., "La aplicación de la doctrina de los límites inmanentes a los derechos fundamentales sometidos a reserva de limitación legal", en *REDC*, No. 38, 1993, p. 300 y s. y PERELLO DOMENECH, J., "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la Democracia*, No. 28, marzo de 1997, p. 69 y s. En el Derecho Constitucional portugués: GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 262. En el Derecho Constitucional francés: GOESEL-LE BIHAN, V., "Réflexion iconoclaste sur le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel", en *RFDC*, No. 30, 1997, p. 227 y s. En el Derecho Constitucional suizo: ZIMMERLI, U., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im öffentlichen Recht. Versuch einer Standortbestimmung*, Universidad de Berna, Berna, 1979, p. 13 y s.

por lo menos para promover su obtención. Posteriormente, los tribunales verifican si dicho acto adopta la medida más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para conseguir el objetivo propuesto. Por último, evalúan si las ventajas que se pretende obtener con la intervención estatal, compensan los sacrificios que se derivan para los titulares de los derechos fundamentales afectados y para la propia sociedad.

La aplicación del principio de proporcionalidad, en general, y de la ponderación, en particular, parte del supuesto de que los derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario. La aplicación del principio de proporcionalidad implica admitir que los derechos fundamentales tienen dos contenidos: un contenido *prima facie* y un contenido definitivo. El contenido *prima facie* se compone de todas las facultades que pueden ser adscritas al derecho, cuando es interpretado de manera amplia. Este contenido es *prima facie* porque puede entrar en colisión con el contenido de otros derechos y bienes protegidos por la Constitución y, en este caso, puede ser restringido legítimamente por los poderes públicos. Así, por ejemplo, la libertad de empresa, como libertad negativa, comprende *prima facie* el derecho a que una empresa maneje sus negocios como quiera. Sin embargo, dado que esta libertad no es absoluta y debe armonizarse con las exigencias de otros derechos, ella puede ser restringida por parte de los poderes públicos. Con todo, estas restricciones tampoco son absolutas. Los poderes públicos no pueden desatender las exigencias que se derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

La construcción que subyace a la estructura del principio de proporcionalidad tiene una profunda raíz en la propia esencia de las constituciones políticas de la última era del constitucionalismo latinoamericano. Algo muy importante de entender es la forma en que funciona el régimen constitucional de la libertad, dentro del modelo de Estado que estas constituciones establecen, es decir, el llamado Estado Social de Derecho. Como es bien sabido, el Estado Social de Derecho no es un modelo que haya supuesto una ruptura con la idea tradicional del Estado de Derecho, sino sólo una transformación de esta idea para amoldarla a las desigualdades sociales. Ahora bien, la idea tradicional del Estado de Derecho supone que el individuo es el fin del funcionamiento del Estado y no que el Estado sea el fin del funcionamiento del individuo. En este sentido, la protección de la libertad es lo que justifica la existencia del Estado. La libertad es la regla general y el punto de partida de toda la regulación jurídica y del funcionamiento del Estado. De ahí que la norma de cierre del ordenamiento jurídico sea aquella según la cual todo lo que no está explícitamente prohibido a los particulares, les está permitido, o en otras palabras: es una posición de libertad, y no la contraria, es decir, aquella que prescribe que todo lo que no está explícitamente permitido, está prohibido. Correlativo a este principio es la norma según la cual, los poderes públicos no pueden hacer sino aquello para lo que tengan una competencia específica, prevista por el ordenamiento jurídico.

Sobre esta base puede entenderse la lógica del régimen constitucional de la libertad de las personas naturales y privadas. El punto de partida de este régimen es la vigencia *prima facie* de la libertad, o, dicho de otro modo, el reconocimiento de que el individuo está investido *ab initio* del derecho fundamental de libertad. Sin embargo, como es obvio, este derecho no puede ser absoluto. Esto es así porque la atribución en una sociedad de libertades absolutas a todos los individuos que la componen desemboca en un irresoluble conflicto entre el ejercicio de dichas libertades y, de esta manera, en el caos, o en el predominio de la ley del más fuerte. Es precisamente la necesidad de restringir la libertad y de hacer compatible el ejercicio de la libertad de todos los individuos aquello que justifica la existencia del Estado.

Esta justificación es la base de la competencia del Estado para restringir la libertad. Sin embargo, la imposición de las restricciones a la libertad debe estar sometida, a su vez, a múltiples restricciones –o sea, las restricciones de las restricciones o, como se suele expresar en la jurisprudencia constitucional: los límites de los límites–. Es evidente que el ejercicio del poder estatal para restringir la libertad puede desembocar en abusos y en la propia vulneración de la libertad. Por esta razón, resulta imprescindible imponer límites formales y materiales a la competencia estatal para restringir la libertad. Las reservas de ley y de jurisdicción son los principales límites formales. El principio de proporcionalidad es el principal límite material. De esta forma, si el Estado respeta los límites formales y materiales, impondrá a la libertad restricciones acordes con la Constitución. Si, por el contrario, no los respeta, las restricciones estatales estarán viciadas de inconstitucionalidad.

III. EL ESTUDIO DE LAS OBJECIONES A LA PONDERACIÓN

La razón principal por la cual el texto de Aleinikoff es de gran relevancia para Hispanoamérica en nuestra era de la ponderación y el principio de proporcionalidad es que, a pesar de que estos instrumentos metodológicos han recibido gran acogida en España y desde México hasta Argentina, numerosos críticos han señalado que en ellos campea la irracionalidad y que, por tanto, cuando los aplican los tribunales, se obtienen decisiones ilegítimas y de tinte enteramente político. De acuerdo con los críticos, la ponderación es irracional por una amalgama de razones. Las más prominentes se refieren a la indeterminación de la ponderación, a la inconmensurabilidad a que se enfrenta su aplicación y a la imposibilidad de predecir sus resultados.

La primera objeción señala que la ponderación no es más que una fórmula retórica o una técnica de poder² que carece de un concepto claro y de una estructura jurídica precisa. La objeción mantiene que no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en donde se ponderan principios³.

² LEISNER, W., *Der Abwägungsstaat*, Duncker & Humblot, Berlín, 1997, p. 171.

³ STAMMLER, R., *Theorie der Rechtswissenschaft*, Buchhandlung des Weiseshauses, Halle, 2da. ed., 1923, p. 447. En tiempos más recientes: BÖCKENFÖRDE, E.W., "Grundrechte als Grundsatznormen", en Ídem, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Frankfurt del Meno, 1991, p. 184 y s.; MAUS, I., "Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts", en *Rechtstheorie*, No. 20, 1989, p. 197 y s.; GREENGWALT,

Desde este punto de vista, la ponderación sería una estructura formal y vacía⁴, basada en exclusiva en las apreciaciones subjetivas, ideológicas y empíricas del juez⁵. Las apreciaciones subjetivas del juez constituirían la balanza con la que se pondera⁶. Como consecuencia, la ponderación no podría ofrecer una única respuesta correcta para los casos en que se aplica.

La segunda objeción sostiene que la ponderación es irracional porque implica la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no serían comparables⁷. La inconmensurabilidad aparecería en la ponderación porque no existiría una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos⁸, que permitiera determinar el peso que les corresponda en cada caso. En el ámbito de los principios no existiría una “unidad de medida”⁹, así como tampoco una “moneda común que posibilite la ponderación” entre los principios que en cada caso entraran en colisión¹⁰.

La crítica final mantiene que la ponderación es irracional porque sería imposible predecir sus resultados. Todos los resultados de la ponderación serían particulares, dependerían de las circunstancias de cada caso y no de criterios generales. Por consiguiente, las decisiones judiciales que emergen de la ponderación conformarían una jurisprudencia *ad hoc*¹¹, que tendería a magnificar la justicia del caso concreto,

K., “Objectivity in Legal Reasoning”, en Ídem, *Law and Objectivity*, Oxford University Press, Oxford y Nueva York, 1992, p. 205.

- 4 OSSENBÜHL, F., “Abwägung im Verfassungsrecht”, en *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, p. 905.
- 5 BETTERMAN, K.A., “Die allgemeine Gesetze als Schranken der Pressefreiheit”, en *Juristenzeitung*, 1964, p. 601 y s.
- 6 GARCÍA AMADO, J.A., “¿Ductilidad del Derecho o exaltación del juez? Defensa de la ley frente a (otros) valores y principios”, en *Archivo de Filosofía del Derecho*, tomos XIII-XIV, 1996-1997, p. 71.
- 7 HIRSCHBERG, L., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Otto Schwartz & Co., Gotinga, 1981, p. 72 y s., 132 y s., 153 y s.; JANSEN, N., “Die Struktur rationaler Abwägungen”, en Brockmüller, A. et al. (eds.), *Ethische und strukturelle Herausforderung des Rechts*, ARSP, suplemento 66, 1997, p. 152 y s.; GÜNTHER, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt del Meno, 1988, p. 275 y s.; TRIBE, L., “Constitutional Calculus: Equal Justice or Economic Efficiency”, en *Harvard Law Review*, No. 98, 1985, p. 595; HENKIN, L., “Infallibility under Law: Constitutional Balancing”, en *Columbia Law Review*, No. 78, 1978, p. 1048; FRANITZ, L., “Is the First Amendment Law? – A Reply to Professor Mendelssohn”, *California Law Review*, No. 51, 1963, p. 748.
- 8 Sobre el concepto de inconmensurabilidad, cfr. RAZ, J., “Incommensurability and Agency”, en Ídem, *Engaging Reason*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 46.
- 9 HABERMAS, J., “Anhang zu Faktizität und Geltung. Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School”, en Ídem, *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt del Meno, 1996, p. 369.
- 10 ALEINIKOFF, T.A., “Constitutional Law in the Age of Balancing”, *Yale Law Journal*, No. 96, 1987, p. 973.
- 11 BETHGE, H., *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen, Munich, 1977, p. 276; SCHNEIDER, H., *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikten*, Nomos, Baden-Baden, 1979, p. 23. Algunos autores utilizan la expresión “particularismo” para referirse a la objeción de la jurisprudencia *ad hoc*. Cfr. MORESO, J.J., “Conflictos entre principios constitucionales”, en Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, 2003; CELANO, B., “Defeasibility e bilanciamento. Sulla possibilità di revisione stabili”, en *Ragione Pratica*, No. 18, 2002.

mientras, correlativamente, sacrificaría la certeza, la coherencia y la generalidad del Derecho.

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

Pues bien, el trabajo de Aleinikoff es pionero en la síntesis de las objeciones a la ponderación y en el estudio de las posibles formas de dar una respuesta racional a ellas. Éste es uno de los aspectos en los que quizás el lector debe centrar más su atención. El punto crucial, y sobre el que quisiera permitirme llamar la atención, es que el escepticismo de Aleinikoff frente a la ponderación, contrasta con la creciente difusión de este método de interpretación.

IV. ¿DE LA PONDERACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LOS ESTADOS UNIDOS?

No quisiera terminar este breve estudio introductorio sin plantear la pregunta de: ¿Hasta qué punto es deseable y posible que el Derecho Constitucional de los Estados Unidos dé un paso de avanzada y, a partir de su experiencia ya de casi un siglo en la interpretación y aplicación de los derechos mediante la ponderación, comience a aplicar el principio de proporcionalidad en su totalidad?

Dar este paso no resulta nada fácil. Aún existe una gran discusión acerca de la ponderación en el ámbito de aplicación de los derechos. No hay un acuerdo generalizado acerca de si los jueces deben ponderar, y si es el caso, cuándo y cómo deben hacerlo. No obstante, como Stone Sweet y Matthews han señalado recientemente¹², las Cortes norteamericanas llevaron a cabo varios desarrollos muy similares del principio de proporcionalidad durante el siglo XIX. Y a mediados del siglo XX se desarrolló el conocido test del escrutinio estricto de una forma en que también se asemeja al principio de proporcionalidad. Este escrutinio se ha sumado a los otros dos tests para aplicar los derechos fundamentales de las enmiendas a la Constitución, es decir, el escrutinio de base racional y el escrutinio intermedio, y todos ellos contienen ciertos aspectos esenciales que también aparecen en el principio de proporcionalidad. Sin embargo, el control de constitucionalidad que se lleva a cabo con base en estos tres escrutinios parece adolecer de ciertas patologías crónicas, que conducen a un debilitamiento a la protección de los derechos fundamentales y a restar coherencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema Federal que los aplica. La más señalada es que el juez no cuenta con criterios claros y estables para optar por alguno de los tres tipos de examen y termina escogiendo alguno de ellos de una forma

¹² STONE SWEET, A. y J. MATTHEWS, "All Things in Proportion. American Rights Doctrine and the Problem of Balancing", disponible en la Internet en: http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=alec_stone_sweet (consultado el 7 de Septiembre de 2010).

abiertamente discrecional.¹³ Por el contrario, el principio de proporcionalidad permitiría al juez llevar a cabo el control de constitucionalidad sin verse constreñido a elegir un tipo de escrutinio a aplicar. Este efecto haría que el control de constitucionalidad fuese más sistemático y transparente. Frente a este respecto, quizás el Derecho Constitucional norteamericano tenga una lección que aprender de la práctica de las Cortes constitucionales europeas y latinoamericanas.

¹³ *Ibidem*, quinta parte.