

# Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural\*

Robert Alexy\*\*

*Resumen:* La estructura formal de la subsunción puede ser representada en un esquema deductivo, el que puede llamarse "la fórmula de subsunción". El autor señala que existe un esquema análogo para la estructura formal del balance o evaluación ponderativa, el cual le denomina "la Fórmula del Peso". En resumen, la subsunción y la ponderación tienen esquemas análogos, mediante los que puede ser identificada la estructura formal de un conjunto de premisas que garantice la inferencia de un resultado legal. La relación en ambos casos, entre las premisas y la derivación del resultado legal, es, sin embargo, diferente. La Fórmula de Subsunción es representada por un esquema que funciona de acuerdo a las reglas de la lógica, mientras que la Fórmula del Peso lo hace mediante un esquema que opera de acuerdo a las reglas de la aritmética. A pesar de esta diferencia, las dos fórmulas son similares, en cuanto refiere al juicio existente en la base de la argumentación.

Existen dos operaciones básicas en la aplicación de la ley: la subsunción y la ponderación. Mientras que la subsunción ha sido esclarecida en grado considerable en las últimas décadas, en cuanto concierne a la ponderación todavía existen muchas cuestiones que responder. La más importante de estas cuestiones es si la ponderación es un procedimiento racional o no.

Ciertamente, la racionalidad de la subsunción de un caso bajo una regla ha sido principalmente discutida. Aquí se han logrado considerables progresos diferenciando la estructura formal de la subsunción de la argumentación sustancial utilizada en la aplicación de la ley. La estructura formal de la subsunción puede estar contenida en un esquema deductivo, como sigue:

- $$\begin{aligned} (1)(x)(Tx \rightarrow ORx) \\ (2)(x)(M^1x \rightarrow Tx) \\ (3)(x)(M^2x \rightarrow M^1x) \\ \cdot \\ \cdot \\ (n+2)(x)(Sx \rightarrow M^n x) \\ (n+3)Sa \\ (n+4)Ora \end{aligned} \quad (1)-(n+3)$$

Este es el esquema más general de la subsunción (Alexy 1989, 227). A este esquema le llamaremos "la Fórmula de la Subsunción". La

Fórmula de la Subsunción contiene premisas que se incluyen en la subsunción en sí. (1) es una norma, ya sea expresado en una regulación o emanada judicialmente. (2)-(n+2) son reglas semánticas que vinculan el concepto empleado para expresar el antecedente de la norma (T) con el concepto empleado que describe el caso (S). (n+3) es la descripción del caso. (n+4), finalmente, es el juicio legal que expresa la solución del caso. (n+4) se sigue lógicamente de (1) - (n+3). Veamos el siguiente ejemplo:

El que comete homicidio (T) debe ser sancionado con prisión de por vida (OR).

El que a traición mata a una persona (M<sup>1</sup>), comete asesinato (T).

El que a sabiendas toma ventaja del descuido de la víctima y de su situación de indefensión, para matarlo o matarla (M<sup>2</sup>), asesina a traición a una persona (M<sup>1</sup>).

El que mata a una persona mientras duerme, en ausencia de cualquier precaución que pueda tomar la víctima (S), toma a sabiendas ventaja de la confianza y situación de indefensión de la víctima para matarlo o matarla (M<sup>2</sup>).

a ha matado a una persona mientras dormía en ausencia de cualquier precaución que pueda tomar la víctima (S).

a debe ser sancionado con prisión de por vida (OR). (1)-(5)

Es fácil entender que la aplicación de la ley no se agota en el tipo de deducción antes señalado. Existen dos razones para ello. Una primera es que siempre es posible que haya otra norma que resulte aplicable y prevea una solución distinta. Si este es el caso, surge una cuestión previa. La respuesta a esta cuestión podría ser resuelta por medio de la ponderación, pero no es ese el caso. Usualmente, resultan aplicables meta-reglas, como: *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. A efectos de llegarse a una solución, debe realizarse una segunda subsunción sobre la base de una meta-regla. Se puede llamar a esta segunda subsunción: "meta-subsunción". En la medida que los conflictos entre normas sean resueltos a través de la meta-subsunción, se permanecerá dentro del dominio de la subsunción. Tan pronto recurramos a la ponderación para resolver el conflicto, se saldrá del primer nivel de la subsunción y se pasará hacia la ponderación en un segundo nivel. Todo esto ha

\* El texto fue traducido por Miguel León Untiveros, profesor de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

\*\* Catedrático de la Universidad de Kiel - Alemania.

merecido una gran atención en las discusiones sobre el razonamiento no-monotónico<sup>nt1</sup> en el Derecho (Sartor 1994, 191-4). El único punto de interés en esta oportunidad, es que la resolución de un conflicto de normas, ya sea a través de la meta-subsunción o a través de la ponderación, presupone una subsunción a un primer nivel, que se expresará, de una u otra manera, a través de una estructura deductiva. La Fórmula de Subsunción es un intento de formalizar la estructura deductiva empleando las herramientas de la lógica estándar. La cuestión de si la lógica estándar debe ser modificada a la luz del hecho de la resolución de frecuentes conflictos de subsunción aún no tiene una solución<sup>1</sup>, y puede permanecer abierta por ahora. Todos los aspectos de la estructura de la subsunción que nos interesan permanecen iguales, ya sea que se use la lógica estándar o alguna clase de lógica no estándar. La segunda razón del carácter rudimentario de la Fórmula de la Subsunción, no es tanto la relación entre las diversas deducciones que conduzcan a diferentes resultados como la estructura de la deducción en sí. A efectos de justificar un juicio, no es suficiente que éste se sustente lógicamente en determinadas premisas, puesto que las premisas en sí deben ser justificadas. Esto demuestra, también, que puede distinguirse dos fases o niveles de justificación del juicio legal. El primero consiste en la deducción del juicio legal a partir de premisas como se representó mediante la Fórmula de la Subsunción. Esto puede ser llamado “la justificación interna” (Wróblewski 1974, 39; Alexy 1989, 221) o “justificación de primer orden” (MacCormick 1978, 101)<sup>2</sup>. La segunda fase o nivel consiste en la justificación de las premisas empleadas en la justificación interna o de primer orden. Esto es la justificación externa o de segundo orden. Acá puede emplearse toda clase de argumento admisible en la argumentación jurídica.

Podría objetarse que esta concepción de dos fases de la subsunción es artificial y, en consecuencia, innecesaria para el campo de todas las decisiones sustantivas tomadas en cuanto a su justificación externa. El aparato deductivo de la justificación interna podría ser descartado como un mero formalismo. Esto, sin embargo, podría ser un grave error ya que se estaría subestimando la fuerza racional de las estructuras formales. La Fórmula de la Subsunción muestra en ambos casos la clase de premisas que son necesarias a fin de justificar la decisión judicial y la manera en que estas premisas se relacionan unas con otras. Para ello, es que la estructura lógica se incorpora en una argumentación jurídica interactiva de posiciones, lo cual define, a la vez, primero, los mínimos requisitos de racionalidad,

y segundo, los puntos de partida de cualquier intento efectivo – en el contexto de la justificación externa – más allá del nivel de racionalidad definida mediante los requisitos mínimos antes indicados.

Estas consideraciones hacen surgir la cuestión de si es posible señalar algo similar en el campo de la ponderación. Esta cuestión tiene un especial interés práctico. La ponderación está presente a lo largo de todo el Derecho. Por supuesto que hay casos que pueden ser resueltos simplemente por subsunción. Sin embargo, en los casos difíciles se da que hay razones a favor y en contra de cualquier resultado que se esté considerando. La mayoría de este tipo de conflictos es resuelto a través de la ponderación. Esta razón general sobre la ubicuidad de la Ponderación en el Derecho, es reforzada por la estructura del Estado Constitucional. Si la constitución garantiza los derechos constitucionales, entonces muchas, sino todas, de las decisiones jurídicas que restringen las libertades individuales tienen que ser entendidas como interferencias de los derechos constitucionales. No obstante, las interferencias de los derechos constitucionales son admisibles si y solo si están justificadas, y están justificadas si y solo si éstas son proporcionales. La proporcionalidad de los juicios presupone la ponderación.

Este vívido y predominante rol de la ponderación en la práctica legal contrasta de manera inquietante con el arraigado y profundo escepticismo sobre la racionalidad de la ponderación en el Derecho. Habermas y Schlink son dos prominentes representantes de este punto de vista escéptico. De acuerdo con Habermas no existen estándares racionales para la ponderación o pesaje:

*“En razón de que no hay estándares racionales para ello, el pesaje tiene lugar o en la arbitrariedad o en la irreflexión, de acuerdo con los estándares y jerarquías acostumbradas”* (Habermas 1996, 259)

Schlink expresa la misma tesis señalando que la ponderación, a fin de cuentas, se diluye en “*evaluaciones subjetivas y decisorias*” (Schlink 2001, 460).

Habermas y Schlink estarían en lo cierto si es que no fuera posible construir la ponderación como una forma racional de argumentación. A fin de demostrar que tal estructura de hecho existe, debo volver al razonamiento en el Derecho Constitucional. Es allí que la técnica de la ponderación se ha desarrollado con gran grado de sofisticación.

La ponderación puede ser considerada como una parte de lo que requiere un principio más general: el principio de proporcionalidad. Este

1 Cf. Prakken 1997, 150-6, quien propone una implicación por descarte [defeasible] en lugar de una implicación como la usada en el Fórmula de la Subsunción. A favor de la implicación estándar cf. Alexy 2000, 70-2.

2 Puede hallarse otra nomenclatura en Koch y Rüßmann 1982, 56, y en Buchwald 1990, 277.

nt1 El razonamiento no-monotónico se define en oposición al razonamiento monotónico. Y por éste se entiende el razonamiento que se estructura por reglas lógicas, como por ejemplo es el caso de la subsunción. En este sentido, la monotonicidad es la propiedad lógica por la cual un razonamiento en cuanto a su conclusión, no varía sin importar las premisas que se añadan. Sin embargo, esto no ocurre con el razonamiento no-monotónico, y la ponderación es una especie de esta clase. Sobre el tema se puede revisar: Gerhard Brewka, Jürgen Dix y Kart Konolige. Nonmonotonic reasoning. An overview. California: Center for the Study of Language and Information, 1997; Grigoris Antoniou. Nonmonotonic reasoning. Cambridge: The MIT Press, 1997.

principio, el que – de manera explícita o implícita – es aplicado básicamente en todo el ámbito constitucional, es de una considerable complejidad interna. Comprende tres sub-principios: el principio de idoneidad<sup>nt2</sup>, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Aquí sólo nos interesa el último de estos tres principios. El que será denominado “Ley de la Ponderación”, por el que se entiende:

*“Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción, o detrimento, de un principio o derecho, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro principio.”*  
(Alexy 2002a, 102).

La Ley de la Ponderación muestra que la ponderación puede separarse en tres fases. La primera fase se trata de establecer el grado de no satisfacción o detrimento del primer principio. Acto seguido, por una segunda fase en la que se establece la importancia de satisfacer el principio contrario. Si no fuera posible realizar juicios racionales sobre, primero, la intensidad de la interferencia, segundo, el grado de importancia, y tercero, las relaciones entre uno y otro; entonces las objeciones expuestas por Habermas y Schlink serían justificadas. Todo trata entonces de la posibilidad de tales argumentos.

¿Cómo se puede demostrar que tales razonamientos judiciales acerca de la intensidad de la interferencia y el grado de importancia son posibles, de tal forma que el resultado pueda ser reconocido como racional a través de la ponderación? Un posible método es el análisis de ejemplos, un análisis en el que se logre sacar a luz lo que presuponemos cuando decidimos casos mediante la ponderación. Como ejemplo inicial, me permito tomar una decisión de la Corte Constitucional Federal Alemana sobre advertencias de riesgos para la salud (Decisiones de la Corte Constitucional Federal, *BVerfGE* vol. 95, 179). La Corte considera que la obligación de los productores de tabaco de colocar advertencias respecto de los peligros de fumar en sus productos, es una relativamente menor o débil interferencia de la libertad profesional (*Berufsausübungsfreiheit*). En contraste, la prohibición absoluta sobre todos los productos del tabaco, sería tomada como una seria interferencia. Entre el caso menor y el caso más serio puede encontrarse otras interferencias de intensidad moderada. De esta manera, puede desarrollarse una escala de tres niveles: leve, moderado<sup>nt3</sup> y grave. Nuestro ejemplo muestra que es posible hacer asignaciones válidas siguiendo esta escala.

Lo mismo es posible por el lado de las razones contrarias. El riesgo de la salud como resultado de fumar es grave. En consecuencia, las razones

justificantes de la interferencia tienen un gran peso. Si de este modo, la intensidad de la interferencia es establecida como menor, y el grado de importancia de las razones para interferir es alto, entonces el resultado de la examinación de la proporcionalidad en sentido estricto puede ser muy bien descrito – lo que la Corte Constitucional Federal en efecto hace – como “obvio”. (*BVerfGE* vol. 95, 173, 187).

Ahora, podría observarse que el ejemplo antes empleado no nos dice demasiado. Por un lado, se trata de actividades económicas, por el otro, los hechos son cuantificables. Lo que hace que la aplicación de la escala sea posible. Esto no es aplicable en áreas donde no hay factores cuantificables como costos y probabilidades, o para cualquier ratio sin ningún empleo significativo.

Para hacer frente a esta objeción, debo considerar un segundo caso, este trata sobre el clásico conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de la personalidad. Una revista de corte satírico de amplia difusión, *Titanic*, describe a un oficial de reserva parapléjico quien ha tenido una carrera satisfactoria en sus responsabilidades, habiendo sido llamado para el servicio activo, primero como un “asesino por naturaleza” y en una edición posterior como “tullido”. La Corte Regional de Apelación de Düsseldorf sentenció en contra de *Titanic*, en una demanda interpuesta por el oficial y ordenó a la revista pagar en calidad de indemnización la suma de DM 12 000,00. *Titanic* interpuso una demanda constitucional. La Corte Constitucional Federal asumió “un caso específico de ponderación” (*BVerfGE* vol. 86, 1, 11) entre la libertad de expresión de los asociados a la revista (Artículo 5 (1) (1) de la Ley Fundamental) y el derecho a la personalidad en general del oficial (Artículo 2 (1) en concordancia con el con el Artículo 1 (1) de la Ley Fundamental). Para este fin, la intensidad de la interferencia de estos derechos fueron determinado y se hizo en relación de uno con el otro. El juicio sobre los daños fue tratado como una “carga” (*BVerfGE* vol. 86, 1, 10) o una seria interferencia de la libertad de expresión. Esta conclusión fue justificada, sobre todo, por el argumento que el otorgamiento de la compensación de los daños puede afectar las futuras decisiones de la revista llevándola a trabajar de una manera distinta a la que se venía haciendo hasta entonces. La descripción “asesino por naturaleza” fue ubicada entonces en el contexto de la sátira publicada por el *Titanic*. En dicha revista muchas personas han sido descritas bajo un apodo que hace referencia a la naturaleza del sujeto, en una manera “humorísticamente reconocible”, mediante “retruécanos absurdos”<sup>nt4</sup>; por ejemplo, Richard

nt2 Para efectos del presente trabajo de traducción, traducimos el término “suitability” como “idoneidad” pero también puede traducirse como “adecuación”. Nuestro Tribunal Constitucional utiliza el primer término (por ejemplo ver. Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 045-2004-PI/TC).

nt3 En otros trabajos traducidos se emplea el término “media” como equivalente de “moderate”. Nosotros usamos el término “moderado” que nos parece más adecuado a nuestro idioma y más fácil de dar a entender, aunque no se desmerece el empleo del término “media”.

nt4 En el texto original se dice “puns to silliness”.

von Weizsäcker, cuando era presidente federal, fue descrito como un “ciudadano por naturaleza” (*BVerfGE* vol. 86, 1, 11). Este contexto hace que sea imposible ver a estas descripciones como una “ilícita, grave, ilegal contravención de la personalidad” (*BVerfGE* vol. 86, 1, 12). Así, la interferencia del derecho a la personalidad fue tratada como algo moderado, y quizá aún en calidad de una menor o leve intensidad. De acuerdo a ello, la importancia de proteger la personalidad del oficial a través del otorgamiento de un pago indemnizatorio era moderado, o quizá solamente leve o menor. Estas aseveraciones completaron la primera parte del juicio. A efectos de justificar el otorgamiento de un pago indemnizatorio, lo que representa una grave interferencia al derecho constitucional de la libertad de expresión, la interferencia del derecho de la personalidad, el que se suponía sería indemnizado, debería tener por lo menos el nivel de gravedad. Pero de acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional Federal, no era así. Esto quiere decir que la interferencia del derecho de la libertad de expresión era desproporcionada, lo que a su turno quiere decir que el llamar al oficial “asesino por naturaleza” no generaba el otorgamiento de pago por daños.

Por otro lado, el caso de la descripción del oficial como “tullido” es una cuestión distinta. De acuerdo con lo dispuesto por la Corte Constitucional Federal, esta descripción era una “seria afectación del derecho personal de los parapléjicos” (*BVerfGE* vol. 86, 1, 13). Entonces, la importancia de proteger al oficial mediante la disposición de un pago por daños era grande. Esto estaba justificado por el hecho de que describir a una persona con discapacidad severa como “atrofiada” es tenido como “humillante” y que expresa una “falta de respeto”. Así, la grave interferencia de la libertad de expresión fue contrapuesta por la gran importancia señalada de la protección de la personalidad. En esta situación, la Corte Constitucional Federal llegó a la conclusión de que “no podría verse como un defecto en la ponderación el detrimento de la libertad de expresión” (*ibid.*). El reclamo constitucional de *Titanic* estuvo justificado solamente en el extremo relacionado con la descripción “asesino por naturaleza”. En cuanto refiere a la descripción “tullido”, el mismo era injustificado.

Por su puesto que se puede argüir acerca de si la descripción “asesino por naturaleza” realmente representa nada más que una interferencia moderada o menor. Sin embargo, para nuestros propósitos, lo central está dicho. Difícilmente puede ponerse en duda que el otorgamiento del pago de daños y la descripción de alguien como un “tullido” sean ambas interferencias muy intensas de los respectivos principios. Es más, con respecto a la discapacidad severa, se puede estar de acuerdo con la posición de la Corte. La Corte Constitucional Federal ha señalado correctamente que describir a un parapléjico como un “tullido” es humillante e

irrespetuoso. Tal humillación pública y carencia de respecto daña y perjudica la misma dignidad de la víctima. Esto no solamente es grave en sí mismo, es una muy grave o extraordinariamente grave violación. Se puede hallar un área en la que las interferencias sean difícilmente justificables mediante algún argumento fuerte como base. Esto se corresponde con la ley de la disminución marginal de la utilidad (Alexy 2002a, 103). Así, el caso *Titanic* es un ejemplo no solamente de que las escalas empleadas inteligentemente en una relación recíproca son viables aún para el caso de bienes inmateriales como el derecho de la personalidad y la libertad de expresión, sino también del poder inherente de los derechos constitucionales de actuar como principios para establecer límites a través de la ponderación, los cuales no son fijos ni ciertos sin la ponderación, a pesar de ello, se hacen firmes y claros.

Los casos judiciales del tabaco y *Titanic* muestran que los juicios racionales acerca de los grados de intensidad e importancia de protección son posibles por lo menos en algunos casos y que tales juicios deberían establecerse recíprocamente en aras de la justificación del resultado.

Por su puesto que tales juicios presuponen estándares que no se encuentran en la Ley de la Ponderación. Para el establecimiento de un juicio contra *Titanic* a efectos de que tenga que pagar los daños lo que representa una grave interferencia de la libertad de expresión, constituye una concepción a cerca del peligro de la libertad de expresión. Por el otro lado, el juicio de que la descripción “tullido” es una grave violación de la personalidad requiere de suposiciones acerca de los que significa ser una persona y tener dignidad. Pero esto no significa, para utilizar los términos de Habermas, que “el pesaje tiene lugar o en la arbitrariedad o en la irreflexión, de acuerdo con los estándares y jerarquías acostumbradas” (Habermas 1996, 259). La asunción subyacente a los juicios acerca de la intensidad de la interferencia y el grado de importancia de la protección no son arbitrarios. Existen razones dadas para ello, las que son atendibles. Es también cuestionable de que si estas asunciones sean hechas por la Corte Constitucional Federal “irreflexivamente, de acuerdo con los estándares y jerarquías acostumbradas”. Es cierto que el estándar sigue una línea precedente. Pero hablar de “estándares acostumbrados” podría ser justificado solamente si la existencia de tal precedente sea la única materia relevante para la decisión, y no de su corrección. Asimismo, se podría hablar de una aplicación “irreflexiva” sólo si esta aplicación no tuviera lugar en el curso de la argumentación. Siendo el caso que estos argumentos que son la expresión pública de la reflexión. Pero no es que haya una falta de argumentación. Todo esto se aplica también al caso judicial del Tabaco.

Hasta ahora sólo he considerado ejemplos. Éstos han demostrado que hay casos en los que



ponderación provee un resultado de forma racional. A fin de esclarecer cómo y en qué grado esto es posible, se explicará el sistema que subyace a la ponderación.

Todos los juicios acerca de la intensidad de la interferencia y los grados de importancia que han sido considerados hasta ahora siguen un modelo de tres grados o triádico. Por cierto, que los tres pasos o grados no son necesarios para efectuar la ponderación. Ésta es posible una vez que se cubra dos categorías, pero el número de categorías está abierto en forma creciente. Lo que sigue, también es aplicable, con ciertas modificaciones, si se reduce el número de categorías a dos o se incrementan a más de tres. La única condición es, lo que será explicado más adelante, que el número no debe llegar a ser muy alto. En comparación con otras alternativas, la escala triádica tiene la ventaja de adecuarse muy bien a la práctica de la argumentación legal. Y por añadidura, ésta puede ser extendida de manera intuitiva.

Como se muestra en los ejemplos, las tres clases pueden ser caracterizadas en términos de "leve", "moderado" y "grave". La representación se hace más fácil si a estas clases se les identifica con letras: "l", "m" y "g", respectivamente. "l" representa no solamente al término común "leve" sino que también a otras expresiones tales como "menor", "débil"; "g" designa "alto", "fuerte" así como también a "grave".

Bajo la Ley de la Ponderación, las valoraciones como *l*, *m* y *g* son grados de no satisfacción, o detrimento, de un principio así como de la importancia de satisfacer a otro. En lugar de "grado de no satisfacción o detrimento" se podría hablar también en términos de "intensidad o interferencia". " $P_i$ " será usado como una variable para representar al principio cuya infracción será examinada, e " $I_i$ " representará la intensidad de la interferencia del principio  $P_i$ <sup>3</sup>. Las interferencias son concretas en todos los casos. Por ende, la intensidad de la interferencia es una cantidad concreta. Tal situación es diferente del peso abstracto del  $P_i$ . El peso abstracto de  $P_i$  es el peso en relación con los otros principios considerados independiente de las circunstancias de cualquier caso. Esto será presentado por " $W_i$ ". Muchos principios constitucionales no difieren en sus pesos abstractos. Sin embargo, algunos sí. Por ejemplo, el derecho a la vida tiene un mayor peso abstracto que la libertad genérica de acción. Si el peso abstracto de dos principios en colisión es igual, esta variable puede ser dejada de lado en la ponderación. La Ley de la Ponderación tiene como un primer objetivo la ponderación de la intensidad de las interferencias. Esto resulta de aplicación en una situación donde los pesos abstractos son iguales,

estos es, que no juegan ningún rol. Lo dicho hasta aquí es suficiente. La cuestión de cómo tratar la Ley de la Ponderación cuando los pesos abstractos son diferentes será discutida más adelante.

La segunda variable cuantitativa en la Ley de la Ponderación es la importancia de satisfacer el otro principio. Por contraste con la intensidad de la interferencia, el grado de importancia no es necesariamente una cantidad concreta. Se puede usar mucho el concepto de importancia el cual combina las cantidades concretas y abstractas. Sin embargo, en esta oportunidad esto no se hará. Como se ha señalado, la primera parte de la Ley de la Ponderación trata solamente de una cantidad concreta. En consecuencia, la segunda parte debe ser igual. O el peso abstracto puede ser dejado de lado para ambos principios porque son iguales, o deben ser tomados en cuenta para ambos principios porque son diferentes. En el último caso, en ambos extremos las dos cantidades deben ser en uno concreto y en otro abstracto.

Pero, ¿qué es lo que debe entenderse por la importancia concreta del principio contrario, el cual se representará como " $P_j$ "? Dado que la Ley de la Ponderación trata exclusivamente la relación entre dos principios en conflicto  $P_i$  y  $P_j$ , la importancia concreta de  $P_j$ , el cual se representará como  $I_j^4$ , puede solamente depender de los efectos que la omisión de la interferencia con  $P_i$  tendría para  $P_j$ . El significado de esto puede ser ilustrado con el Caso *Titanic*. Nos interesa solamente la descripción del oficial parapléjico como "tullido". A fin de determinar la intensidad de la interferencia con la libertad de expresión, se debe solamente preguntar cuán intensa es la interferencia de la prohibición de esta expresión combinada con el otorgamiento del pago de los daños en relación a la libertad de expresión ( $P_j$ ). Esto es, lo que la Constitución requeriría de este derecho constitucional si se permitiera la prohibición contenida en la decisión Corte Suprema Regional de Apelación de Düsseldorf con el otorgamiento de la indemnización de los daños. A fin de establecer la importancia concreta ( $I_j$ ) de satisfacer el principio del derecho de la personalidad ( $P_j$ ) debe preguntarse en sentido contrario qué omisión o falta de implementación de la interferencia de la libertad de expresión, esto es, teniendo la expresión "tullido" como permitida y no sujeta a indemnización por daños, podría significar la protección de la personalidad. Esto no es otra cosa que el costo de proteger la personalidad, si tuviera que preferirse la libertad de expresión. La importancia del principio de protección de la personalidad en el caso *Titanic* puede ser derivada de la intensidad con la cual la no interferencia en la libertad de expresión de *Titanic* interferiría el derecho de la personalidad del

3 En Alexy 2002a, 406, se usa una notación más compleja por razones propias del trabajo antes señalado. La intensidad ( $I$ ) de la interferencia en  $P_i$  es un valor concreto ( $C$ ) y se representa como: " $IPiC$ ".  $IPiC$  es idéntico a  $Ii$ . Los mismo es aplicable, *mutatis mutandi*, a los demás elementos de la ponderación.

4 En Alexy 2002a, 406, la importancia concreta de satisfacer  $P_j$  no ha sido representada como " $I_j$ ", sino como " $SPjC$ ". En esta formulación " $S$ " alude a "satisfacción".

oficial. Esto puede ser generalizado y establecerse como sigue: la importancia concreta de  $P_j$  es de la misma intensidad con la cual la no interferencia de  $P_i$  interfiere a  $P_j$ . Esto muestra que el concepto de la importancia de  $P_j$  es idéntico al concepto de la interferencia de  $P_j$  por omitir la interferencia de  $P_i$ . La Ley de la Ponderación requiere de una comparación de la intensidad de una interferencia real con una hipotética, que podría ser inevitable si se omitiese la primera. Por esta razón debe aplicarse el concepto de intensidad a ambos extremos.

Ahora, determinaremos los alcances de la evaluación en términos de  $l$ ,  $m$  o  $g$ . Al inicio de la definición de la Ley de la Ponderación, se señaló que el proceso de la ponderación se divide en tres fases. Las dos primeras fases las expresaremos en términos del modelo triádico: la evaluación de  $I_i$  como  $l$ ,  $m$  o  $g$  y la evaluación de  $I_j$  como  $l$ ,  $m$  o  $g$ . La cuestión ahora es cómo debe procederse en la tercera fase, en la que se debe relacionar las evaluaciones anteriormente efectuadas.

Se podría objetar diciendo que las evaluaciones no pueden relacionarse en razón de que las interferencias actuales e hipotéticas de los principios en conflicto son inconmensurables (Aleinikoff 1987, 972-6). En el caso *Titanic*, por ejemplo, podría aducirse que la descripción "asesino por naturaleza" y la orden de pagar los daños por la suma de DM 12 000,00 tienen menos en común que las manzanas con las naranjas. Pero este argumento no trata el tema central del asunto. La cuestión no es la comparación directa de las entidades, sino la de su importancia para la Constitución, lo que indirectamente conduce a su comparabilidad. El concepto de importancia para la Constitución contiene dos elementos que son suficientes para la comparación. El primero es un punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. Naturalmente es posible discutir sobre cuál debe ser el punto de vista válido. Es más, ello ocurre regularmente. Sin embargo, siempre es una discusión sobre lo que es correcto de acuerdo con la Constitución. La imposibilidad de la medición se torna real, una vez que se admite el punto de vista. Por ejemplo, podría darse el caso de que un intérprete de la constitución diga a otro que desde su punto de vista tal cosa es válida, y el otro dirá lo contrario desde su punto de vista; así, cada conclusión es correcta para cada uno desde su punto de vista. Ninguno de ellos puede estar equivocado o ser criticado, ya que no existe ni podría existir un punto de vista común por el cual pueda probarse que algo es incorrecto. Un solo discurso que sea más que una retórica vacía, esto es, un discurso racional a cerca de lo que es la solución correcta o justa, entonces sería imposible. Lo contrario es también válido. Si es posible un solo discurso racional acerca de los que es correcto en base a la Constitución, entonces es posible un

solo punto de vista común. Esto llega a ser real tan pronto el discurso racional sea orientado por la idea reguladora sobre lo que es correcto en base a la Constitución. Quien quiera cuestionar la posibilidad de las evaluaciones apelando a la imposibilidad de un punto de vista común entonces debe aceptar que el discurso racional acerca de la evaluación sobre la base de la interpretación de la Constitución es imposible. Esta posición debe ser rechazada, aún cuando las razones del rechazo no se elaboren en este trabajo (Alexy 1989, 33-173). El segundo elemento que trae a colación la conmensurabilidad, es la escala de cualquier tipo que represente las categorías para la evaluación de las ganancias y pérdidas constitucionales. La escala triádica  $l$ ,  $m$  y  $g$  es un ejemplo. Su empleo es un punto de vista común que nos lleva a la conmensurabilidad de la evaluación.

Una vez que la conmensurabilidad es creada por medio del punto de vista y la escala triádica, antes señalados; se hace fácil la cuestión sobre cómo puede abordarse la tercera fase de la ponderación.

Si se considera las posibles permutaciones del modelo triádico, hay tres circunstancias en las que la interferencia de  $P_i$  es más intensa que la de  $P_j$ :

- (1)  $I_i: g I_j: l$
- (2)  $I_i: g I_j: m$
- (3)  $I_i: m, I_j: l$

En estos casos,  $P_i$  precede a  $P_j$ . Estos tres casos en los que precede  $P_i$  son contrapuestos por tres casos en los que  $P_j$  precede:

- (4)  $I_i: l, I_j: g$
- (5)  $I_i: m I_j: g$
- (6)  $I_i: l, I_j: m$

Adicionalmente a estos seis casos, los que pueden ser decididos en base a la escala triádica, hay tres casos en los que hay una situación de equilibrio:

- (7)  $I_i: l, I_j: l$
- (8)  $I_i: m I_j: m$
- (9)  $I_i: g, I_j: g$

Es los casos de equilibrio, la ponderación no puede ofrecer ninguna solución. Este es un caso de discreción<sup>nt5</sup> en la ponderación, que es de gran importancia a efectos de la delimitación de la competencia, por una parte de la parte constitucional que efectúa la revisión constitucional, y por otra del legislador. No obstante, esta cuestión no será discutida en este trabajo (cf. Alexy 2002b, 18-27).

Las tres clases o categorías del modelo triádico representan una escala por la que se intenta sistematizar las clasificaciones que pueden darse

nt5 El autor utiliza el término "discreción en la ponderación" para hacer referencia al espacio o marco dentro del cual la ponderación tiene lugar. Por ello, para el autor "discreción en la ponderación" es antónimo de "ponderación arbitraria" y es sinónimo de "decisión ponderativa justificada racionalmente".

en la práctica y en las argumentaciones legales diarias. Este sistema de tres clases dista mucho de ser pasible de una medición métrica de las intensidades de las interferencias y las intensidades de los grados de importancia en una escala cardinal como por ejemplo de 0 a 1, y ello es así, por que las intensidades de las interferencias y las intensidades de los grados de importancia no son susceptibles de medición en dicha escala (Alexy 2002a, 99). Es cierto que regularmente es posible utilizar una escala triádica refinada – un posible candidato es el doble modelo triádico de nueve categorías – pero ello tiene sus límites. La graduación en términos de leve, moderado o grave suele ser difícil. En algunos casos sólo puede distinguirse entre grave y leve, en algunos otros ello parece imposible. Las escalas legales entonces sólo pueden trabajar relativamente en divisiones rudimentarias, y no en todos los casos. A fin de cuentas, es la naturaleza del Derecho Constitucional el que fija límites de la profundidad de la graduación y excluye totalmente la aplicación de una escala infinitesimal (Alexy 2002b, 25f). No es posible la medición a través de la continuidad de puntos entre 0 y 1. Sin embargo, sí es posible mostrar una estructura basada en el modelo triádico con la ayuda de números. En este orden de ideas, es posible crear una fórmula que exprese el peso de un principio bajo determinadas circunstancias para un caso concreto, es decir, el *peso concreto*. A saber:

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

Esta fórmula es la versión más elemental de la fórmula completa que hemos llamado “La Fórmula del Peso”. El único símbolo que esta contiene y que no hemos explicado es “ $W_{i,j}$ ”. “ $W_{i,j}$ ” no debe ser confundido con “ $W_i$ ”. “ $W_i$ ” representa, como se explicó, el peso abstracto de  $P_i$  que es el peso de  $P_i$  en las circunstancias de un caso a ser decidido. La Fórmula del Peso señala que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Tal cosa es posible haciendo que el peso concreto sea un cociente entre la intensidad de la interferencia de este principio ( $P_i$ ) y la importancia concreta del principio en colisión ( $P_j$ ), esto es, la intensidad de la interferencia hipotética de  $P_j$  causado por la omisión de la interferencia de  $P_i$ . Ahora puede hablarse solamente de cocientes empleando números, lo que no es el caso en cualquier sentido que se entienda la ponderación. Así el peso concreto solamente puede ser realmente definido como un cociente en un modelo numérico el que ilustra la estructura de la ponderación. La argumentación legal se hace análoga a este cociente. Se trata de una interesante analogía.

Hay varias posibilidades para efectuar la asignación numérica a los tres valores de la escala triádica. Una manera muy simple, y a la vez muy instructiva, consiste en tomar una serie geométrica  $2^0$ ,  $2^1$  y  $2^2$ , esto es, 1, 2 y 4. Sobre esta base,  $l$  tiene el valor de 1,  $m$  el valor de 2 y  $g$  el valor de 4.

En todos los casos en los que  $P_i$  es precedente a  $P_j$ , el valor de  $W_{i,j}$  es mayor que 1:

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

Y, si  $P_j$  precede a  $P_i$ , tenemos:

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

En los casos en que hay equilibrio, el peso concreto de  $P_i$  es el mismo, y resulta igual a 1:

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

A primera vista, la elección de la serie geométrica parece no tener ventaja con respecto a una serie aritmética como 1, 2 y 3 por la que se podría determinar el peso concreto de  $P_i$  formulándola por la diferencia entre  $I_i$  e  $I_j$ :

$$W_{i,j} = I_i + I_j$$

En todos los casos de equilibrio se tendría como resultado de aplicar la fórmula antes señalada el valor 0; todos los casos en los que  $P_i$  precede a  $P_j$  el valor será mayor que 0 ( $g, l = 2$ ;  $g, m = 1$ ;  $m, l = 1$ ), y en todos los casos en que  $P_j$  precede a  $P_i$  el valor es menor que 0 ( $l, g = -2$ ;  $m, g = -1$ ;  $l, m = -1$ ). Esto parece ser tan instructivo como el empleo de la serie geométrica. Sin embargo, la situación cambia si se extiende el modelo triádico al doble modelo triádico. Para lograr ello, se debe aplicar las tres clases a cada una alternadamente. De este modo, se puede establecer un modelo de nueve categorías, el que puede ser representado de la siguiente forma: (1)  $ll$ , (2)  $lm$ , (3)  $lg$ , (4)  $ml$ , (5)  $mm$ , (6)  $mg$ , (7)  $gl$ , (8)  $gm$ , (9)  $gg$ . Esta división nuestra que no solamente es posible hablar de interferencias leves, moderadas y graves, sino que también hay interferencias muy graves ( $gg$ ), moderadamente serias ( $gm$ ) y menos serias ( $gl$ ); por su parte las interferencias moderadas tiene en el tope a ( $mg$ ), en el medio a ( $mm$ ) y finalmente ( $ml$ ), y las interferencias menores tiene en el tope a ( $lg$ ), en el medio a ( $lm$ ), y al final ( $ll$ ) como la interferencia más trivial. Es muy interesante que las descripciones de estas nueve categorías sean fáciles de entender, mientras que las categorías de un triple modelo triádico llegarían a ser incomprensibles, salvo las áreas de los extremos. Por ejemplo, ¿cómo se puede entender “seria y levemente moderado”? La conjunción de las tres clases excede nuestra capacidad de entendimiento; de no ser así seguramente podríamos hacer una cuádruple conjunción de clases. Sin embargo, las proposiciones que expresan las clasificaciones

deben ser entendibles para que estén justificadas, y la justificación presupone el entendimiento. Esta es la razón de los límites al desarrollo refinado de la escala triádica. En todo caso, las nueve clases del doble modelo triádico se ajusta a nuestra práctica legal y a nuestro razonamiento moral, aún cuando no sea aplicable en todos los casos.

Estas nueve clases pueden ser representadas tanto geométrica como aritméticamente. En el primer caso, el doble modelo triádico es expresado por los valores entre  $2^0$  y  $2^8$ , en el segundo, por los valores entre 1 y 9. La diferencia se hace clara cuando se compara los valores que serán asignados a los derechos constitucionales en el caso menos justificado de una interferencia. En el doble modelo triádico, la interferencia menos justificada se representa por la combinación *gg* y *ll*. Un ejemplo es la prisión vitalicia, el que será una interferencia muy grave (*gg*) de la libertad, por el hecho de haber lanzado una colilla de cigarro a la calle, lo que representa una razón muy débil (*ll*) por que se deba ir a prisión. La serie aritmética, sobre una base de valores entre 9 (*gg*) y 1 (*ll*), establece 8 como el peso concreto de la garantía constitucional de la libertad para este caso. En contraste con ello, la serie geométrica, sobre una base de valores entre  $2^8$  (*gg*) y  $2^0$  (*ll*), establece en 256 el valor del peso concreto de la libertad. Este crecimiento exorbitante del peso concreto se ajusta con el hecho de que la fuerza de los derechos crece de ese modo a medida que aumente la intensidad de la interferencia.

Se ha mencionado que no solamente la intensidad de la interferencia (*I*) sino que también el peso abstracto (*W*) juega un rol en la ponderación. En la medida que los pesos abstractos sean iguales, se neutralizan entre sí. En este caso no interesa si se les ha tenido en cuenta en la Fórmula del Peso, puesto que una vez que sean ingresados pueden ser eliminados. Cuando éstos sean diferentes, el resultado de la ponderación dependerá de la diferencia. Esto se expresa en una más desarrollada Fórmula del Peso:

$$W_{i,j} = \frac{I_i W_i}{I_j W_j}$$

Si se asume que los pesos abstractos tienen en mismo impacto en el peso concreto como la intensidad de la interferencia, se puede expresar los valores de  $W_i$  y  $W_j$  mediante la misma escala triádica como se hizo en el caso de  $I_i$  e  $I_j$ .

El tercer par de variables que debe tenerse en cuenta a efectos de completar la Fórmula del Peso hace referencia a la confiabilidad de las asunciones empíricas concernientes con lo que significa la medición en cuestión para efectos de la no realización de  $P_i$  y la realización de  $P_j$  para las circunstancias del caso concreto. Esto puede denotarse como " $R_i$ " y " $R_j$ ". La relación de " $R_i$ " y " $R_j$ " con " $W_{i,j}$ " esta basada en la segunda Ley de la Ponderación, a saber:

*Cuanto más fuerte sea el peso de la interferencia de un derecho constitucional, mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes.*

A diferencia de la primera Ley de la Ponderación, esta ley no hace referencia a la importancia sustantiva de las razones subyacentes a la interferencia, sino a su calidad epistémica. Por consiguiente, la primera Ley de la Ponderación puede ser llamada "la Ley Sustantiva de la Ponderación" y la segunda "la Ley Epistémica de la Ponderación". La incorporación de la Ley Epistémica de la Ponderación lleva a completar la Fórmula del Peso, de la siguiente manera:

$$W_{i,j} = \frac{I_i W_i R_i}{I_j W_j R_j}$$

Una vez más, surge la cuestión de las escalas. La Corte Constitucional Federal propuso distinguir entre tres grados en la intensidad de la revisión de una causa: una "revisión intensiva del contenido", una "revisión de lo plausible" y una "revisión de lo evidente" (*BVerfGE* vol. 50, 290, 333). Esto nos lleva a un modelo epistémico triádico el cual tiene un alto grado de similitud formal con el modelo triádico sustantivo señalado anteriormente, y que puede ser incluido en a Fórmula del Peso sin mayor dificultad. Las tres categorías del modelo epistémico triádico son las categorías de lo cierto o lo confiable (*r*), lo sostenible o plausible (*p*) y lo que no es evidentemente falso (*e*). El hecho de que la fuerza de la defensa así como la fuerza del ataque decline con el aumento de la incertidumbre de las premisas sustentadoras de cada postura puede ser expresado mediante la asignación a *r* el valor de  $2^0$ , *p* el valor de  $2^{-1}$  y *e* el valor de  $2^{-2}$ . Por supuesto que es factible un refinamiento de esta triada.

Por lo común, las cortes no asignan explícitamente un valor a todos los elementos relevantes de la ponderación. La Fórmula de Peso puede ser usada para inferir aquellos valores que no han sido determinados. El Juicio del Cannabis de La Corte Constitucional Federal ofrece un ejemplo. La cuestión de que el legislador esté autorizado para prohibir los productos de cannabis depende principalmente de si la interferencia del derecho de libertad constitucionalmente protegido causado por dicha prohibición sea adecuada y necesaria para combatir los daños asociados con esta droga. Si la prohibición criminal no fuere adecuada ni necesaria, estaría definitivamente prohibida la afectación de los derechos constitucionales. La Corte explícitamente señaló que las premisas empíricas del legislador eran inciertas. Se consideró necesario que las premisas del legislador deban ser por lo menos "sostenibles" (*BVerfGE* vol. 90, 145, 182). Esto puede ser explicado en términos de la Fórmula de Peso del siguiente modo:  $I_i$  representa la interferencia del derecho de la libertad constitucionalmente protegido ocasionado por la prohibición de los productos de cannabis.  $I_j$





representa las pérdidas causadas por el lado de los intereses públicos, especialmente la salud pública, si fuera que no se prohíben los productos de cannabis. El peso abstracto de cada uno los principios en colisión,  $P_i$  y  $P_j$ , es igual, por lo que pueden ser dejados de lado. Si se prohíben los productos de cannabis, entonces la interferencia de  $P_i$  debe ser considerada como cierta. Por consiguiente, el valor para  $R_i$  es  $2^0 = 1$ .  $R_i$  representa en nuestro caso la confiabilidad de las asunciones empíricas del legislador concernientes a que la prohibición de los productos de Cannabis sea necesaria a fin de evitar el peligro de los intereses públicos, especialmente la salud pública. La Corte clasificó  $R_i$  como "sostenible", esto es, como  $p$ . Si se presupone el modelo triádico simple, a  $R_i$  le corresponde el valor  $2^{-1} = 1/2$ , de acuerdo con lo antes señalado. De esto y del hecho de que la Corte haya considerado la prohibición del cannabis como constitucional, se sigue que la interferencia de  $P_i$  no tiene un grado alto. Es muy factible que su valor sea 2, es decir,  $m$ . Esto se evidencia al sustituir los valores correspondientes en la Fórmula del Peso:

$$1 = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}}$$

$R_i$  debe ser  $1/2$  porque la Corte explícitamente asume este grado de verdad.  $R_i$  debe ser 1 porque la interferencia en el caso de la prohibición es cierta.  $W_{ij}$  no debe ser mayor que 1, puesto que si excede el valor de 1, entonces la prohibición sería inconstitucional. La Corte declaró a la prohibición constitucional. En este contexto, el mayor valor posible que se le puede otorgar a  $I_i$  es 2, esto es, moderado, porque  $I_i$  no puede obtener en un modelo triádico simple un valor mayor que 4, esto es,  $g$ . Esto demuestra que la Fórmula del Peso abarca la interacción de los seis elementos que son relevantes a efectos de determinar el peso concreto de un principio en un caso de colisión

de principios. Si hubiera más de dos principios involucrados, la Fórmula de Peso debe tener un mayor desarrollo, lo cual no será efectuado en este lugar (Alexy 2003, 791f.).

Empezamos con la cuestión de si existe una estructura formal de ponderación que sea en cierta manera similar al esquema general de la subsunción. La respuesta que puede darse es afirmativa. A pesar de algunas importantes diferencias, la similitud es grande. En ambos casos se puede identificar un conjunto de premisas desde las cuales se infiere la solución del caso. Ni la Fórmula de la Subsunción ni la Fórmula del Peso contribuyen en algo a la justificación de las premisas. A este respecto, ambas son completamente formales. Pero esto no puede disminuir el valor de identificar la clase y la forma de las premisas los que es necesario para justificar el resultado. Sin embargo, la relación entre las premisas y el resultado es diferente. La Fórmula de la Subsunción presenta un esquema que trabaja de acuerdo a las reglas de la lógica; la Fórmula del Peso presenta un esquema que trabaja de acuerdo a las reglas de la aritmética. Pero no debe sobreestimarse esta diferencia. Las premisas reales de la Fórmula del Peso no son números, sino juicios acerca de los grados de interferencia, la importancia del peso abstracto y los grados de certeza. La Fórmula de la Subsunción y la Fórmula del Peso tienen el mismo lugar como juicios que se encuentran en la base en ambos casos. La Fórmula de la Subsunción los vincula directamente por medio de las reglas de la lógica, la Fórmula del Peso lo hace indirecta o análogamente a través de la interpretación de los juicios mediante números. Esto parece ser la diferencia formal más interesante entre las dos fórmulas. Esta diferencia expresa las dos dimensiones del razonamiento legal, una acerca de la clasificación y otra acerca de la graduación, las que pueden ser combinadas de muchas maneras a efectos de lograr la racionalidad en la argumentación legal tanto como sea posible. La exploración de estas combinaciones es materia de otro trabajo (cf. Stück 1998, 405ff.).

