

Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*

Robert Alexy

SUMARIO: I. Dos teorías iusfundamentales. II. Crítica de Habermas a la teoría ponderativa. III. La estructura de la ponderación.

I. Dos teorías iusfundamentales

Las Constituciones democráticas modernas contienen dos tipos o categorías de normas. A la primera pertenecen las que constituyen y organizan los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, es decir el Estado; aquí lo central es la atribución de poder (*Ermächtigung*). En la segunda se incluyen las que limitan y dirigen el poder estatal; aquí deben nombrarse primeramente los derechos fundamentales.

La presente dicotomía parece —al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos— tener validez universal; ésta se debe desde luego —como suele ser— a la abstracción, y por consiguiente también se extiende sólo tanto como ella. Inmediatamente bajo el plano de la más elevada abstracción entran en juego diferentes posibilidades; lo anterior concierne al lado de las competencias estatales y al de los derechos individuales; contemplaré sólo a los últimos.

Hay dos diversas teorías (*Konstruktion*) básicas de los derechos fundamentales: una estrecha y rigurosa (*eng und strikt*), y otra amplia y comprensiva (*weit und umfassend*); la primera es denominada “teoría de las reglas”, la segunda “teoría de los principios”. En ningún lado se realizan puramente estas dos teorías, pero sin embargo representan diferentes tendencias básicas, y la cuestión de cuál es mejor resulta central de la inter-

* Originalmente publicado como “Grundrechte, Abwägung und Rationalität”, en *Ars Interpretandi. Yearbook of Legal Hermeneutics*, Münster, Lit, núm. 7, 2002, pp. 113-125. Versión inglesa del propio autor: “Constitutional rights, balancing, and rationality”, en *Ratio Juris*, Oxford, Ing.-Malden, EUA, Universidad de Boloña, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, pp. 131-140. Traducción española anterior de David García Pazos y Alberto Oehling de los Reyes, con el mismo título que la presente, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (ed.), *The Spanish Constitution in the European constitutional context. La Constitución española en el contexto constitucional europeo*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 1505-1514. Se agradecen las amables autorizaciones y colaboración del autor para realizar esta nueva traducción.

pretación de toda Constitución que conoce los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.

Según la teoría estrecha y rigurosa, las normas que garantizan los derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras del sistema jurídico. Por supuesto, como normas del derecho constitucional tienen su lugar en el nivel más alto del mismo sistema, y su objeto son derechos de elevadísima abstracción y la más grande importancia; pero todo esto no es —según la teoría de las reglas— base alguna para cualquier diferencia fundamental de índole estructural: ellas son normas jurídicas, y como tales son aplicables exactamente de la misma manera que todas las demás; su peculiaridad solamente consiste en que protegen frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto.

Conforme a la teoría comprehensiva u holística, las normas iusfundamentales no se agotan en proteger frente al Estado determinadas posiciones del ciudadano descritas en abstracto; esta perpetua función de los derechos fundamentales se inserta en un marco más vasto. En Alemania, al resolver en el año 1958 el caso *Lüth*, el Tribunal Constitucional Federal por primera vez desarrolló completamente este más amplio marco.

Erich Lüth dirigió un llamado al público, los propietarios de cines y los distribuidores fílmicos, a boicotear las películas que Veit Harlan produjo después de 1945, basado en que Harlan fue el más prominente realizador de filmes nazis, en lo cual se relacionó especialmente con la cinta “El judío Süß (*Jud Süß*)”, la principal de la propaganda cinematográfica antisemita del nacionalsocialismo. El Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo (*Landgericht Hamburg*) condenó a Lüth a no hacer llamado alguno a boicotear la nueva película de Harlan, “Amada inmortal (*Unsterbliche Geliebte*)”; fundó su resolución en que tal llamado al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil, que prohíbe “causar daño a otro de manera contraria a las buenas costumbres y a propósito”. Lüth promovió la queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) contra esta sentencia.

El Tribunal Constitucional Federal consideró el llamado al boicot de Lüth como *prima facie* protegido por la libertad de expresión (art. 5.1 de la Ley Fundamental). El artículo 5.2 de la Ley Fundamental contiene en efecto tres cláusulas que restringen la libertad de expresión garantizada por el primer párrafo de ese artículo constitucional; la primera de éstas es la relativa a las “leyes generales”. El Tribunal Constitucional Federal constató que el artículo 826 del Código Civil Federal, sobre el cual fundó el Juzgado de Hamburgo su decisión, es una ley general en el sentido de la primera cláusula;¹ precisamente en este punto se muestra la importancia de la dicotomía entre la teoría estrecha y rigurosa —la de las reglas—, y la amplia y comprehensiva —la de los principios—.

Si se siguiera la primera teoría, se agotaría la solución del caso en responder dos

¹ BVerfGE 7, 198 (211).

interrogantes. La primera sería si el llamado de Lüth al boicot es de subsumirse en el concepto de “expresión de opinión (*Meinungsäußerung*)”;² el Tribunal Constitucional respondió afirmativamente, y yo pienso que esto es correcto. La segunda se refiere a si el artículo 826 del Código Civil Federal es aplicable, como habría sido el caso si el llamado al boicot fuera contra las buenas costumbres; el Tribunal de Primera Instancia de Hamburgo opinó que así fue, porque apuntaba a impedir la reaparición de Harlan como creador de filmes representativos, pese a que no sólo pasó por el proceso de desnazificación³ sino también fue absuelto en uno penal que se le siguió por su participación en la película “El judío Süß”, y bajo estas circunstancias el llamado al boicot —según el tribunal— iba contra “las democráticas convicciones jurídicas y morales del pueblo alemán”.⁴

El Tribunal Constitucional Federal fue de la opinión de que no era bastante efectuar estas dos subsunciones aisladas;⁵ sino más bien que cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión. El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él; exigió que la disposición “contra las buenas costumbres” del artículo 826 del Código Civil Federal, tuviera que interpretarse en consonancia con esta prioridad. Brevemente: Lüth ganó.

La sentencia del caso *Lüth* enlaza tres ideas que han marcado fundamentalmente el derecho constitucional alemán.

La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no se agota en la de clásicos derechos de defensa (*Abwehrrecht*) del ciudadano frente al Estado: los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un orden de valores objetivos (*objektive Wertordnung*)”;⁶ al respecto se discutió qué entendió el tribunal por “orden axiológico objetivo”. Más adelante, él habla simplemente de “los principios [...], que adquieren expresión en los derechos fundamentales”;⁷ se puede partir de esto⁸ y decir que la primera idea básica del caso

² Con este término la Ley Fundamental y la dogmática alemanas denominan la libertad de expresión; muy literalmente significa “libertad de manifestar la opinión”. (Nota del traductor)

³ Juicios que se siguieron contra colaboradores y aun meros simpatizantes del nacionalsocialismo, cuya instauración en conjunto con otras medidas buscaba erradicar esta ideología. (N. del T.)

⁴ Cfr. BVerfGE 7, 198 (201).

⁵ *Idem* (207).

⁶ *Idem* (205).

⁷ BVerfGE 81, 242 (254).

⁸ Para un análisis más cercano de la relación entre el concepto de “principio” y el de “valor”, véase ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 3a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1996, pp. 125 y ss.

Lüth consiste en que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también el de principios.

La segunda, estrechamente vinculada con la primera, es que los valores o principios iusfundamentales no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, “para todos los ámbitos del derecho”.⁹ Esto lleva a un “efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*)” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico; los derechos fundamentales se vuelven ubicuos.

La tercera idea resulta de la estructura de los valores y los principios: unos como otros tienden a colisionar. Una colisión de principios sólo puede resolverse por ponderación; el mensaje más importante de la sentencia del caso *Lüth* para la vida jurídica cotidiana dice entonces: “por tanto, una ‘ponderación de bienes’ será necesaria”.¹⁰

El Tribunal Constitucional Federal ha siempre avanzado el camino que tomó con la decisión del caso *Lüth*. Con todo esto, bajo el punto de vista metodológico, el concepto capital es el de ponderación; en vez de oponerse una teoría amplia y comprensiva a otra estricta, podrían confrontarse un modelo ponderativo y otro de subsunción. Esto permite formular las siguientes preguntas: ¿cuál de ambas teorías conduce a más racionalidad (*Rationalität*) en el juicio constitucional? ¿la que requiere una subsunción o la que exige una ponderación?

II. Crítica de Habermas a la teoría ponderativa

El ponderar en el derecho constitucional conduce a tantos problemas, que no es posible enumerarlos aquí. Me limitaré a dos objeciones formuladas por Jürgen Habermas.

La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales. Él opina que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “*primacía* estricta” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”.¹¹ Pero junto con lo anterior se derrumbaría un muro de fuego (*Brandmauer*):

Si en caso de colisión *todas* las razones pudieran aceptar el carácter de argumentos de fijación de objetivos (*Zielsetzungsargument*), entonces caería todo muro de fuego que con una concepción deontológica de las normas y principios del derecho, se hubiera instalado en el discurso jurídico.¹²

⁹ *Supra*, nota 6.

¹⁰ BVerfGE 7, 198 (210).

¹¹ HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 312.

¹² *Ibidem*, p. 315 (cursivas en la versión original del artículo traducido).

El peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales tiene al lado el de los “juicios irracionales”.¹³ Según Habermas no hay “parámetros racionales” para ponderar:

Porque hacen falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios (*eingewöhnt*).¹⁴

Esta primera objeción concierne a supuestas consecuencias sustanciales del modelo ponderativo: ablandamiento e irracionalidad.

La segunda objeción se trata de un problema conceptual. Habermas afirma que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales (*Vorstellung*) como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad. Es cierto que de una ponderación de bienes o de valores los juicios deben poder “result[ar] (*resultier[en]*)”, pero semejante ponderación jamás nos podría “justificar”, tener por correcto el juicio:

Entonces, la sentencia es *en sí misma* un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta.¹⁵

Asimismo, esta segunda objeción debe al menos tomarse tan en serio como la primera. Ella desemboca en la tesis de que el precio de la ponderación es la pérdida de la categoría de la corrección; si esto fuera cierto, se habría asestado un decisivo golpe a la teoría ponderativa. El derecho está necesariamente vinculado a una pretensión de corrección;¹⁶ si la ponderación resultara incompatible con la corrección y la justificación, no habría lugar para ella en el derecho; y el desarrollo del derecho constitucional alemán de los últimos cincuenta años sería en esencia el despliegue de un error.

¿Es la ponderación irracional en sí? ¿Es incapaz la teoría ponderativa de evitar la inmolación de los derechos individuales? ¿Realmente el ponderar significa tener que despedirnos de la corrección y la justificación, y con ellas de la razón? Apenas es posible contestar estas preguntas sin saber qué es la ponderación; para saberlo se tiene que conocer su estructura, y un vistazo a la práctica material del ponderar es útil para ello.

¹³ *Ibidem*, p. 316.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 315-316.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen, *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 369 (cursivas en la versión original del artículo traducido).

¹⁶ ALEXY, Robert, “Recht und Richtigkeit”, en KRAWIETZ *et al.* (eds.), *The reasonable as rational? Festschrift für Aulis Aarnio*, Berlín, Duncker & Humblot, 2000, pp. 7 y ss.

III. La estructura de la ponderación

En el derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo que exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeit*). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (*Geeignetheit*), necesidad (*Erforderlichkeit*) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas.¹⁷

Los subprincipios de adecuación y necesidad se tratan de una optimización relativa a las posibilidades materiales.

El principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven. Si un medio M que fue establecido para promover la realización de un principio P_a, no fuera idóneo para esto mas sí perjudicara la realización de P_b; entonces de omitirse M no se originarían costos para P_a ni para P_b; aunque sí los habría para P_b de emplearse M. Pueden P_a y P_b ser realizados conjuntamente en más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales, de no producirse M; tomados *conjuntamente*, P_a y P_b prohíben el uso de M. Esto muestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del óptimo de Pareto:¹⁸ una posición puede mejorarse sin originar desventajas a otra.

Lo mismo vale para el principio de necesidad. Éste requiere elegir, de entre dos medios que promueven P_a de prácticamente igual manera, el que intervenga menos intensamente en P_b. Si existiera un medio que interviene menos intensamente y es igualmente adecuado, entonces podría mejorarse una posición sin originar costo a la otra. La aplicación del principio de necesidad en efecto supone que no hay un principio P_c afectado negativamente por el empleo del medio que interviene menos intensamente en P_b. En esta constelación ya no puede resolverse el caso a base de reflexiones apoyadas sobre la idea del óptimo paretiano; cuando no pueden evitarse los costos o el sacrificio, se hace necesaria una ponderación.

La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el de proporcionalidad en sentido estricto; este subprincipio dice lo que significa

¹⁷ Cfr. ALEXY, *op. cit.*, nota 8, p. 75.

¹⁸ Solución de eficiencia económica realizada cuando en cierta situación “Ya no puede ser que una persona esté mejor sin empeorar la condición de otra”, denominada así en honor del economista italiano Wilfredo Pareto, el primero en desarrollar esta idea. Cfr. WONNACOTT, Paul y WONNACOTT, Ronald, *Economía*, 4a. ed., trad. del equipo de profesores del Departamento de Organización de Empresas de la Universidad de Cataluña, Madrid, McGraw-Hill, 2001, p. 548. (N. del T.)

la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”,¹⁹ la cual dice:

Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro.

La ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar.

La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro.

La primera objeción de Habermas sería correcta de no ser posible emitir juicios racionales en primer lugar sobre la intensidad de la intervención, en segundo sobre el grado de importancia y en tercero sobre su relación recíproca. Como principios, los derechos fundamentales admitirían entonces toda solución; el “muro de fuego” se desvanecería en aire.

¿Cómo puede mostrarse que los juicios racionales sobre intensidad de la intervención y grado de importancia son posibles, de tal manera que fueran capaces de justificar racionalmente un resultado por ponderación? Un posible método podría consistir en el análisis de ejemplos, un análisis que tenga por objeto traer a la luz aquello que presuponemos cuando resolvemos casos por ponderación.

Debe considerarse como primer ejemplo una decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre advertencias de peligros a la salud.²⁰ En esta resolución el Tribunal Constitucional Federal clasificó el deber de las tabacaleras (*Produzent von Tabakwaren*) de colocar sobre sus productos advertencias sobre los peligros de fumar, como una intervención relativamente ligera en la libertad de ocupación (*Berufsfreiheit*); frente a ésta, una onerosa sería proscribir totalmente los productos del tabaco. Entre tales casos leves y graves se encuentran aquellos de mediana intensidad de intervención. De este modo la escala se compone de tres niveles: “leve”, “medio” y “grave”;²¹ el ejemplo muestra que es posible clasificar válidamente en estos niveles.

Lo mismo vale por el lado de las razones contrarias. Los peligros a la salud vincu-

¹⁹ Cfr. ALEXY, *op. cit.*, nota 8, p. 146.

²⁰ BVerfGE 95, 173.

²¹ Por su acierto y para mantener la uniformidad dogmática, seguimos en esto a Carlos Bernal Pulido al traducir el *Epílogo a la “Teoría de los derechos fundamentales”* del autor de este texto (Madrid, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2004, p. 51). (N. del T.)

lados con fumar son altos, por eso las razones de una intervención son graves. De esta manera es tan seguro que es leve la intensidad de la intervención y alto el grado de importancia de la razón para ella, que el resultado del examen de proporcionalidad en sentido estricto es absolutamente señalado como “evidente”²² por el Tribunal Constitucional Federal.

Ahora, podría pensarse que el ejemplo no dice mucho. Por un lado se trata de actividades económicas, por el otro de hechos cuantificables; con ello resultaría posible formar escalas. Sin embargo, otra cosa sería en ámbitos en que factores cuantificables como los costos y las probabilidades, tienen ningún papel o ninguno significativo.

Para rebatir esta objeción, debe considerarse un segundo caso que trata del clásico conflicto entre la libertad de opinión y el derecho a la personalidad. La difundida revista satírica *Titanic* llamó primeramente “asesino nato” y en una entrega posterior “inválido (*Krüppel*)”,²³ a un oficial de reserva parapléjico que exitosamente había gestionado su llamado a un entrenamiento militar. A instancia de éste, el Tribunal Superior de Düsseldorf (*Oberlandesgericht Düsseldorf*) condenó a *Titanic* a satisfacer una indemnización compensatoria y satisfactoria (*Schmerzensgeld*) que ascendía a 12,000 marcos; la publicación promovió la queja constitucional.

El Tribunal Constitucional Federal efectuó una “ponderación casuística (*fallbezogen*)”²⁴ entre la libertad de expresión de los interesados por el lado de la revista (art. 5.1 de la Ley Fundamental) y el derecho general a la personalidad del oficial (art. 2.1 en relación con el 1.1 *idem*); para este objeto se determinó la intensidad del perjuicio a estos derechos y fueron puestos en relación. La condena al pago de la indemnización fue clasificada como una “duradera”, por consiguiente *más grave*, intervención en la libertad de expresión; esto sobre todo se fundó en que la indemnización podría menoscabar la disposición futura de los demandados a conformar su revista como hasta entonces habían hecho;²⁵ entonces así se colocaría el señalamiento de “asesino nato” en el contexto de la sátira publicada por *Titanic*. Más personas fueron llamadas en ésta como algo nato, de maneras “notoriamente humorísticas que van desde bromas verbales hasta modos impregnados de bobería (*Albernheit*)”, como el entonces Presidente Federal Richard von Weizsäcker que fue llamado “ciudadano nato”; este contexto

²² *Idem* (187).

²³ Este término alude a una persona con algún impedimento corporal a consecuencia de la malformación o falta de un miembro, que gravemente perjudica sus posibilidades de movimiento o su postura corporal, según el diccionario *Wahrig* (1997). Se puede traducir con ánimo despectivo como “paralítico” o “lisiado”, entre otros, pero preferimos el término empleado en esta traducción por tener un matiz muy injurioso y significativo en el caso referido por el autor. (N. del T.)

²⁴ BVerfGE 86, 1 (11).

²⁵ *Idem* (10).

excluye ver en estas designaciones una “vulneración al derecho a la personalidad ilícita, grave y contraria a derecho”.²⁶

Con esto se atribuyó en todo caso una intensidad *media* al menoscabo al derecho a la personalidad, quizás hasta sólo una *escasa*; le corresponde una importancia *media*, quizá sólo una *escasa*, de la protección de la personalidad del oficial a través del ordenar una indemnización. Luego de estas clasificaciones quedó establecida la primera parte de la decisión; para justificar la condena a indemnizar como una intervención grave en el derecho fundamental a la libre expresión, tendría también que ser al menos igualmente grave el perjuicio del derecho a la personalidad que ella debe compensar; sin embargo, no es así según la apreciación del Tribunal Constitucional Federal y entonces la intervención en la libertad de expresión es desproporcionada.

El concepto de desproporción está aquí para una relación entre concurrentes intervenciones reales e hipotéticas. Una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada si no está justificada por una igualmente intensa intervención hipotética en otro principio —contenido en la Constitución o admitido en razón de ella como fundamento de la intervención—, que se realizaría de omitirse la primera. De esta regla —así como de la clasificación del Tribunal Constitucional Federal— se sigue que la condena al pago de una indemnización de 12,000 marcos efectivamente vulnera los derechos de *Titanic*, fundándose en la referencia al oficial como “asesino nato”.

De otra manera, en efecto, fueron las cosas con la designación del oficial como “inválido”. Ésta vulneró al parapléjico “*gravemente* en su derecho a la personalidad”,²⁷ por consiguiente la importancia de la protección del oficial por la imposición de una indemnización es grande. Esto se fundaría en que señalar como “inválida” a una persona gravemente discapacitada, en general hoy “se entiende como humillación” y expresa desprecio; frente a la grave intervención en la libertad de expresión se mantiene una alta importancia de la tutela del derecho a la personalidad; en esta situación llegó el Tribunal Constitucional al resultado de que no hay que reconocer “ninguna estimación equivocada (*Fehlgewichtung*) a cargo de la libertad de expresión”.²⁸ La queja constitucional de *Titanic* sólo estuvo fundada en lo referente a la condena por la designación de “asesino nato”, por lo que tocaba a la de “inválido” era infundada.²⁹

Sin duda esta decisión es una que sigue el modelo de ponderación. ¿Se cumple en ella la crítica de Habermas? Primeramente consideraré la objeción general y fundamental de que la ponderación conduce fuera del ámbito de lo válido e inválido, de lo correcto e incorrecto y de lo justificado.

²⁶ *Loc. cit.*, nota 24.

²⁷ BVerfGE 86, 1 (13) — Énfasis del autor.

²⁸ *Idem*.

²⁹ BVerfGE 86, 1 (14).

La estructura formal de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal puede concebirse en una regla ya vista:

Una intervención en un derecho fundamental es desproporcionada, si no se justificase por que su omisión fuera una intervención al menos tan intensa en la realización de otro principio (o del mismo principio en otro respecto o en atención a otra persona).

Esta regla, que puede denominarse “regla de desproporcionalidad”, establece una relación para los juicios sobre grados de intensidad y el juicio sobre la proporcionalidad. Los primeros son las *razones* para el juicio sobre la proporción y la desproporción. Los juicios de proporcionalidad, como todos, enarbolan una pretensión de corrección y ésta tiene como razones los juicios de grados de intensidad sobre los que se apoya; esto basta para no desterrar la ponderación del reino de lo justificado.

Esta tesis general se corrobora si no sólo se mira la relación entre los juicios sobre grados de intensidad y el juicio de proporcionalidad, sino por otra parte también la que hay entre cada uno de los primeros y las razones que se enuncian —igualmente en un próximo nivel— para justificarlos. Habermas afirma que “la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios”,³⁰ pero las suposiciones que subyacen a los juicios sobre grados de intensidad no son arbitrarias.

El Tribunal Constitucional Federal trata como grave la intervención en la libertad de expresión, porque la condena a indemnizar podría perjudicar la futura disposición de los demandados a producir su revista de la manera en que hasta entonces lo habían hecho; éste es un argumento, y no uno malo. Es muy discutido si el señalamiento de “asesino nato” representa en efecto un menoscabo leve o medio, pero sólo es difícil negar que el tribunal alegara razones para su clasificación, que al menos vale la pena considerar.

El tribunal fundó finalmente su punto de vista en que señalar a un parapléjico como “inválido” es un perjuicio grave a su personalidad, y de esta manera que ello es humillante y despreciable; en primer lugar esto es un argumento, y en segundo uno bueno. Por eso no puede decirse que la ponderación tuviera lugar “arbitrariamente”.

También es dudoso que el tribunal diera con sus juicios sobre la intensidad de la intervención, “irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios”. Es muy cierto que los estándares seguidos por el tribunal se intercalan en una línea jurisprudencial que puede remontarse hasta la sentencia del caso *Lüth*; pero hablar de estándares “consuetudinarios” únicamente se justificaría si sólo fuera relevante la mera existencia de precedentes para la decisión de que se trate, y no también su corrección. Para abundar sólo podría decirse de esto que cualquier estándar o jerarquía sería aplicado “irreflexivamente” en la ponderación si esta aplicación no se introdujera en la

³⁰ *Supra*, nota 14.

argumentación, porque los argumentos son la expresión manifiesta de la reflexión; pero aquí no hay falta de argumentación.

Todo esto también es aplicable a la sentencia del caso *Tabaco*.

Resta la pregunta de si el ponderar conduce a que caiga un “muro de fuego”; nuevamente es ilustrativo el caso *Titanic*. El Tribunal Constitucional Federal tuvo por humillante y despectivo el señalar al oficial de reserva como “inválido”; se puede ir más lejos: tal humillación y falta de respeto públicas toca la dignidad de la víctima; esto no es sólo una violación grave cualquiera, sino una muy grave o incluso extraordinariamente grave. Con esto se alcanza un punto en que la intervención apenas alguna vez pudiera justificarse por un todavía más amplio fortalecimiento de las razones de la intervención; esto corresponde a la ley de la decreciente utilidad marginal (*Grenznütze*) de la subsunción.³¹ Los derechos fundamentales ganan fuerza sobreproporcionalmente (*überproportional*) si la intensidad de la intervención se eleva, por esto tienen algo así como un núcleo resistente; lo anterior erige el “muro de fuego” del cual Habermas piensa que ha de faltar en la teoría ponderativa, y con ello ésta se mantiene a ambas objeciones de dicho autor.

[Edición y traducción: RUBÉN SÁNCHEZ GIL**]

³¹ ALEXY, *op. cit.*, nota 8, p. 147.

^{**} La presente versión se basó en la original alemana; se le agregaron ligerísimas variaciones de la inglesa.