

**“UN CONCEPTO NO POSITIVISTA DE DERECHO FUNDAMENTAL.
SOBRE LA RELACIÓN ENTRE TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS,
DERECHOS FUNDAMENTALES Y MORAL”**

Prof. Dr. Robert Alexy
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad Christian Albrechts de Kiel (Alemania)

I. INFRAMORALIZACIÓN Y SUPRAMORALIZACIÓN

Una de las numerosas objeciones que se han formulado frente a la teoría de los principios afirma que esta teoría define de modo incorrecto la relación entre derechos fundamentales y moral o entre argumentación jurídica y moral. Esta objeción de la definición incorrecta de la relación deriva en dos variantes extremadamente distintas. La primera variante plantea que la teoría de los principios contiene demasiado poca moral, y la segunda que incluye demasiada moral. A la primera variante se le puede asignar la denominación de “objeción de la inframoralización”, y a la segunda la de “objeción de la supramoralización”.

Un defensor de la objeción de la inframoralización es Kai Möller.¹ Möller argumenta “that, rather than balancing the two competing principles, we must make a moral argument as to which one takes priority” (que, en lugar de ponderar dos principios en colisión, debemos formular un argumento moral para determinar cuál tiene prioridad).² Esta necesidad de la argumentación moral debe ser “a blow to Alexy’s approach” (un golpe al planteamiento de Alexy), “which focuses on balancing straightaway” (que opta directamente por la ponderación).³ En su libro “The Global Model of Constitutional Rights”, Möller

¹ Véase también Stavros Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights?, en: International Journal of Constitutional Law 7 (2009), 474: “totally extraneous to any moral reasoning”.

² Kai Möller, Balancing and the structure of constitutional rights, en: International Journal of Constitutional Law 5 (2007), 460.

³ Íbid.

caracteriza su teoría como un “substantive moral approach” (planteamiento moral sustantivo), que como tal “can be contrasted with a formal theory such as Robert Alexy’s ... theory of rights as principles or optimization requirements” (puede compararse con una teoría formal como la de teoría de los derechos como principios o mandatos de optimización de Robert Alexy).⁴ En una palabra, la teoría de los principios debe ser meramente formal, dado que carece de todo contenido moral sustancial. La objeción de la supramoralización afirma precisamente lo contrario. Una defensora de esta objeción es Birgit Reese. En su libro “Die Verfassung des Grundgesetzes”, publicado en 2013, la autora constata de forma acertada “que la teoría de los principios está integrada en una filosofía moral procedimental y un concepto no positivista del derecho, que por lo tanto la lleva a establecer una vinculación entre derecho y moral”.⁵ No obstante, esto conllevaría riesgos intolerables para la “normatividad de la Constitución”,⁶ la “racionalidad de las decisiones”⁷ y la democracia.⁸

A menudo sucede que, cuando hay dos tesis contrapuestas, una es correcta y la otra equivocada. Empero, aquí se pretende demostrar si la tesis de la inframoralización es tan equivocada como la de la supramoralización. Esta situación se daría si la teoría de los principios consiguiera establecer una vinculación correcta entre derechos fundamentales y moral. Mi intención es defender aquí esta tesis, que puede recibir el nombre de “tesis de la moralización adecuada”, **y que expresa una concepción no positivista de los derechos fundamentales**. Para fundamentarla, quisiera presentar en primer lugar algunos elementos básicos de la teoría de los principios. En un segundo paso se considerará la naturaleza de los derechos fundamentales. Para terminar, en el tercer y último paso se efectuará un análisis de la argumentación sobre derechos fundamentales.

⁴ Kai Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford 2012, 1-2.

⁵ Birgit Reese, *Die Verfassung des Grundgesetzes*, Berlín 2013, 115.

⁶ *Ibid.*, 15.

⁷ *Ibid.*, 138.

⁸ *Ibid.*, 250.

II. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS

1. Reglas y principios

La base de la teoría de los principios es la distinción normoteórica entre reglas y principios.⁹ Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente. Son *mandatos definitivos*. Su forma de aplicación es la subsunción. Por contra, los principios son *mandatos de optimización*. Como tales, los principios ordenan “que algo sea cumplido en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.¹⁰ Las posibilidades jurídicas, además de por reglas, vienen determinadas esencialmente por principios opuestos. Por este motivo, los principios, tomados de manera aislada, encierran siempre únicamente un mandato *prima facie*. Para establecer la medida requerida de la satisfacción de un principio en relación con las exigencias de otros principios se requiere una ponderación. Así pues, la ponderación es la forma de aplicación específica de los principios.

2. Proporcionalidad

El carácter de los principios como mandatos de optimización conlleva directamente una relación necesaria entre principio y proporcionalidad. El principio de proporcionalidad, que en las últimas décadas ha experimentado un reconocimiento internacional cada vez mayor tanto en la práctica como en la teoría de la jurisdicción constitucional,¹¹ está formado por tres subprincipios: los principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres subprincipios expresan la idea de optimización. El carácter de principios implica, por lo tanto, el principio de proporcionalidad, y viceversa.

a) Adecuación

Los principios de adecuación y necesidad hacen referencia a la optimización relativa a las posibilidades fácticas o reales. Si un medio *M*, que es empleado para promover la satisfacción de un principio *P*₁, no es idóneo para esto, pero

⁹ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 6ª edic., Frankfurt a.M. 2011, 75-77.

¹⁰ *Ibid.*, 75.

¹¹ Véase p.ej. David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford 2004; Alec Stone Sweet/Jud Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, en: *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008), 72-164; Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge 2012.

sí restringe la satisfacción del principio P_2 , entonces existe la posibilidad fáctica o real de renunciar a M , sin que por ello se originen costes para P_1 o P_2 . Así pues, la optimización de P_1 y P_2 *tomados conjuntamente* prohíbe el uso de M .

b) Necesidad

La situación es parecida, si bien más complicada, en el principio de necesidad. Si además del medio M_1 existe un medio M_2 que promueve P_1 prácticamente de igual manera que P_2 , pero interviene con menos intensidad, entonces la optimización de P_1 y P_2 *tomados conjuntamente* prohíbe el uso del medio M_1 que interviene con más intensidad en P_2 , pero que no es necesario para P_1 . Tanto en el caso de la adecuación como el de la necesidad, se trata de la posibilidad de mejorar una posición sin originar por ello inconvenientes a la otra, es decir, de poder evitar costes sin generar costes para la otra parte. Por lo tanto, ambos principios expresan la idea del óptimo de Pareto.

c) Proporcionalidad en sentido estricto

En el caso de la optimización relativa a las posibilidades reales hablamos de costes evitables. No obstante, los costes son inevitables cuando hay una colisión entre principios. En tal caso se requiere una ponderación. La ponderación es el objeto del tercer subprincipio de proporcionalidad, el principio de la proporcionalidad en sentido estricto. Este principio expresa lo que significa la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. Es idéntico a una regla que podemos denominar “ley de ponderación”¹², la cual dice:

Cuanto mayor es el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro.

La ley de ponderación excluye, entre otras cosas, una intervención intensa en el principio P_1 , que se justifica solamente por una escasa importancia de la satisfacción del principio colisionante P_2 . Permitir una intervención en estas circunstancias no sería una optimización de P_1 *conjuntamente con* P_2 .

¹² Alexy, *Theorie der Grundrechte* (n.p. 9), 146.

3. Fórmula del peso

La ley de ponderación se encuentra, en distintas formulaciones, en casi toda la jurisprudencia constitucional. Expresa la esencia de la ponderación y tiene un enorme significado práctico. Si quisiéramos hacer un análisis preciso y exhaustivo de la estructura de la ponderación, ciertamente habría que desarrollar más ampliamente la ley de ponderación. El resultado de una ponderación desarrollada corresponde a la fórmula del peso.¹³ Reza así:

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

“ $G_{i,j}$ ” representa el peso concreto del principio P_i en relación con el principio en colisión P_j . La fórmula del peso define este peso concreto como el cociente de tres factores situados a cada lado de la ponderación. Tienen especial relevancia I_i e I_j . “ I_i ” representa la intensidad de la intervención en P_i . “ I_j ” representa la importancia de la satisfacción del principio contrario. I_j también se entiende como la intensidad de la intervención, en concreto como la intensidad de la intervención en P_j mediante la no intervención en P_i . “ G_i ” y “ G_j ” representan los pesos abstractos de los principios en colisión P_i y P_j . Cuando los pesos abstractos son idénticos, algo que suele ocurrir en las colisiones de derechos fundamentales, G_i y G_j se pueden anular. “ S_i ” y “ S_j ” representan dos factores que han adquirido una importancia cada vez mayor en los debates recientes sobre derechos fundamentales; guardan relación con la seguridad de las asunciones empíricas y normativas, en el sentido de cuál es la intensidad de la intervención en P_i y con cuánta intensidad intervendría en P_j si la intervención en P_i se omitiera. No se trata de un factor relacionado con las cosas, esto es, un factor óntico, sino de una magnitud relacionada con el conocimiento, esto es, una magnitud epistémica. La seguridad de las asunciones normativas se puede relacionar además con la clasificación de los pesos abstractos, es decir, también con G_i y G_j .

Una fórmula como la del peso, que es la expresión de un cociente de dos productos, solo tiene sentido si todos los factores se pueden representar mediante cifras. Aquí estriba el problema de establecer gradaciones o escalas.

¹³ Robert Alexy, Die Gewichtsformel, en: Joachim Jickeli/Peter Kreuz/Dieter Reuter (eds.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein, Berlín 2003, 790.

En otro momento¹⁴ propuse una escala triádica discreta, por lo tanto no continua, que funciona con secuencias geométricas. Esta escala asigna a la intensidad de la intervención y al peso abstracto los valores “leve”, “medio” y “grave” y los expresa mediante las cifras 2^0 , 2^1 y 2^2 , es decir, mediante 1, 2 y 4. Por lo que respecta al lado epistémico, esto es, S_i y S_j , es posible trabajar con los grados “seguro”, “plausible” y “no evidentemente incorrecto”, a los que se asignan los valores 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} , esto es, 1, $\frac{1}{2}$ y $\frac{1}{4}$.¹⁵ Estas tríadas permiten incorporar la mayoría de decisiones de los tribunales constitucionales. Cuando no son suficientes y es necesario encontrar una escala más fina, se pueden ampliar a escalas triádicas dobles.¹⁶

Jestaedt adujo en contra de la fórmula del peso que “ella promete una medida de la exactitud y la seguridad de la aplicación que obviamente no es capaz de resolver”.¹⁷ Su “exactitud afirmada o al menos insinuada” se revelaría al analizarla más de cerca “como mera exactitud aparente, como una quimera metodológica”.¹⁸ Tsakyrakis habla de “the myth of mathematical precision” (el mito de la precisión matemática). Este mito se debería rechazar si se tratara de un “judicial reasoning” (razonamiento jurídico).¹⁹ Y Somek, por presentar una tercera opinión, objeta que el modelo de ponderación de la teoría de los principios “no va más allá de una *formalización del intuicionismo moral prudente desde el punto de vista analítico*”.²⁰ Estas objeciones concluyen que la fórmula del peso plantea exigencias que no puede cumplir. A fin de demostrar si esto es cierto y averiguar qué significa la fórmula del peso para la relación entre derechos fundamentales y moral conviene preguntarse primero qué son los derechos fundamentales.

¹⁴ **Íbid.**, 783-791.

¹⁵ **Íbid.**, 789-790.

¹⁶ **Íbid.**, 786-787.

¹⁷ Matthias Jestaedt, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, en: Otto Depenheuer/Markus Heinzen/Matthias Jestaedt/Peter Axer (eds.), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Heidelberg 2007, 265.

¹⁸ **Íbid.**, 267.

¹⁹ Tsakyrakis, Proportionality: An assault on human rights? (n.p. 2), 472.

²⁰ Alexander Somek, Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M. 2006, 135.

III. LA DOBLE NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Concepciones positivistas y no positivistas de los derechos fundamentales

Existen dos concepciones fundamentalmente distintas acerca de la naturaleza de los derechos fundamentales: una positivista y una no positivista. Según ambas, los derechos fundamentales se enmarcan dentro del Derecho positivo. La diferencia entre ellas estriba en que los derechos fundamentales, según la concepción positivista, solo son Derecho positivo, mientras que atendiendo a la concepción no positivista, la positividad solo constituye una faceta de los derechos fundamentales, es decir, su faceta real o fáctica. Además, según la concepción no positivista, los derechos fundamentales poseen también una dimensión ideal o crítica. Esto se debe a que los derechos fundamentales, al igual que el Derecho en general,²¹ plantean necesariamente una pretensión de corrección. Esta pretensión de corrección conlleva una vinculación necesaria entre derechos fundamentales y derechos humanos, y en esta vinculación reside precisamente la doble naturaleza de los derechos fundamentales.²²

2. Derechos humanos como derechos morales

Los derechos humanos se definen con arreglo a cinco características. Son derechos, primero, morales, segundo, universales, tercero, fundamentales, cuarto, abstractos, y quinto, en lo relativo a la validez moral, tienen prioridad frente al resto de normas. Aquí nos interesa solo la primera de estas cinco características: el carácter moral de los derechos humanos.

El carácter moral de los derechos humanos radica en que a los derechos humanos, como derechos morales que son, solo se les atribuye una validez moral. Un derecho tiene validez moral cuando se puede justificar. Los derechos existen si son válidos. En consecuencia, la existencia de los derechos humanos depende de su justificabilidad y de nada más.²³ Aquello que se puede justificar

²¹ Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, 5ª edic., Friburgo/Múnich 2011, 64-70.

²² Una segunda línea de argumentación es que los derechos fundamentales son derechos que han sido recogidos en la constitución con el propósito de positivizar los derechos humanos. A este respecto, véase Robert Alexy, *Grundrechte und Verhältnismäßigkeit*, en: Utz Schliesky/Christian Ernst/Sönke E. Schulz (eds.), *Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa*. Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, Heidelberg 2011, 12-13.

²³ Robert Alexy, *Menschenrechte ohne Metaphysik?*, en: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 52 (2004), 16.

es correcto. Esto significa que la pretensión de corrección del catálogo de derechos fundamentales desde la perspectiva del derecho positivo guarda relación necesariamente con los derechos humanos como Derecho correcto. Con ello, la dimensión real de los derechos fundamentales está necesariamente ligada a una dimensión ideal.

Ni que decir tiene, a la validez moral de los derechos humanos se le puede añadir una según el derecho positivo. Hay ejemplos no solo en los catálogos de derechos fundamentales de las constituciones, sino también en acuerdos y convenciones sobre derechos humanos de carácter internacional y supranacional. Ciertamente es que tales positivizaciones nunca son respuestas definitivas; representan intentos por conferir una forma afianzada mediante el Derecho positivo a aquello que ya es válido por su corrección.

3. Tres objeciones a la tesis de la doble naturaleza

a) Pretensión de corrección

Contra la tesis de la doble naturaleza de los derechos fundamentales es posible plantear tres objeciones. La primera pone en tela de juicio que el Derecho plantea necesariamente una pretensión de corrección. Intenté rebatir esta objeción mediante el argumento de que la negación explícita de esta pretensión lleva a una contradicción.²⁴ Pero es cierto que no es el momento para discutir esta consideración.²⁵

²⁴ Alexy (n.p. 21), 65-70.

²⁵ Para ello, véase Eugenio Bulygin, *Alexy und das Richtigkeitsargument*, en: Aulis Aarnio/Stanley L. Paulson/Ota Weinberger/Georg Henrik von Wright/Dieter Wyduckel (eds.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Berlín 1993, 19-24; Robert Alexy, *Bulygin's Kritik des Richtigkeitsarguments*, en: Ernesto Garzón Valdés/Werner Krawietz/Georg Henrik von Wright/Ruth Zimmerling (eds.), *Normative Systems in Legal and Moral Theory. Publicación para Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin*, Berlín 1997, 235-250; Eugenio Bulygin, *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, en: *Ratio Juris* 13 (2000), 133-137; Robert Alexy, *On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, en: *Ratio Juris* 13 (2000), 138-147; Eugenio Bulygin, *Alexy Between Positivism and Non-positivism*, en: Jordi Ferrer Beltrán/José Juan Moreso/Diego M. Papayannis (eds.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht 2013, 49-59; Robert Alexy, *Between Positivism and Non-Positivism? A Third Reply to Eugenio Bulygin*, en: Jordi Ferrer Beltrán/José Juan Moreso/Diego M. Papayannis (Hg.), *Neutrality and Theory of Law*, Dordrecht 2013, 225-238.

b) La existencia de los derechos humanos

La segunda objeción cuestiona la existencia de los derechos humanos. No sería posible fundamentar los derechos humanos. Sí se podría pensar en ellos y declararse en favor de ellos, y esto implicaría, si muchos lo hacen, en la práctica cierta validez social, pero tal validez social no sería una fundamentación, ni siquiera cuando estuviera ligada a la presión social. El mero hecho de que también las ideologías, las ilusiones y los errores pueden exigir validez social demuestra que la validez social no se debe equiparar con fundamentación o corrección.

La objeción de la inexistencia a causa de la no justificabilidad solo se puede rebatir con una fundamentación de los derechos humanos. Los múltiples principios que fundamentan los derechos humanos se clasifican en ocho grupos: en fundamentaciones religiosas, biológicas, intuicionistas, consensuales, instrumentales, culturales, explicativas y existenciales.²⁶ Aquí quisiera restringirme a la tesis de que es posible una fundamentación explicativa-existencial. La parte explicativa de esta fundamentación responde a un análisis de la praxis discursiva, que es la práctica de afirmar, preguntar y aducir razones. Esta práctica presupone necesariamente reglas y principios que expresan las ideas de libertad e igualdad de los participantes en el discurso.²⁷ El argumento explicativo conduce ciertamente solo a la libertad y la igualdad como capacidad o posibilidad. Por ello, este argumento precisa de un complemento en forma de interés por hacer uso de esta capacidad. Es el interés por la corrección. Aquí entra en juego el argumento existencial. No se trata de una decisión cualquiera, sino de la confirmación de una capacidad reconocida como necesaria para la persona, que define su dimensión ideal, y como tal, según la formulación de Kant, es nuestro “destino más alto”²⁸. Esta fundamentación plantea sin duda muchos interrogantes, pero debe bastar aquí esta breve alusión.²⁹

²⁶ Robert Alexy, The Existence of Human Rights, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 136 (2013), 13-18.

²⁷ Alexy, Menschenrechte ohne Metaphysik? (n.p. 23), 20.

²⁸ Immanuel Kant, Kritik der praktischen Vernunft, Kant's gesammelte Schriften, Bd. V, hg. v. d. Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlín 1913, 87.

²⁹ Para profundizar más, léase Alexy, The Existence of Human Rights (n.p. 26), 15-18.

c) *La positividad de los derechos fundamentales*

Abordemos ahora la tercera objeción, según la cual el hecho de añadir una dimensión ideal a la dimensión real de los derechos fundamentales destruye su positividad. Con todo, la positividad de los derechos fundamentales sería una condición necesaria de la institucionalización y con ello de la realización de los derechos humanos y, por ello, sería un postulado ligado con los derechos humanos. La vinculación entre derechos fundamentales y derechos humanos contradiría en ese caso exigencias esenciales de los derechos humanos.

Esta objeción es un aspecto central en la tesis de la supramoralización. Sería cierta cuando la vinculación entre derechos fundamentales y derechos humanos destruyera en efecto la positividad de los derechos fundamentales. Pero no es este el caso. La tesis de la doble naturaleza no se limita a la exigencia de que en la argumentación sobre derechos fundamentales se tomen en serio tanto la dimensión real como la dimensión ideal. Esta tesis exige además que se atribuya una primacía *prima facie* a la dimensión positiva o autoritativa de los derechos fundamentales.³⁰ Desde el punto de vista de la tesis de la supramoralización, se ha planteado la objeción de que una prioridad de principio o *prima facie* no excluye “que el nivel de los principios se imponga siempre frente a las reglas del Derecho ordinario y también del Derecho constitucional”.³¹

A esto se debe objetar que una prioridad *prima facie* es una verdadera prioridad, que excluye que lo ideal se imponga “siempre”³² ante lo real. Una prioridad *prima facie* de lo real o lo positivizado supone una carga de argumentación para cada divergencia respecto a lo que se determinó desde el Derecho positivo. No basta con aducir razones materiales o sustanciales, que tengan más peso que las razones que hablan en favor de la determinación desde el Derecho positivo. Asimismo, es necesario suprimir también el principio formal de la autoridad de la Constitución. Existen numerosos casos en los que esto no es posible. Como ejemplos cabe citar la abolición de la pena de muerte en el artículo 102 y la prohibición de la tortura en el artículo 104 párrafo 1 frase

³⁰ Alexy, *Theorie der Grundrechte* (n.p. 9), 121-122; véase además Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 7ª edic., Frankfurt a.M. 2012, 305.

³¹ Reese, *Die Verfassung des Grundgesetzes* (n.p. 5), 252, también 108.

³² *Íbid.*

2 de la Ley Fundamental (LF). Por otro lado, desde luego hay casos en los que la corrección de la decisión basada en derechos fundamentales de un Tribunal constitucional puede exigir que se trascienda el tenor literal de la constitución e incluso se decida en su contra. Encontramos un ejemplo de lo primero en una resolución del Tribunal Constitucional Federal de 2009 a favor de un derecho al mínimo de subsistencia,³³ y un ejemplo de lo segundo en la resolución del artículo 12 párrafo 1 frase 1 LF sobre la libertad de ocupación no restringible.³⁴

Cabe reconocer que un uso racional de las prioridades *prima facie* presupone una argumentación racional. Quien atribuye pesos de forma ilimitada a cualesquiera derechos, valores o bienes considerados por él como morales, puede reprimir con rapidez los derechos, valores o bienes contrarios del mismo modo que el principio formal de autoridad de la Constitución. Esto nos lleva a plantear la pregunta de si se puede distinguir entre ponderaciones racionales y no racionales. Dicha cuestión nos obliga a retomar la fórmula del peso.

IV. FÓRMULA DEL PESO Y ARGUMENTACIÓN

Si los derechos fundamentales están necesariamente vinculados con la moral en forma de derechos humanos, entonces esta vinculación también debe tener importancia en la ponderación. Esta importancia se deriva de que, en primer lugar, la fórmula del peso es una forma de argumentación relativa a los derechos fundamentales y por ello jurídica en términos generales y, en segundo lugar, la argumentación jurídica representa un caso especial³⁵ de la argumentación práctica general y por ello también de la argumentación moral.

1. Cálculo y argumentación

Si se considera de modo aislado la fórmula del peso, en realidad nos puede dar fácilmente la impresión de que con ella se pretende sustituir la argumentación por cálculo. Una vez identificadas las intensidades de intervención o injerencia como leves, medias o graves, es posible aplicar las correspondientes cifras a la fórmula y, si se ha hecho lo mismo con los pesos abstractos y la seguridad

³³ Trib.Const.Fed. 125, 175.

³⁴ Trib.Const.Fed. 7, 377; véase para ello Alexy, *Theorie der Grundrechte* (Fn. 9), 122.

³⁵ Véase para ello Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, (n.p. 30), 261-272.

epistémica, de hecho todo lo demás se limita a realizar un cálculo verdaderamente sencillo. Si este punto de vista fuera acertado, la objeción de la inframoralización sería cierta.

No obstante, este punto de vista es equivocado porque es incompleto. Las cifras que se aplicarían en las variables de la fórmula del peso representan clasificaciones que precisan de una fundamentación que la fórmula del peso no puede aportar por sí sola. Tomemos por ejemplo una intervención en la libertad de manifestar la opinión (P_i), que sirve a la protección del derecho a la personalidad (P_j). Si la intervención en la libertad de manifestar la opinión se clasifica como grave, es decir, a I_i , se le atribuye el valor 4, entonces el número 4 equivale exactamente a la frase: “La intervención en la libertad de manifestar la opinión es grave”. Lo mismo cabe decir cuando el peso del derecho a la personalidad se califica como leve. El número 1 equivale entonces a la afirmación: “La intervención en el derecho a la personalidad mediante denegación de la protección sería leve”. El aspecto decisivo es, pues, que dicha afirmación, al igual que otras frases o afirmaciones en general, precisan de una justificación. La pregunta es si se pueden justificar.

2. La tesis de la argumentación

Poscher considera, al igual que Somek,³⁶ que la ponderación de principios alude “a intuiciones no explicables acerca del peso relativo de los principios que deben ponderarse”³⁷. A esto debe contraponerse la tesis de que las clasificaciones pueden basarse en argumentos racionales. Con ello, la tesis de la argumentación se contrapone al argumento del intuicionismo (como al argumento del decisionismo de Schlink³⁸ y de la arbitrariedad de Habermas³⁹).

La tesis de la argumentación defiende que las afirmaciones acerca de las intensidades de intervención y los grados de importancia se prestan a una justificación racional. Un ejemplo de ello es la resolución del Tribunal

³⁶ Somek, *Rechtliches Wissen* (n.p. 21), 135.

³⁷ Ralf Poscher, *Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie*, en: Jan-R. Sieckmann (eds.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte*, Baden-Baden 2007, 76.

³⁸ Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, en: *EuGRZ* 11 (1984), 462.

³⁹ Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4ª edic., Frankfurt a.M. 1994, 315-316.

Constitucional Federal de 1997 acerca del deber de las tabacaleras de colocar en sus productos advertencias sobre los peligros para la salud del consumo de tabaco.⁴⁰ Esta es una intervención leve en la libertad profesional. Prohibir por completo todos los productos del tabaco sería una intervención grave. Entre tales casos leves y graves se encuentran aquellos de mediana intensidad de intervención. Un ejemplo de ello sería la prohibición de máquinas expendedoras junto con la restricción de la venta de productos del tabaco a determinados establecimientos. Si fuera cierto que la ponderación, tal y como afirma Poscher, alude “a intuiciones no explicables”⁴¹, entonces todos los intérpretes de la constitución tendrían libertad, basándose en sus intuiciones, para decir que la obligación de advertir es una intervención grave y la prohibición total de tabaco una intervención leve en la libertad profesional de las tabacaleras. Costaría tomarse esto en serio. Sin embargo, en cualquier caso se podrían presentar argumentos contundentes que explicaran la falsedad de estas clasificaciones. Si se afirma que, como en el caso del tabaco, la intensidad de la intervención es leve y la importancia de proteger a la población frente a los peligros para la salud es elevada,⁴² el resultado será fácil de reconocer. El motivo de peso justifica la intervención leve.

Contra esto se podría aducir que el ejemplo no es muy ilustrativo. Por una parte, se trataría de actividades económicas. Aquí sería sencillo establecer clasificaciones, porque están sujetas en el fondo a consideraciones sobre costes. Por otra parte, se trata de la vida y la muerte. Si mediante estudios empíricos se demostrara que el peligro en este caso es bastante grande, se podría justificar una clasificación de mayor rango en los hechos cuantificables. Esto no se podría transferir a aquellos casos en los que factores cuantificables tales como costes y probabilidades no tienen ninguna función o al menos no significativa.

Para rebatir esta objeción consideraremos un caso que aborda la colisión clásica entre la libertad de expresión y el derecho a la personalidad. La revista satírica de gran tirada TITANIC llamó primeramente “asesino nato” y en una edición posterior “inválido” a un oficial de la reserva parapléjico que había

⁴⁰ Trib.Const.Fed. 95, 173.

⁴¹ Poscher, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, 76.

⁴² Trib.Const.Fed. 95, 173 (183-187).

gestionado de manera exitosa su incorporación a una instrucción. A instancias del oficial de reserva, un Tribunal civil condenó a la revista a pagar una indemnización por daños morales de 12.000 marcos. TITANIC presentó una queja constitucional. El Tribunal Constitucional Federal efectuó una “ponderación casuística”⁴³ entre la libertad de expresión de la revista TITANIC y el derecho a la personalidad del oficial de reserva. La condena al pago de la indemnización fue clasificada como una intervención “duradera”⁴⁴, por consiguiente grave, en la libertad de expresión. Esta clasificación no se afirmó sencillamente, sino que también se justificó. La justificación estribaba sobre todo en que la indemnización por daños morales “podría menoscabar la voluntad futura a hacer uso del respectivo derecho fundamental”.⁴⁵ Se trata de un argumento, justo lo contrario de una mera expresión de una intuición o decisión. La denominación “asesino nato” se enmarcó luego en el contexto de la sátira publicada por TITANIC. Se caracterizaría por contener “desde bromas verbales hasta modos impregnados de bobería”⁴⁶. Por ello, a la vulneración del derecho a la personalidad se le atribuiría en todo caso una intensidad media, o quizá solo leve. La situación es distinta en el caso de la designación del oficial de reserva como “inválido”. El menoscabo en este caso se clasifica como “grave”⁴⁷. Llamar a una persona con discapacidad “inválido” sería una “humillación”, que degradaría a la persona con discapacidad a un “ser humano de menor valía”⁴⁸ y expresaría “su menosprecio”⁴⁹. Estas dos clasificaciones también se basan en argumentos.

En este sentido reviste una especial importancia que los argumentos, sobre todo aquellos que clasifican la denominación como “inválido”, tienen un carácter moral. Esto demuestra que la tesis de la inframoralización es equivocada. La aplicación de la fórmula del peso presupone en el caso TITANIC argumentos morales. Del mismo modo queda claro que la tesis de la supramoralización tampoco es cierta. Los argumentos en el caso TITANIC se pueden clasificar como racionales. Sin embargo, la utilización de argumentos

⁴³ Trib.Const.Fed. 86, 1 (11).

⁴⁴ Trib.Const.Fed. 86, 1 (10).

⁴⁵ *Íbid.*

⁴⁶ Trib.Const.Fed. 86, 1 (11).

⁴⁷ Trib.Const.Fed. 86, 1 (13).

⁴⁸ *Íbid.*

⁴⁹ *Íbid.*

morales racionales no supone una disminución, sino un aumento de la racionalidad del derecho. Por consiguiente, la objeción de que todo es posible siempre en las ponderaciones se puede rebatir con la inclusión de la fórmula del peso en una teoría de la argumentación racional.

3. Desacuerdo razonable

Un escéptico de la ponderación podría aducir que es en efecto posible justificar las clasificaciones de la intensidad de la intervención en los dos casos analizados, pero también insistir en que hay casos en los que distintas clasificaciones se pueden fundamentar igualmente bien, lo que equivaldría a que ninguna de ellas sería justificable. El escéptico podría presentar como ejemplo la resolución del Tribunal Constitucional Federal sobre las búsquedas informatizadas de 2006. Esta resolución guardaba relación con la queja constitucional de un ciudadano marroquí, que cursó estudios universitarios en Alemania, contra la orden de una búsqueda informatizada. Dicha orden obligaba a los registros civiles, al registro central de extranjeros y a las universidades a transferir a la policía datos de varones de entre 18 y 40 años, concretamente sobre su credo, su país de origen y su carrera universitaria. Estos datos se procesaban electrónicamente con el fin de identificar posibles terroristas islámicos. La mayoría de los miembros de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal admitió una intervención “de relevancia considerable”,⁵⁰ esto es, una intervención grave en el derecho fundamental a la autodeterminación informativa. Para su justificación bastaría un peligro concreto, pero no una “amenaza general”, es decir, un peligro general o abstracto, “como era el caso recientemente desde el 11 de septiembre de 2001”.⁵¹ Sin embargo, no se pudo exponer la existencia de ningún peligro concreto. En consecuencia, la queja constitucional tuvo éxito. La clasificación es totalmente distinta desde la perspectiva divergente de la jueza Haas. En su opinión, se trataba de una intervención “de escasa relevancia”, que se debe soportar “en interés de la generalidad”.⁵² Según esto, la queja constitucional no habría estado justificada.

⁵⁰ Trib.Const.Fed. 115, 320 (348).

⁵¹ **Trib.Const.Fed. 115, 320 (364).**

⁵² Trib.Const.Fed. 115, 320 (379).

A este respecto, solo dos aspectos resultan interesantes. El primero es que ambas partes fundamentan sus clasificaciones con numerosos argumentos. La argumentación de la mayoría para la clasificación de la intervención como grave abarca once páginas,⁵³ la de la jueza Haas para su clasificación como leve se prolonga cuatro páginas.⁵⁴ Esto demuestra que la ponderación no es un asunto que requiera una mera clasificación, sino esencialmente una cuestión de argumentación. Cuando una argumentación jurídica racional es posible, también lo es una ponderación racional.

El segundo aspecto de interés es que el caso de las búsquedas informatizadas no fundamenta ninguna objeción contra la ponderación incluso cuando ambas partes pueden basarse en motivos de los que difícilmente puede afirmarse cuál es mejor. Existen dos motivos para ello. El primero es que hay muchos casos en los que solo es posible un resultado de la ponderación desde el punto de vista argumentativo o discursivo. En este caso, el resultado es necesario argumentativa o discursivamente. La necesidad discursiva abstracta,⁵⁵ que corresponde en cierta medida a los derechos humanos como derechos abstractos y al principio de democracia, debe ser apoyada por lo tanto por una necesidad discursiva concreta, que existe por ejemplo cuando una intervención solo se puede calificar como grave y los motivos que la justifican solo como leves.⁵⁶ Así pues, también hay certezas en el ámbito de la ponderación.

El segundo motivo es que en todo el Derecho se da la posibilidad de un desacuerdo razonable⁵⁷. En el ámbito de la ponderación existe un desacuerdo razonable cuando es posible justificar diversas clasificaciones con argumentos racionales, por lo que discursivamente son posibles. Resulta determinante que la pretensión de corrección no se abandona con el reconocimiento de la racionalidad del desacuerdo. La corrección como idea regulativa lleva a que el desacuerdo real y, como en la resolución de las búsquedas informatizadas,

⁵³ Trib.Const.Fed. 115, 320 (347-357).

⁵⁴ Trib.Const.Fed. 115, 320 (371-374)

⁵⁵ Acerca de los conceptos de necesidad discursiva, imposibilidad y posibilidad, véase Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 256.

⁵⁶ Véase para ello Virgílio Afonso da Silva, *Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing and Rational Decision*, en: *Oxford Journal of Legal Studies* 31 (2011), 291.

⁵⁷ Véase para ello John Rawls, *Political Liberalism*, Nueva York 1993, 55: "reasonable disagreement".

resuelto institucionalmente mediante la regla de la mayoría siga abierto para argumentaciones futuras. Esta es la dimensión ideal de la argumentación jurídica.