

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 599
OBRAS DE INVESTIGADORES DEL INSTITUTO
PUBLICADAS POR EDITORIAL Porrúa

Derecho constitucional, 6a. ed., Jorge CARPIZO y Miguel CARBONELL, 2009.

Diccionario de derecho constitucional, 2 ts., Miguel CARBONELL (coord.), 2009.

El sistema federal mexicano, un análisis jurídico, José María SERNA DE LA GARZA, 2009

La propiedad intelectual en transformación, Manuel BECERRA RAMÍREZ, 2009.

La responsabilidad civil de los médicos, Juan Luis GONZALEZ ALCÁNTARA, 2009.

Metodología, docencia e investigación jurídicas, 15a. ed., Héctor FIX-ZAMUDIO, 2009.

Notas sobre derecho tributario, Gabriela RÍOS GRANADOS, 2009.

Principio de igualdad, alcances y perspectivas, 4a. ed., Karla PÉREZ PORLUILLA, 2009.

Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-americanas), Nuria GONZÁLEZ MARTÍN, 2010.

Derecho administrativo del estado de Chiapas, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Antonio de J. GORDILLO OZUNA, 2010.

Derecho constitucional mexicano y comparado, Héctor FIX-ZAMUDIO y Salvador VALENCIA CARMONA, 2010.

Estudios sobre la interpretación jurídica, Ricardo GUASTINI, 2010.

Hacia una nueva ley de amparo, Arturo ZALDÍVAR LELO DE LA LARREA, 2010.

La tutela de la propia incapacidad (voluntad anticipada, tutor caudal, poder interdicto), Eduardo GARCÍA VILLEJAS, 2010.

Traíto de derecho electoral, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ, 2010.

Agua: aspectos constitucionales, Emilio O. RABASA, 2011.

Código Penal comentado, t. III, Sergio GARCÍA RAMÍREZ, Olga ISLAS y Leticia VARGAS, 2011.

Derecho administrativo del estado de Oaxaca, Jorge FERNÁNDEZ RUIZ y Mayolo GARCÍA GARCÍA, 2011.

División de poderes y régimen presidencial en México, Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR, 2011.

Historia de la Secretaría de Gobernación. De su origen al final del siglo XX, Omar GUERRERO, 2011.

La República central de Félix Zuloaga y el Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1858, Óscar CRUZ BARNEY, 2011.

Los derechos fundamentales en México, 4a. ed., Miguel CARBONELL, 2011.

¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, 5a. ed., Miguel CARBONELL y Enrique OCHOA, 2011.

Responsabilidad civil derivada de las prácticas genéticas, Elvia Lucía FLORES ÁVALOS, 2011.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

COORDINADOR
MIGUEL CARBONELL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos
Cuidado de la edición: Miguel López Ruiz



EDITORIAL
PORRÚA
AV. REPÚBLICA
ARGENTINA, 15

MÉXICO, 2011



UNIVERSIDAD
NACIONAL
AUTÓNOMA
DE MÉXICO

DONACION



DERECHO

K213
Las características de esta edición son propiedad de
EDITORIAL PORRÚA, S.A. de C.V. — 8
Av. República Argentina, 15, 06020 México, D.F.

A7444

Queda hecho el depósito que marca la ley

ISBN 978-607-09-0809-5

S-1496736

IMPRESO EN MÉXICO
PRINTED IN MEXICO

Derechos reservados, © 2011 por
Miguel CARBONELL
(coordinador)

D-274905

CONTENIDO

PRESENTACIÓN. Nuevos retos en materia de argumentación jurídica Miguel CARBONELL	IX
La fórmula del peso Robert ALEXY	1
La racionalidad de la ponderación Carlos BERNAL PULIDO	27
Alexy y la aritmética de la ponderación José Juan MORENO	51
El juicio de ponderación constitucional Luis PRIETO SANCHÍS	65
La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ	101
El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto Laura CLÉRICO	113
Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales Gloria Patricia LOPERA MESA	155
El principio de proporcionalidad de la legislación penal Carlos BERNAL PULIDO	189
<i>Three Strikes</i> . El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos María Teresa CASTINEIRA Ramón RAGUÉS	219

LA FÓRMULA DEL PESO*

Robert ALEXY

SUMARIO: I. La base de teoría de las normas: reglas y principios.
II. El principio de proporcionalidad en sentido estricto. III. La escala triádica. IV. La fórmula. V. La fórmula extendida.

Existen dos operaciones fundamentales de aplicación jurídica: la subsunción y la ponderación. Mientras la subsunción ha sido relativamente bien investigada, en lo que concierne a la ponderación aún hay muchas preguntas por responder. Hay tres problemas básicos: el de la estructura, el de la racionalidad y el de la legitimidad. Entre estos problemas existen vínculos estrechos. La legitimidad de la ponderación en el derecho depende de su racionalidad. Cuanto más racional sea la ponderación, más legítima será la práctica de ponderaciones. Ahora bien, la estructura de la ponderación es decisiva para su racionalidad. Si los análisis revelaran que la ponderación no puede ser sino una decisión arbitraria, entonces sería cuestionable su racionalidad, así como su legitimidad en la jurisprudencia, sobre todo en la jurisprudencia constitucional. El problema de la estructura de la ponderación es, por tanto, el problema central de la ponderación en el derecho.

I. LA BASE DE TEORÍA DE LAS NORMAS: REGLAS Y PRINCIPIOS

El fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios.¹ Las reglas son normas que ordenan algo definiti-

* Traducción al castellano de Carlos Bernal Pulido, profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá) del texto alemán original publicado en: "Die Gewichtsformel", en JOACHIM JICKELI et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlín, De Gruyter, 2003, pp. 771-792.

¹ Sobre esta diferencia, entre otros textos: ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed. Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1996, pp. 71 y ss. (tiene traducción al castellano de E. Garzón Valdez como: ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Cons-

vamente. Son mandatos *definitivos*. En su mayoría, ordenan algo para el caso de que se satisfagan determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo, y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse. Por el contrario, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados, y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan mediante reglas y, sobre todo, mediante principios que juegan en sentido contrario.

II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Al igual que las diferenciaciones en general, las diferenciaciones teórico-normativas pueden tener un mayor o menor significado. El significado de la diferenciación entre las reglas y los principios resulta del hecho de que el carácter de los principios tiene una relación de implicación con el más importante principio del derecho constitucional material: el principio de proporcionalidad, y viceversa, el principio de proporcionalidad implica el carácter de los principios. El principio de proporcionalidad, con sus tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se sigue lógicamente de la definición de los principios, y esta definición se sigue de aquél.

Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas.² En ellos la pon-

tenciales, 1997); *et idem*, "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en Schilcher, B., Soller, P. y Funk, B.-C. (eds.), *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts*, Viena, Verlag Österreich, 2000, pp. 31 y ss. (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: «Sobre la estructura de los principios jurídicos», en ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003).

² CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 26 y ss.

deración no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir,³ se trata del óptimo de Pareto.⁴ Ahora bien, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Éste es el campo de la ponderación, el único que interesaría en este texto.

El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina "ley de la ponderación", y que se puede formular de la siguiente manera:

"Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro".⁵

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es necesario definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro. Esta estructura elemental muestra que debe rebatirse a los escépticos radicales de la ponderación, como por ejemplo Habermas o Schlink, cuando afirman que la ponderación, "para la que hacen falta criterios racionales", se lleva a cabo "de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado",⁶ o cuando dicen que "en el examen de proporcionalidad en sentido estricto en definitiva... se hace valer] sólo la subjetividad del juez" y que "las operaciones de valoración y ponderación del examen de proporcionalidad en sentido estricto... en definitiva sólo pueden llevarse a cabo mediante el decisionismo".⁷ Estos autores tienen que discutir

³ Cfr. Sobre la relación entre los subprincipios de idoneidad y necesidad, por una parte, y el principio de proporcionalidad en sentido estricto, por otra: ALEXY, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2002, Postscript (tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como: "Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pp. 13-64).

⁴ ALEXY, R., *Theorie der Grundrechte*, cit., pp. 149 y ss.

⁵ *Ibidem*, p. 146.

⁶ HABERMAS, J., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt, 4a. ed., 1994, p. 315 f. (tiene traducción al castellano de JIMÉNEZ REDONDO, M. como: *Factualidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998).

⁷ SCHLINK, B., "Freiheit durch Eingriffabwehr – Rekonstruktion des klassischen Grundrechtsfunktion", *EuGRZ*, 1984, p. 462; *ibidem*, "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", en Bader, P. y Dreier, H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, tomo 2, Mohr Siebeck,

que los juicios racionales sobre la intensidad de la intervención y los grados de importancia sean viables. Con todo, es posible encontrar ejemplos fáciles en los cuales, juicios como éstos pueden llevarse a cabo de esta manera. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de poner en sus productos, advertencias sobre el peligro para la salud que fumar implica. La imposición de este deber constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave. En medio de casos de esta índole, leves y graves, existen otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es media. Un ejemplo sería la prohibición de tener máquinas expendedoras de tabaco, aunada a que la venta de tabaco se restringiera a determinados establecimientos. De esta manera, se forma una escala con los grados "leve", "medio" y "grave". Este ejemplo muestra que es posible concebir una ordenación válida de dichos grados. Para ello, basta imaginar que alguien catalogara la prohibición de todos los productos derivados del tabaco como una intervención leve en la libertad de profesión y oficio y, por el contrario, el deber de colocar advertencias en los paquetes como una intervención intensa. Sería difícil tomarse en serio estas apreciaciones.

La posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental. La razón que fundamenta el deber de poner advertencias en los productos derivados del tabaco es la protección de la población frente a diversos peligros para la salud. El Tribunal Constitucional Federal⁹ no debía de exagerar, cuando, en su sentencia sobre las advertencias acerca del tabaco, considera cierto, "de acuerdo con el estado de los conocimientos de la medicina actual", que fumar produce cáncer, así como enfermedades cardiovasculares.⁸ De ello se desprende que el peso de las razones que justifican la intervención es alto. Dichas razones pesan intensamente. Fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve. Como consecuencia, el deber de poner advertencias en los productos del tabaco no lesiona la libertad de profesión y

²⁰⁰¹, pp. 456, 460 y ss.; PIEROTTI, B. y SCHILINK, B., *Grundrechte*, 17a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2001, núm. 293.

⁸ N. T. En ésta y en las siguientes referencias jurisprudenciales Alexy se refiere al Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

⁹ BVerfGE 95, 173 (184).

oficio de los productores de tabaco, garantizada por el artículo 12.1, LF.¹⁰ Este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible. Habida cuenta de la reducida intensidad de la intervención y del alto peso de la razón que la justificaba, puede ser catalogada, como lo hace el Tribunal Constitucional Federal, como un resultado "evidente".

Alguien podría opinar que este ejemplo no dice mucho. Por un lado, se trata de actividades económicas. En este ámbito es fácil aplicar escalas, porque el desarrollo de dichas actividades se fundamenta, en definitiva, en especulaciones acerca de costes. Por otro lado, se trata de la vida y de la muerte. Si se puede acreditar mediante investigaciones empíricas que hasta cierto punto lo que está en juego es un gran peligro para la vida, no es difícil efectuar una ordenación en el antes mencionado ámbito de la importancia y fundamentarlo en hechos cuantificables. Sin embargo, esto no podría extrapolarse a otros ámbitos, en los cuales los factores cuantificables, como los costes y las probabilidades, no jueguen ningún papel o su papel no sea tan relevante.

Para desvirtuar esa objeción debe analizarse un caso en el que se presenta la clásica colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor. La popular revista satírica llamó primero "asesino nato" y luego, en una edición posterior, "tullido", a un oficial de la reserva que era parapléjico y que había logrado que lo llamaran de nuevo a filas para llevar a cabo un ejercicio militar. El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista, en razón de una demanda instaurada por el oficial de la reserva, a pagar una indemnización de 12,000 marcos alemanes. La revista interpuso un recurso de amparo. El Tribunal Constitucional Federal llevó a cabo una "ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto"¹⁰ entre la libertad de expresión de la revista implicada (artículo 5.1, apartado 1, LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (artículo 2.1, LF, en conexión con el artículo 1.1, LF). Para tal fin, el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación. La condena al pago de la indemnización fue catalogada como "dura", es decir, como una intervención *grave* en la libertad de expresión, a pesar de que no hubiera sido el resultado de una sentencia penal, sino sólo de una de una sentencia civil. Esta apreciación se fundamentó sobre todo en el argumento de que la indemnización podría reducir la futura disposición de los afectados para editar su revista de la misma manera en

¹⁰ N. T. LF se utilizará como abreviatura para referirse a la Ley Fundamental alemana.

⁹ BVerfGE 95, 173 (187).

¹⁰ BVerfGE 86, 1 (11).

que lo venían haciendo hasta el momento.¹¹ Paralelamente, el apelativo de "asesino nato" fue interpretado en el contexto de las sátiras publicadas habitualmente por la revista. Esta publicación se refería de ordinario a muchas personas de una manera "ostensiblemente poco seria, mediante juegos de palabras que a veces rayaban en la majadería", tal como ocurre con la expresión "nato"; lo mismo sucedió con el presidente federal de aquel entonces, Richard von Weizsäcker, quien fue llamado "ciudadano nato".¹² Este contexto excluye enterer en este apelativo una "vulneración no permitida, grave e ilegítima del derecho al honor".¹³ Como consecuencia, a la afectación del derecho al honor debe serle atribuida en todo caso una intensidad *media*, e incluso tal vez sólo una intensidad *leve*. Esto es correlativo a una importancia *media* y quizás sólo *leve* de la protección del derecho al honor del oficial de la reserva, protección que se logra por medio de la indemnización. La primera parte de la sentencia se determinó de acuerdo con estos rangos. Para que la condena a la indemnización, en cuanto intervención grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, estuviera justificada, sería necesario que la afectación del derecho al honor, compensada mediante la indemnización, fuera en todo caso por lo menos una afectación grave. Según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal, ello no era así. Por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión resultaba desproporcionada; esto quería decir que la conducta de haber llamado al oficial de la reserva "asesino nato" no podía sancionarse con una indemnización.

Sin embargo, el asunto debía adoptar un tono distinto en lo concerniente al apelativo de "tullido". Este apelativo vulnera "*grave menie el derecho al honor*".¹⁴ de este oficial de la reserva que era parapléjico. Esto quiere decir que, desde este punto de vista, la importancia de la protección del oficial de la reserva mediante la imposición de una indemnización es grande. Esta apreciación se fundamenta de la siguiente manera: llamar "tullido" a una persona con una minusvalía grave, se entiende hoy en general como "una humillación", y expresa una "falta de respeto". De este modo, frente a la intervención grave en la libertad de expresión se encuentra la elevada importancia que adquiere la protección del derecho al honor. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que no podía reconocerse en este caso un "error en la ponderación en contra de

¹¹ BVerfGE 86, 1 (10).

¹² BVerfGE 86, 1 (11).

¹³ BVerfGE 86, 1 (12).

¹⁴ BVerfGE 86, 1 (13). La negrilla es de R. A.

la libertad de expresión".¹⁵ Por lo tanto, el recurso de amparo de la revista fue estimado sólo en cuanto a que se impuso una indemnización por el apelativo de "asesino nato". En lo concerniente al apelativo de "tullido", se consideró carente de fundamento.¹⁶

Puede ser discutible si el apelativo de "asesino nato" realmente representa sólo una intervención media o leve en el derecho al honor. A este tipo de dudas habrá que referirse a propósito de los principios formales. Aquí sólo es significativo destacar que apenas caben dudas de que tanto imponer una indemnización como llamar "tullido" a un minusválido afecta de una manera intensa los respectivos principios de la libertad de expresión y del derecho al honor. Ahora bien, en lo concerniente a la persona gravemente impedida, es posible elaborar una calificación más refinada, sobre la base de las consideraciones del Tribunal. El Tribunal Constitucional Federal consideró atinadamente que llamar "tullido" a un parapléjico implicaba una humillación y una falta de respeto. Una humillación pública y una falta de respeto semejantes afectan la dignidad del afectado. No se trata entonces simplemente de una afectación grave, sino de una afectación muy grave o extraordinariamente grave. Con ello se entra en un ámbito en el que una afectación casi nunca puede justificarse por la contundencia de las razones que juegan a favor de la intervención. Esta circunstancia está en correspondencia con la ley de la tasa marginal decreciente de sustitución.¹⁷ Por lo tanto, el caso no sólo constituye un ejemplo de que también es posible operar con las escalas de rangos de intensidad, que pueden relacionarse perfectamente para adoptar una decisión en los ámbitos en que entran en juego bienes inmateriales, como el honor y la libre expresión, sino también un ejemplo de que en los derechos fundamentales, interpretados como principios, hay intensidades que establecen límites dentro de la estructura de la ponderación; estas intensidades, si bien no pueden ser reconocidas como inmóviles y libres de ponderación, sí son fijas y claras.

Las sentencias sobre el tabaco y sobre el caso muestran que es posible hacer juicios racionales sobre los grados de intensidad y de importancia en que se ven afectados los principios, y que estos juicios pueden ser relacionados entre sí, a fin de fundamentar un resultado. Desde luego, en estos juicios se presuponen medidas de enjuiciamiento que no están contenidas en la propia ley de la ponderación.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ BVerfGE 86, 1 (14).

¹⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 162.

Así, por ejemplo, en la consideración de que la condena impuesta a la revista relativa al pago de una indemnización representa una intervención grave en la libertad de expresión, hay implícitas algunas estimaciones de lo que es peligroso para la libertad de expresión. Del otro lado de la balanza, el juicio según el cual el apelativo de "tullido" constituye una intervención grave en el derecho al honor, implica algunas estimaciones acerca de lo que significa el honor de una persona y sobre lo que significa tener dignidad. Con todo, esta circunstancia no significa, para utilizar las palabras de Habermas, que la ponderación se aplique "de manera arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado".¹⁸ Las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario no son arbitrarias. Existen razones plausibles que las respaldan. Asimismo, cabe dudar de que dichas estimaciones hayan sido adoptadas por el Tribunal Constitucional Federal "de manera irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que se está acostumbrado". Los estándares ciertamente son correlativos a las líneas jurisprudenciales conformadas por los precedentes. Sólo estaría justificado hablar aquí de estándares acostumbrados si el sentido de la decisión proviniera únicamente de la existencia de una línea de precedentes, y no de su propia corrección. Más aún, sólo podría hablarse de una aplicación "irreflexiva" si dicha aplicación no tuviera lugar en el marco de una argumentación, porque los argumentos son los que expresan y hacen ostensibles las reflexiones. Sin embargo, aquí no hay una carencia de argumentación. Todas estas consideraciones también pueden ser aplicadas válidamente a la sentencia del tabaco.

III. LA ESCALA TRIÁDICA

Hasta aquí sólo se han considerado algunos ejemplos. Éstos han mostrado que sí existen casos en los cuales el resultado de una colisión entre principios puede establecerse de forma racional. Así se desvirtúa la tesis de que la ponderación admite en definitiva cualquier tipo de decisiones, a causa de la carencia de medidas racionales. Sin embargo, todavía con ello no se ha hecho explícita la estructura de la ponderación. Lo que hasta ahora se ha expuesto está unido a los ejemplos. Para hacerse exitosamente una idea general, que vaya más allá de los ejemplos, sobre la posibilidad de que la

ponderación sea racional, debe considerarse ahora el sistema que subyace a las catalogaciones utilizadas hasta el momento.

Todas las catalogaciones conforman un modelo triádico o de tres intensidades. Desde luego, no es forzoso aplicar el modelo de tres intensidades a la ponderación. Ésta puede llevarse a cabo ya con sólo dos grados, y de ahí hacia delante queda abierto el número de grados posibles. Lo que a continuación se expondrá también es acertado, si se reduce a dos el número de grados o si se aumenta a más de tres. Sin embargo, como se verá, esta cifra no puede ser demasiado grande. Frente a otras alternativas, la escala triádica ofrece la ventaja de que ella refleja especialmente bien la práctica de la argumentación jurídica. Asimismo, ella permite ser ampliada en una forma que intuitivamente resulta muy adecuada.

Como ya se ilustró, los tres rangos pueden designarse con las expresiones "leve", "medio" y "grave". Para simplificar la exposición, estos tres rangos serán caracterizados con las letras "l", "m" y "g". "l" no sólo representa la expresión "leve" del lenguaje coloquial, sino también expresiones tales como "reducido" o "débil", y "g", junto a "grave", también representa términos como "elevado" o "fuerte".

Según la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción de o de la intervención en un principio y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m*, o *g*. Por una parte, la combinación entre la "no satisfacción" y la "afectación" conforman un doble concepto. Este concepto expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y los derechos de protección. Cuando se trata de un derecho fundamental como derecho de defensa, entonces la medida *sub judice* representa una intervención. Las intervenciones son restricciones. Por consiguiente, en lugar del "grado de restricción" puede hablarse también de la "intensidad de la intervención". En lo sucesivo se utilizará esta terminología. El hecho de que todas las intervenciones puedan llamarse a la vez "no satisfacción" es un signo de la flexibilidad del lenguaje. La expresión "no satisfacción" opera de una manera natural, cuando se trata de los derechos de protección. A diferencia de los derechos de defensa, estos derechos no exigen una omisión, sino un actuar positivo. Aquí también puede hablarse de "restricción" y, por tanto, de "intervención", lo cual de nuevo es un indicador de la flexibilidad del lenguaje. Cuando un principio exige protección, pero no ha sido garantizado, no sólo puede hablarse de una "no satisfacción" de ese principio, sino también de una intervención en el mismo, y, por tanto, de una "intervención por medio de una no satisfacción".

¹⁸ HABERMAS, J., *Factualidad y validez*, cit., pp. 332 y 281.

Con este trasfondo ahora es posible definir ciertas cosas. Si se utiliza " P_i " como variable para el principio cuya vulneración se examina —para tomar de nuevo la fórmula de la ley de la ponderación—, a causa de la no satisfacción o de su restricción, entonces la intensidad de la intervención en P_i puede denotarse como " IP_i ". Las intervenciones en los principios siempre son concretas. Por esta razón, la intensidad de la intervención es una magnitud concreta. Como tal, se distingue del peso abstracto de P_i , que se denotará como " GP_i ". El peso abstracto de un principio P_i es el peso que se le asigna a P_i en relación con otros principios, independientemente de las circunstancias de cualquier caso concreto. Hay muchos principios de la Constitución que no se diferencian en su peso abstracto. Sin embargo, esto no ocurre con otros principios. De este modo, por ejemplo, el derecho a la vida tiene un peso abstracto mayor que el de la libertad general de acción. Si el peso abstracto de los principios en colisión es el mismo, entonces esta variable puede eliminarse de la ponderación. Como consecuencia, la ley de la ponderación toma únicamente como primeros objetos de la ponderación a las intensidades de las intervenciones. Esto muestra que esta situación guarda correspondencia con lo que se acaba de formular, es decir, con el caso en que los pesos abstractos de los principios son iguales y, por lo tanto, no juegan ningún papel. Ahora bien, todavía debe definirse lo que haya de ocurrir cuando los pesos abstractos difieran. Baste aquí definir que siempre es importante, por razones de claridad, hacer explícito si en cada caso se habla de una magnitud abstracta o concreta. Si se trata de IP_i , esto no resulta necesario, porque las intensidades de las intervenciones son concretas necesariamente. Sin embargo, no resulta perjudicial hacer explícito el carácter concreto de IP_i , agregando la especificación " C ". " C " expresa las circunstancias del caso, relevantes para la decisión. " C " juega un papel central en la ley de colisión,¹⁹ sobre el cual aquí no puede profundizarse. El primer objeto de valoración como l , m o g es entonces la intensidad de la intervención, que puede denotarse como " IP_iC ".

" IP_iC " hace explícitos tres aspectos. " P_i " pone de manifiesto que se trata del principio P_i , " I " que se trata de la intensidad de la intervención en el principio P_i y " C " que se trata de un caso concreto. Por razones de claridad, resulta conveniente representar estos tres aspectos en una expresión compleja como " IP_iC ". Por el contrario, se trata de una magnitud, es decir, la intensidad de la intervención. Por lo tanto, y para no mencionar siempre los tres aspectos, se habrá de

¹⁹ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 94 y 95.

escribir sólo " Ii " en lugar de " IP_iC ". " Ii " no se diferencia entonces en nada de " IP_iC ". Como consecuencia, la relación de igualdad: " Ii " = " IP_iC " es válida. " Ii " se utiliza como una forma corta para referirse a la expresión más completa " IP_iC ".²⁰ Se utiliza la letra " I ", por cuanto se trata de la intensidad de la intervención. Asimismo, se utiliza " I " con el index " i " para hacer explícito que se trata de una intervención en el principio P_i . Que se trata de una magnitud concreta es algo que se entiende por la propia intensidad de la intervención.

Notaciones análogas se aconsejan para los pesos abstractos. Antes ya se denotó el peso abstracto de P_i como " GP_i ". Si se quiere hacer explícito el carácter abstracto, entonces puede adicionarse " A " para formar una analogía con " C ". Por lo tanto, la denominación completa del peso (G) abstracto (A) de P_i es " GP_iA ". La versión corta toma la forma " Gi ". Ya se mencionó que el peso abstracto expresado con " Gi " o " GP_iA " sólo juega un papel en la ponderación cuando los principios en colisión se diferencian en su peso abstracto. Si los pesos abstractos son iguales, entonces se neutralizan mutuamente.

La segunda magnitud de valoración como l , m , o g es, según la fórmula de la ley de la ponderación, la "importancia de la satisfacción" del otro principio. A diferencia de lo que ocurre con la intensidad de la intervención, este grado de importancia no tiene por qué ser comprendido necesariamente en exclusiva como una magnitud concreta. Es posible construir un concepto de importancia que esté integrado por una magnitud concreta y una abstracta. Qué tan importante sea la satisfacción del principio contrario depende entonces, al mismo tiempo, de qué tan intensa sería la restricción del principio contrario, si no se le reconociera la prioridad, así como también, de cuál es la magnitud de su peso abstracto. Sin embargo, como ya se ha mencionado, debe reconocerse que el primer enumerado de la ley de la ponderación se restringe sólo a la intensidad de la intervención, cuando esta ley se refiere a una constelación en la que los pesos abstractos son iguales y, por ello, no juegan ningún papel. También debe decirse que cuando se habla de la importancia, en el sentido de la ley de la ponderación, sólo debe entenderse la importancia concreta.

Todo esto se refiere a la pregunta de qué es la importancia concreta de la satisfacción del principio contrario, de la que habla la ley de la ponderación. Como quiera que en la ley de la ponderación se

²⁰ La expresión completa se utiliza en ALEXY, R., "Die Abwägung in der Rechtsanwendung", *Jahresbericht des Instituts für Rechtswissenschaft an der Meiji Gakuen Universität zu Tokio*, núm. 7, 2001, p. 77.

trata en definitiva de la relación entre los dos principios en colisión, ella sólo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en P_i tenga en la satisfacción del principio contrario, que debe denotarse con P_j . La importancia concreta de la satisfacción de P_j se determina, por tanto, según los efectos que tenga sobre P_j la omisión de la intervención en P_i . Esto puede ilustrarse con ayuda del caso *Titanic*. Para este efecto, únicamente debe considerarse el calificativo de "tullido", dirigido al oficial de la reserva parapléjico. A fin de determinar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión, debe preguntarse simplemente en qué intensidad interviene en la libertad de expresión la prohibición de ese calificativo, junto con la imposición de la indemnización. Este es el sacrificio que la Constitución exige a ese derecho fundamental, cuando permite que se prohíba ese calificativo, como lo establece la sentencia del Tribunal Superior de Düsseldorf, al imponer la indemnización. Para determinar la importancia de la satisfacción del principio del derecho al honor, debe preguntarse ahora en sentido contrario qué significaría para el derecho al honor si se omitiera la intervención en la libertad de expresión o no fuera ejecutada; es decir, si el apelativo de "tullido" fuera catalogado como permitido y, en consecuencia, no se condenara al pago de la indemnización. Con ello no se trata de algo distinto que de los costes que se originan para la protección del honor, a partir de la protección de la libertad de expresión. La importancia del principio de protección del honor en el caso resulta entonces del cálculo acerca de cuán intensa sería la intervención en el derecho al honor del oficial de la reserva, de no llevarse a cabo una intervención en la libertad de expresión. Esto puede generalizarse y expresarse mediante la siguiente fórmula: la importancia concreta de P_j se mide según qué tan intensamente la no intervención en P_i interviene en P_j .

De nuevo se plantea la pregunta acerca de la notación. Sobre este aspecto podría pensarse en utilizar la letra "W" para la importancia y denotar la importancia concreta del principio contrario de una manera análoga a " $IPiC$ " mediante " $WPjC$ ". Esto tendría la ventaja de la proximidad con los usos lingüísticos comunes, y de que es conforme con lo que establece la fórmula de la ley de la ponderación.²¹ Sin embargo, algunas consideraciones sistemáticas conducen a otra solución. El concepto de importancia concreta de P_j es, como se mencionó, idéntico al concepto de la intensidad en la intervención en

²¹ Esta es la razón por la cual, en trabajos anteriores, para resarcirse al principio contrario, se eligió una letra diferente a la intensidad de la intervención. Gf. ALEXY, R., "Die Abwägung in der Rechtsanwendung", cit., p. 73.

P_i . Se trata de la intensidad de una hipotética intervención mediante la no intervención. Esto se esclarece de la mejor forma, si se aplica también el signo de la intensidad en la intervención, es decir, " I ", del lado del principio contrario. El correlato de " $IPiC$ " es entonces " $IPjC$ ". De nuevo puede reemplazarse esta denominación completa por una forma corta, es decir, por " Ij ". Aquí también tiene validez: $IPjC=Ij$. En adelante se utilizarán sólo las formas de expresión corta.²²

De esta manera quedan establecidos cuáles son los objetos que deben ser valorados como I , m o g . Al enunciar la ley de ponderación se advirtió que esta ley divide la ponderación en tres pasos. A partir de este momento, los dos primeros pasos pueden llevarse a cabo con ayuda de nuestro modelo triádico: la valoración de " $IPiC$ " como I , m o g y la valoración de " $WPjC$ " como I , m o g . La pregunta relevante es ahora, cómo debe efectuarse el tercer paso, en el cual estas dos valoraciones se ponen en mutua relación.

Puede opinarse que valoraciones de este tipo no pueden ponerse en relación. Lo que entra en colisión es incommensurable.²³ De este modo podría hacerse valer en relación con el caso que llamar a alguien "asesino nato" y la condena a una indemnización de 12,000 marcos son dos objetos sociales que tendrían menos en común que dos objetos naturales como manzanas y peras. Éste, sin embargo, no es el punto decisivo. No se trata de la comparabilidad directa de cualquier objeto, sino de la comparabilidad de su significado para la Constitución, lo cual conduce indirectamente a su comparabilidad. El concepto de comparabilidad del significado para la Constitución implica dos elementos que bastan para fundamentar la commensurabilidad. El primero es el punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. Desde luego, es discutible, qué puede valer desde este punto de vista. Esto sucede ininterrumpidamente. Sin embargo, siempre existe una controversia acerca de lo que es correcto desde la perspectiva de la Constitución. La incommensurabilidad aparece tan pronto se excluye la posibilidad de que exista un punto de vista común. Este caso se presentaría si un intérprete de la Constitución le dijera a otro que, desde su punto de vista, cierta cosa es válida, mientras lo contrario fuera válido desde el punto de vista del otro. Entonces, cada uno estaría en lo correcto desde su punto de vista, y no sólo ninguno se equivocaría, sino que tampoco podría ser criticado, porque no existiría ni podría existir un punto de vista unitario o común

²² En adelante se utilizará la letra "W" para una magnitud que está conformada por la importancia concreta en el sentido de la intensidad de la intervención (I) y el peso abstracto (G).

²³ Sobre este aspecto, ALENIKOFF, A., "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal*, núm. 96, 1987, pp. 972 y ss.

desde el cual pudiera demostrarse que algo es falso. Como consecuencia, sería imposible un discurso sobre la respuesta correcta que fuera más allá de la retórica vacía y que, en este sentido, fuera racional. Ahora bien, asimismo es válido lo contrario. Si es posible un discurso racional sobre aquello que es válido desde la perspectiva de la Constitución, entonces es posible predicar la existencia de un punto de vista común. Éste aparece tan pronto se inicia un discurso racional, que se deja guiar por las ideas regulativas de lo correcto desde la perspectiva de la Constitución. Quien quiera hacer fracasar la posibilidad de valoraciones en razón de la imposibilidad de un punto de vista común debe, por lo tanto, afirmar la imposibilidad de un discurso racional sobre las valoraciones en el marco de la interpretación constitucional. Es preciso rebatir esta afirmación, a pesar de que aquí no puede llevarse a cabo su refutación.²⁴ El segundo elemento que posibilita la commensurabilidad es una escala, construida artificialmente como siempre, que establezca los grados para la valoración de las pérdidas y las ganancias desde el punto de vista de los derechos fundamentales. La escala triádica *l*, *m* y *g* es un ejemplo de este tipo de escala. Su utilización desde el punto de vista común de la Constitución es también un factor que produce commensurabilidad.

Una vez que se ha establecido la commensurabilidad mediante el punto de vista y la escala, entonces aparece sin dificultad la respuesta a la pregunta de cómo debe llevarse a cabo el tercer paso de la ponderación. Existen tres constelaciones en las que la intervención en *Pi* es más intensa que la intervención en *Pj*:

- (1) *Ii*: *g*, *Ij*: *l*
- (2) *Ii*: *g*, *Ij*: *m*
- (3) *Ii*: *m*, *Ij*: *l*

En estos casos *Pi* tiene precedencia frente a *Pj*. La relación de preferencia condicionada (*PiPPj*) C²⁵ adquiere validez en el sentido de la ley de colisión. A estos tres casos de primacía de *Pi* son relativos tres casos de primacía de *Pj*:

- (4) *Ii*: *l*, *Ij*: *g*
- (5) *Ii*: *m*, *Ij*: *g*
- (6) *Ii*: *l*, *Ij*: *m*

²⁴ Sobre este aspecto: ALEXY, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, 4a. ed., Suhrkamp, Frankfurt a. M., 2001, p. 53 y ss. (tiene traducción al castellano de M. Atienza e I. Espejo, como *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989).

²⁵ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 94 y 95.

En estos casos adquiere validez la relación de preferencia condicionada (*PjPPi*) C. A estos seis casos, que pueden ser decididos mediante la escala triádica, se suman tres casos de empate:

- (7) *Ii*: *l*, *Ij*: *l*
- (8) *Ii*: *m*, *Ij*: *m*
- (9) *Ii*: *g*, *Ij*: *g*

En los casos de empate la ponderación no determina ningún resultado. Los casos de empate se sitúan en un margen de acción para la ponderación, y, por lo tanto, en un margen de acción estructural para la ponderación. Este margen de acción para la ponderación es de gran importancia para la delimitación de competencias entre el Tribunal Constitucional y, por una parte, el legislador, y, por otra, la jurisdicción ordinaria. Sobre este aspecto no puede profundizarse más aquí.²⁶

Los tres rangos del modelo triádico constituyen una escala que intenta sistematizar las valoraciones que tienen lugar tanto en la práctica cotidiana como en la argumentación jurídica. Una catalogación en tres rangos de esta naturaleza difiere radicalmente de una medición de las intensidades de la intervención y los grados de importancia por medio de una escala cardinal, como, por ejemplo, una escala de 0-1, y eso debe ser así, porque las intensidades de la intervención y los grados de importancia no pueden ser medidos con ayuda de una escala de este tipo.²⁷ Es posible que con frecuencia deba utilizarse una escala triádica más refinada (como más adelante se mostrará, sobre todo si se apela a una escala triádica doble). Con todo, esta utilización tiene límites. La simple catalogación de una magnitud como leve, media o grave, frecuentemente presenta problemas. A veces no puede distinguirse tan fácilmente entre leve y grave, y en ocasiones, incluso puede parecer imposible.²⁸ Las escalas jurídicas sólo pueden funcionar con umbrales relativamente difusos, y esto ni siquiera ocurre así en todos los casos. La naturaleza del derecho constitucional es, en definitiva, la que establece límites al

²⁶ Sobre este aspecto; ALEXY, R., "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerechtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatslehrer*, núm. 61, 2002, pp. 7 y ss. (Tiene traducción al castellano de C. Bernal Pulido como "Derecho constitucional y derecho ordinario-jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", en ALEXY, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, cit.).

²⁷ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 156 y 157.

²⁸ Con esta imposibilidad desaparece toda diferencia entre las intensidades de la intervención. Una ponderación apoyada de esta diferencia no puede llevarse a cabo. La escala *l*, *g* es la escala mínima.

refinamiento de las escalas y excluye escalas completas de tipo infinitesimal.²⁹ Como consecuencia, debe descartarse el uso de mediciones calculables con ayuda de un continuo de puntos entre 0 y 1.³⁰ Lo que sí resulta posible, sin embargo, es presentar una ilustración de la estructura que subyace al modelo triádico con la ayuda de cantidades numéricas.

IV. LA FÓRMULA

Existen dos diferentes posibilidades fundamentales de relacionar I_i e I_j . Quien trabaja con series aritméticas escoge la primera; quien trabaja con series geométricas elige la segunda. Una serie particularmente simple es la serie 1, 2, 3. Con su ayuda puede presentarse una fórmula que expresa de la siguiente forma el peso de un principio bajo las circunstancias del caso concreto, es decir, su peso concreto:

$$G_{i,j} = I_i - I_j$$

Esta fórmula debe denominarse "fórmula diferencial".³¹

El único signo aún no introducido en la fórmula diferencial es " $G_{i,j}$ ". " $G_{i,j}$ " no debe confundirse con " G_i ". Como ya se señaló, " G_i " representa el peso abstracto de P_i . La notación más completa " $CPIA$ " lo expresa de forma clara. " $G_{i,j}$ ", por el contrario, representa el peso concreto de P_i , es decir, el peso e P_i bajo las circunstancias del caso concreto. En la notación más completa se lee de la siguiente manera:

$$"G_{i,j}C".³²$$

La fórmula diferencial permite reconocer que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Ello es posible, porque esta fórmula determina el peso concreto como la diferencia entre la intensidad de la intervención en este principio (P_i) y la importancia concreta del principio contrario (P_j), la cual, a su vez, consiste en definitiva en la intensidad de la intervención hipotética en P_j mediante la omisión

²⁹ ALEXY, R., "Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", pp. 25 y ss.

³⁰ No se excluye la utilización de semejantes escalas en modelos ideales, que representen lo que ocurriría si una escala infinitesimal fuera posible en el derecho. Sobre este aspecto: JANSEN, N., "Die Abwägung von Grundrechten", *Der Staat*, núm. 36, 1997, pp. 29 y ss.

³¹ Sobre la representación de las relaciones de los pesos de valores o principios con ayuda de la sustracción y de la adición, cf. HUBMANN, H., *Wertung und Abwägung im Recht*, Heymann, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 1977, pp. 26 y ss., 162 ss.

³² La fórmula diferencial adopta, por tanto, en la notación más completa la siguiente forma:

$$G_{i,j}C = I_iC - I_jC$$

de la intervención, es decir, mediante la no intervención en P_j . Esta relatividad se expresa mediante " $G_{i,j}$ ". El peso concreto de P_i es el peso concreto de P_i relativo a P_j .

Si se utilizan las cifras 1, 2 y 3 en la fórmula diferencial, entonces se obtienen resultados esclarecedores a primera vista. Es necesario considerar de nuevo las antes mencionadas nueve posibles constelaciones del modelo triádico. En las tres primeras constelaciones, en las cuales P_i precede a P_j —a continuación se presentan de una manera simplificada—, $G_{i,j}$ adquiere los siguientes valores positivos:

- (1) $g, l = 3 - 1 = 2$
- (2) $g, m = 3 - 2 = 1$
- (3) $m, l = 2 - 1 = 1$

En los casos de primacía de P_j , $G_{i,j}$ adquiere los siguientes valores negativos.

- (4) $l, g = 1 - 3 = -2$
- (5) $m, g = 2 - 3 = -1$
- (6) $l, m = 1 - 2 = -1$

En todos los tres casos de empate el peso concreto, y, por tanto, relativo, de P_i es 0:

- (7) $l, l = 1 - 1 = 0$
- (8) $m, m = 2 - 2 = 0$
- (9) $g, g = 3 - 3 = 0$

Esta ilustración de las relaciones en el modelo triádico, mediante cifras, resulta ventajosa por su sencillez y su elevada plausibilidad intuitiva. Sobre todo, por medio de ella se expresa correctamente que el caso de empate se define como aquel en el que ninguno de los principios puede prevalecer frente al otro, independientemente de si tiene una fuerza positiva o negativa. Sin embargo, la fórmula diferencial no da cuenta de una propiedad que resulta central para los principios. Esto se hace explícito si se compara la ilustración del modelo triádico con ayuda de una serie aritmética con la ilustración que se hace al utilizar una serie geométrica.

Relativamente fácil y al mismo tiempo altamente intuitivo resulta tomar, como serie geométrica, los valores 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir, 1, 2 y 4. Esta serie se diferencia de la serie aritmética esencialmente en que las distancias respectivas entre los grados no son iguales, sino que se incrementan. De esta manera, puede representarse el hecho de que los principios ganan cada vez una fuerza mayor al aumentar la inten-

sidad de la intervención, lo cual está en armonía con la tasa marginal decreciente de sustitución.³³

El carácter geométrico de la escala permite definir el peso concreto de P_i , no mediante una fórmula de diferencia, sino mediante una fórmula de cociente. Esta fórmula es la siguiente:

$$G_{i,j} = \frac{I_i}{I_j}$$

Esta fórmula constituye el núcleo de una fórmula más comprensiva, que debe llamarse "la fórmula del peso". En su versión completa, la fórmula del peso contiene, junto a las intensidades de las intervenciones en los principios, los pesos abstractos de los principios en colisión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos acerca de la realización y la falta de realización de los principios en colisión, occasionadas por la medida que se enjuicia. Esto significa que en una colisión entre dos principios el peso concreto o relativo de cada uno de los dos principios depende de tres pares de factores; es decir, en total, de seis factores. Sin embargo, éstos deben ser utilizados en la fórmula sólo cuando los pares de factores son desiguales. Si estos pares son iguales, se neutralizan mutuamente. En consecuencia, la utilización de la fórmula antes presentada significa que, a causa de su respectiva igualdad, los pesos abstractos y los grados de seguridad de las premisas empíricas fueron eliminados. La fórmula que se restringe a las intensidades de la intervención no es, por tanto, ninguna fórmula diferente a la fórmula completa, sino la misma después de una reducción. Esto es lo que quiere expresarse cuando, en lo sucesivo, la fórmula del cociente se denomine "fórmula del peso".

Hasta el momento, cuando se presenta la fórmula del peso, incluso en la forma completa que incluye los tres pares de factores, se ha tratado siempre de una colisión sólo de dos principios. La complejidad aumenta cuando entran en juego más de dos principios. Es posible intentar representar esta complejidad mediante una fórmula que se construya sobre la base de la fórmula completa que se refiere a dos principios. Esta fórmula debe llamarse, en vez de "fórmula de peso", "fórmula del peso extendida". Sin embargo, antes de emprender cualquier tipo de extensión de la fórmula del peso basada en definitiva en las intensidades de la intervención debe analizarse este modelo más simple con mayor precisión.

³³ ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 147.

La fórmula del peso es entonces sólo aceptable si los valores que $G_{i,j}$ recibe en las diferentes constelaciones pueden reconstruir adecuadamente la ponderación. En primer lugar debe tenerse en cuenta la escala triádica simple. En los casos en los cuales P_i precede a P_j , $G_{i,j}$ recibe un valor mayor que 1:

- (1) $g, l = 4 / 1 = 4$
- (2) $g, m = 4 / 2 = 2$
- (3) $m, l = 2 / 1 = 2$

En los casos de primacía de P_j , el peso concreto de P_i desciende por debajo de 1:

- (4) $l, g = 1 / 4 = \frac{1}{4}$
- (5) $m, g = 2 / 4 = \frac{1}{2}$
- (6) $l, m = 1 / 2 = \frac{1}{2}$

También aquí el valor es el mismo en todos los casos de empate, esta vez es siempre 1:

- (7) $l, l = 1 / 1 = 1$
- (8) $m, m = 2 / 2 = 1$
- (9) $g, g = 4 / 4 = 1$

A primera vista este esquema parecería tener muy pocas ventajas frente a la secuencia aritmética. Las grandes distancias ($g, l; l, g$) tienen, en relación con las cortas ($g, m; m, l; m, g; l, m$), un valor doble o medio, respectivamente. Incluso podría pensarse que el 0 ilustra mejor que el 1 el caso de empate.

Sin embargo, el panorama cambia cuando el modelo triádico se extiende a un modelo triádico doble. La secuencia aritmética se aumenta entonces hasta la serie 1-9, al paso que la secuencia geométrica lo hace hasta la serie 2°-28. Estas series expresan respectivamente los valores $ll, lm, lg, ml, mm, gl, gm$ y gg , lo cual quiere decir que ll corresponde a una intervención levemente leve, o muy leve, gg a una intensamente intensa o muy intensa y ml a una levemente media, es decir, a una muy baja dentro del rango medio. La diferencia entre la fórmula diferencial y la fórmula del cociente se hace manifiesta cuando se comparan los casos de justificación mínima y máxima de una intervención en un derecho fundamental. La intervención que menos se justifica se representa mediante la combinación gg, ll en el modelo triádico doble. Puede suponerse que una intervención muy severa (gg), como por ejemplo una pena restrictiva de la libertad de siete años, se justifique con una razón que, en comparación con ella,

tenga un peso mínimo, como por ejemplo haber dejado caer una coletilla de tabaco en la acera. Sobre la base de los valores 9 (*gg*) y 1 (*ll*), la fórmula diferencial conduce a atribuir un peso específico de 8 a los derechos fundamentales del artículo 2 inciso, 1, y el artículo 2, inciso 2, LF. Por el contrario, sobre la base de los valores 28 (*gg*) y 20 (*ll*) del modelo triádico doble, la fórmula del cociente permite incrementar el peso concreto de esta externa constelación de una intervención injustificada en los derechos fundamentales a 256.³⁴ Correlativamente, la máxima justificación de una intervención se representa mediante *ll*, *gg*. Según la fórmula de la diferenciación, esto representa – 8, al paso que, según la fórmula del cociente, representa 1/256, es decir: 0,00390625. En la fórmula del cociente, los valores de las constelaciones extremas tienden a cero y al infinito. Esto corresponde a la idea de que existe algo así como la injusticia sin límites. Desde luego, estas tendencias también pueden representarse mediante la fórmula diferencial. Lo único que debe hacerse es orientar hacia el cero y hacia el infinito la escala, con base en la cual ella se aplica. No obstante, de este modo la escala diferencial deviene muy compleja. La serie simple 1, 2, 3 reproduce los valores *l*, *m* y *g* de una manera que refleja claramente la estructura global de nuestra capacidad de catalogar las intervenciones según su intensidad. Esto también puede decirse de la representación de la tríada doble mediante la serie 1-9. Ahora bien, es bastante dudoso que esta correspondencia también pueda existir cuando la serie se aproxima hacia el cero y hacia el infinito. La serie geométrica no se enfrenta a estos problemas. Ella se adecua tanto a la estructura triádica como a la fuerza creciente de resistencia de los derechos correspondiente a un aumento en la intensidad de la intervención en ellos.

Ya se señaló que en las ponderaciones no sólo son relevantes las intensidades de las intervenciones, sino también los pesos abstractos. Esta posibilidad se vuelve real cuando los pesos que corresponden a los diferentes principios en colisión se diferencian entre sí. Si los pesos abstractos son iguales, se neutralizan entre sí. Si, por el contrario, ellos tienen diferente magnitud, pueden sopesarse en la balanza.

³⁴ Podría pensarse en casos todavía más extremos, como, por ejemplo, en la imposición de una pena de prisión perpetua por carraspear en una clase universitaria. Este caso es desde luego más extremo que el de la coletilla de tabaco. Sin embargo, el modelo triádico doble no tiene la capacidad de comprender y expresar esta diferencia en lo extremo de estos dos casos. Para ello, sería necesario establecer diferencias subsecuentes en el ámbito de lo extremo. Desde luego, una diferenciación de este tipo sería posible. Ella sería un intento de construir la idea de que hacia los extremos, la tasa de discriminación aumenta, mientras que hacia la mitad disminuye. Con todo, esta idea no puede desarrollarse aquí.

Existen tres constelaciones fundamentales en relación con las intensidades de la intervención (*Ii*, *Ij*) y los pesos abstractos (*Gi*, *Gj*). En la primera, los pesos abstractos son diferentes, al paso que las intensidades de la intervención son iguales. En esta constelación las intensidades de la intervención se neutralizan. El asunto entonces se centra sólo en los pesos abstractos. Esta constelación tiene como contrapartida una segunda constelación fundamental —mucho más frecuente, y por ello bastante más significativa desde el punto de vista práctico—, en la cual los pesos abstractos son iguales, pero las intensidades de la intervención son distintas. En la tercera constelación fundamental, por el contrario, tanto los pesos abstractos como las intensidades de la intervención son diferentes. En este caso entonces los cuatro valores son relevantes. Estas posibilidades pueden expresarse mediante la siguiente variante extendida de la fórmula del peso:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i}{I_j \cdot G_j}$$

Si esta fórmula es acertada, entonces, con base en ella puede llevarse a cabo una ulterior clarificación conceptual. Los productos de *Ii* · *Gi* y de *Ij* · *Gj* expresan que de manera no poco frecuente, junto a *Gij*, la expresión peso se utiliza para referirse a *Gi* y *Gj*. La expresión "peso" entonces deviene ambigua, y adquiere tres significados. Las ambigüedades no son nocivas, siempre que se pueda claramente decidir el contexto de lo que se quiere decir. Esto último no siempre acontece en la discusión sobre la ponderación. Por esta razón, es necesario llevar a cabo una definición terminológica. Para ello se ofrecen dos posibilidades. Es posible denominar el producto de *Ii* · *Gi* tanto "peso concreto no relativo" como "importancia" de *Pi*. Lo primero es circunstancial, pero claro. Sitúa de forma palmaria el peso concreto no relativo (*Ii* · *Gi*) entre el peso concreto relativo (*Gij*) y el peso abstracto (*Gi*). La denominación de "importancia" es, por el contrario, más elegante y más próxima a los usos lingüísticos. Sin embargo, es necesario aclarar que cuando se denominó "*Ii*" como "importancia", al enunciar la formulación de la ley de la ponderación, con ello no se hizo ninguna referencia a la inclusión del peso abstracto, pues en ese contexto se entiende que los pesos abstractos se neutralizan. Si se elige este camino, entonces puede definirse de la siguiente forma el peso concreto no relativo en términos de importancia (*Wi*, *Wj*):*

* N. T. He preferido mantener la inicial *W* de la palabra alemana "Wichtigkeit" para hacer referencia a la importancia, y no utilizar la inicial *I*, a fin de no crear confusión con el uso de la *I* para intervención.

$$\begin{aligned}W_i &= I_i \cdot G_i \\W_j &= I_j \cdot G_j\end{aligned}$$

De esta manera, puede diluirse completamente la ambigüedad de la expresión "peso".

Es recomendable referir también G_i y G_j a las escalas triádicas que se representan mediante series geométricas. De esta forma, todo lo que se dijo en relación con los valores I_i e I_j , vale para G_i y G_j . Esto no es evidente, sino que expresa la aceptación de que al peso abstracto y a la intensidad de la intervención corresponde un mismo peso —este concepto es pertinente de nuevo en este nivel de uso— en la determinación del peso concreto o relativo que se representa por medio de $G_{i,j}$. Esta aceptación de una igual importancia posibilita llevar a cabo compensaciones plenas. Una intervención (I_i) leve (l) en un principio con elevado (g) peso abstracto (G_i) tiene una igual importancia (W_i) que una intervención (I_j) grave (g), que se lleva a cabo a causa de su omisión, en un principio con escaso (l) peso abstracto. De este modo entonces se obtiene un empate.

Ya se ha mencionado también el tercer par de variables de la fórmula del peso completa. Se trata del grado de seguridad de los presupuestos empíricos referidos, respectivamente, a lo que la medida que se enjuicia significa para la no realización de un principio y la realización del otro. El Tribunal Constitucional Federal ha determinado, con razón, en la sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmung*), que no es pertinente atribuir siempre ni certeza ni incertidumbre a los pronósticos empíricos que subyacen a las apreciaciones que el legislador lleva a cabo en el examen de proporcionalidad.³⁵ Entre los criterios según los cuales debe determinarse la certeza de la medida ordenada está sobre todo el de la importancia del derecho fundamental en el caso concreto, que se define mediante la intensidad de la intervención y el peso abstracto. Desde este trasfondo puede formularse una ley epistémica de la ponderación, en paralelo a la antes enunciada ley de la ponderación. Esta nueva ley señala lo siguiente:

Cuanto mayor sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor deberá ser la certeza de las premisas que fundamentan la intervención.

Esta segunda ley de la ponderación lleva el predicado "epistémica", porque no se basa en la importancia material de las razones que

³⁵ BVerfGE 50, 290 (332).

sustentan la intervención, sino en su calidad epistémica. La primera ley de la ponderación que, como ya se mostró, define el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, puede llamarse "ley material de la ponderación", si se quiere expresar su diferencia con su correlativo, es decir, la ley epistémica de la ponderación.

También en relación con la ley epistémica de la ponderación es aconsejable utilizar la escala triádica. En la sentencia sobre la participación de los trabajadores en las empresas (*Mitbestimmungsurteil*), el Tribunal Constitucional Federal diferenció entre tres grados de intensidad en el control: "el control material intensivo", "el control de plausibilidad" y "el control de evidencia".³⁶ Estos tres grados corresponden a los tres grados de epistémicos de cierto o seguro (s), plausible (p) o no evidentemente falso (e). Es posible utilizar "Si" y "Sj" o, en la forma completa " $SPiC$ " y " $SPjC$ " como notación para referirse a la seguridad de los presupuestos empíricos, que se relacionan con el significado que la respectiva medida tenga en el caso concreto para la no realización de P_i y la realización de P_j . Con el fin de expresar que tanto la fuerza de defensa como la de ataque se reduce ante la creciente incertidumbre de las premisas que soportan cada una de las partes, s debe valorarse con 2^0 , p con 2^{-1} y e con 2^{-2} . Aquí desde luego también es posible refinar la escala triádica, es decir, mediante la escala triádica doble. La fórmula del peso completa adquiere entonces la siguiente forma:³⁷

$$\begin{aligned}I_i \cdot G_i \cdot Si \\G_{i,j} = \dots \\I_j \cdot G_j \cdot Sj\end{aligned}$$

Para ilustrar la manera como funciona esta fórmula pueden observarse dos constelaciones. Con el fin de hacer más simple la ilustración, en ambas serán iguales los pesos abstractos (G_i , G_j). En el primer caso se trata en ambos lados de una intervención intensa (g), que se lleva a cabo mediante la adopción de la medida en P_i y mediante su omisión en P_j . La intervención intensa en P_i es segura (s), pero en P_j es sólo plausible (p). De este modo, $G_{i,j}$ se determina de la siguiente forma:

³⁶ BVerfGE 50, 290 (333).

³⁷ La formulación completa es la siguiente:

$$\begin{aligned}IPC \cdot CPA \cdot SPiC \\GPi,jC = \dots \\WPjC \cdot GPjA \cdot SPjC\end{aligned}$$

$$\begin{aligned} 4 \cdot 1 \\ Gi,j = \dots = 2 \\ 4 \cdot \frac{1}{2} \end{aligned}$$

Como consecuencia, P_i debe preceder en este caso.

También en la segunda constelación debe suponerse que la intervención en P_i es segura (g) y el daño en P_j , que se produce por la omisión de la intervención en P_i , es sólo plausible (p). Una distribución semejante de los valores relativos a la seguridad epistémica del par de variables S_i, S_j , puede encontrarse en la sentencia del cannabis.³⁸ Si el Tribunal Constitucional Federal declara, desde este trasfondo, que es proporcionada la penalización de la manipulación de productos del cannabis, entonces la desigualdad de los valores de S_i y S_j se refleja en una desigual distribución de los valores en I_i e I_j o en G_i y G_j . No es este el lugar para examinar con precisión los variopintos argumentos del Tribunal. Sólo debe anotarse que existe una posibilidad de compensar la seguridad empírica sólo media de las premisas que sustentan la penalización con la aceptación de que se trata de una intervención de intensidad sólo media en los derechos que están ligados con la prohibición de manipulación del cannabis en razón de los peligros asociados con el mismo. De este modo, los valores que se deberían atribuir a G_i, j serían los siguientes:

$$\begin{aligned} 2 \cdot 1 \\ Gi,j = \dots = 1 \\ 4 \cdot \frac{1}{2} \end{aligned}$$

De esta manera se obtiene un empate, lo cual significa que una prohibición penal de la manipulación de productos derivados del cannabis cae dentro del margen de acción del legislador.

V. LA FÓRMULA EXTENDIDA

Hasta ahora se ha tratado siempre de la colisión entre dos principios. Éstos pueden comprenderse completamente mediante la fórmula del peso. Sin embargo, con frecuencia, en uno o en los dos lados hay varios principios en juego. Como quiera que incluso en estos casos pueda tomarse sólo una decisión, entonces es necesario

³⁸ BverfGE 90, 145 (182): "Asimismo, con base en los fundamentos del actual estado del arte, como puede deducirse suficientemente de las fuentes antes mencionadas..., la concepción del Legislador es *plausible*, en cuanto que él no dispone de otro medio igualmente efectivo pero menos severo que la sanción penal para alcanzar el fin" (énfasis de R. A.).

relacionar de alguna manera todos los principios relevantes. La pregunta es si esto puede suceder mediante la introducción de un efecto cumulativo en la fórmula del peso. La versión más simple sería la de una mera acumulación aditiva. Aquí debe tenerse en cuenta sólo el lado de la restricción.³⁹ Si aquí se admite la acumulación aditiva, entonces se obtiene la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} I_i \cdot Gi \cdot Si \\ Gi \cdot j \cdot n = \dots \\ I_j \cdot Gj \cdot Sj + \dots I_n \cdot Gn \cdot Sn \end{aligned}$$

Esta fórmula puede denominarse como "fórmula del peso extendida".

Si se prescinde de la pregunta de teoría general de la argumentación jurídica, de si la acumulación de argumentos puede representarse como adición, el problema principal de la fórmula del peso extendida es qué es aquello que es acumulable aditivamente. Es fácil reconocer la dirección en la cual debe darse respuesta a esta pregunta. Los principios acumulados no pueden ser sustancialmente redundantes. Sus objetos a optimizar deben ser materialmente diferentes. También tiene validez la regla según la cual la heterogeneidad es una condición de la acumulación aditiva. Esta regla se aplica a veces con facilidad. De este modo, por ejemplo, es posible identificar fácilmente a la libertad general de acción como un contenido que ya aparece en los derechos fundamentales especiales. Por el contrario, es posible imaginar casos en los que una intervención pueda fundarse en varios principios que no tienen ninguna intersección entre sí. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un principio tiene como objeto bienes colecti-

³⁹ Si se tiene en cuenta también el lado del derecho fundamental (P_i), cuya vulneración se examina, entonces la acumulación conduce inevitablemente a un holismo de derecho fundamental. P_i representaría a todos los derechos fundamentales que se afectan negativamente mediante la intervención en P_i . De este modo, se desvanece el esquema tradicional, según el cual debe examinarse separadamente cada intervención en un derecho fundamental. Más radical sería ese desvanecimiento si se admitiera la posibilidad de acumular todos los principios constitucionales relevantes. En este caso todos los principios que jugaran en contra de la medida que se examina se opondrían en conjunto a todos los que jugaran a favor de ella. El derecho fundamental, cuya vulneración se examina dejaría de ser entonces un guerrero aislado y se convertiría en el comandante de una tropa más o menos numerosa. El peso concreto del derecho fundamental cuya vulneración se examina sería el peso concreto de este principio en el sistema completo de la Constitución. Todo esto puede representarse mediante la siguiente fórmula:

$$\begin{aligned} I_i \cdot Gi \cdot Si + \dots I_m \cdot Gm \cdot Sm \\ Gi \cdot m \cdot j \cdot n = \dots \\ I_j \cdot Gj \cdot Sj + \dots I_n \cdot Gn \cdot Sn \end{aligned}$$

Esta fórmula debe llamarse "fórmula del peso extendida completa".

vos, y otros derechos individuales. Sin embargo, aquí debe hacerse una advertencia. En consideración de las relaciones complejas¹⁰ entre los derechos individuales y los bienes colectivos, siempre debe tenerse en cuenta la posibilidad de que exista una redundancia sustancial entre ellos. El mero hecho de que sean, por una parte, derechos individuales y, por otra, bienes colectivos, los que entran en relación, no es por sí misma una garantía de heterogeneidad.

La cosa sería simple si la heterogeneidad fuera un asunto de todo o nada. Con todo, este no es el caso. Los principios pueden interseccarse sustancialmente más o menos. Sin embargo, ello no constituye una razón para no comenzar siempre con el análisis de las relaciones relativamente fáciles que deben tenerse en cuenta en la colisión de dos principios, y tampoco una razón para, a partir de ese análisis, no dar un paso ulterior hacia las regiones complejas de las uniones de principios.

LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Carlos BERNAL PULIDO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Las objeciones acerca de la racionalidad de la ponderación. III. Racionalidad o hiperracionalidad de la ponderación. IV. Un modelo racional para la ponderación. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico global se acepta cada día más la tesis de que los sistemas jurídicos modernos están compuestos por dos tipos básicos de normas: las reglas y los principios. Estos dos tipos de normas se aplican por medio de dos procedimientos diversos: la subsunción y la ponderación.¹ Mientras las reglas se aplican por medio de la subsunción, los principios se aplican mediante la ponderación. Por este motivo, la ponderación se ha convertido en un criterio metodo-

* Profesor de derecho constitucional y filosofía del derecho de la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). He tenido la oportunidad de debatir versiones preliminares de este texto en el marco del seminario Albert Calamaglia de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y del seminario de profesores de la Universidad de Alicante. Agradezco a los profesores José Juan Moreso (Barcelona), Manuel Atienza (Alicante), Juan Ruiz Manero (Alicante), Pablo Navarro (Córdoba-Argentina) y David Martínez (Barcelona) por sus valiosos comentarios y críticas. Asimismo, agradezco al Profesor Juan Antonio García Amado (León) por sus críticas a mis ideas y al Profesor Robert Alexy (Kiel-Alemania) por sus sugerencias a este texto, que fue publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 77, Madrid, mayo-agosto de 2006.

¹ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdez), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 81 y ss.; *idem*, "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en *idem*, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 93 y ss.; DWORAK, Ronald, *Los derechos en serio*, traducción de Marta Gustavino, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 61 y ss.; SIECKMANN, Jan R., *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Nomos, Baden-Baden, 1990; *idem*, *Modelle des Eigentumsschutzes: eine Untersuchung zur Eigentumsgarantie des Art. 14 GG*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 37 y ss.; ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996; BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 571 y ss.

¹⁰ ALEXY, R., "Individuelle Rechte und kollektive Güter", en *idem*, *Rechts, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1995, p. 232.