

CONTROL DEL PODER JUDICIAL, PONDERACIÓN Y OBJETIVIDAD EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL¹

Virgílio AFONSO DA SILVA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ponderación, objetividad y control*. III. *Problemas y preguntas*. IV. *La objetividad posible*. V. *Sopesamiento y garantía de objetividad*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Al hacer una primera clasificación tipológica del control del poder, Diego Valadés distingue, de forma general, entre control interno y control externo.² Esta distinción se basa en dos diferentes niveles de acción: “por un lado, los que el poder se autoaplica y, por otro, los que resultan de la actividad ciudadana”.³ Normalmente, el análisis del control del poder se preocupa más con el primer nivel, con el control interno.⁴

A esta primera distinción general podría agregarse otra, entre controles *formales* y controles *informales*. En el primer caso, se trata de formas de control previstas o por la Constitución o por la legislación ordinaria, mientras que el segundo atañe a controles —especialmente los ejercidos por los ciudadanos— que no tienen forma previamente definida. Al contrario de lo que puede parecer a primera vista, esta dicotomía no se confunde con la vista más arriba, entre otras razones porque no todo control externo es

¹ Algunas de las ideas que desarrollo en este texto han sido discutidas en un coloquio realizado en la Escuela de Derecho de la Fundación Getulio Vargas, en São Paulo. Agradezco a los participantes —Celso Campilongo, José Reinaldo de Lima Lopes, Carlos Ari Sundfeld y Conrado Hübner Mendes—, y al organizador, Ronaldo Porto Macedo Jr.

² Valadés, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998, pp. 4, 8 y 9.

³ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

⁴ El control externo es analizado normalmente tan sólo en su dimensión electoral.

ejercido por los ciudadanos —los medios también pueden ejercerlo—⁵ y porque no todo control externo es informal —basta pensar en la dimensión electoral del control externo, minuciosamente disciplinada por la Constitución y por la legislación electoral en cada país—.

Finalmente, todavía sería posible diferenciar entre control de los poderes *políticos* y control de los poderes *no políticos*. En la literatura jurídica y política, cuando se habla de control del poder, normalmente esto se entiende por “control de los poderes políticos”, es decir, el control de los poderes Ejecutivo y Legislativo.⁶ Por alguna razón, el Poder Judicial es muchas veces excluido de este debate.⁷

Uno de los objetivos principales de este texto es, justamente, intentar echar algo de luz sobre los aspectos menos estudiados de los binomios presentados más arriba por medio del análisis de un control de tipo *externo* (porque es ejercido por la comunidad, especialmente la comunidad jurídica), *informal* (porque no está previsto constitucional o legalmente) y sobre un poder *no político* (el Poder Judicial).

Es posible que una de las razones para la exclusión del Poder Judicial del debate sobre el control de poder sea la existencia de más de una instancia judicial, lo que llevaría a que una decisión del Poder Judicial sea siempre el producto de diversas fases, creando así, de cierta forma, un autocontrol. Pero esto no constituye una razón suficiente. En primer lugar, porque en el ámbito de los otros poderes también hay formas internas de control y revisión de decisiones anteriores. Y, en segundo lugar —y más importante para los fines de este texto— porque no toda decisión judicial sigue este modelo basado en una especie de cadena de decisiones previas. El principal tipo de decisión que no sigue este modelo —y es justamente este tipo de decisión el que aquí importa— es aquel que se toma en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad.

Las decisiones en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad acostumbran seguir un patrón simple, que las torna adversas a cualquier tipo de control por parte de otros órganos: las mismas son *inales* y *vinculantes*. Aunque este patrón no sea, en general, cuestionado, el mismo acostumbra generar, en algunos países (mi objeto aquí es la jurisdic-

⁵ Valadés, Diego, *El control del poder*, p. 7.

⁶ En ese sentido, Valadés, Diego, “Relación y controles recíprocos entre órganos del poder”, en Valadés, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000, pp. 67 y ss.

⁷ Valadés, Diego, *El control del poder*, p. 159: “Tal vez esto constituya una seria omisión de la doctrina”.

ción constitucional brasileña) una suerte de postura reverente y a-crítica frente a las decisiones de constitucionalidad e inconstitucionalidad del tribunal encargado de esta tarea. Lo que pretendo exponer y defender aquí es, en primer lugar, que esta postura impide el desarrollo de la principal forma de control sobre el Poder Judicial, a la que denominaré aquí *control social*,⁸ que será explicado más adelante. Y, en segundo lugar, que esta ausencia de control puede llevar a una inconsistencia jurisprudencial, producto de un insuficiente respeto a los precedentes judiciales. Finalmente, pretendo exponer que también estas variables —ausencia de control e inconsistencia jurisprudencial—, y no sólo las variables metodológicas, son las que generan falta de objetividad en la interpretación constitucional basada en la ponderación entre principios. En este sentido, este no es un trabajo específico sobre las formas de control del Poder Judicial, sino un trabajo sobre interpretación constitucional y ponderación de principios. Pero lo que se demostrará aquí es que el debate sobre interpretación y ponderación es un debate incompleto si no incluye un aspecto institucional, que atañe justamente al acompañamiento y al control de la actividad judicial.

II. PONDERACIÓN, OBJETIVIDAD Y CONTROL

En los últimos tiempos, especialmente en el campo de los derechos fundamentales, la principal forma de aplicación del derecho y de solución de colisiones entre normas constitucionales ha sido, sin duda alguna, la *ponderación*. Pero, al mismo tiempo en que crece su utilización, aumentan también las críticas que atacan, sobre todo, un alegado déficit de objetividad y racionalidad en el uso de la ponderación. Para muchos autores, ponderar significa resolver casos concretos de manera enteramente subjetiva, *ad hoc*, y sin ninguna posibilidad de control intersubjetivo, lo que llevaría, inevitablemente, a una extrema inseguridad jurídica.

Como ha sido dicho arriba, de forma general, estas críticas pretenden hacer creer que los defectos de la ponderación son, principalmente, defectos *metodológicos*. En otras palabras: la subjetividad y la falta de control en el uso de la ponderación procederían de los insanables defectos

⁸ Chamá-lo, aquí, de controle social parece ser compatível com a definição que Valadés dá a essa expressão. Cfr. Valadés, Diego, *El control del poder*, p. 167.

inherentes a este método de aplicación del derecho. Lo que pretendo defender aquí es algo muy diferente. Aquí sustentó que la subjetividad, las decisiones *ad hoc*, la irracionalidad y la inseguridad jurídica no son consecuencias del método, sino de la *ausencia de control* ejercido sobre la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal.

Para defender este punto de vista he dividido el presente análisis en cuatro partes principales. La primera de las mismas pretende presentar el problema, por medio de algunas preguntas. La segunda establece un concepto posible de objetividad (como concepto de trabajo para los fines de este artículo). La tercera, y principal, atañe a los aspectos bajo los cuales, en mi opinión, la objetividad en general, y la objetividad del sopesamiento en especial, deben ser evaluadas y garantizadas; es en esta parte donde se inserta el aspecto que fue, en la introducción de este texto, denominado como aspecto institucional, y que atañe al acompañamiento y al control de la actividad judicial. Finalmente, la última parte consiste en una brevísima conclusión.

III. PROBLEMAS Y PREGUNTAS

Aunque sea menos fuerte en América Latina, existe en el debate europeo, especialmente en Alemania, una fuerte vertiente crítica contra una supuesta hipertrofia del sopesamiento, una hipertrofia de los principios.⁹ Según esta vertiente, los derechos fundamentales, comprendidos como principios, valdrían para cualquier cosa, y no tendrían ningún contenido determinado. Esta línea de argumentación critica tanto el recurso exagerado a los principios como así también el recurso exagerado a la ponderación o al sopesamiento en tanto que forma de aplicación del derecho. Y el principal trazo común entre estas críticas es la referencia a una supuesta *subjetividad* y a una supuesta *irracionalidad* del sopesamiento.

En Alemania, tres son los principales autores de esta vertiente crítica, que han sido luego seguidos por varios otros, sus discípulos o no. El primero de ellos es Friedrich Müller, quien afirma que el sopesamiento no

⁹ Para un ejemplo reciente fuera del debate alemán, *cf.*, entre otros, García Amado, Juan Antonio, "Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo", en Carbonell, Miguel (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid-México, Trotta-UNAM, 2007, pp. 237 y ss.

sería nada más que la expresión de las precomprensiones mal explicadas de aquel que decide y de sus relaciones afectivas con el caso concreto;¹⁰ según él, ponderar sería más una sugerencia que una decisión.¹¹

En un sentido muy semejante se dirige la crítica del segundo autor, Ernst-Wolfgang Böckenförde, que alía la crítica teórica a la crítica práctica, por haber sido juez del Tribunal Constitucional Federal alemán. Böckenförde afirma que el sopesamiento es una salida fácil para obtener la respuesta que se quiera. Uno de los ejemplos usados por Böckenförde ilustra bien la cuestión. Según él, en las pruebas que les tomaba a sus alumnos, si algún problema tenía que ser resuelto por medio de la máxima de la proporcionalidad, sus alumnos se sentían seguros de haber elaborado una respuesta correcta siempre que llegaban a la tercera etapa —la del sopesamiento—, porque sentían que en este punto cualquier respuesta sería justificable.¹² Además, Böckenförde afirma que con el sopesamiento como forma primordial de aplicación de los derechos fundamentales, la Constitución deja de ser una Constitución normativa y vinculante siendo rebajada a mero material de sopesamiento del juez.¹³

El tercer autor, también en esta misma línea crítica, es Jürgen Habermas, quien afirma que el sopesamiento, además de irracional, implica un enorme riesgo para la garantía de los derechos fundamentales que perderían su carácter vinculante.¹⁴ Según el mismo, los derechos fundamentales perderían su carácter deontológico y pasarían a tener un carácter sobre todo axiológico y teleológico. Las normas dejarían de vehicular lo que debe ser y pasarían a ser un material para decidir lo que es bueno o lo que es malo.¹⁵

¹⁰ Müller, Friedrich, *Strukturierende Rechtslehre*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1994, p. 209.

¹¹ *Idem.*

¹² Böckenförde, Ernst-Wolfgang, “Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte”, en Siller, Peter & Keller, Bertram (orgs.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 85 y 86.

¹³ *Cfr.* el voto vencido de Böckenförde en la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre objeción de conciencia (BVerfGE 69, 61 [65]).

¹⁴ Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998, p. 311.

¹⁵ *Idem.* Para un análisis un poco más detallado de la crítica de Habermas, *cfr.* Virgílio Afonso da Silva & Conrado Hübner Mendes, “Habermas e a jurisdição constitucional”, en Nobre, Marcos & Terra, Ricardo (orgs.), *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 199 y ss.

Existen varios otros autores que, más recientemente, también han criticado el sopesamiento —como Hain,¹⁶ Jestaedt,¹⁷ Poscher,¹⁸ Ladeur,¹⁹ Fischer-Lescano y Christensen—,²⁰ pero los tres mencionados anteriormente ofrecen un buen panorama del problema.

Frente a esta avalancha crítica, siempre basada en el concepto de objetividad, resulta obvia la necesidad de indagar, antes que otra cosa, si existe alguna posibilidad de racionalidad o de objetividad en el derecho, ya sea en el ámbito del sopesamiento o no. ¿Qué significa la objetividad en el derecho? ¿Cómo hacer para que la aplicación de los principios sea algo objetivo y racional? Relacionada con esta indagación está la pregunta sobre la existencia de métodos de interpretación más objetivos que otros. Finalmente, sería necesario indagar si existe una forma de mensurar la objetividad en la interpretación, en general y en la interpretación jurídica en particular.

Éstas son algunas preguntas que la mayoría de las veces no son muy bien resueltas en el debate sobre la racionalidad en la interpretación. Se habla muchas veces de falta de objetividad, de irracionalidad, sin que se defina lo que de hecho sería la objetividad, cuál sería la objetividad posible dentro del derecho y cuáles serían los parámetros para medirlas. Frente a esto, me parece posible comenzar con el siguiente interrogante: en el ámbito jurídico, ¿qué tipo de objetividad es posible?

IV. LA OBJETIVIDAD POSIBLE

El punto de partida para responder esta pregunta, o sea, el punto de partida para cualquier debate sobre la objetividad y la racionalidad en la

¹⁶ Hain, Karl-Eberhard, *Die Grundsätze des Grundgesetzes*, Baden-Baden, Nomos, 1999.

¹⁷ Jestaedt, Matthias, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999; del mismo autor, “Die Abwägungslehre—ihre Stärken und ihre Schwächen”, en Depenheuer, Otto *et al.* (orgs), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, Müller, 2007, pp. 253-275.

¹⁸ Poscher, Ralf, *Grundrechte als Abwehrrechte*, Tübingen, Mohr, 2003; del mismo autor, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, en Sieckmann, Jan-R. (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2007, pp. 59-79.

¹⁹ Ladeur, Karl-Heinz, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr, 2004.

²⁰ Christensen, Ralph & Fischer-Lescano, Andreas, *Das Ganze des Rechts*, Berlín, Duncker & Humblot, 2007.

aplicación y en la interpretación del derecho, es la constatación de que no es posible buscar una racionalidad o una objetividad que excluya por completo cualquier subjetividad en la interpretación y en la aplicación del derecho.²¹ Sería simplemente una ingenuidad imaginar que existe una forma de aplicación que excluya la subjetividad del intérprete. Exigir esto de cualquier método es exigir algo imposible. Pero muchos de aquellos que ven en el sopesamiento un método irracional y subjetivo de aplicación del derecho parecen suponer que otros métodos serían capaces de garantizar una racionalidad casi perfecta.

Mi presupuesto aquí es otro: rechazo esta posibilidad. No existe método totalmente objetivo, en el sentido más fuerte de la palabra, es decir, en un sentido que presuponga una completa exclusión de la subjetividad en la aplicación del derecho. En el derecho, la objetividad no puede ser sinónimo de demostrabilidad inequívoca, o sinónimo de única respuesta correcta fácticamente demostrable. Por este motivo, no es posible hablar, en la argumentación jurídica, en una carga que no sea carga argumentativa. Es decir: no existe carga de la prueba en la argumentación (a no ser, claro, en cuestiones fácticas), no existe una carga de demostración, existe una carga argumentativa.

De este modo, para intentar escapar de conceptos por demás exigentes (y, tal vez, ingenuos), pretendo desdoblar la idea de objetividad en dos variables, que abordaré a partir de tres aspectos. Este será el hilo conductor de este texto a partir de aquí. Estas dos variables constituyen aquello que en mi opinión podría conferirle una mayor objetividad a cualquier forma de interpretación del derecho.

La primera de las mismas es la posibilidad de control intersubjetivo. La segunda, la posibilidad de previsibilidad de la decisión. En el caso de esta última, aunque sea obvio que no se puede imaginar una previsibilidad absoluta, alguna posibilidad de previsibilidad resulta necesaria, y esto aporta ciertas ideas como las de seguridad jurídica, coherencia y consistencia.

En otras palabras: garantizar o aumentar la objetividad en la interpretación del derecho y, también, en el sopesamiento, significaría garantizar

²¹ Para más detalles sobre la cuestión, *cfr.* Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 146 y ss. y Virgílio Afonso da Silva, *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 89 y ss.

o aumentar la realización de estas dos variables, o sea, garantizar o aumentar la posibilidad de control intersubjetivo y la posibilidad de previsibilidad.

Me parece que estas dos variables, en el ámbito del sopesamiento (pero tal vez en otros ámbitos también), pueden ser analizadas a partir de tres aspectos: uno metodológico, uno teórico y uno institucional, a los cuales me gustaría abordar a seguir.

V. SOPESAMIENTO Y GARANTÍA DE OBJETIVIDAD

Esta división en dos variables —control intersubjetivo y previsibilidad— a partir de tres enfoques —metodológico, teórico e institucional— es una tentativa de escapar de cierto maniqueísmo que acostumbra permear la discusión sobre la objetividad en la interpretación del derecho, que podría ser resumido por la frase “mi método es más objetivo que el tuyo”. Parto aquí del presupuesto de que —felizmente— esta frase deja de tener sentido cuando se divide el abordaje a partir de estos tres aspectos.

1. *Aspecto metodológico*

El sopesamiento no puede ser comprendido como una relación de preferencia simple y sin calificativos (“prefiero esto a aquello”). Resulta claro que los sopesamientos necesariamente implican relaciones de preferencias (“algo es preferible a otra cosa”), pero —y esto constituye lo que aquí se llama aspecto metodológico— estas relaciones de preferencia tienen que estar fundamentadas, lo que implica la fijación de un escalonamiento en la relación entre la restricción de un derecho y la realización de otro.²²

Utilizaré dos ejemplos simples de sopesamiento, y pienso que los mismos son suficientes para mostrar esa diferencia entre relaciones de preferencias simples y sin calificativos y relaciones de preferencias fundamentadas, escalonadas y condicionadas.

²² Cuando se habla de “relación de preferencia”, por lo tanto, se quiere hacer mención a este tipo de comparación, es decir, a la comparación entre grados de realización de un lado y grados de restricción del otro. Sobre esta cuestión, *cfr.*, por todos, Alexy, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 167 y 593.

El primer ejemplo no es un sopesamiento realizado por un juez en una decisión judicial, sino por un jurista, en un parecer sobre un caso en el STF: el caso del llamado estatuto del desarmamiento. En una de las acciones directas de inconstitucionalidades presentadas contra esa ley, uno de los pareceres presentados es particularmente interesante como ejemplo. En el mismo se leía lo siguiente:

Se trata de saber, entonces, si a la luz de los valores constitucionales, cabe considerar preferible que los marginales anden armados (como lo hacen a contra corriente de la ley), ofreciendo toda suerte de riesgos para los ciudadanos de bien *o si es preferible* que estos últimos anden desarmados, condenados a la indefensa frente a los bandidos, bajo el argumento de que así se prevendrán los riesgos de vida a la que pueden exponerse en la confrontación con los marginales.²³

Este supuesto sopesamiento se basa exclusivamente en la pregunta “¿qué prefieres?” Esta forma de argumentar no difiere en nada de la llevada a cabo en el horario gratuito en el momento del referendo sobre el estatuto del desarmamiento. Este debate se basaba, en su esencia, en un maniqueísmo basado en la alternativa “¿prefieres estar indefenso frente al bandido armado o prefieres estar preparado (armado) para reaccionar?” Que la política sea hecha de esta forma, a partir de este tipo de argumentación, no es algo que está aquí en discusión. Pero que el sopesamiento —que, como forma de argumentación y aplicación del derecho, presupone un cierto grado de racionalidad— esté basado en este tipo de argumento es algo en lo mínimo cuestionable. En este punto, y a partir de este ejemplo, vale la pena mencionar una crítica realizada por Bernhard Schlink. Según él, ya que el sopesamiento es irracional, tal vez sea mejor dejarlo para la esfera de la política.²⁴ Si realizar un sopesamiento es hacer lo que se hace en la transcripción de arriba, esta crítica (y, de cierta forma, las otras tres presentadas anteriormente) es enteramente procedente. Pero veamos antes el segundo ejemplo, extraído de un caso del Tribunal Constitucional Federal alemán,²⁵ y que después llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos.²⁶

²³ Bandeira de Mello, Celso Antônio, “Parecer sobre o projeto de lei do Estatuto do Desarmamento”, anexo a la ADI 3535, 2003, p. 12 (sem grifos no original).

²⁴ Schlink, Bernhard, “Freiheit durch Eingriffsabwehr”, *EuGRZ* (1984), p. 461.

²⁵ *BVerfGE* 101, 361.

²⁶ *Caroline von Hannover vs. Germany*, núm. 59320/2000.

Este caso involucraba fotos de la princesa Carolina de Mónaco, publicadas en una revista alemana.²⁷ En todas las fotos se trataba de la misma persona, Carolina de Mónaco. También se trataba siempre de la misma revista. Aun así, el tribunal alemán decidió un escalonamiento: de forma resumida, según la decisión, algunas fotos restringían más que otras la privacidad de la princesa. Las fotos que la retrataban andando en bicicleta en el parque serían menos problemáticas y restringirían menos su privacidad (ya que ella estaba en lugar público)²⁸ que la foto sacada con un teleobjetivo cuando la princesa cenaba en la parte reservada de un restaurante, donde se presuponía estar en un lugar privado.²⁹ Y un tercer grupo de fotos merecería un tratamiento todavía diferente, porque no sólo involucraba su privacidad, sino también la imagen de su hijo.³⁰

De forma resumida, lo que el tribunal hizo fue un escalonamiento. Según el mismo, algunas fotos implicaban una restricción mayor, otras, una menor. De cierta forma, es básicamente a este tipo de situación que Alexy quiere hacer mención cuando propone una clasificación de las restricciones a los derechos fundamentales (y, también, a la realización de estos derechos) en pequeñas, medias y grandes.³¹

Resulta obvio que este escalonamiento y esta clasificación no impiden la discordancia con relación al resultado ni con relación a los propios argumentos. O sea, alguien podría escalonar de forma diferente y afirmar, por ejemplo, que el hecho de que algunas fotos hayan sido hechas con un teleobjetivo no sería suficiente para que fueran tratadas de forma distinta. Esta razón, desde que esté fundamentada, sería perfectamente posible. La discordancia con relación al escalonamiento y, en este sentido, a la intensidad de la protección, es tan plausible que fue exactamente esto lo que ocurrió cuando la Corte Europea de Derechos Humanos reevaluó el caso. Según la CEDH, la forma escogida por el Tribunal Constitucional alemán para tratar las fotos no había sido la más adecuada. Con base en di-

²⁷ Para más detalles sobre este caso, *cfr.* Afonso da Silva, Virgílio, “Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional”, en Neves, Marcelo (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2009 (en prensa).

²⁸ *BVerfGE* 101, 361 (396).

²⁹ *BVerfGE* 101, 361 (395).

³⁰ *BVerfGE* 101, 361 (396).

³¹ Alexy, Robert, “Posfácio”, en *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 599 y ss.

ferentes argumentos, la Corte decidió que la privacidad de la princesa Carolina de Mónaco no había sido garantizada de forma suficiente en la decisión del tribunal alemán.³² Lo que aquí importa es tan sólo una cosa: lo que ocurrió no fue una simple divergencia con relación al resultado de la decisión (un tribunal habría *preferido* la libertad de prensa, el otro habría *preferido* la privacidad), sino una divergencia *en la fundamentación* de algunas relaciones de precedencia en virtud de una serie de variables expuestas por la Corte Europea.³³

Este ejemplo demuestra, de forma resumida, que el sopesamiento no puede ser una cuestión de “preferir esto a aquello”, porque las *simples preferencias son adversas a cualquier tipo de control intersubjetivo*. Y es exactamente el diálogo o control intersubjetivo lo que está aquí en cuestión.

De esta manera, si se hace un escalonamiento —y este escalonamiento puede ser de tipo simple, como el ya mencionado, basado en clasificaciones como pequeño, medio y grande—, es posible comparar el grado de restricción a un derecho fundamental (pequeño, medio o grande) con el grado de realización del derecho que colisiona con el mismo (pequeño, medio o grande). Aunque esto parezca extremadamente trivial, abre la posibilidad de un diálogo intersubjetivo, especialmente si se lo compara con el diálogo posibilitado por la situación “prefiero esto, tú prefieres aquello”. A partir de esta constatación, se puede percibir que la objetividad posible no es algo tan distante. Un buen paso inicial es no contentarse con la facilidad del “prefiero esto, prefiero aquello”.

En algunos trabajos recientes, Alexy ha usado una serie de fórmulas —a veces complejas— para ilustrar este escalonamiento simple.³⁴ Pero no se puede imaginar —como a veces se hace— que son las fórmulas las que confieren objetividad a la argumentación (como si la objetividad estuviera ligada a la apariencia de proximidad con la lógica o con la matemática). Las fórmulas no brindan objetividad al sopesamiento o posibilidad de diálogo intersubjetivo; las mismas tan sólo ilustran este escalonamiento básico: pequeño, medio y grande. Es el escalonamiento el que es el paso inicial para una mayor objetividad.

³² *Caroline von Hannover v. Germany*, núm. 59320/2000, *passim*.

³³ Por ejemplo, los §§ 53, 60, 63, 65 y 77 de la decisión.

³⁴ *Cfr.*, por ejemplo Alexy, Robert, “Posfácio”, en *Teoria dos direitos fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2008, pp. 600 y ss.; del mismo autor, “Die Gewichtsformel”, en Jickeli, Joachim *et al.* (orgs.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, de Gruyter, 2003, pp. 771 y ss.

O sea, cualquier escalonamiento —ya sea el de la decisión Carolina de Mónaco o uno todavía más simple, ya sea alguno un poco más complejo con fórmulas más variables— brinda una mayor objetividad al sopesamiento, porque muestra claramente en la argumentación los pasos decisivos que han fundamentado el sopesamiento y han llevado a aquella determinada decisión. Recurriendo una vez más a la decisión del caso Carolina de Mónaco: la decisión del tribunal fue aquella, porque el mismo consideró un grupo de fotos como una restricción pequeña a la privacidad de la reclamante; otro grupo, como una restricción media y, todavía otro grupo, como una restricción grande. Como ya ha sido destacado, es perfectamente posible discordar del resultado de la decisión, porque se puede discordar de la corrección de aquel escalonamiento. Pero —y esto es lo que es relevante— lo que importa es tener la oportunidad de saber que aquella determinada apreciación de aquel determinado grupo de fotos fue el que llevó a aquel resultado. Esto crea la posibilidad de diálogo y de control intersubjetivos.

2. *Aspecto teórico*

El segundo aspecto, que denomino aquí aspecto *teórico*, consiste en la explicitación de puntos de partida teóricos en la argumentación jurídica. Los métodos considerados por sí mismos son vacíos, es decir, son instrumentos que tienen que ser rellenados con alguna sustancia.³⁵ Y una importante variable que brinda cierta sustancia a este instrumento son los presupuestos teóricos del aplicador e intérprete del derecho, que nunca pueden ser escondidos. Es posible decir que difícilmente podrá existir un método de interpretación y aplicación de los derechos fundamentales sin una teoría de los derechos fundamentales que esté por detrás de este método. Y si esa teoría queda escondida, el método se oscurece.

De este modo, en el aspecto teórico, el problema principal no está relacionado con el análisis del caso concreto, sino con las premisas teóricas de las que se parte para solucionarlo. El problema, aquí, surge cuando no se explicita de qué premisas se parte, o cuál es la teoría de los derechos fundamentales que fundamenta la interpretación en cuestión, o, aun, cuando hay falta de honestidad en la exposición de estas premisas.

³⁵ *Cfr.*, en este sentido, Afonso da Silva, Virgílio, *A constitucionalização do direito*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 176.

Utilizaré aquí dos interrogantes como punto de partida para ilustrar lo que quiero decir con “exposición de premisas” en el ámbito de los derechos fundamentales. La primera de ellas es la pregunta que debe preceder cualquier sopesamiento: ¿cuál es el papel de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y en la aplicación del derecho en general? La segunda atañe a la existencia de cierta jerarquía entre los derechos fundamentales: ¿hay derechos fundamentales más importantes que otros? En caso afirmativo, ¿por qué?

De forma simplificada, estas dos preguntas son la expresión de la necesidad de responder una tercera pregunta, ya mencionada: ¿cuál es la teoría de los derechos fundamentales de la que se parte?

Existe una decisión del STF que en algunos momentos resume bien esta falta de disposición para la exposición de las premisas teóricas: la decisión en el caso Ellwanger.³⁶ En esta decisión, aunque algunos ministros hayan recurrido al mismo método de aplicación del derecho —la proporcionalidad (y el sopesamiento que la misma implica)— algunos llegan a una conclusión a favor de una mayor libertad de prensa, mientras que otros ven algunos valores que, en aquel caso, justificarían una restricción a esa libertad. Esta divergencia —que, en sí, no es un problema— podría simplemente proceder de una discordancia dentro del aspecto metodológico, analizado en el tópico anterior. O sea: podría proceder de una divergencia con relación al problema del escalonamiento. Pero la misma puede también tener razones *teóricas*.

En este caso concreto, esta razón teórica residiría, sobre todo, en el estatus que se puede o debe brindar a la libertad de expresión y a la libertad de prensa en un Estado democrático de derecho y en una teoría de los derechos fundamentales. ¿Gozan estas libertades de precedencia (*prima facie*) con relación a otros derechos?³⁷ ¿O la honra y la dignidad, como derechos subjetivos individuales, deben ejercer una función de bloqueo frente a los derechos de carácter más funcional?

³⁶ HC 82.424 (RTJ 188, 858).

³⁷ Para teorías que eventualmente podrían seguir esta idea, *cfr.* la exposición que Böckenförde hace de las teorías por él denominadas “democrático-funcionales”. En ellas, sería posible crear una precedencia de los derechos de libertad de orientación y motivación públicas y políticas delante de los derechos de orientación meramente privada. *Cfr.* Böckenförde, Ernst-Wolfgang “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, en *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, p. 135.

Si se parte, por ejemplo, del presupuesto de que en un Estado democrático de derecho la libertad de expresión tiene, al menos *prima facie*, un fundamento mayor que otros derechos, y si esta premisa teórica está fundamentada de forma consistente —lo que es perfectamente posible— hay allí un buen comienzo para un sopesamiento y para justificar la decisión en el sentido de que alguien puede publicar lo que quiera, no importa el contenido. Si, como era el caso de los libros escritos o publicados por Ellwanger, la idea era, entre otras, negar el holocausto, se podría concluir que no se debe prohibir esa posibilidad, porque es la propia libertad de expresión y el libre flujo de la comunicación (y no un tribunal) los que deben, eventualmente, mostrar que el autor del libro está equivocado. A partir de esta premisa teórica, cuanto más libre sea el flujo de la comunicación, mejor. De acuerdo con la misma, no es necesario un Estado paternalista que defina lo que puede y lo que no puede ser dicho.³⁸

Ésta es una premisa teórica que se ocupa del valor de los derechos fundamentales (en especial del valor de la libertad de expresión y de la libertad de prensa). Es una premisa teórica que se ocupa de un eventual grado de paternalismo asociado a los derechos fundamentales, al derecho en general y al propio Estado.

La necesidad de explicitar una premisa teórica como ésta también queda clara en varios ejemplos que involucran los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Todo el debate jurídico sobre programas televisivos conocidos como *reality shows* es un ejemplo de esto. Programas como los mencionados restringen la privacidad, la imagen y la libertad, entre otros derechos fundamentales. A pesar de esto, millares de personas quieren participar en ellos o, al menos, ser espectadoras. ¿Sería tarea de los derechos fundamentales (y del Estado) proteger a estas personas contra una supuesta amenaza a su privacidad, a su imagen y a su libertad, partiéndose del presupuesto de que esas personas no conseguirían protegerse por sí solas? Si se parte de esta premisa más paternalista, el sopesamiento tiende a tener un resultado más paternalista, y tendería, así, a apuntar hacia una no admisibilidad de programas como éstos.

En sentido opuesto, sería posible presuponer que estos programas no suscitan grandes problemas. Los mismos pueden ser considerados de mal gusto y exponer a las personas a situaciones ridículas, pero si estas mis-

³⁸ En cierto sentido, ésta fue una de las principales líneas argumentativas del ministro Marco Aurélio Mello.

mas quieren conscientemente estar expuestas a este tipo de situación, no sería tarea de los derechos fundamentales impedir las, porque cuanto más paternalista sea una teoría de los derechos fundamentales, menos espacio queda para la autonomía privada. En el límite, mucho paternalismo significa nada de autonomía privada.

Estos simples ejemplos tan sólo demuestran cuanto el resultado de un sopesamiento —y, sobre todo, el control intersubjetivo sobre el mismo y su previsibilidad— dependen de la teoría de la que se parte. En consecuencia, cuanto mayor sea la claridad en la exposición de esta teoría, más fácilmente será posible comprender por qué el sopesamiento llevó a aquel resultado, y no al otro. Esto brinda más objetividad a este método y a la interpretación en general.

Resulta claro que la propia opción por una determinada teoría de los derechos fundamentales puede estar asociada a un cierto grado de subjetivismo. Por más que dependa de cierta fundamentación, ésta es una elección subjetiva.³⁹ Aun así —y esto es importante—, aunque, en un escenario más pesimista, la elección de esta o de aquella teoría no esté fundamentada satisfactoriamente, la simple explicitación del punto de partida ya le brinda más objetividad al sopesamiento, porque conocer los puntos de partida constituye un paso importante para la posibilidad de diálogo y control intersubjetivos.

3. *Aspecto institucional*

Finalmente, el tercer aspecto, que aquí denominaré institucional. Este aspecto no tiene tan sólo importancia en el debate sobre la objetividad del sopesamiento o de la ponderación, sino sobre la objetividad de cualquier método. El mismo está, además, más fuertemente ligado a la cuestión de la previsibilidad, en los términos mencionados anteriormente.

Muchas de las líneas críticas al sopesamiento mencionadas anteriormente parten del presupuesto de que debido a que el sopesamiento sería algo irracional y subjetivo, generaría inseguridad, en la medida en que no existiría ninguna posibilidad de previsibilidad y control. Esto significa, entonces, que la objetividad es algo necesariamente asociado a un cierto

³⁹ Lo que no significa, no obstante, que cualquier teoría de los derechos fundamentales sea compatible con cualquier texto constitucional en cualquier época. Parto, aquí, de cierta compatibilidad entre los presupuestos teóricos y el material constitucional vigente.

grado de previsibilidad (y a un menor grado de inseguridad). Para que esto ocurra, o sea, para que haya más previsibilidad y menos inseguridad, me parece importante distinguir dos aspectos institucionales fundamentales en este ámbito: respeto a precedentes y control social.

Respeto a precedentes puede ser comprendido de la siguiente forma: cuanto mayor sea el respeto a las decisiones judiciales tomadas en casos semejantes, menor será la libertad subjetiva del aplicador del derecho al realizar un sopesamiento. O sea, cuanto más sean las aplicaciones de una determinada norma a lo largo de la historia de un tribunal, mayor es la carga argumentativa para llegar a una decisión que se desvíe de las decisiones anteriores. Cuando existe un histórico coherente de decisiones jurisprudenciales, hay una gran carga argumentativa para que este histórico sea contradicho. Con esto se pretende, con todas las letras, dejar claro que, al contrario de una creencia muy difundida en el Brasil, los precedentes judiciales deben ser respetados también en los países de tradición continental europea, e independientemente de que la legislación haga algún tipo de exigencia en este sentido.⁴⁰ O sea, también en el Brasil deben ser tomadas en serio las siguientes reglas de argumentación: “(1) Si es posible utilizar un precedente favorable o contrario a una decisión, el mismo deberá ser utilizado; y (2) Aquel que pretende alejar el precedente debe asumir la debida carga argumentativa”.⁴¹

En este sentido, la posibilidad de decisiones irracionales y exclusivamente subjetivas en un sopesamiento *disminuye en la proporción en que se aumenta el respeto a precedentes*. No es algo diferente lo que Alexy quiere decir cuando afirma, por ejemplo, que las normas de derechos fundamentales —los llamados principios— no proceden simplemente del

⁴⁰ Cfr., Kriele, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1976, p. 247: “[en los países de tradición continental europea] el juez tampoco puede simplemente pasar por arriba de los precedentes; sólo puede hacerlo si su discordancia puede estar fundamentada ‘de forma especialmente esmerada y convincente’ (Wolff). Y esto no vale tan sólo para la relación de los tribunales inferiores con las decisiones de tribunales superiores, sino también para la relación de la jurisprudencia de los tribunales superiores con sus propios precedentes. En este sentido, *la relación de los jueces continentales europeos con los precedentes no es, en su esencia, diferente de la de los jueces anglosajones*” (sin cursiva en el original). Sobre los precedentes en general, en una perspectiva comparada, cfr., McCormick, Neil & Summers, Robert, *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, 1997.

⁴¹ Alexy, Robert, *Theorie der juristischen argumentation*, 2a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991, pp. 339 y, del mismo autor, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 556.

texto de los artículos de una constitución. Estas normas proceden también de décadas de jurisprudencia de un tribunal constitucional.⁴²

En este punto, la diferencia entre los grados de racionalidad y los de objetividad entre estos dos escenarios (sopesar tan sólo con base en textos *vs.* tener en consideración los precedentes) queda clara. Sopesar tan sólo con base en textos extremadamente abstractos y, en muchos casos, vagos —como, por un lado, “es garantizada la libre manifestación del pensamiento”, y, del otro, “es garantizada la privacidad”; o, aun, entre principios como el de la libre iniciativa y el de la protección del consumidor— inevitablemente lleva a una abertura subjetiva casi incontrolable. La Constitución utiliza fórmulas pétreas para garantizar derechos o imponer deberes en cuestiones extremadamente complejas. Por esto, un sopesamiento que tenga en consideración tan sólo el texto constitucional siempre tenderá a ser más subjetivo si se lo compara con un sopesamiento que incluya, como variable fundamental, la historia jurisprudencial y los precedentes judiciales.

Finalmente, el segundo subaspecto del aspecto institucional podría ser denominado *control social*. Aunque el mismo sea aquí tratado tan sólo como un subaspecto del aspecto institucional, es preciso destacar que esto no significa que el control de la actividad del Poder Judicial sea una variable tan sólo marginal, de importancia menor. Por lo contrario: es posible afirmar que todos los aspectos anteriormente analizados dependen de este control, porque no hay consistencia metodológica ni consistencia teórica sin un acompañamiento atento de las actividades del Poder Judicial. Además, la posibilidad de falta de respeto a los precedentes judiciales —sea dentro de un único tribunal superior, sea verticalmente entre los diferentes niveles judiciales de un país— es tanto mayor cuanto menor sea el control externo ejercido sobre el Poder Judicial. En otras palabras: la coherencia y la consistencia (generadoras de previsibilidad y seguridad) en las decisiones judiciales aumentan si existe control de estas decisiones.

Y cuando hablo aquí de control externo no quiero hacer mención a un control ejercido por medio de un consejo de la magistratura, en los moldes del creado en 2004 en el Brasil, sino a un control social, ejercido por todos, pero sobre todo por juristas y por la prensa.

⁴² Alexy, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 27.

La imprevisibilidad y la inseguridad jurídica están íntimamente ligadas a la idea de decisión ad hoc, algo que sólo es posible cuando no hay control. Cuanto mayor sea el control, cuanto mayor sea la transparencia, cuanto mayor sea la publicidad de las decisiones de un determinado tribunal (en la internet, por ejemplo), tanto menor será la posibilidad de decisiones ad hoc. Con esto se aumenta la seguridad, la previsibilidad y, me parece posible afirmar, la objetividad.

Para que esto pueda ocurrir, no obstante, es necesario un acompañamiento libre de la historia y de la actividad de los tribunales superiores, lo que es muy poco frecuente en el Brasil, pero muy común en otros países. En varios países —no importa de qué familia jurídica— la relación entre la literatura jurídica (doctrina) y la actividad de los tribunales no es una relación autista. Siempre que una determinada decisión se desvía del histórico de un tribunal, innumerables autores están listos para señalarlo.

Por más banal que esto parezca ser, ésta es una forma de control que puede aumentar la previsibilidad de las decisiones judiciales (y de los sopesamientos) y disminuir cada vez más la posibilidad de decisiones ad hoc. Con esto, una vez más, se aumenta el grado de objetividad.

VI. CONCLUSIÓN

Como conclusión, y retomando lo que ya ha sido afirmado al inicio de este breve texto, me parece posible afirmar que no existe objetividad absoluta y demostrable, pero que existe, por cierto, la posibilidad de una objetividad en un sentido más débil. Esta “objetividad posible” depende, a mi ver, de la conjugación de los tres aspectos que he intentado brevemente analizar aquí: el metodológico, el teórico y el institucional. Me parece que esta conjugación es imprescindible para escapar del maniqueísmo expresado por la frase “el método *a* es mejor que el método *b*”. Si se toman en serio los argumentos desarrollados al momento del análisis de estas tres premisas, me parece que sí resulta posible que el sopesamiento pueda desempeñar un papel preponderante —y, sobre todo, racional y objetivo— en la interpretación constitucional. Aquel que imagine que la objetividad tiene que ser algo más que eso, o que existen métodos más objetivos y racionales que el sopesamiento y que, al mismo tiempo, se muestren adecuados para la interpretación y la aplicación de los derechos fundamentales en un Estado constitucional con-

temporáneo, deberá asumir la carga que demuestre la viabilidad metodológica, teórica e institucional de esta suposición.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “Die Gewichtsformel”, en JICKELI, Joachim, KREUTZ, Peter, REUTER, Dieter (orgs.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, de Gruyter, 2003.
- , *Teoria dos direitos fundamentais*, trad. de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo, Malheiros, 2008.
- , *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, 3a. ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio, “Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional”, en NEVES, Marcelo (org.), *Em torno da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2009 (no prelo).
- , *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 2. tir., São Paulo, Malheiros, 2008.
- , *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- , *Grundrechte und gesetzgeberische Spielräume*, Baden-Baden, Nomos, 2003.
- y HÜBNER MENDES, Conrado, “Habermas e a jurisdição constitucional”, en NOBRE, Marcos y TERRA, Ricardo (orgs.), *Direito e democracia: um guia de leitura de Habermas*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1991.
- , “Vier Thesen zur Kommunitarismus-Debatte”, en SILLER, Peter y KELLER, Bertram (orgs.), *Rechtsphilosophische Kontroversen der Gegenwart*, Baden-Baden, Nomos, 1999.
- CHRISTENSEN, Ralph y FISCHER-LESCANO, Andreas, *Das Ganze des Rechts: Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 2007.

- GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos: elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid-México, Trotta-UNAM, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1998.
- HAIN, Karl-Eberhard, *Die Grundsätze des Grundgesetzes: Eine Untersuchung zu Art. 79 Abs. 3 GG*. Baden-Baden, Nomos, 1999.
- JESTAEDT, Matthias, “Die Abwägungslehre-ihre Stärken und ihre Schwächen”, en DEPENHEUER, Otto (org.), *Staat im Wort: Festschrift für Josef Isensee*, Heidelberg, C. F. Müller, 2007.
- , *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999.
- KRIELE, Martin, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1976.
- LADÉUR, Karl-Heinz, *Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen, Mohr, 2004.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Aldershot, Ashgate, 1997.
- MÜLLER, Friedrich, *Strukturierende Rechtslehre*, 2a. ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1994.
- POSCHER, Ralf, “Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie”, en SIECKMANN, Jan-R. (org.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte: Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- , *Grundrechte als Abwehrrechte: Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit*, Tübingen, Mohr, 2003.
- SCHLINK, Bernhard, “Freiheit durch Eingriffsabwehr-Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”, *EuGRZ* (1984).
- VALADÉS, Diego, *El control del poder*, México, UNAM, 1998.
- , “Relación y controles recíprocos entre órganos del poder”, en VALADÉS, Diego, *Constitución y democracia*, México, UNAM, 2000.