

DERECHOS FUNDAMENTALES, PONDERACIÓN Y RACIONALIDAD

ROBERT ALEXY *

SUMARIO**

1. Dos construcciones de derechos fundamentales.- 2. Crítica de Habermas a la construcción ponderativa.- 3. La estructura de la ponderación.

1. Dos construcciones de derechos fundamentales

Las Constituciones democráticas modernas contienen dos clases o categorías de normas. A la primera categoría pertenecen aquellas normas que constituyen y organizan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de Justicia, o sea, el Estado. En el centro se sitúa aquí la legitimación. En la segunda categoría entran aquellas normas que limitan y encauzan el poder estatal. Aquí deben ser mencionados, en primer lugar, los derechos fundamentales. Esa dicotomía parece tener una validez universal —al menos en el universo de los Estados constitucionales democráticos—. Ciertamente, la universalidad se debe, como tantas veces, a lo abstracto, y, por ello, también se extiende solamente tan lejos como éste. Directamente por debajo del plano de la alta abstracción entran en juego diversas posibilidades. Esto concierne tanto a la faceta de las competencias estatales, como también a los derechos individuales. Yo examinaré sólo los últimos.

Hay dos diferentes construcciones esenciales de los derechos fundamentales: una angosta y estricta, y una lata y amplia. La primera puede ser denominada “construcción de reglas”; la segunda “construcción de principios”. Ambas construcciones

* Nacido en 1945, se doctoró en 1976 en la Universidad Georg August de Göttingen y accedió allí a la cátedra universitaria en 1984. Tras rechazar una llamada de la Universidad de Ratisbona, aceptó una llamada en 1986 de la Universidad de Kiel. No siguió las llamadas de Graz (1991) y Göttingen (1997). El Profesor Alexy fue Presidente de la Sección alemana de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y del Estado entre 1994 y 1998. Desde 2002 es miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Göttingen.

** Traducción de David García Pazos (Doctor en Derecho Constitucional y Abogado), y Alberto Oehling de los Reyes (Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid).



no se han verificado de forma genuina en ninguna parte. Pero representan, sin embargo, diferentes tendencias básicas, y la pregunta acerca de cuál de ellas es la mejor es una cuestión nuclear de la hermenéutica de cada Constitución, que caracteriza los derechos fundamentales y una jurisdicción constitucional.

Según la construcción estrecha y estricta no se diferencian de forma apreciable las normas que reconocen derechos fundamentales de las demás normas del sistema jurídico. Como normas constitucionales tienen, por supuesto, su sitio en el nivel más alto del sistema jurídico, y sus contenidos son derechos sumamente abstractos de la máxima relevancia, mas todo ello no es —conforme a la construcción de reglas— motivo alguno para cualquier diferencia fundamental de tipo estructural. Son normas jurídicas y, como tal, son aplicables de la misma manera que todas las demás normas jurídicas. Su peculiaridad radica únicamente en que protegen determinadas posiciones, abstractamente expresadas, del ciudadano frente al Estado.

Según la construcción amplia las normas sobre derechos fundamentales no se agotan en la tutela de determinadas posiciones, descritas de forma abstracta, del ciudadano frente al Estado. Esa función continua de los derechos fundamentales se inserta en un extenso marco. En Alemania, en el año 1958, en la Sentencia del caso Lüth, el Tribunal Constitucional Federal desarrolló completamente este vasto campo por primera vez. Lüth había incitado a la opinión pública alemana, así como a los propietarios de cines y distribuidores de películas, a boicotear los filmes que Veit Harlans había producido desde 1945. Así, Lüth basaba su llamada al boicot en el hecho de que Harlan fue un prominente director de películas nazis, aludiendo al efecto, en particular, al film “*Jud Süß*”^{*}, la principal película de la propaganda cinematográfica antisemita nacionalsocialista. Al respecto, el Tribunal Regional de Hamburgo condenó a Lüth a que abandonase cada llamamiento a boicotear la nueva película de Harlan, “*Unsterbliche Geliebte*”^{**}. Esa Sentencia se fundamentó en que una incitación al boicot semejante infringía el parágrafo 826 BGB, el cual prohibía irrogar “daños intencionadamente a otro, en una forma que faltase a las buenas costumbres”. Lüth interpuso recurso de amparo constitucional contra dicha Sentencia.

El Tribunal Constitucional Federal consideró la llamada de Lüth al boicot como protegida, *prima facie*, por la libertad de expresión de la opinión (Art. 5.1 GG). El artículo 5.2 de la Ley Fundamental contiene, no obstante, tres cláusulas por las que se limita la libertad de expresión de opinión garantizada en el primer apartado de ese precepto constitucional. La primera de ellas es la de las “leyes generales”. El Tribunal Constitucional Federal estableció que el parágrafo 826 BGB, en el que el Tribunal Regional de Hamburgo había apoyado su decisión, es una ley general, en el sentido de la primera cláusula¹. Es exactamente en ese punto en el que se evidencia el significado de la dicotomía entre lo reducido y estricto, esto es, la construcción de reglas, y lo amplio y extenso, es decir la construcción de principios. Cuando se sigue la construcción de reglas, la solución del caso se agota en la respuesta a dos cuestiones.

* “Dulce judío”. Nota de los traductores.

** “Amada inmortal”. Nota de los traductores.

¹ BVerfGE 7, 198 (211 ss.)



La primera es si la llamada de Lüth al boicot se debe subsumir bajo el concepto de libertad de expresión. El Tribunal Constitucional Federal respondió a ello afirmativamente, y yo opino que es correcto. La segunda cuestión consiste en si el parágrafo 826 BGB es aplicable aquí. Este es el caso de que la llamada al boicot atente contra las buenas costumbres. El Tribunal Regional de Hamburgo consideró que él infringió las buenas costumbres, porque con ello pretendía impedir una reaparición de Harlan como autor de películas representativas, aunque él no sólo pasó por el proceso de desnacificación, sino que también había sido absuelto en un proceso penal que se había seguido contra él, por su participación en la película “*Jud Süß*”. Bajo esas circunstancias, la llamada al boicot atenta —para el Tribunal Regional de Hamburgo— al “Derecho y espíritu de las costumbres democráticas del pueblo alemán”².

El Tribunal Constitucional Federal opina que no es suficiente efectuar esas dos subsunciones aisladas³. Se exige mucho más, que lo de siempre, cuando la aplicación de normas de Derecho civil acarrea la restricción de un derecho fundamental, procediendo una ponderación de los principios constitucionales confrontados. El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que al principio de libertad de opinión le debe ser conferida la primacía frente a los principios opuestos. Ello exigía que la cláusula “contra las buenas costumbres” del parágrafo 826 BGB debía ser interpretada en consonancia con esa prioridad. En pocas palabras: Lüth ganó.

La Sentencia del caso Lüth vincula tres ideas, que han determinado básicamente el Derecho constitucional alemán. La primera es que la garantía jurídico-constitucional de los derechos individuales no se agota en una garantía de los clásicos derechos de defensa del ciudadano frente al Estado. Los derechos fundamentales encarnan, como dice el Tribunal Constitucional Federal, “también un orden objetivo de valores”⁴. Al respecto es discutible qué ha considerado el Tribunal por un “orden objetivo de valores”. Más tarde, el Tribunal habla simplemente de “los principios [...], que se expresan en los derechos fundamentales”⁵. Con esto, se puede referir⁶ y decir que la primera idea esencial de la Sentencia del caso Lüth radica en que los derechos fundamentales no tienen solamente el carácter de reglas, sino también de principios. La segunda, estrechamente ligada a la primera idea, que los valores o principios de los derechos fundamentales no solamente tienen aplicación a la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino, mucho más lejos, “a todos los ámbitos del Derecho”⁷. Con ello se produce un “efecto irradiante” de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico. Los derechos fundamentales gozarán de ubicuidad. La tercera idea resulta de la estructura de los valores y principios. Valores y principios tienden a colisionar. Una colisión de principios sólo puede solucionarse mediante ponderación.

² Vid. BVerfGE 7, 198 (201).

³ BVerfGE 7, 198 (207).

⁴ BVerfGE 7, 198 (205).

⁵ BVerfGE 81, 242 (254).

⁶ Para un análisis más detallado de las relaciones entre el concepto de principio y el de valor, vid. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt am Main, 1996, págs. 125 ss.

⁷ BVerfGE 7, 198 (205).



Por ello, el mensaje más importante para la vida jurídica cotidiana reza como sigue: “con tal fin, se precisa una ‘ponderación de bienes’”⁸.

El Tribunal Constitucional ha continuado el camino que se inició con la Sentencia del caso Lüth. De tal modo, desde una perspectiva metodológica, el concepto de la ponderación es el principal concepto. En vez de contraponer recíprocamente una construcción amplia y extensa y una reducida y estricta, se podría confrontar, por lo tanto, un modelo de ponderación y un modelo de subsunción. Esto permite formular la siguiente pregunta: ¿Cuál de las dos construcciones conlleva más racionalidad en la jurisprudencia constitucional, la que postula una subsunción, o la que reclama una ponderación?

2. Crítica de Habermas a la construcción ponderativa

En el Derecho constitucional la ponderación acarrea muchos problemas, que no es posible enumerar aquí de una vez. Me limitaré a dos objeciones, que han sido formuladas por Jürgen Habermas.

La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo de los derechos fundamentales absorbe su fuerza normativa. Él opina que, por la ponderación, los derechos fundamentales se degradan al plano de los propósitos, programas y valores. Por ello, pierden la “estricta primacía”, que debe ser característico desde un “punto de vista normativo”⁹. De este modo, se desmorona un muro divisorio:

“Cuando, en caso de colisión, todas las causas pueden adoptar el carácter de argumentos finalistas, se derrumba aquel muro divisorio, que se estableció en el discurso jurídico con una comprensión deontológica de las normas y principios del Derecho”¹⁰.

Ese peligro de reblandecimiento de los derechos fundamentales se sitúa al lado del “peligro de juicios irracionales”¹¹. Según Habermas no existen “medidas racionales” para la ponderación:

“Porque faltan medidas racionales al respecto, la ponderación se verifica bien arbitrariamente, bien irreflexivamente, conforme a estándares y jerarquías acostumbradas”¹².

Esa primera objeción concierne a pretendidas consecuencias sustanciales del modelo ponderativo: reblandecimiento e irracionalidad. En cuanto a la segunda objeción, se trata de un problema conceptual. Habermas sostiene que, con la construcción ponderativa, el Derecho se sustrae del campo de la validez e invalidez, de lo verdadero y lo falso, y de la motivación, y es trasplantado a un espacio que se define por medio de ideas, como la mayor o menor conveniencia, y conceptos, como la discrecio-

⁸ BVerfGE 7, 198 (210).

⁹ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4ª ed., Frankfurt am Main, 1994, pág. 312.

¹⁰ J. HABERMAS, *op. cit.*, pág. 315.

¹¹ J. HABERMAS, *op. cit.*, pág. 316.

¹² J. HABERMAS, *op. cit.*, págs. 315 ss.



nalidad. En efecto, de una ponderación de bienes deben poder “resultar” juicios, mas una ponderación tal nunca nos podría “facultar” para considerar correcto el juicio:

“El juicio es, entonces, incluso, un juicio valorativo, que refleja, dentro de un concreto orden de valores, una forma de vida articulada más o menos conveniente, pero, de ningún modo, se aplica más a la alternativa de si la decisión adoptada es verdadera o falsa”¹³.

Esta segunda objeción es, cuando menos, para tomar tan en serio como la primera. Él termina en la tesis de que la pérdida de la categoría de la exactitud es el precio de la ponderación. De ser esto cierto, se le infligiría un golpe definitivo a la construcción ponderativa. El Derecho está ligado necesariamente a una pretensión de exactitud¹⁴. Si la ponderación fuese incompatible con la exactitud y la motivación, no existiría sitio alguno para ella en el Derecho. El desarrollo del Derecho constitucional alemán en los últimos 50 años estaría en la base de la formación de un error.

¿Es la ponderación irracional en sí misma? ¿La construcción ponderativa es incapaz de evitar el sacrificio de los derechos individuales? ¿Realmente significa la ponderación que nos debemos despedir de la exactitud y la motivación, y, con ello, de la razón? Es apenas posible contestar a esas cuestiones sin saber qué es la ponderación. Para saber qué es la ponderación debe conocerse su estructura. Por ello, es útil echar una ojeada a la praxis real de la ponderación.

3. La estructura de la ponderación

En el Derecho constitucional alemán la ponderación es una parte de aquél, que postula un principio general. Ese principio general es el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad consta de tres subprincipios: los principios de idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto. Los tres principios expresan la idea de la optimización. Los derechos fundamentales, como principios, son mandatos de optimización. Como mandatos de optimización, son principios las normas que ordenan que algo se realice en la medida más alta posible, en atención a las perspectivas fácticas y jurídicas¹⁵.

Por los principios de idoneidad y necesidad se trata de la optimización relativa a las perspectivas fácticas. El principio de idoneidad excluye la aplicación de medios que, como mínimo, perjudiquen la realización de un principio, sin favorecer, al menos, uno de los principios u objetivos a cuya consecución deben servir. Cuando un medio *M*, que se crea para fomentar la realización del principio *P1*, no es apto para ello, mas, tal vez, perjudica la realización del principio *P2*, entonces no resultan costes para *P1* ni para *P2* si se deja caer *M*, pero, seguramente, se ocasionan costes para *P2* si se aplica *M*. Así, pues, en atención a las perspectivas reales, *P1* y *P2* pueden

¹³ J. HABERMAS, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt am Main, 1996, pág. 369.

¹⁴ R. ALEXY, *Recht und Richtigkeit*, en W. KRAWIETZ/R. S. SUMMERS/O. WEINBERGER/G. H. von WRIGHT (eds.), *The Reasonable as Rational?*, homenaje a Aulis AARNIO, Berlín, 2000, págs. 7 ss.

¹⁵ Vid. R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 75.



realizarse conjuntamente en un nivel más alto si se abandona *M*. De ese modo, *P1* y *P2* conjuntamente impiden la aplicación de *M*. Esto demuestra que el principio de idoneidad no es otra cosa que una manifestación de la idea del Óptimo de Pareto: una posición puede ser mejorada, sin que resulten perjuicios para otra.

Lo mismo vale para el principio de necesidad. Este principio postula que, de dos medios, que acaso favorezcan igual de bien a *P1*, se elija aquel que afecte menos intensamente a *P2*. Si existiera un medio con injerencia de menor intensidad e igualmente idóneo, entonces puede ser mejorada una posición, sin que se ocasionen costes para la otra. La aplicabilidad del principio de necesidad presupone, sin embargo, que no haya un tercer principio *P3* que sea afectado negativamente por el medio cuyo uso interfería con menor intensidad en *P2*. En esa coyuntura, el caso ya no puede ser resuelto más en base a razonamientos que se apoyen en la idea del Óptimo de Pareto. Cuando no se pueden evitar costes o sacrificio, será necesaria una ponderación.

La ponderación es objeto del tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, el principio de proporcionalidad en sentido estricto. Este principio dice qué significa la optimación en relación a las perspectivas jurídicas. Es idéntico a una regla que se puede denominar “ley de ponderación”¹⁶. Reza como sigue:

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

La ley de ponderación expresa que la optimación en relación a un principio en conflicto no se basa en otro, sino en la ponderación.

La ley de la ponderación muestra que la ponderación se puede descomponer en tres pasos. En un primer paso se establece el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio. A éste le sigue, en un segundo paso, la comprobación de la satisfacción del principio contrapuesto. En un tercer paso, finalmente, se determina si la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto justifica la afectación o incumplimiento del otro.

La primera objeción de Habermas es exacta, en tanto no fuere posible emitir juicios racionales, en primer lugar, sobre la intensidad de la injerencia, en segundo lugar, sobre el grado de importancia, y, en tercer lugar, sus mutuas relaciones. Como principios, entonces, los derechos fundamentales tolerarían cualquier solución —se prescinde de la comprobación de la idoneidad y de la necesidad—. El “muro divisorio” se disuelve en aire.

¿Cómo se puede demostrar que los juicios racionales sobre intensidades de injerencia y grados de importancia son posibles, hasta el punto que se puede justificar de manera racional un resultado a través de la ponderación?. Un método plausible podría consistir en el análisis de ejemplos, un análisis que se orienta a sacar a la luz lo que nosotros suponemos cuando resolvemos casos por ponderación. Una Sentencia del Tribunal Constitucional Federal sobre prevención ante riesgos para la salud

¹⁶ Vid., al respecto, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 146.

debe ser considerada como primer ejemplo¹⁷. En esta Sentencia, el Tribunal Constitucional Federal califica la obligación de los productores de efectos de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre los riesgos de fumar, como una injerencia relativamente leve en la libertad de empresa. Una injerencia más grave sería, en cambio, una prohibición absoluta de todos los productos de tabaco. Entre tales supuestos, leves y graves, se encuentran casos de intensidad media de injerencia. De tal modo, resulta una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”. El ejemplo demuestra que son posibles válidas coordinaciones de esos grados.

Lo mismo vale para la faceta de los motivos contrarios. Los riesgos para la salud asociados al tabaquismo son elevados. Por ello, las razones de la injerencia son de peso. De esa manera, asegurada primero la intensidad de la injerencia como leve, y alto el grado de importancia del motivo de la misma, así, con el Tribunal Constitucional Federal, se puede denominar, ciertamente, el resultado de la comprobación de la proporcionalidad en sentido estricto como “evidente”¹⁸.

Entonces, se podría pensar que el ejemplo no dice mucho. De una parte, se trata de actividades económicas, y, de otra, de hechos cuantificables. Por ello, serían posibles métodos de escalas. Sin embargo, esto sería distinto en ámbitos en los que los factores cuantificables, como costes y probabilidades, no juegan papel alguno, al menos significativo.

Para replicar a esa objeción, debe tomarse en consideración un segundo caso, en el que se trata de un clásico conflicto entre la libertad de expresión y el derecho a la personalidad. La popular revista satírica TITANIC había calificado, primero, como “asesino nato”, y, en una edición posterior, entonces, como “tullido”, a un oficial de la reserva parapléjico, que había tramitado con éxito su enrolamiento para un ejercicio militar. Ante una demanda del oficial de la reserva, el Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista TITANIC a una indemnización por daño personal, en cuantía de 12.000 marcos alemanes. La revista TITANIC interpuso recurso de amparo constitucional. El Tribunal Constitucional Federal efectuó una “ponderación referida al caso”¹⁹, entre la libertad de expresión por parte de la revista implicada (art. 5.1, apartado 1º GG) y el derecho general a la personalidad del oficial de la reserva (art. 2.1, en relación con el art. 1.1 GG). A tal fin, se determinó la intensidad de menoscabo de esos derechos, poniéndolos en relación. La condena a la indemnización por daño personal fue catalogada como intromisión “más tenaz”, esto es, más grave, en la libertad de expresión. Ello se fundamentó, ante todo, en que la indemnización por daño personal podría reducir la disposición futura de los afectados a editar su revista de la misma manera en que lo habían hecho hasta la fecha²⁰. Acto seguido, la calificación “asesino nato” se pone en el contexto de las sátiras publicadas por la revista TITANIC. En ella se denominan a diversas personas de una manera peculiar, “reconociblemente poco seria, mediante juegos de palabras, hasta llegar a la majadería”, como algo connatural, así por ejemplo el entonces Presidente Federal, Richard

¹⁷ BVerfGE 95 173.

¹⁸ BVerfGE 95, 173 (187).

¹⁹ BVerfGE 86, 1 (11).

²⁰ BVerfGE 86, 1 (10).

von Weizsäcker, “ciudadano nato”²¹. Este contexto excluye apreciar en tal calificación una “vulneración prohibida, grave e ilegítima del derecho a la personalidad”²². De este modo, en todo caso se atribuye a la afectación del derecho a la personalidad una intensidad media, incluso, tal vez, sólo mínima. Esto corresponde a una importancia media, tal vez sólo mínima, de la protección del derecho a la personalidad del oficial de la reserva, por medio de la imposición de una indemnización por daño personal. La primera parte de la resolución se establece conforme a esta gradación. Para justificar la condena a la indemnización por daño personal como una intromisión grave en el derecho fundamental a la libertad de expresión, la afectación del derecho a la personalidad, que debe compensarse con la indemnización por daño personal, debería ser, al menos, igualmente grave. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional Federal, ello no es así. Por lo tanto, la injerencia en la libertad de expresión es desproporcionada.

El concepto de no proporcionalidad responde aquí a una relación entre las injerencias concurrentes, reales e hipotéticas. Una injerencia en un derecho fundamental es desproporcionada cuando no se justifica, por lo menos, mediante una hipotética injerencia de igual intensidad en otro principio constitucional, la cual sería real en caso de que cesase la primera injerencia. Por esta regla —conjuntamente con la gradación del Tribunal Constitucional Federal— se infiere que, hasta aquí, en cualquier caso, la condena a la indemnización por daño moral de 12.000 marcos alemanes vulnera los derechos de la revista TITANIC, en cuanto se funda en la calificación del oficial de la reserva como “asesino nato”.

Sin embargo, las cosas deben ser de otra forma para la calificación del oficial de la reserva como “tullido”. Este apelativo lesiona al parapléjico de forma “grave en su derecho a la personalidad”²³. Así, pues, La importancia de la protección del oficial de la reserva mediante la imposición de una indemnización por daño moral es grande. De tal modo, ello se fundamenta en que la calificación de un minusválido grave como “tullido” es entendida hoy en día, en general, como “una humillación”, y pone de manifiesto un “menosprecio”. Por ende, a la grave injerencia en la libertad de expresión se contrapone una alta importancia de la protección de la personalidad. En esta situación, el Tribunal Constitucional Federal llega a la conclusión de que no se reconoce “ninguna merma que perjudique la libertad de expresión”²⁴. El recurso de amparo constitucional de la revista TITANIC tan sólo fue estimado, en tanto que la indemnización por daño moral había sido impuesta por la calificación “asesino nato”. En lo que se refería a la calificación “tullido” fue infundado²⁵.

Esta decisión es, sin duda, una decisión que sigue el modelo ponderativo. ¿Le es aplicable la crítica de Habermas?. Consideraré, ante todo, la objeción general y básica de que el ponderar conduce fuera del campo de la validez e invalidez, lo verdadero y falso, y de la motivación.

²¹ BVerfGE 86, 1 (11).

²² BVerfGE 86, 1 (12).

²³ BVerfGE 86, 1 (13). Resaltado por el abogado.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ BVerfGE 81, 1 (14).



La estructura formal de la argumentación del Tribunal Constitucional Federal puede concebirse en una regla, que ya tuvimos en cuenta:

Una injerencia en un derecho fundamental es desproporcionada cuando no aparece justificado que la cesación de esa injerencia fuere, al menos, asimismo, una injerencia más intensa en la realización de otro principio (o el mismo principio, en otro sentido, o en relación a otras personas).

Esta regla, puede ser llamada la “regla de la no proporcionalidad”, establece una regla entre los juicios sobre los grados de intensidad y el juicio de proporcionalidad. Los juicios sobre grados de intensidad son causas para el juicio sobre proporcionalidad o no proporcionalidad. Los juicios de proporcionalidad, como todos los juicios, exigen una pretensión de exactitud, y esta pretensión se apoya en juicios sobre grados de intensidad como causas. Esto es suficiente para no desterrar la ponderación del reino de la motivación.

Esta tesis general se refuerza cuando se atiende no sólo a la relación entre los juicios sobre grados de intensidad y el juicio de proporcionalidad, sino también a la relación entre aquellos juicios y las causas que se aducen —por así decirlo, en un nivel próximo— para justificarlos nuevamente. Habermas sostiene que “la ponderación se (verifica) ya arbitrariamente, ya irreflexivamente, según estándares y jerarquías acostumbradas”²⁶. Ahora bien, los supuestos que se basan en los juicios sobre la intensidad de las injerencias en la libertad de expresión y la personalidad no son arbitrarios. El Tribunal Constitucional Federal consideró grave la injerencia en la libertad de expresión, porque la condena a una indemnización por daño moral podría reducir la disposición futura de los afectados a editar su revista en la forma en que lo habían hecho hasta entonces. Este es un argumento, y nada malo, por cierto. Es muy discutible si la calificación como “asesino nato” representa realmente un perjuicio leve o mediano. Ahora bien, es difícil rebatir que el Tribunal alega razones para su gradación que, por lo menos, son válidos para la consideración. Merced a ello, el Tribunal fundamenta expresamente su apreciación de que la calificación del minusválido como “tullido” es un menoscabo muy intenso en su personalidad, que es humillante y despectivo. Este es, primero, un argumento, y, segundo, un buen argumento. No se puede decir, sin embargo, que la ponderación se realiza “arbitrariamente”. También es dudoso si el Tribunal Constitucional Federal ha adoptado sus juicios sobre las intensidades de las injerencias “irreflexivamente, según estándares y jerarquías acostumbradas”. Sin duda, es verdad que los estándares que sigue el Tribunal se engarzan en una cadena de precedentes, que se puede remontar hasta la Sentencia del caso Lüth. Empero, el discurso de estándares “acostumbrados” sólo se justificaría cuando solamente la mera existencia de los precedentes fuera relevante para la decisión alcanzada, y no también su exactitud. Además, solamente se podría hablar de ello, que en la ponderación se aplican estándares o jerarquías “arbitrariamente”, cuando esa aplicación no se incluye en una argumentación. Puesto que los argumentos son la expresión pública de la reflexión. Todo esto es también es válido para la resolución sobre el tabaco.

²⁶ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, op. cit., págs. 315 ss.

Subsiste la cuestión de si la ponderación acarrea que se derrumbe un “muro divisorio”. Nuevamente, es instructiva la resolución sobre el TITANIC. El Tribunal Constitucional Federal considera humillante y despectiva la calificación del oficial de la reserva como “tullido”. Aún se puede ir más lejos. Semejante humillación y falta de respeto afectan a la dignidad de la víctima. De cualquier manera, ésta no es sólo una infracción grave, sino muy grave, o, incluso, extraordinariamente grave. Así, se establece un punto en el que las injerencias casi nunca se pueden justificar en virtud de un refuerzo aún más amplio de las razones de la injerencia. Esto cumple la ley de la tasa marginal decreciente de sustitución²⁷. Los derechos fundamentales ganan en fuerza de forma desproporcionada, cuando aumenta la intensidad de las injerencias. Por eso, tienen algo así como un núcleo resistente. Esto erige el “muro divisorio”, que Habermas echa en falta en la construcción ponderativa de los derechos fundamentales. Así, la construcción ponderativa resiste ambas objeciones de Habermas.

²⁷ R. ALEXYS, *Theorie der Grundrechte*, op. cit., pág. 147.

