

SOBRE LA PONDERACIÓN Y LA SUBSUNCIÓN UNA COMPARACIÓN ESTRUCTURAL*

(Traducción de Johanna Córdoba)

ROBERT ALEXYY**

RESUMEN

En la aplicación del derecho se utilizan dos operaciones básicas: la subsunción y la ponderación. Este ensayo se ocupa de la ponderación, la cual a diferencia de la primera ha sido poco estudiada, e intenta mostrar que pueden lograrse avances considerables en términos de racionalidad. La importancia de la ponderación es hoy ampliamente reconocida, pero ello contrasta con un difundido escepticismo respecto de su tratamiento racional. El autor intenta mostrar cómo dicho escepticismo puede ser superado en beneficio de la aplicación de las normas constitucionales que consagran derechos.

PALABRAS CLAVE: Ponderación, Subsunción, Derechos fundamentales, Razonabilidad, Proporcionalidad, Derechos.

I. LA FÓRMULA DE SUBSUNCIÓN

La racionalidad de la subsunción de un caso bajo una regla ha sido, sin duda, un tema principal de discusión. Aquí ha habido un importante progreso al establecer la distinción entre la estructura formal de la subsunción y la copiosa argumentación a la que se recurre en la aplicación del derecho. La estructura formal de la subsunción puede sintetizarse en un esquema deductivo como el siguiente:

- $$\begin{array}{l}
 (1) \quad (x) (Tx \rightarrow ORx) \\
 (2) \quad (x) (M^1x \rightarrow Tx) \\
 (3) \quad (x) (M^2 \rightarrow M^1x) \\
 \quad \quad \quad \vdots \\
 (n+2) \quad (x) (Sx \rightarrow M^nx) \\
 (n+3) \quad Sa \\
 (n+4) \quad ORa \quad \quad (1) - (n+3)
 \end{array}$$

* Traducción de Johanna Córdoba.

** Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Kiel.

Este esquema es el más general que podemos hacer de la subsunción¹ y lo llamaremos 'fórmula de subsunción'². En la fórmula de subsunción aparecen los tipos de premisas que se incluyen en una subsunción. (1) es una norma que se expresa en un estatuto o que proviene del poder judicial. (2) y (n+2) son reglas semánticas que unen el concepto que se usa para representar la condición previa de la norma (T) con el concepto que se usa para describir el caso (S). (n+3) es la descripción del caso. Finalmente, (n+4) es el fallo jurídico en el cual se expresa la solución del caso. (n+4) se deduce lógicamente de (1) a (n+3). Veamos un ejemplo:

- (1) El que cometa un homicidio (T) debe ser castigado con cadena perpetua (OR).
- (2) El que asesina a un ser humano traidoramente (M¹) comete homicidio (T).
- (3) El que de manera premeditada se aprovecha de la condición de ingenuidad e indefensión de la víctima para matarla (M²) asesina a un ser humano traidoramente (M¹).
- (4) Quien asesina a una persona mientras duerme sin que ésta haya podido tomar algunas precauciones especiales para defenderse (S), de manera premeditada se aprovecha de la condición de ingenuidad e indefensión de la víctima para matarla (M²).
- (5) a asesinó a una persona mientras dormía sin que esta última hubiera podido tomar algunas precauciones especiales para defenderse (S).
- (6) a debe ser castigado con cadena perpetua (OR). (1) – (5)

Fácilmente se ve que el análisis del derecho no se agota en una deducción de este tipo. Hay dos razones que explican este hecho. La primera es que siempre es posible que, al requerirse otra solución, se pueda aplicar otra norma. Si éste es el caso, surge la pregunta acerca de la precedencia. Puede ocurrir que se necesite recurrir a la ponderación para hallar la respuesta a esta pregunta, pero ello no sería lo más conveniente. En muchas ocasiones, se pueden aplicar metarreglas como las que dicen *lex superior derogat legi inferiori*, *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*. Para llegar a una solución, debe realizarse una segunda subsunción bajo una de estas metarreglas. A esta segunda subsunción la podemos llamar 'metasubsunción'. Si los conflictos entre normas se resuelven recurriendo a la metasubsunción, aún permanecemos en el reino de la subsunción. Sin embargo, tan pronto como recurrimos a la ponderación para resolver estos conflictos, pasamos del primer nivel de la subsunción al segundo nivel de la ponderación. Todo esto ha llamado bastante la atención en las discusiones sobre el razonamiento no-monótono en derecho³. El único punto que me interesa resaltar aquí es que la solución de un conflicto entre normas, ya sea recurrien-

¹ Cfr. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. al inglés de R. Adler y N. MacCormick, Oxford 1989, pág. 227. Ed. esp.: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudios constitucionales. Madrid, 1989. Págs. 219 y 285.

² A lo largo del texto, Alexy utilizará indistintamente dos tipos de comillas, las comillas simples y las comillas dobles. Sin embargo, hay una tendencia a que cuando se hace referencia a un término o a la denominación que algo o alguien recibe, se usan comillas simples, mientras que cuando se cita a otro autor o se alude a un texto se usan comillas dobles. Éste es el criterio que finalmente adoptaré. [Nota de la traductora].

³ Cfr. G. Sartor, *A Formal Model of Legal Argumentation*. En: revista *Ratio Juris* 7 (1994), págs. 191-194.

do a la metasubsunción o a la ponderación, presupone una subsunción de primer nivel que debe revelar, de una u otra manera, una estructura deductiva. La fórmula de subsunción es un intento de formalizar dicha estructura deductiva por medio de la lógica clásica. La pregunta acerca de si se debe modificar la lógica clásica, teniendo en cuenta el hecho de que, para la solución de conflictos entre normas, la subsunción de primer nivel a menudo no proporciona una respuesta suficientemente satisfactoria, debe permanecer sin respuesta aquí⁴. Todos los aspectos de la estructura de la subsunción que nos interesan aquí siguen siendo los mismos, independientemente de si usamos la lógica clásica o algún otro tipo de lógica.

La segunda razón que explica el carácter rudimentario de la fórmula de subsunción no atañe a la relación entre deducciones diferentes que conducen a resultados diferentes sino a la estructura de la deducción misma. Para justificar un fallo no basta con que se puedan presentar algunas de las premisas de las que dicho fallo se sigue de manera lógica. Las premisas mismas deben tener una justificación. Lo anterior muestra que aquí también se pueden distinguir dos etapas o niveles de justificación de una decisión jurídica. La primera etapa consiste en la deducción del fallo a partir de unas premisas, proceso que está representado en la fórmula de subsunción. A esta etapa la podemos llamar 'justificación interna'⁵ o 'justificación de primer orden'⁶. La segunda etapa o nivel consiste en la justificación de las premisas que se utilizan en la justificación interna o de primer orden. Se trata de la 'justificación externa' o 'de segundo orden'. Aquí es posible invocar todos los tipos de argumentos admisibles en el discurso jurídico.

Se puede objetar que la concepción de la subsunción, que la considera como un proceso de dos etapas, es artificiosa y, además, innecesaria, argumentando que es en la justificación externa en donde se llega a todas las decisiones importantes. El aparato deductivo de la justificación interna podría entonces desecharse como puramente formalista. Sin embargo, esto sería una tosca subestimación del poder racional de las estructuras formales. La fórmula de subsunción muestra qué tipo de premisas son necesarias para justificar una decisión jurídica y también cómo deben relacionarse estas premisas entre sí. Por esta razón, dentro del toma y dame de la discusión jurídica se incorpora un esquema que define los requisitos mínimos de racionalidad, en primera instancia, y, al mismo tiempo, los puntos de partida de cualquier prueba que se vaya a

- 4 Cfr. H. Prakken, *Logical Tools for Modelling Legal Arguments*, Dordrecht/Boston/Londres, 1997, págs. 150-156. El autor de este libro plantea que en la fórmula de subsunción se utiliza una deducción anulable y no una deducción estándar. Para una defensa de la deducción estándar, véase R. Alexy, artículo: Henry Prakken (1997), *Logical Tools for Modelling Legal Arguments. A Study of Defeasible Reasoning in Law*. Este artículo aparece en *Argumentation* 14 (febrero del 2000), págs. 65-72.
- 5 J. Wróblewski, *Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision*. Aparece en: *Rechtstheorie* 5 (1974), pág. 39; R. Alexy (nota de pie de página 1), pág. 221.
- 6 D. N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Inglaterra, 1979, pág. 101. En H. J. Koch y H. Rübmann, *Juristische Begründungslehre*, München, 1982, pág. 56 y en D. Buchwald, *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, Nomos, Baden-Baden, pág. 277, se utiliza otra nomenclatura.

realizar –dentro del contexto de una justificación externa–, en segunda instancia, en lugar de definir el nivel de racionalidad determinado por estos requisitos mínimos.

2. APROBACIÓN EN LA PRÁCTICA Y ESCEPTICISMO EN LA TEORÍA

Las reflexiones anteriores motivan la pregunta de si no será posible algo similar en el reino de la ponderación. Esta pregunta obedece a un interés práctico genuino. La ponderación es ubicua en derecho. Hay por supuesto muchos casos que pueden resolverse simplemente por medio de la subsunción. Sin embargo, los casos difíciles se caracterizan por el hecho de que hay razones tanto a favor como en contra de cualquier decisión que se tome en consideración. Muchos de los conflictos que se dan entre estas razones deben resolverse por medio de la ponderación. El argumento general en favor de la ubicuidad de la ponderación se refuerza con un argumento que se apoya en la estructura del Estado constitucional. Si la Constitución garantiza los derechos fundamentales, entonces muchas o más aún, todas las decisiones jurídicas que restringen la libertad de los individuos deben entenderse como intervenciones en estos derechos. Sin embargo, las intervenciones en los derechos fundamentales sólo son admisibles si tienen una justificación y estas intervenciones tienen una justificación sólo si son proporcionales. Los juicios de proporcionalidad, no obstante, presuponen la ponderación.

El papel fuerte y dominante que algunos le reconocen a la ponderación en la práctica jurídica contrasta, de una manera sorprendente, con un profundo y difundido escepticismo frente a la racionalidad de la ponderación en derecho. *Habermas* y *Schlink* son los dos representantes más notables de este punto de vista escéptico. Según *Habermas*, no existen criterios racionales para la ponderación o sopesamiento: “Debido a que no hay criterios racionales para esto, el sopesamiento se realiza, ya sea de manera arbitraria o de manera irreflexiva, de acuerdo con criterios o jerarquías acostumbrados”⁷. *Schlink* expone la misma tesis al decir que la ponderación se reduce en definitiva a “evaluaciones subjetivas y decisionistas”⁸.

Habermas y *Schlink* tendrían razón si no hubiera una estructura que hiciera posible presentar la ponderación como una forma racional de argumentación. Para mostrar que esta estructura de hecho sí existe, recurriré al razonamiento en derecho constitucional. Es aquí donde la técnica de la ponderación se ha desarrollado en el más alto grado de sofisticación.

7 *J. Habermas*, *Between Facts and Norms*. Trad. al inglés de W. Rehg, Cambridge/Oxford MA: The MIT Press, 1996. Pág. 256. Ed. Esp. *Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso*. Trad. de Manuel Jiménez. Trotta. Madrid, 2000.

8 *B. Schlink*. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. En P. Badura/H. Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, Tübinga 2001, pág. 460: “subjektive und dezisionistische Bewertungen”.

3. LA LEY DE LA PONDERACIÓN

La ponderación puede ser vista como una parte de lo que se necesita para llegar a un principio más comprensivo, el principio de proporcionalidad. Este principio, que se aplica –ya sea de manera implícita o explícita– en casi todos los lugares en donde se ejercen los poderes constitucionales de revisión, es de una considerable complejidad interna. Este principio comprende tres subprincipios: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de proporcionalidad en sentido estricto. De estos principios, el que nos interesa aquí es el último. Éste puede expresarse como una regla llamada la 'ley de ponderación'. Esta ley expresa que: cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un derecho o principio, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro⁹.

Esta ley de ponderación muestra que la ponderación puede descomponerse en tres etapas. La primera etapa implica definir el grado de la no satisfacción o afectación del primer principio. A esta primera etapa la sigue una segunda en la cual se define la importancia de satisfacer el segundo principio que entra a competir con el primero. Finalmente, en la tercera etapa se define si la importancia de satisfacer el último principio justifica la afectación o la no satisfacción del primero. Si no fuera posible emitir juicios racionales, primero, acerca de la intensidad de la intervención, segundo, acerca de los grados de importancia y, tercero, acerca de la relación de lo uno con lo otro, entonces la objeción que *Habermas* y *Schlink* plantean se justificaría. Por consiguiente, todo se cifra en la posibilidad de estos juicios.

¿Cómo demostrar que los juicios racionales acerca de la intensidad de la intervención y de los grados de importancia son posibles, de modo que se pueda establecer racionalmente un resultado por medio de la ponderación? Un método que se puede utilizar es el análisis de ejemplos; aspiro a que este análisis nos revele lo que se presupone cuando se solucionan casos por medio de la ponderación. Como primer ejemplo me referiré a una decisión de la Corte Constitucional Federal Alemana sobre las etiquetas de advertencia que se deben poner en aquellos productos que atenten contra la salud¹⁰. La Corte califica el deber de los productores de tabaco de poner etiquetas de advertencia sobre los efectos nocivos de fumar como una intervención relativamente menor o leve en la libertad de ejercer una profesión u oficio (*Berufsausübungsfreiheit*). Una prohibición total de la venta de productos de tabaco se catalogaría, en cambio, como una intervención grave. En medio de estos casos menores y graves, se pueden ubicar otros casos en los cuales la intensidad de la intervención es moderada. De esta manera, se puede formar una escala con los grados 'leve', 'moderado' y 'grave'. Nuestro ejemplo muestra que es posible asignar valores que sigan esta escala.

9 Cfr. R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. al inglés de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford 2002, pág. 102. Ed. esp. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2001.

10 *Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)* (Sentencia del Tribunal Constitucional Federal) 95, 173.

También podemos hacer un análisis del mismo tipo de las razones que se oponen a que no haya una intervención en la libertad de profesión de los productores de tabaco. Los riesgos para la salud que se corren por fumar son altos. Las razones que justifican la intervención, por lo tanto, tienen gran peso. Si de este modo se establece la intensidad de la intervención como menor y el grado de importancia de las razones que justifican la intervención como alto, entonces, el resultado de la ponderación puede ser descrito correctamente como "evidente" –así de hecho lo describe la Corte Constitucional Federal–¹¹.

Ahora bien, alguien podría pensar que mi ejemplo no dice mucho. Hay actividades económicas, por un lado, y hechos cuantificables, por otro. Esto es lo que hace posible la escala. Lo anterior no es aplicable en áreas en las cuales factores cuantificables tales como costos y probabilidades no juegan ningún papel o su papel es en todo caso poco significativo. Para abordar esta objeción, apelaré a un segundo caso que tiene que ver con el clásico conflicto entre la libertad de expresión y los derechos de la persona. Un magazín satírico muy conocido, llamado *Titanic*, describió a un oficial parapléjico de la reserva, que había cumplido a cabalidad con sus responsabilidades y que, por eso, había sido llamado de nuevo a filas, primero, como un 'asesino nato' y en una edición posterior, como un 'tullido'. El oficial interpuso una demanda, la Corte Regional de Apelación de Düsseldorf falló en contra de *Titanic* y le ordenó que le pagara al oficial una indemnización de \$12.000 marcos por las lesiones causadas. *Titanic*, a su vez, interpuso una queja constitucional. La Corte Constitucional Federal hizo una "ponderación, para el caso específico"¹², entre la libertad de expresión de los editores de la revista (apartado 1, artículo 5 (1) de la Ley Fundamental) y el derecho general de la persona a la honra, del oficial (artículo 2 (1) que está relacionado con el artículo 1 (1), de la Ley Fundamental). Para este fin, se determinó la intensidad de la intervención en estos derechos y se las puso en relación. El fallo que le imputó a la revista el haberle causado lesiones al oficial por haberlo llamado 'asesino nato' se interpretó como una intervención 'permanente'¹³ o grave en la libertad de expresión. Esta conclusión se justificó, sobre todo, con el argumento de que los daños causados podían afectar la buena disposición futura de los que editaban la revista para realizar su trabajo de la misma manera en que lo venían haciendo hasta ahora. La descripción de 'asesino nato' se interpretó entonces dentro del contexto de las sátiras publicadas habitualmente por *Titanic*. En esta revista, a varias personas se les había puesto sobrenombres "reconociblemente graciosos" que aludían al nacimiento y para ello se recurría a "ingeniosos y simpáticos juegos de palabras"; por ejemplo, Richard von Weizsäcker, Presidente Federal en aquel entonces, recibió el apelativo de "ciudadano nato"¹⁴. El contexto hizo imposible entrever en este apelativo una "vulneración ilícita, grave e ilegítima de la persona"¹⁵. La intensidad de la intervención en el derecho de la persona se trató de este modo como moderada e incluso como sólo leve o menor. De acuerdo con esto, la importancia de proteger el derecho del oficial, con un fallo que determinara que la revista le había causado ciertas lesiones, se juzgó

11 BVerfGE 95, 173 (187).

12 BVerfGE 86, 1 (11): "fallbezogene(n) Abwägung".

13 BVerfGE 86, 1 (10): "nachhaltig(en)".

14 BVerfGE 86, 1 (11).

15 BVerfGE 86, 1 (12): "eine unerlaubte, schwere, rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung".

como moderada e incluso como sólo leve o menor. Estas consideraciones constituyeron la primera parte de la decisión judicial de la Corte Constitucional Federal. Para justificar la decisión judicial que reconoció daños causados al oficial, decisión que fue una intervención grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, hubiera tenido que ser también grave la intervención en el derecho de la persona. Si la intervención en el derecho a la honra hubiera sido grave, esto habría tenido que compensarse con una indemnización. Pero, según la apreciación de la Corte Constitucional Federal, la intervención en el derecho de la persona no fue grave sino sólo moderada o incluso leve. Por lo tanto, la intervención en la libertad de expresión fue desproporcionada y esto significó que el hecho de haber llamado 'asesino nato' al oficial no era un motivo para ordenarle a la revista que le pagara una indemnización.

Sin embargo, el que la revista hubiera llamado 'tullido' al oficial fue un asunto diferente. Según la apreciación de la Corte Constitucional Federal, este apelativo representó una "vulneración grave del derecho de la persona a la honra, del parapléjico"¹⁶. Por consiguiente, la importancia de proteger al oficial por medio de una decisión judicial que le reconociera las lesiones de las que había sido objeto fue grande. Esta decisión se justificó por el hecho de que presentar a una persona que está inhabilitada de manera tan severa como un "tullido" corrientemente se ve como algo "degradante" y como una "falta de respeto". Por esta razón, la gran importancia otorgada a la protección de la persona se contrapuso a la intervención grave en la libertad de expresión. En esta situación, la Corte Constitucional Federal llegó a la conclusión de que no podía "verse ninguna imperfección en la ponderación que afectara de manera negativa la libertad de expresión"¹⁷. De este modo, la queja constitucional de *Titanic* sólo se justificó en lo que se refería a las sanciones que se le habían impuesto por llamar 'asesino nato' al oficial. En lo concerniente al apelativo de "tullido", la queja era injustificada.

Por supuesto que se puede discutir si la descripción de 'asesino nato' representa en verdad una intervención meramente moderada o menor. Sin embargo, el detalle significativo para lo que me propongo en este escrito yace en otra parte. Difícilmente se puede poner en duda que tanto exigir que se indemnice a alguien por haber atentado contra su honra como llamar 'tullido' a una persona son intervenciones de mucha intensidad en los principios en cuestión. En efecto, tenemos la tendencia a representar-nos la situación de una persona que está inhabilitada de manera severa como algo que va más allá de las Cortes. La Corte Constitucional Federal sostuvo acertadamente que llamar 'tullido' a un parapléjico era degradante e irrespetuoso. Una humillación pública y una falta de respeto de este tipo afecta y socava la dignidad de la víctima. Esto es grave en sí mismo; más aún, es una vulneración *muy grave* o extraordinariamente grave. Se ha llegado a un área en la cual las intervenciones difícilmente pueden justificarse por alguna consolidación de razones que las sustenten. Esto corresponde a la ley de disminución de la utilidad marginal¹⁸. De este modo, el caso *Titanic* es un ejemplo no sólo

16 BVerfGE 86, I (13): "verletz(t) ihn schwer in seinem Persönlichkeitsrecht"; (cursiva del autor).

17 Ibid.: "läßt ... keine Fehlgewichtung zu Lasten der Meinungsäußerungsfreiheit erkennen".

18 Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 103.

del hecho de que las escalas –de acuerdo con las cuales se pueden relacionar, siguiendo un proceso de reflexión, unos principios o derechos con otros– son posibles –aún en el caso de bienes inmateriales como la persona, la honra o la libertad de opinión–, sino también del poder inherente de los derechos fundamentales en tanto principios, para establecer límites por medio de la ponderación. Estos límites, aunque no rígidos ni determinables sin ponderación, son, no obstante, estables y claros.

Las decisiones judiciales sobre el tabaco y el caso Titanic muestran que los juicios racionales acerca de los grados de intensidad e importancia son posibles por lo menos en algunos casos. Estas decisiones muestran además que dichos juicios se pueden relacionar entre sí con el fin de justificar un resultado.

Es cierto que estos juicios presuponen criterios que como tales no se encuentran en la ley de ponderación. Decir que un fallo judicial en contra de Titanic, según el cual éste debe pagar una indemnización por las lesiones causadas, es una intervención grave en la libertad de expresión implica presuposiciones acerca de qué vulnera la libertad de expresión. Por otra parte, el fallo según el cual el apelativo de ‘tullido’ es una vulneración grave de la persona y del derecho a la honra implica presuposiciones acerca de qué significa ser una persona y tener dignidad. Pero esto no significa que, como dice *Habermas*, “el sopesamiento ocurre, ya sea de manera arbitraria o de manera irreflexiva, de acuerdo con criterios y jerarquías acostumbrados”. Las presuposiciones que sustentan los juicios acerca de la intensidad de la intervención y del grado de importancia no son arbitrarias. Hay razones que las justifican y estas razones son comprensibles. También es problemático decir que la Corte Constitucional Federal establece estas presuposiciones “de manera irreflexiva, de acuerdo con criterios y jerarquías acostumbrados”. Es cierto que los criterios siguen una línea de precedencia. Pero hablar de ‘criterios acostumbrados’ sólo se justificaría si la existencia del precedente fuera el único asunto relevante para la decisión y no su corrección. Además, sólo se podría hablar de aplicación ‘irreflexiva’ si esta aplicación no se diera con base en una argumentación, pues los argumentos son la expresión de la reflexión. Pero no hay ausencia de argumentación aquí. Todo esto se aplica al caso del tabaco también.

4. LA ESCALA TRIÁDICA

Hasta ahora sólo he examinado ejemplos. Mis ejemplos han mostrado que hay casos en los cuales la ponderación proporciona un resultado, tras haber seguido un procedimiento racional. Para explicar mejor cómo y hasta qué grado esto es posible, ahora examinaremos el sistema que sirve de fundamento a la ponderación.

Todos los juicios acerca de la intensidad de la intervención y de los grados de importancia que hemos considerado hasta el momento siguen un modelo trigradual o triádico. Es evidente que no es necesario contar con tres categorías o grados para hacer la ponderación. La ponderación es posible una vez que se tienen dos categorías y una vez que el número de categorías tiende a aumentar. Lo que viene a continuación es aplicable, con

algunas modificaciones, tanto si reducimos el número de categorías a dos como si lo incrementamos a tres. La única salvedad que hay que hacer es que, como más adelante explicaré, el número de categorías no debe crecer mucho. En comparación con sus otras alternativas, la escala triádica tiene la ventaja de que encaja muy bien en la práctica de la argumentación jurídica. Además, se la puede seguir extendiendo de una manera muy intuitiva.

Como los ejemplos lo muestran, los tres niveles de la escala pueden caracterizarse con los términos 'leve', 'moderado' y 'grave'. La representación se hace más sencilla si los niveles se identifican con las letras 'l', 'm' y 's' respectivamente. La letra 'l' no sólo representa el término común 'leve' sino también expresiones como 'menor' o 'débil'. Lo mismo pasa con 's'. La letra 's' representa 'alto' y 'fuerte' al igual que 'grave'.

En la ley de ponderación, los objetos que se evalúan como l , m o s son el grado de no satisfacción o de afectación de un principio y la importancia de satisfacer otro. En lugar de hablar del 'grado de no satisfacción o de afectación' podemos hablar también en términos de la 'intensidad de la intervención'. Se usará ' P_i ' como la variable que representa el principio cuya transgresión ha de explicarse. ' l_i ' representará la intensidad de la intervención en P_i ¹⁹. Las intervenciones son siempre intervenciones concretas. Por eso, la intensidad de la intervención es siempre una cantidad concreta. Como tal, es diferente del peso abstracto de P_i . El peso abstracto de P_i es el peso de P_i que está determinado por su relación con otros principios independientemente de las circunstancias del caso que se esté examinando. Este peso relativo lo representaremos con la variable ' W_i '. Muchos de los principios constitucionales no se diferencian en su peso abstracto. Pero algunos sí. 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 principios que están en conflicto es igual, se lo puede dejar de lado en la ponderación. La ley de ponderación solamente designa como primer objeto de la ponderación la intensidad de la intervención. Esto muestra que la ley de ponderación está diseñada para situaciones en las cuales los pesos abstractos son iguales, lo cual significa que no juegan ningún papel. Es suficiente con lo que hemos dicho aquí acerca de la aplicación de la ley de ponderación cuando los pesos abstractos son iguales. La pregunta acerca de cómo aplicar la ley de ponderación cuando los pesos abstractos son diferentes se tratará más adelante.

El segundo objeto o cantidad que la ley de ponderación toma en consideración es la importancia de satisfacer el segundo principio. A diferencia de la intensidad de la intervención, el grado de importancia no es necesaria ni exclusivamente una cantidad concreta. Se puede usar un concepto de importancia que combine cantidades concretas y abstractas. Sin embargo, esto no se hará aquí. Como ya lo mencioné, la primera parte de la ley de ponderación se relaciona solamente con una cantidad concreta. Por

19 En Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, cit., p. 406, se usa una notación más compleja por motivos de flexibilidad. La intensidad (l) de la intervención en P_i como un valor concreto (C) se representa allí como " $lP_i C$ ". $lP_i C$ es idéntico a l_i . Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, para todos los otros elementos que entran en juego en la ponderación.

consiguiente, la segunda parte debe hacerlo del mismo modo. Los pesos abstractos pueden dejarse de lado en ambas partes si son iguales o pueden tenerse en cuenta en ambas partes si son diferentes. En el último caso, deben aparecer dos cantidades en ambas partes, una concreta y otra abstracta.

¿Pero qué hay detrás de la importancia del segundo principio, principio que representaremos con la variable ' P_i '²⁰? Debido a que la ley de ponderación se refiere de manera exclusiva a la relación entre dos principios que están en conflicto, P_i y P_j , la importancia concreta de P_i , que representaremos con la variable ' I_i ', sólo puede depender de los efectos que la omisión de la intervención en P_i traería para P_j . El significado de esto se puede ilustrar con el caso *Titanic*. Centrémonos en el hecho de que el oficial parapléjico haya sido llamado 'tullido'. Para determinar la intensidad de la intervención en la libertad de expresión (I_i), basta con preguntar con qué intensidad la prohibición de usar el apelativo de 'tullido' y la exigencia del pago de una indemnización afectan la libertad de expresión (P_i). Esto es lo que la Corte Constitucional tendría que determinar con respecto a este derecho fundamental si se hubiera aprobado la prohibición contenida en el fallo de la Más Alta Corte Regional de Apelación de Düsseldorf y la exigencia del pago de una indemnización por lesiones. Para determinar la importancia concreta (I_i) de satisfacer el principio de protección de la persona (P_j), podemos preguntarnos, haciendo un ejercicio retrospectivo, qué implicaciones hubiera tenido para la protección de la persona la omisión o el no cumplimiento de la intervención en la libertad de expresión, lo cual implica considerar que haber llamado 'tullido' al oficial sería algo lícito o algo que no generaría ningún tipo de lesión. Pero esto no es más que el costo que tendría que asumir la protección de la persona si se le diera prioridad a la libertad de expresión. De modo que la importancia del principio de proteger a la persona puede derivarse, en el caso *Titanic*, de la intensidad con la cual se vería afectado el derecho a la honra del oficial si no se realizara la intervención en la libertad de expresión de los editores de *Titanic*. Esto puede generalizarse y formularse de la siguiente manera: la importancia concreta de P_i es igual a la intensidad con la cual P_j se ve afectado si no se realiza la intervención en P_i . Esto muestra que el concepto de importancia concreta de P_i es idéntico al concepto de intensidad de la intervención en P_j en caso de que se omita la intervención en P_i . La ley de ponderación exige una comparación de la intensidad de una intervención real con la intensidad de una intervención hipotética; esto sería ineludible si se omitiera la intervención real. Por esta razón, se puede aplicar el concepto de intensidad en ambas partes.

Ya hemos establecido los objetos que se evalúan como I , m o s . Cuando presenté la ley de ponderación, señalé que el proceso de ponderación consta de tres etapas o pasos. La determinación del grado de no satisfacción o de afectación del primer principio y la determinación del grado de importancia de satisfacer el segundo principio, que corresponden a las dos primeras etapas del proceso de ponderación, se pueden realizar utilizando nuestro modelo triádico: hay que definir si es I , m o s y si es I_j , m o s . La pregunta

20 En R. Alexy, *idem*, pág. 406, la importancia concreta de satisfacer P_j no se representa con I_j sino con " $SP_j C$ ". En esta expresión " S " alude a "satisfacer".

que ahora surge es cómo saber si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica la afectación o la no satisfacción del primer principio, cuestión que se ha de resolver en la tercera etapa. La respuesta a la pregunta que se plantea en esta última etapa debe basarse en los resultados a los que se haya llegado en las etapas anteriores.

Sin embargo, alguien podría objetar que las valoraciones en términos de *l*, *m* o *s* que se hacen en las tres etapas no pueden relacionarse entre sí, debido a que las intervenciones real e hipotética en los principios que están en conflicto serían inconmensurables²¹. Con respecto al caso *Titanic*, por ejemplo, sería posible alegar que el apelativo de 'asesinato' y la exigencia de pagar una indemnización de 12.000 marcos son dos hechos sociales que tienen menos cosas en común que las que tienen las peras y las manzanas. Sin embargo, esto no toca el punto decisivo del asunto. Lo principal no es el hecho de que algunas entidades se comparen de manera directa, sino el hecho de que se compare su importancia a la luz de la Constitución, lo cual por supuesto nos lleva de manera indirecta a plantearnos la posibilidad misma de compararlas. El concepto de importancia a la luz de la Constitución contiene dos elementos que bastan para que se produzca la conmensurabilidad. El primer elemento es un punto de vista común: el punto de vista de la Constitución. Obviamente es posible tener una discusión acerca de qué es válido para este punto de vista. Esto ocurre permanentemente. Pero de lo que se trata siempre es de una discusión acerca de qué es lo correcto con base en la Constitución. En efecto, la inconmensurabilidad surge de manera inmediata, tan pronto como se abandona el punto de vista común. Ése podría ser el caso si, por ejemplo, un intérprete de la Constitución le dijera a otro intérprete que, desde su punto de vista, algo es válido, pero, desde el punto de vista del otro, lo válido es lo opuesto, de modo que cada uno tiene razón de acuerdo con su punto de vista y ninguno de ellos puede estar equivocado o, más aún, ser objeto de censura, pues no existe ni puede existir un punto de vista común con el cual se pueda demostrar que alguno de los puntos de vista es equivocado. En consecuencia, sería imposible crear un discurso que fuera más que una retórica vacía, sería imposible crear un discurso racional acerca de la solución adecuada o correcta. Ahora bien, lo contrario es válido también. Si es posible crear un discurso racional acerca de qué es lo correcto a la luz de la Constitución, entonces es posible crear un punto de vista común. Este punto de vista común se hace real cuando se crea un discurso racional que se orienta hacia la idea reguladora de qué es lo correcto con base en la Constitución. Quien pretenda destruir la posibilidad de valoraciones apelando a la imposibilidad de un punto de vista común debe prepararse, en consecuencia, para afirmar que es imposible hacer un discurso racional sobre las valoraciones dentro del sistema de interpretación constitucional. Esta afirmación se rechazará, aun cuando el rechazo no se puede desarrollar con cuidado aquí²². El segundo elemento que da lugar a la conmensurabilidad es la invención de una escala cualquiera que represente las categorías que se usan para la evaluación de las ganancias y las pérdidas constitucionales. La escala triádica *l*, *m*, *s* es un ejemplo. Su uso, con base en un punto de vista común, produce la conmensurabilidad.

21 Cfr. Aleinikoff, A., "Constitutional Law in the Age of Balancing", en *The Yale Law Journal*, No. 96, 1987, pp. 972-976.

22 Cfr. Alexy, R., *A theory of legal argumentation*, cit., pp. 33-173.

Una vez que el punto de vista común y la escala producen la conmensurabilidad, la cuestión de definir si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica la afectación o la no satisfacción del primero –asunto que se plantea en la tercera etapa de la ponderación– resulta muy fácil de resolver. Si se tienen en cuenta los cambios posibles dentro del modelo triádico, veremos que hay tres situaciones en las cuales la intervención en P_i es de mayor intensidad que la intervención en P_j :

- (1) $l_i: s, l_j: l$
- (2) $l_i: s, l_j: m$
- (3) $l_i: m, l_j: l$

En estos casos P_i precede a P_j . Estos tres casos de precedencia de P_i se emparejan con tres casos de precedencia de P_j :

- (4) $l_i: l, l_j: s$
- (5) $l_i: m, l_j: s$
- (6) $l_i: l, l_j: m$

Además de estos seis casos que se pueden resolver con base en la escala triádica, hay tres situaciones de estancamiento:

- (7) $l_i: l, l_j: l$
- (8) $l_i: m, l_j: m$
- (9) $l_i: s, l_j: s$

En caso de un estancamiento la ponderación no determina ningún resultado. He aquí un caso de discreción en la ponderación. Esta discreción en la ponderación es de gran importancia para la delimitación de las competencias tanto de aquella parte del poder judicial que realiza revisiones constitucionales como del legislador. Pero esto no lo discutiremos aquí²³.

5. LA FÓRMULA DEL PESO

Los tres grados o categorías del modelo triádico corresponden a una escala que intenta sistematizar clasificaciones que se encuentran tanto en la práctica diaria como en la argumentación jurídica. Un tal sistema de tres categorías se aleja mucho de una evaluación de las intensidades de la intervención y de los grados de importancia con base en

23 Cfr. R. Alexy, *Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*. Esta es una conferencia pronunciada en las Jornadas de la Asociación Alemana de Profesores de Derecho del Estado que fue publicada en el número 61 de las *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*. Berlin, Walter de Gruyter, 2002, págs. 18-27. Edición española: *Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria*. La traducción al español corresponde a las páginas 41 a 92 del libro de Alexy *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Trad. de Carlos Bernai. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003.

una escala cardinal, como lo sería una escala que fuera de 0 a 1, y se lo ha de mantener alejado, debido a que las intensidades de la intervención y los grados de importancia no son susceptibles de ser medidos con una escala de este tipo²⁴. Es verdad que a menudo es posible usar un modelo triádico refinado –un candidato elegible sería un modelo di-triádico de nueve categorías–, pero esto tiene sus límites. La gradación en términos de leve, moderado o grave es ya con frecuencia suficientemente difícil tal como es. En algunos casos apenas se puede distinguir leve de grave y en otros casos incluso esto parece imposible. Por eso, las escalas jurídicas sólo pueden operar con divisiones relativamente toscas y esto ni siquiera en todos los casos. En últimas, es la naturaleza del derecho constitucional la que le pone límites a la sutileza de la gradación y excluye por completo la aplicabilidad de cualquier escala infinitesimal²⁵. No se puede calcular medidas tomando como patrón un *continuum* de puntos que vaya de 0 a 1. Sin embargo, lo que sí se puede hacer es ilustrar, con ayuda de los números, la estructura que sustenta al modelo triádico. Para esta estructura es posible inventar una fórmula que exprese el peso de un principio de acuerdo con las circunstancias del caso que hay que resolver, en pocas palabras, una fórmula que exprese su peso concreto. Esta fórmula sería:

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

La fórmula anterior es la versión más simple de una fórmula más compleja que llamaremos 'fórmula del peso'. El único símbolo de esta fórmula, que hasta el momento no se había presentado, es ' $W_{i,j}$ '. No debemos confundir ' $W_{i,j}$ ' con ' W_i '. Como ya lo expliqué, ' W_i ' representa el peso abstracto de P_i . ' $W_{i,j}$ ' simboliza, en cambio, el peso concreto de P_i , esto es, el peso de P_i de acuerdo con las circunstancias del caso que se está examinando. La fórmula del peso señala que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esto se evidencia en el hecho de considerar el peso concreto como el cociente de la intensidad de la intervención en el primer principio (P_i) y la importancia concreta del principio que entra a competir con él (P_j), esto es, la intensidad de la intervención hipotética en P_j , intensidad que se produciría si se omitiera la intervención en P_i . Ahora bien, sólo se puede hablar de cocientes en presencia de números, pero éste no es el caso, en ningún sentido directo, en la ponderación. Por lo tanto, el peso concreto puede definirse como un cociente, solamente en un modelo numérico que ilustre la estructura de la ponderación. En la argumentación jurídica, el peso concreto es solamente semejante a un cociente. Pero la semejanza es de por sí interesante.

A los tres valores del modelo triádico se les pueden asignar varios números. Una posibilidad bastante simple y al mismo tiempo altamente ilustrativa consiste en tomar la secuencia geométrica 2^0 , 2^1 y 2^2 , y, esto es, 1, 2 y 4. De acuerdo con esto, l tiene el valor 1, m el valor 2 y s el valor 4.

24 R. Alexy (nota de pie de página 1) pág. 142.

25 R. Alexy, (nota de pie de página 23), pág. 25 y siguientes.

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

$$(1) s, l = 4/1 = 4$$

$$(2) s, m = 4/2 = 2$$

$$(3) m, l = 2/1 = 2$$

Si P_j tiene prioridad sobre P_i , el valor de $W_{i,j}$ es menor que 1:

$$(4) l, s = 1/4 = \frac{1}{4}$$

$$(5) m, s = 2/4 = \frac{1}{2}$$

$$(6) l, m = 1/2 = \frac{1}{2}$$

En todos los casos de estancamiento, el peso concreto de P_i es el mismo, a saber, 1:

$$(7) l, l = 1/1 = 1$$

$$(8) m, m = 2/2 = 1$$

$$(9) l, l = 3/3 = 1$$

A primera vista, parecería que la elección de una secuencia geométrica no es más ventajosa que la elección de una secuencia aritmética, como 1, 2 y 3, que se introdujera en una fórmula que determinara el peso concreto de P_i por la diferencia entre I_i e I_j :

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

Si elegimos la secuencia aritmética, todos los casos de estancamiento tendrían el valor 0, todos los casos de prioridad de P_i sobre P_j tendrían un valor mayor que 0 ($s, l = 2, s, m = 1, m, l = 1$) y todos los casos de prioridad de P_j sobre P_i tendrían un valor menor que 0 ($l, s = -2, m, s = -1, l, m = -1$). Parece que esto es una ilustración por lo menos igual de instructiva a las que se pueden hacer usando secuencias geométricas. Sin embargo, la ilustración cambia si se amplía el modelo triádico a un modelo di-triádico. Para hacer esto basta con aplicar todas las categorías a cada una de ellas. De esta forma, se puede establecer un modelo de nueve categorías o niveles, modelo que representaremos de la siguiente manera: (1) ll , (2) lm , (3) ls , (4) ml , (5) mm , (6) ms , (7) sl , (8) sm , (9) ss . Esta división expresa la idea de que no sólo hay intervenciones simplemente leves, moderadas y graves, sino también intervenciones muy graves (ss), moderadamente graves (ms) y levemente graves (ls). Las intervenciones moderadas se ubican en la parte superior (ms), en la mitad (mm) y en la parte inferior de la escala (ml); las intervenciones menores se ubican en los rangos superiores (ls) y de la mitad (ml); las intervenciones triviales (ll) se ubican en la parte inferior de la escala²⁶. Llama mucho la atención el que las descripciones de estas nueve categorías o grados sean tan fáciles de comprender, dado que las categorías de un modelo triádico tripartita ya se

²⁶ Para facilitar la comprensión de esta parte del texto, decidí hacer una representación gráfica de la escala di-triádica que propone Alexy. El lector la encontrará en el Anexo, pag. 20 de esta traducción. [Nota de la traductora].

tornarían de por sí incomprensibles, exceptuando aquellas que se ubicarían en las áreas de los extremos de la escala. ¿Por ejemplo, cómo comprender una intervención 'grave y levemente moderada'? Parece que la conjunción de estas tres categorías excede nuestra capacidad de comprensión; si no fuera así, ciertamente se podría hacer incluso una conjunción de cuatro categorías. Sin embargo, las proposiciones que expresen las clasificaciones deben ser comprensibles, pues deben poder justificarse y la justificación presupone la comprensión. Ésta es la razón por la cual se ponen límites a los refinamientos de la escala. En cualquier caso, las nueve categorías del modelo di-triádico se ajustan muy bien a nuestra práctica del razonamiento jurídico y moral, aunque no se apliquen en todos los casos.

Estas nueve categorías se pueden representar tanto geométrica como aritméticamente. En el primer caso, el modelo di-triádico se expresa en los valores 2^0 a 2^8 , en el segundo caso, se expresa en los valores 1 a 9. La diferencia entre la representación geométrica y la representación aritmética se hace clara cuando se comparan los valores que se le asignan a un derecho fundamental en el caso de una intervención poco justificada. En el modelo di-triádico, la intervención poco justificada se representa con la combinación *ss*, *ll*. Un ejemplo de esto sería castigar a las personas con cadena perpetua, que es una intervención muy grave (*ss*) en la libertad, por tirar colillas de cigarrillo al piso, que es un motivo extremadamente leve (*ll*) para que se encarcele a alguien. Con base en el valor 9 (*ss*) y el valor 1 (*ll*), la secuencia aritmética da como resultado 8, que sería el peso concreto de la garantía constitucional de la libertad, en este caso. Con base en los valores 2^8 (*ss*) y 2^0 (*ll*), la secuencia geométrica, en cambio, da como resultado un aumento del peso concreto de la libertad a 256. Este crecimiento desproporcionado del peso concreto corresponde al hecho de que el poder de los derechos aumenta de manera desproporcionada en la medida en que aumenta la intensidad de la intervención.

Ya se ha dicho que no sólo la intensidad de la intervención (*I*) sino también los pesos abstractos (*W*) pueden jugar un papel en la ponderación. Siempre que los pesos abstractos sean iguales, se neutralizan entre sí. En ese caso, no importa si aparecen en la fórmula del peso, pues una vez que están allí, se los puede simplificar. Pero cuando son diferentes, sí es necesario incluirlos en la fórmula, pues el resultado de la ponderación puede depender de esta diferencia. Lo anterior se ilustra en la siguiente ampliación de la versión más simple de la fórmula del peso:

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

Si se asume que los pesos abstractos tienen el mismo impacto en el peso concreto que la intensidad de la intervención, los valores de W_i y de W_j se pueden expresar recurriendo a la misma escala triádica, como en el caso de I_i e I_j .

El tercer par de variables que se debe introducir en la fórmula del peso para completarla se relaciona con la confiabilidad de las presuposiciones empíricas sobre qué significa la medida en cuestión para la no-realización de P_i y la realización de P_i de acuerdo con las

circunstancias del caso concreto. Esto se puede denotar con las variables R_i y R_j . La relación de R_i y R_j con $W_{i,j}$ se funda en una segunda ley de ponderación que dice que: entre mayor sea el peso de una intervención en un derecho fundamental, mayor debe ser la certidumbre de sus premisas subyacentes.

A diferencia de la primera ley de ponderación, la segunda ley no se refiere a la importancia esencial de las razones que justifican la intervención, sino a su cualidad epistémica. Por consiguiente, podemos llamar a la primera ley de ponderación 'ley de ponderación esencial' y a la segunda 'ley de ponderación epistémica'. La incorporación de la ley de ponderación epistémica nos sirve para completar la fórmula del peso. La fórmula queda entonces del siguiente modo:

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

Una vez más surge la pregunta acerca de la aplicación de las escalas. La Corte Constitucional Federal intentó distinguir tres grados de intensidad de la revisión: una 'revisión intensiva del contenido', una 'revisión de plausibilidad' y una 'revisión de evidencias'²⁷. Aquí se pone a funcionar un modelo triádico epistémico, que tiene un alto grado de semejanza formal con el modelo triádico esencial expuesto anteriormente y que puede incorporarse sin gran dificultad dentro de la fórmula del peso. Las tres categorías del modelo triádico epistémico son las de verdadero o confiable (r), afirmable o plausible (p) y no evidentemente falso o incierto (e). El hecho de que tanto el poder de defensa como el poder de ataque decaiga con el incremento de la incertidumbre de las premisas que respectivamente los respaldan se puede expresar asignándole a r el valor de 2^0 , a p el valor de 2^{-1} y a e el valor de 2^{-2} . Por supuesto que también es posible hacer un refinamiento de la tríada.

Las Cortes con frecuencia no asignan de manera explícita un valor a todos los elementos que son relevantes en la ponderación. La fórmula del peso puede usarse, en consecuencia, para inferir aquellos valores que no se han determinado. La Sentencia del cáñamo de la Corte Constitucional Federal nos sirve como ejemplo. El que la legislatura tenga la potestad de prohibir los productos de cáñamo depende sobre todo de si la intervención en la libertad constitucionalmente protegida, que se produce con la prohibición, es conveniente y necesaria para luchar contra los daños asociados con la droga. Si la prohibición penal no fuera conveniente o necesaria estaría vedada de manera definitiva por consideración a los derechos fundamentales. La Corte señaló de manera explícita que las premisas empíricas de la legislatura eran inciertas. Ésta consideró adecuado que las presuposiciones empíricas de la legislatura fueran por lo menos "plausibles"²⁸. Con la fórmula del peso, esta situación se puede comprender de la siguiente manera: I_i representa la intervención en la libertad constitucionalmente protegida, intervención que se produciría por la prohibición de los productos de cáñamo. I_j representa los daños que se causarían a los bienes colectivos, especialmente a la salud pública, si los productos de cáñamo no se prohibieran. Los pesos abstractos de los principios en conflicto, P_i y P_j , se

27 BVerfGE 50, 290, (333).

28 BVerfGE 90, 145 (182): "vertretbar".

considerarán como iguales, lo cual nos permite dejarlos de lado. Si se prohíben los productos de cáñamo, la intervención en P se debe considerar como verdadera. Por consiguiente, el valor de R_1 es $2^0 = 1$. R_1 representa en nuestro caso la confiabilidad de la presuposición del legislador de que la prohibición de los productos de cáñamo es necesaria para evitar los daños causados a los bienes colectivos, especialmente, a la salud pública. La Corte califica a R_1 como 'plausible', es decir, como p . Si tomamos como base el modelo triádico simple, en éste, R_1 recibe de manera explícita el valor de

$$2^0 = \frac{1}{2}$$

De esto y del hecho de que la Corte consideró como constitucional la prohibición de los productos de cáñamo, se sigue que la intervención en P no es del grado más alto. Su valor posible más alto es 2, esto es, m . Lo que acabo de explicar se hace claro si ponemos los siguientes valores dentro de la fórmula del peso:

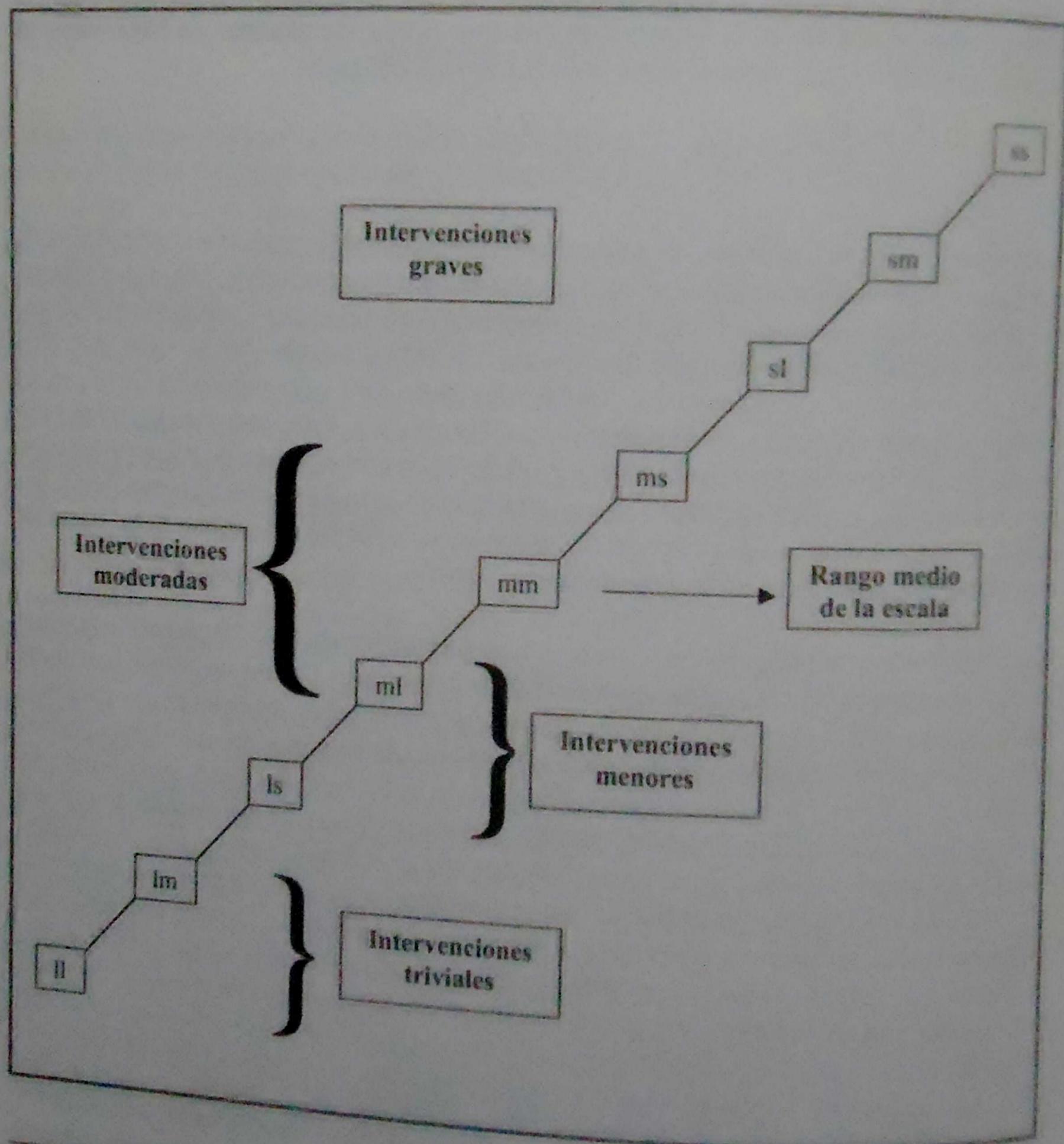
$$1 = \frac{2 \cdot 1}{4 \cdot \frac{1}{2}}$$

R_1 debe ser $\frac{1}{2}$ pues la Corte le otorga de manera explícita este grado de confiabilidad. R_2 debe ser 1 pues la intervención en caso de prohibición es verdadera. W_1 debe ser por lo menos 1, pues si es menor que 1, la prohibición sería inconstitucional. Sin embargo, la Corte declara constitucional la prohibición. Es esta constelación, el valor más alto que puede alcanzar es 2, esto es, moderado, dado que 1 no puede alcanzar, en el modelo triádico simple, un valor más alto que 4, esto es, s . Esto muestra que la fórmula del peso permite comprender la interacción de los seis elementos que son relevantes para determinar el peso concreto de un principio en caso de conflicto entre dos principios. Si están involucrados más de dos principios, la fórmula del peso debe hacerse más compleja, pero esto no lo examinaremos aquí.

Comenzamos con la pregunta de si existe una estructura formal de la ponderación que sea en algún sentido similar al esquema general de la subsunción. La respuesta que podemos dar ahora es positiva. A pesar de algunas diferencias importantes, la semejanza es sorprendente. En ambos casos se puede identificar un conjunto de premisas de las cuales es posible inferir el resultado. Ni la fórmula de subsunción ni la fórmula del peso contribuyen de manera directa a la justificación del contenido de estas premisas. En esa medida, ambas son completamente formales. Pero esto no tiene por qué aminorar el valor que hay en identificar la clase y la forma de las premisas que son necesarias para justificar el resultado. No obstante, la relación entre las premisas y el resultado es diferente. La fórmula de subsunción representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la lógica; la fórmula del peso representa un esquema que funciona de acuerdo con las reglas de la aritmética. Pero esta diferencia no se debe sobreestimar. Las premisas reales de la fórmula del peso no son números sino juicios acerca de los grados de intervención, acerca de la importancia de los pesos abstractos y acerca de los grados de confiabilidad. En la medida en que ambas fórmulas tienen el mismo sustento, tanto en la fórmula de subsunción como en la fórmula del peso, los juicios siguen siendo la base. La fórmula de subsunción relaciona de manera directa estos juicios por medio de reglas de la lógica, la fórmula del peso los relaciona de manera indirecta o análoga por medio de una interpretación de los mismos en términos de

números. Parece que ésta es la diferencia formal más interesante entre ambas fórmulas. Esta diferencia es una expresión de dos dimensiones del razonamiento jurídico, una de clasificación y otra de gradación, procesos que pueden y deben combinarse de muchas maneras para obtener la mayor racionalidad posible en las argumentaciones jurídicas. Pero explorar esta combinación implicaría adentrarnos en otro tema²⁹.

ANEXO: REPRESENTACIÓN GRÁFICA DE LA ESCALA DI-TRIÁDICA PARA LA PONDERACIÓN



²⁹ Sobre esto, véase H. Stück, *Subsumtion und Abwägung*, que aparece en: *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 84 (1998), págs. 405-419.

BIBLIOGRAFÍA

- Aleinikoff, A., "Constitutional Law in the Age of Balancing", en *The Yale Law Journal*, No. 96, 1987.
- Alexy, R., "Henry Prakken (1997), Logical Tools for Modelling Legal Argument. A Study of Defeasible Reasoning in Law", en *Argumentación*, No. 14, febrero de 2000.
- Alexy, R., "Verfassungsrecht und einfaches Recht - Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit", en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, No. 61, Berlín: Walter de Gruyter, 2002, pp. 18-27 (v. e.: "Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria", en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios* (trad. de Carlos Bernal), Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 41-92).
- Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights* (trad. de Julian Rivers), Oxford: Oxford University Press, 2002 (v. e.: *Teoría de los derechos fundamentales* [trad. de Ernesto Garzón], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001).
- Alexy, R., *A theory of legal argumentation: the theory of rational discourse as theory of legal justification* (trad. de Ruth Adler y Neil MacCormick), Oxford [England]: Clarendon Press, New York: Oxford University Press, 1989 (v. e. *Teoría de la Argumentación Jurídica: teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* [trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo], Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989).
- Buchwald, D., *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, Nomos, Baden-Baden.
- Habermas, J., *Between Facts and Norms* (trad. de W. Rehg), Cambridge, Oxford (MA): The MIT Press, 1996 (v. e.: *Facticidad y Validez: sobre el Derecho y el Estado Democrático de Derecho en términos de la teoría del discurso* [trad. de Manuel Jiménez], Trotta: Madrid, 2000).
- Koch, H. J. y Rüßmann, H., *Juristische Begründungslehre*, München, 1982.
- Prakken, H., *Logical tools for modelling legal argument: a study of defeasible reasoning in law*, Dordrecht, Boston: Kluwer Academic Publishers, 1997.
- Sartor, G., "A Formal Model of Legal Argumentation", en *Ratio Juris*, No. 7, 1994.
- Schlink, B., "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit", en Badura, P. y Dreier, H. (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tubinga, 2001.
- Stück, H., "Subsumtion und Abwägung", en *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, No. 84, 1998, pp. 405-419.