

ROBERT ALEX Y

**TEORÍA DEL DISCURSO
Y DERECHOS
CONSTITUCIONALES**



Distribuciones Fontamara

LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES Y EL SISTEMA JURÍDICO*

Robert Alexy

El papel de los derechos fundamentales en un sistema jurídico depende de cuatro puntos estrechamente relacionados entre sí: (1) su fuerza vinculante; (2) su institucionalización; (3) su contenido, y (4) su estructura. En la actualidad existe un amplio consenso en que si una constitución incluye derechos fundamentales, éstos deben ser —tal como lo establece el artículo 1 (3) de la Ley Fundamental de la República Federal alemana— “vinculantes como Derecho directamente aplicable para los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial”, y en que esta fuerza debe ser garantizada por algún tipo de control institucionalizado, ya sea mediante un Tribunal Constitucional u otra clase de órgano. Sin embargo, el verdadero debate comienza cuando se formulan cuestiones relativas a la estructura y al contenido de los derechos fundamentales. La razón es simple: sólo si se conoce qué exigen los derechos fundamentales y cómo se construyen estas demandas, se puede saber qué se entiende por fuerza vinculante e institucionalización

* Quisiera agradecer a Stanley L. Paulson su ayuda y consejo en cuestiones de estilo de la versión inglesa de este texto. Traducción del inglés por René González de la Vega.

de los derechos fundamentales. ¿Acaso fuerza vinculante e institucionalización sólo implica que ciertos elementos son añadidos al sistema jurídico, y que éste permanece intacto en todos los demás aspectos —como si no existieran derechos constitucionales—, o significa, en cambio, que la presencia de derechos constitucionales modifica el carácter del sistema jurídico? La respuesta a estas preguntas depende de la construcción que hagamos de los derechos fundamentales.

I. DOS CONSTRUCCIONES

Existen dos principales clases de construcción de los derechos fundamentales: la cerrada y estricta, por un lado, y la amplia y comprensiva, por el otro. La primera puede denominarse “construcción como reglas”, mientras que la segunda puede llamarse “construcción de principios”. Ninguna de las construcciones puede realizarse en su forma pura. Sin embargo, ambas representan diferentes tendencias, y la pregunta sobre cuál de ellas es mejor es la cuestión central de la interpretación de cualquier constitución que estipule alguna forma de control constitucional.

Según la construcción cerrada y estricta, las normas que confieren derechos fundamentales no se distinguen esencialmente de otras normas del sistema jurídico. Obviamente, al ser normas constitucionales están situadas en el nivel más alto del sistema jurídico, y su objeto son derechos muy importantes formulados de manera muy abstracta. No obstante, según la construcción de reglas, ninguno de los rasgos anteriores plantea una diferencia de estructura fundamental. Se trata de reglas jurídicas y son aplicables del mismo modo que las demás. Su característica distintiva es que protegen ciertas posiciones de los individuos frente al Estado abstractamente descritas.

A la luz de la construcción comprensiva u holística, las normas que confieren derechos fundamentales no sólo protegen posiciones de los individuos frente al Estado abstracta-

mente descritas. La función profunda de los derechos fundamentales se ubica en un marco más amplio. En el caso alemán, esa estructura amplia se presentó plenamente por primera vez en 1958, en la decisión del Tribunal Constitucional Federal en el caso *Lüth*. En este caso, Lüth había pedido al público, a los dueños de salas de cine y a los distribuidores que boicotearan los filmes producidos por Veit Harlan después de 1945, arguyendo que se trataba del más prominente director de películas de la época nazi. Más particularmente, Lüth se refería a la película “*Jud Süß*”, película líder de propaganda antisemita. El Tribunal de Distrito de Hamburgo sostuvo que Lüth debía abstenerse de formular cualquier apelación para boicotear el nuevo film de Harlan ‘Amante inmortal’ (*Unsterbliche Geliebte*). La razón presentada para esta decisión fue que llamar al boicot violaba el artículo 826 del Código Civil alemán, yendo en contra del orden público. Lüth interpuso un recurso de constitucionalidad contra esa decisión.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania consideró que la llamada de Lüth al boicot de esa clase de filmes estaba protegida *prima facie* por la libertad de expresión garantizada por el artículo 5 (1) de la Ley Fundamental. Sin embargo, el artículo 5 (2) de la Ley Fundamental contiene tres cláusulas que limitan la libertad de expresión garantizada por el artículo (1). La primera de ellas es la cláusula de ‘Ley general’. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostuvo que el artículo 826 del Código Civil alemán aplicado por el Tribunal de Hamburgo era una ley general en el sentido de la primera cláusula limitante, la cláusula de “ley general”.¹ Es precisamente en este punto donde la dicotomía entre el sentido estricto y cerrado —es decir, la construcción de reglas— y el amplio y comprensivo —es decir, la construcción de principios— entra en juego. Si seguimos la construcción de reglas, la tarea consistiría, simplemente, en contestar dos preguntas. La primera, si en realidad la apelación de boicot de Lüth es un caso a ser inclui-

¹ BVerfGE 7, 198 (211 f).

do bajo la libertad de expresión. A propósito, el Tribunal Constitucional dio una respuesta positiva, y yo considero que es correcto. La segunda pregunta es si el artículo 826 del Código Civil alemán es aplicable al caso. Este es el supuesto en el cual la llamada al boicot sería contraria al orden público. El Tribunal de Hamburgo argumentó que ciertamente era contraria al orden público, ya que pretendía prevenir que contrarior surciera como un creador representativo, a pesar de haber pasado por un proceso de "desnazificación", y de que no había sido condenado en ningún procedimiento penal por haber cometido crímenes nazis. En tal caso, la llamada al boicot debería ser declarada —en el mismo sentido que el Tribunal de Hamburgo— como contraria a "las convicciones democráticas del derecho y la moral del pueblo alemán".²

El Tribunal Constitucional sostuvo que hacer aisladamente las dos subsunciones anteriores no era suficiente,³ por lo que exigió que se llevara a cabo una ponderación o balanceo de los principios constitucionales en cuestión, en la que se indicaran las condiciones en las que las reglas del Derecho civil pueden limitar un Derecho constitucional. El resultado de esta ponderación fue que debe dársele prioridad al principio de libertad de expresión sobre las consideraciones constitucionales en conflicto. Se estableció que la cláusula "en contra del orden público" del artículo 826 debía ser interpretada de acuerdo con dicha prioridad. En otras palabras, la tesis de Lüth prevaleció.

La decisión en el caso *Lüth* relaciona tres ideas que han servido de manera fundamental para dar forma al Derecho constitucional alemán. La primera es que la garantía constitucional de los derechos individuales no es simplemente la garantía de los clásicos derechos de defensa de los ciudadanos frente al Estado. Citando al Tribunal Constitucional Federal, puede decirse que los derechos fundamentales substancialmente

² BVerfGE 7, p. 198 (201).

³ BVerfGE 7, p. 198 (207 f.).

mismo tiempo, un orden objetivo de valores".⁴ Se ha discutido acerca de lo que pudo haber querido decir el Tribunal con "orden objetivo de valores". Después el Tribunal simplemente habla de "los principios... expresados por los derechos fundamentales".⁵ En esta misma línea,⁶ se podría decir que la idea básica del caso *Lüth* es que los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de normas, sino también de principios. La segunda idea, estrechamente relacionada con la primera, es que los valores o principios encontrados en los derechos fundamentales no son sólo aplicables a la relación entre individuo y Estado, sino "a todas las demás áreas del Derecho".⁷ Gracias a esto se produjo un "efecto de irradiación"⁸ de derechos fundamentales a todo el sistema jurídico. Los derechos fundamentales se tornaron ubicuos. La tercera idea viene presupuesta por la estructura de los valores y de los principios. Tanto los valores como los principios tienden a entrar en conflicto. Un conflicto de principios sólo se puede resolver a través de la ponderación. Por lo tanto, la lección más importante de la decisión en el caso *Lüth* para el trabajo jurídico cotidiano es el siguiente: "una ponderación de intereses" se vuelve necesaria.⁹

II. DOS OBJECIONES

La línea creada en el caso *Lüth* ha generado fuertes críticas. Las críticas se mueven entre dos polos o líneas. El primero

⁴ BVerfGE 7, p. 198 (205).

⁵ BVerfGE 81, p. 242 (254).

⁶ Para un análisis más cercano a las relaciones entre el concepto de principio y el concepto de valor, véase, R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. J. Rivers (Oxford, 2002), 86-93. [Existe versión castellana: *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993].

⁷ BVerfGE 7, p. 198 (205).

⁸ BVerfGE 7, p. 198 (207).

⁹ BVerfGE 7, p. 198 (210).

de ellos comienza con la tesis de que la ponderación no es un método racional ya que, al final, —como, por ejemplo, plantea Bernhard Schlink— se reduce a “evaluaciones subjetivas y decisionistas”.¹⁰ Habermas conecta esta crítica con la objeción de que la ponderación priva a los derechos fundamentales de su fuerza normativa. Aplicando la ponderación, dice, se degrada a los derechos a un nivel de metas, políticas y valores. En estas circunstancias, los derechos pierden la ‘estricta *prioridad*’ que caracteriza a los “enfoques normativos”.¹¹ De este modo, afirma, su “protección” se derrumba:

“Si en caso de oposición *todas* las razones pueden adoptar el carácter de argumentos sobre políticas, se colapsa la protección del discurso jurídico derivada una concepción deontológica de las normas y los principios jurídicos”.¹²

Se podría decir que la crítica de Habermas apela al peligro de darle muy poca importancia a los derechos constitucionales. Lo opuesto, el peligro de otorgar demasiada importancia a los derechos fundamentales, es el centro de la crítica de Böckenförde. El punto de partida de Böckenförde es que la construcción de derechos fundamentales como principios cam-bia fundamentalmente el papel de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico. El efecto de irradiación de los derechos fundamentales como principios conduciría necesariamente a un efecto de tercera parte, o efecto horizontal, de los derechos fundamentales, así como también a nociones constitucionales tales como la protección, la seguridad social, la organización y el procedimiento, que requieren de una ac-

¹⁰ B. Schlink, ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit’, en P. Badura y H. Dreier (edit.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, vol. 2, Tübingen, 2001, p. 460.

¹¹ J. Habermas, *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, Mass., 1996, p. 256. [Existe versión castellana: *Facticidad y validez*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998].

¹² *Ibid.*, p. 258.

ción positiva por parte del Estado y no se limitan a las exigencias de omisión del Estado, como en el caso de las libertades clásicas. En este sentido, los derechos fundamentales se convertirían en “los principios más altos del sistema jurídico”.¹³ Como tales, lo contendrían todo; sólo sería necesaria su materialización a través de la ponderación: “si al nivel de los principios se tiene una tendencia a la optimización, el sistema jurídico como un todo ya está contenido dentro de la Constitución. Necesita, simplemente, de su materialización”.¹⁴ Esta idea corresponde, precisamente, a lo que Forsthoﬀ ha llamado sarcásticamente “la constitución como genoma (*Weltenei*) jurídico... de donde todo deriva, desde el Código Penal hasta la ley que regula la producción de termómetros médicos”.¹⁵

Si las objeciones planteadas por Böckenförde y Forsthoﬀ fueran correctas, las consecuencias serían desastrosas. La legislación parlamentaria perdería toda autonomía; su función se agotaría en un mero establecimiento de lo ya decidido con anterioridad en la Constitución. Sería irremisible el “paso de un Estado legislativo parlamentario a un Estado constitucional adjudicativo”.¹⁶ Si se combina esta objeción con la formulada por Habermas, las cosas serían aún peores. Si el Tribunal Constitucional sólo puede pretender asegurar que se cumpla con el contenido normativo de los derechos fundamentales, pero lo que realmente hace es asegurar el cumplimiento de —para usar nuevamente las palabras de Schlink— sus “evaluaciones subjetivas y decisionistas”,¹⁷ entonces el desarrollo del derecho constitucional en Alemania en la segunda mitad del siglo XX —y en muchos otros países—, debería ser calificado como un proceso que conduce cada vez más al error. ¿Son

¹³ E. W. Böckenförde, ‘Grundrechte als Grundsatznormen. Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik’, en *id.*, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt a. M., 1991, p. 188.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ E. Forsthoﬀ, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 2ª ed., Munich, 1971, p. 144.

¹⁶ Böckenförde, ‘Grundrechte als Grundnormen’, p. 190.

¹⁷ Schlink ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit’, p. 460.

estas objeciones correctas? Para contestar esta pregunta es necesario revisar con mayor detenimiento la estructura de la ponderación.

III. LA LEY DE LA PONDERACIÓN

En el Derecho Constitucional la ponderación es sólo una parte de los requisitos de un principio más amplio: el principio de proporcionalidad. Este principio que es aplicado, explícita o implícitamente en casi todos los lugares donde se ejerce el control de constitucionalidad, es de una complejidad interna considerable. El principio de proporcionalidad está compuesto por tres sub-principios: el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. El único que nos interesará aquí es el tercero; que puede ser expresado como una regla, a la que puede denominarse "ley de la ponderación", y que establece:

Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.¹⁸

La ley de la ponderación nos muestra que la ponderación puede ser dividida en tres etapas. En la primera, se establecen los grados de insatisfacción o de detrimento del primer principio. Esta fase viene seguida por una segunda etapa, en la que se establece la importancia de satisfacer el principio contrario. Finalmente, en la tercera etapa, se establece si la importancia de satisfacer el último principio justifica el detrimento o la insatisfacción del principio opuesto. Si no fuera posible formular juicios racionales acerca de, primero, la intensidad de interferencia, segundo, los grados de importancia y tercero, sobre la relación entre ellos, entonces las objeciones reali-

zadas por Habermas y Schlink estarían justificadas. Así pues, todo gira sobre la posibilidad de realizar esa clase de juicios.

¿Cómo podemos demostrar que es posible realizar juicios racionales sobre los grados de importancia y sobre la intensidad de la interferencia, de tal manera que un resultado pueda ser racionalmente establecido mediante la ponderación? Uno de los posibles métodos es el análisis de ejemplos; esto es, un análisis que pretenda traer a luz lo que presuponemos cuando decidimos casos mediante la ponderación. Como un ejemplo inicial tomaré una decisión del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre advertencias para la salud.¹⁹ El Tribunal califica el deber de las compañías de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el riesgo para la salud que implica fumar como una interferencia relativamente menor o *leve* en la libertad de ejercer una profesión (*Berufsausübungsfreiheit*). En sentido contrario, una prohibición total de cualquier producto del tabaco sería considerada una interferencia *grave*. Entre estos casos menores y serios podemos encontrar otra clase de interferencias de intensidad *moderada*. En este sentido, se puede desarrollar una escala con las etapas de '*leve*', '*moderado*' y '*grave*'. Este ejemplo demuestra que se pueden realizar asignaciones válidas de acuerdo a esta escala.

Esto mismo es posible en el campo de fundamentos opuestos. Los riesgos por fumar son enormes; por ello las razones que justifican la interferencia son de gran peso. En este sentido, si la intensidad de la interferencia se establece como menor, y el grado de importancia de las razones para interferir es alto, entonces, el resultado del examen de proporcionalidad en el sentido estricto, puede ser bien descrito — como en realidad lo hizo el Tribunal Constitucional Federal alemán— como '*obvio*'.²⁰

Se podría argumentar que este ejemplo no dice mucho. Por un lado, hay actividades económicas involucradas y, por el

¹⁹ BVerfGE 95, p. 173.

²⁰ BVerfGE 95, p. 173 (187).

¹⁸ Véase, Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 102.

otro, existen datos cuantificables. Estos factores hacen que sea posible hacer una escala. Pero no son así las cosas en áreas donde no hay hechos cuantificables como costes, y donde las probabilidades no juegan ningún papel o, al menos, no un papel significativo.

Para dar cuenta de esta objeción debo considerar un segundo caso, que concierne al clásico conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la identidad personal. Una revista satírica de gran circulación, llamada *Titanic*, describió a un militar parapléjico retirado, que había cumplido satisfactoriamente todas sus responsabilidades en el servicio activo, primero como "un asesino nato", y en una edición posterior como "tullido". En una acción interpuesta por el oficial, el Tribunal Regional de Apelación de Düsseldorf, falló en contra de la revista *Titanic*, y ordenó a la revista el pago de daños y perjuicios por un monto de 12,000 DM. *Titanic* interpuso un recurso constitucional. El Tribunal Constitucional Federal decidió a cabo una "ponderación del caso específico"²¹ entre la libertad de expresión de la revista (Artículo 5 (1) (1) de la Norma fundamental alemana) y el derecho general a la identidad personal del oficial (Artículo 2 (1) en relación con el Artículo 1 (1) de la Norma Fundamental). Finalmente, la intensidad de interferencia de estos derechos fue determinada y fueron relacionados entre sí. La sentencia otorgando daños y perjuicios fue tratada como una interferencia grave o "permanente"²² a la libertad de expresión. Esta conclusión se justificó, entre otros, con el argumento de que conceder el pago de daños y perjuicios podría afectar en un futuro la buena voluntad de aquellos que producían la revista para llevar a cabo su trabajo de la manera en que hasta ese momento lo habían realizado. La descripción de "asesino nato" fue colocada en el contexto de la sátira publicada por el *Titanic*, donde varias

personas han sido descritas con apellidos de nacimiento en una forma "reconocidamente humorística" entre "el juego de palabras y la tontería". Por ejemplo, Richard von Weizsäcker, entonces Presidente Federal, fue descrito como "ciudadano por naturaleza".²³ Este contexto hizo imposible que se considerara la descripción como una "violación contraria a Derecho, grave e ilícita, a la identidad personal".²⁴ La interferencia con el derecho a la identidad personal fue tratada como *moderada*, incluso como leve o menor. Por otra parte, la importancia de proteger el derecho a la identidad personal del oficial a través de la concesión de daños y perjuicios fue valorada como de importancia *moderada*, e incluso sólo leve o menor. Estas valoraciones completan la primera parte de la decisión. Con el propósito de justificar una sentencia condenatoria, lo que aquí significaría una interferencia grave al derecho constitucional de la libertad de expresión, la interferencia con el derecho a la identidad personal que supuestamente debía ser compensada por el pago de daños y perjuicios debería haber tenido, al menos, la misma intensidad. Pero, de acuerdo con la valoración del Tribunal Constitucional Federal, no lo era. Esto significó que la interferencia con la libertad de expresión era desproporcionada, lo cual, a su vez, significaba que llamar al oficial "asesino nato" no era un fundamento para conceder el pago de daños y perjuicios.

Ahora bien, el caso de la descripción del oficial como "tullido" era una cuestión distinta. De acuerdo con la valoración del Tribunal Constitucional Federal, esta descripción era una "grave violación del derecho a la identidad personal de una persona parapléjica".²⁵ Por lo tanto, la protección del oficial por medio de una sentencia condenatoria al pago de daños y perjuicios era de gran importancia. Ello fue justificado por el hecho de que describir como "tullido" a una persona severa-

²³ BVerfGE 86, 1 (11).

²⁴ BVerfGE 86, 1 (12).

²⁵ BVerfGE 86, 1 (13).

²¹ BVerfGE 86, 1 (11).

²² BVerfGE 86, 1 (10).

mente discapacitada es habitualmente visto como "humillante" y como una "falta de respeto" explícita. De esta manera, la interferencia grave con la libertad de expresión fue contrastada por la gran importancia conferida a la protección de la identidad personal. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal llegó a la conclusión de que "no se veía ningún error en la ponderación en detrimento de la libertad de expresión".²⁶ Consecuentemente, el recurso de constitucionalidad presentado por *Titanic* sólo estaba justificado con relación a los daños y perjuicios por la descripción de "asesino nato". En lo que respecta a la descripción de "tullido" era injustificada.

Por supuesto, uno podría argumentar que la descripción de 'asesino nato' en realidad representaba más que una interferencia menor o moderada. Sin embargo, para los presentes propósitos el punto significativo recae en otra parte. Sería difícil dudar que tanto la concesión de daños y perjuicios como la descripción de una persona como 'tullido', cuenten como interferencias de gran intensidad con los principios relevantes. Ciertamente, que teniendo en cuenta a los seriamente discapacitados, uno podría irse a una caracterización que va más allá de aquella de los Tribunales. El Tribunal Constitucional Federal sostuvo correctamente que describir a los parapléjicos como "tullidos" era humillante e irrespetuoso. Dicha falta de respeto y humillación pública alcanza a debilitar seriamente la dignidad de la víctima. Esta acción no sólo es seria por sí misma sino que es una violación muy seria o extraordinariamente seria. Hemos llegado a un área donde las interferencias difícilmente podrían ser justificadas por un incremento de las razones de interferencia. Esto corresponde al derecho de disminuir la utilidad marginal.²⁷ Entonces, el caso *Titanic* es un ejemplo no sólo de que es posible establecer escalas inteligentemente relacionadas incluso en los casos de bienes inmateriales

tales como la identidad personal y la libertad de expresión, sino además, del poder inherente de los derechos fundamentales como principios para establecer los límites mediante la ponderación, los que a pesar de no ser rígidos ni determinados sin ponderación, son, sin embargo, firmes y claros. Esto es la base de una réplica al argumento sobre la "protección" de Habermas.

IV. LA ESCALA TRIÁDICA

Hasta ahora en mi argumentación sólo he considerado ejemplos que han mostrado que hay casos en los que la ponderación provee de resultados racionales. En lo que sigue, para dejar claro cómo y en qué grado ello es posible, consideraremos el sistema de ponderación.

Todas las decisiones sobre la intensidad de la interferencia y los grados de importancia que hemos considerado anteriormente han seguido un modelo triádico, o de tres gradas o niveles. Estos tres pasos imprescindibles para la ponderación; ésta es posible a partir de dos pasos y el número de pasos es abierto. Lo que sigue también es aplicable, con algunas modificaciones, si uno reduce el número de pasos a dos o lo incrementa a más de tres. La única condición es que el número de pasos no sea demasiado elevado. Comparándola con sus alterativas, la escala triádica tiene la ventaja de encajar especialmente bien en la práctica de la argumentación jurídica. Además, puede ser extendida en forma muy intuitiva.²⁸

Tal como muestran los ejemplos, las tres etapas pueden ser caracterizadas bajo los términos de "leve", "moderado" y "grave". Esta representación se puede hacer más sencilla si las etapas son identificadas por las letras "l", "m" y "g" respectivamente. "l" no sólo se refiere al término común 'leve', sino también, a otras expresiones semejantes como "menor" o "dé-

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, 103.

²⁸ Véase Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, p. 412 f.

bil", así como "g" no sólo incluye "grave" sino también "alto" o "fuerte".

Al presentar la ley de ponderación señalaba que el proceso de ponderación se divide en tres pasos. Los dos primeros pueden llevarse a cabo mediante el modelo triádico: evaluando la intensidad de interferencia (*Ii*) con el primer principio (*Pi*) como *l*, *m* o *g*, y evaluando la importancia concreta del segundo principio (*Pj*); lo cual no consiste en otra cosa que en la intensidad —en términos *l*, *m* o *s*— de efectos negativos respecto del segundo (*Ij*), de la omisión de la interferencia en el primer principio. La pregunta que se puede formular ahora es cómo se puede llevar a cabo este tercer paso que pone en relación las distintas evaluaciones.

Una objeción que podría surgir aquí es que, dado que las interferencias reales e hipotéticas entre principios en oposición son incommensurables, las evaluaciones de este tipo no pueden establecer una relación entre ellas.²⁹ Así, por ejemplo, en el caso *Titanic* se podría argumentar que la descripción de "asesino nato" y la obligación de pagar 12 000 DM por daños y perjuicios son dos hechos sociales que tienen menos en común entre sí de lo que tienen las manzanas y las naranjas. Sin embargo, esto no nos habla del punto decisivo. La cuestión no es la directa comparación de algunas entidades, sino la comparación de su importancia respecto de la constitución; lo cual, por supuesto, nos lleva indirectamente a la cuestión de su proporcionalidad. El concepto de importancia para la constitución contiene dos elementos suficientes para traer a colación la proporcionalidad. El primero, es un punto de vista común: el punto de vista de la constitución. Naturalmente, es posible discutir acerca de qué es válido desde este punto de vista. Esto sucede todo el tiempo. La cuestión es que siempre se trata una discusión acerca de lo que es correcto en base a la constitución. Ciertamente, cuando se pierde el punto de vista común,

la incommensurabilidad aparece inmediatamente. Este sería el caso, por ejemplo, si algún intérprete de la constitución dijera a otro que, desde su punto de vista, algo es válido pero, desde el punto de vista del otro intérprete, fuera lo contrario. En ese caso, cada uno está en lo cierto desde su punto de vista, y ninguno puede estar equivocado; ni tan siquiera, dado que no existe ni podría existir un punto de vista común, podría ser criticado. Sería entonces imposible un discurso que fuera más que una simple retórica vacía; es decir, un discurso racional sobre la solución correcta o verdadera. Ahora bien, también la consecuencia opuesta es válida: si es posible un discurso racional sobre lo que es correcto de acuerdo a las bases de la constitución, entonces también lo es un punto de vista común. Esto se convierte en realidad tan pronto como el discurso racional se orienta por la idea regulativa de qué es lo correcto en base a la constitución. Quien quiera negar la posibilidad de evaluación apelando la imposibilidad de un punto de vista común, deberá estar preparado, entonces, para alegar que es imposible un discurso racional sobre las distintas evaluaciones dentro del marco de interpretación constitucional. Esta posición debe ser rechazada, si bien no puedo elaborar aquí las razones para ello.³⁰ El segundo elemento que surge de las razones para ello es una escala que representa las categorías para la evaluación constitucional. La escala triádica, *l*, *m*, *g* es un ejemplo de ello. Su uso, en base al punto de vista común, da lugar a la commensurabilidad.

Una vez que la commensurabilidad tiene lugar mediante la adopción de un punto de vista y de una escala comunes, la pregunta sobre cómo puede llevarse a cabo el tercer paso de la ponderación puede responderse fácilmente. Si se consideran las posibles variantes del modelo triádico, existen tres cir-

²⁹ Véase R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, trad. R. Adler y N. MacCormick, Oxford, 1989, pp. 33-173. [Existe la versión castellana: *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989].

³⁰ Véase A. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *The Yale Law Journal* 96, 1987, pp. 972-976.

cunstances en donde la interferencia del principio P_i es más intensa que la del principio 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 tiene prioridad respecto de P_j . Ahora bien, a estos tres casos de prioridad de P_i corresponden a tres casos de prioridad de P_j :

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

Además de esos seis casos, que pueden ser decididos sobre la base de la escala triádica, hay además tres situaciones de empate:

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

En los casos de empate la ponderación no determina un resultado.

V. LA DETERMINACIÓN Y LA DISCRECIONALIDAD

Esta estructura puede elaborarse aun más, aunque aquí no lo haré. A pesar de su carácter elemental, es suficiente para contestar las objeciones formuladas por Habermas y Böckenförde. Si las propuestas acerca de los grados de interferencia pueden ser justificadas, entonces la objeción de Habermas puede ser rebatida. La ponderación es racional en la medida en la que las proposiciones sobre los grados de interferencia

puedan ser justificadas racionalmente. Si las proposiciones de este tipo no fueran racionalmente justificables, habría ser esceptico respecto de la posibilidad de un discurso práctico racional en general. Pero éste sería otro tema. Para nuestro propósito es suficiente sostener que la ponderación es racional si es posible un discurso práctico racional.

En los casos (1) - (3) los derechos fundamentales son resistentes a la interferencia, mientras que en los casos (4) - (6) no hay resistencia. En ambos grupos la ponderación conduce a un resultado. No ocurre así en los casos (7) - (9). Aquí se trata de empate, por lo que, como he apuntado, la ponderación no determina el resultado. Es cierto que algunos casos de empate pueden evitarse perfeccionando la escala,³¹ y también que los empates podrían evitarse casi siempre, si la intensidad de interferencias pudiera ser representada en escalas con un número infinito de clases. Pero no cabe pensar que una estructura así realmente exista. La naturaleza del Derecho, no sólo respecto de su normatividad, sino también por infinitesimidad, es diferente a la naturaleza de la naturaleza. Esta es la razón fundamental por la que derechos fundamentales no permiten tal diferenciación que pueda excluir los casos reales de empate, hasta el grado de convertirlos en prácticamente insignificantes.

La existencia de casos de empate sirve como base para la respuesta a la objeción de Böckenförde. Todos los casos de empate son casos de discrecionalidad en la ponderación. La discrecionalidad en la ponderación no es la única razón para la discrecionalidad del legislador, pero sí es —junto con la discrecionalidad epistémica en casos de incertidumbre empírica—³² la más importante en términos sistemáticos. Desde un inicio, está en la construcción de los derechos fundamentales como principios que conduce a una completa determinación

³¹ Sobre este punto en particular, véase R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, pp. 409-413.

³² *Ibid.*, pp. 414-420.

sustancial del sistema jurídico en la constitución. Esta es la respuesta a la cuestión del genoma de Forsthoﬀ, y al argumento de Böckenförde sobre el argumento del estado adjudicativo; y también es la base para una reconciliación de los derechos fundamentales con el control constitucional, por un lado, y con la democracia parlamentaria, por el otro.

Una defensa de la línea del caso *Lüth* presupone además otras cosas. Todas las construcciones de derechos tienen algunas desventajas. Por ello, una defensa completa tendría que ser comparativa en el sentido de que deberían compararse todas las ventajas y las desventajas de las distintas construcciones de derechos. No voy a desarrollar este punto.³³ Sin embargo, espero haber demostrado que ni las objeciones formuladas por Habermas y Schlink, ni las de Böckenförde y Forsthoﬀ, excluyen, desde un examen más comprensivo, la construcción de derechos fundamentales basados en el concepto de principio.

³³ Con relación a lo anterior, véase, *ibid.* pp. 69-86.