

EL JUICIO DE PONDERACIÓN Y SUS PARTES. CRÍTICA DE SU ESCASA RELEVANCIA.

Juan Antonio García Amado
Universidad de León

1. Planteamiento.

En este trabajo esbozaré varias tesis:

1. La ponderación (*Abwägung*), como método, no tiene autonomía, pues su resultado depende de la interpretación de las normas constitucionales y/o legales que vengan al caso.

2. Cuando los Tribunales Constitucionales dicen que ponderan siguen aplicando el tradicional método interpretativo/subsuntivo, pero cambiando en parte la terminología y con menor rigor argumentativo, pues dejan de argumentar sobre lo que verdaderamente guía sus decisiones: las razones y valoraciones que determinan sus elecciones interpretativas.

3. Si lo anterior es cierto, implica que no hay diferencias cualitativas y metodológicamente relevantes entre:

- a) Reglas y principios.

- b) Decisiones de casos constitucionales y casos de legislación ordinaria.

4. Todo esto implica que todo caso, tanto de legalidad ordinaria como constitucional, puede ser presentado, decidido y fundamentado como caso de conflicto entre principios (incluso constitucionales) o de subsunción bajo reglas. Esto, más en concreto, quiere decir:

(i) Que todo caso de legalidad ordinaria puede ser transformado en caso de conflicto entre principios.

(ii) Que todo caso de los que deciden los Tribunales Constitucionales puede reconducirse a un problema de subsunción de hechos bajo (la referencia de) enunciados, con la necesaria mediación, por tanto, de la actividad interpretativa, es decir, de decisiones de atribución de significado (de entre los significados posibles).

No podré aquí fundamentar por extenso todas estas tesis entre sí ligadas. Algunas aparecerán sólo tangencialmente, aunque todas subyacen a lo que en este trabajo sostendré.

El método que emplearé será el siguiente. Tomaré tres de las sentencias alemanas que Alexy en el *Epílogo*¹ a la traducción inglesa de su *Teoría de los derechos fundamentales* (y en otros varios trabajos; pero aquí me centraré sólo en el *Epílogo*) usa como muestras de aplicación clara y buen funcionamiento del principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), con sus tres subprincipios, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (*Geeignigkeit, Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit im engeren Sinne*). Con el análisis detallado del razonamiento contenido en esas tres sentencias trato de poner de relieve que dichos tres principios carecen de autonomía operativa y son, al menos en cierto sentido, triviales o prescindibles, pues las magnitudes sobre las que se aplican (lo que se "pesa") o el resultado de su aplicación (el "peso" resultante) está decisivamente condicionado por las *interpretaciones* previas que de las normas que vengan al caso haya hecho el Tribunal, y, con ello, por las contingentes valoraciones o preferencias del Tribunal. En otras palabras, un tanto simplificadoras: es la conciencia valorativa del Tribunal, su ideología, lo que determina tanto qué es lo que en concreto se ha de pesar, de poner en cada platillo de la balanza, como el resultado de ese pesaje o ponderación.

2. Los subprincipios de la ponderación y las condiciones de su uso

¹ Robert Alexy, "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, nº 66, septiembre-diciembre 2002. Traducción del alemán a cargo de Carlos Bernal. Del mismo trabajo y con idéntica traducción, y con presentación de Francisco Rubio Llorente, hay edición independiente en Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004. Aquí citaremos por la primera publicación mencionada.

2. 1. Sobre el subprincipio de idoneidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 19, 330 -Sachkundenachweis*.

Sostendremos que en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante

Esta Sentencia la toma Alexy como ejemplo claro del funcionamiento del subprincipio de idoneidad. Recordemos que este subprincipio de idoneidad determina que la limitación de un derecho fundamental (u otro principio constitucional) sólo es constitucionalmente admisible si efectivamente, fácticamente, sirve para favorecer a otro derecho fundamental (u otro principio constitucional).

La exposición del caso es sencilla y podemos hacerla en las palabras mismas de Alexy²: "Un peluquero había colocado una máquina de tabaco en su establecimiento sin contar con un permiso explícito de la Administración. A consecuencia de ello, un funcionario administrativo le impuso una multa por quebrantar la ley de comercio al por menor. Esta ley exigía un permiso, que sólo podía ser otorgado si el solicitante demostraba el <<conocimiento técnico profesional indispensable>> para ejercer la actividad comercial de que se tratara. Esta circunstancia podía acreditarse mediante la prueba de la formación como comerciante o de la práctica de muchos años en un establecimiento de comercio, o mediante un examen especial, en el que se demostraran los conocimientos como comerciante. El peluquero buscó protección jurídica ante los tribunales. El Tribunal Superior de Saarbrücken, que se ocupó del asunto en segunda instancia, consideró inconstitucional la exigencia de probar los conocimientos técnicos comerciales para el mero hecho de instalar una máquina de tabaco y planteó la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal. Este alto Tribunal llegó a la decisión de que la exigencia de probar los conocimientos técnicos específicos para el comercio de mercancías, es decir, también para el comercio mediante una máquina de tabaco, vulneraba la libertad de profesión y oficio, garantizada por el art. 12.1 LF" (Ley Fundamental de Bonn, Constitución Alemana).

A esta presentación de los hechos conviene tal vez hacerle algunos añadidos. Por un lado, interesa saber que el lugar donde el peluquero instala la máquina de tabaco es su casa, según dice la misma Sentencia. Nada se dice, en cambio, sobre si era en su casa donde tenía instalada la peluquería y donde, por tanto, ejercía su profesión de peluquero. Sí sabemos que, aparte de la sanción administrativa que en el caso se discute, sufrió el peluquero una pequeña sanción penal por el hecho de que tal instalación de la máquina en su casa atentaba contra las normas urbanísticas vigentes. Por último, merece la pena destacar que la ley sobre tráfico al por menor expresamente establecía que los mencionados requisitos se aplicaban también al comercio mediante máquinas automáticas. Dicha ley disponía exigencias especiales de capacitación para la venta de alimentos y productos farmacéuticos y sanitarios, y otras exigencias para la venta al por menor de cualquier otro tipo de mercancías. Son estas últimas exigencias las que antes se han descrito y las que vienen al caso que examinamos.

Alexy aprueba la Sentencia y la presenta como caso prototípico de aplicación del subprincipio de idoneidad, que habría sido aquí el decisivo³. Gracias a la operatividad de dicho

² Epílogo, p. 27.

³ Según Alexy, la fundamentación dada por el Tribunal "se apoyó básicamente en que, en el caso del establecimiento en donde se había instalado la máquina de tabaco, la prueba de conocimientos comerciales específicos no era idónea para proteger a los consumidores de daños económicos o de daños para la salud" (ibid.). Es de este mismo modo como la propia Sentencia presenta la *ratio* del fallo. Prosigue Alexy: "En consecuencia, esta medida resultaba prohibida por el principio de idoneidad y vulneraba por tanto el derecho fundamental a la libertad de profesión y oficio" (ibid.). Se apoya ahí para explicar con claridad cómo funciona el principio de idoneidad: "Hay dos principios en juego: el de libertad de profesión y oficio (P1) y el de protección de los consumidores (P2). Debido a la falta de idoneidad, el medio adoptado M, o sea, la prueba de conocimientos técnicos, no está en condiciones de favorecer al principio P2 y, sin embargo, sí impide la realización del principio P1. En esta situación, si se omite M, no se originan costes ni para P2 ni para P1 y, en cambio, si se adopta M sí resultan costes para P1. Si se renuncia a

principio la solución dada por el Tribunal a este caso sería poco menos que evidente, de racionalidad difícilmente discutible. Pues bien, lo que aquí pretendo, al hilo de la exposición detallada de los argumentos de la Sentencia, no es manifestar abierto desacuerdo con el contenido de tal fallo, sino mostrar que tal fallo es tan racional como podría haberlo sido su contrario, que también podría haber estado respaldado por argumentos altamente convincentes. Y ello por una razón principal, que es la hipótesis que quiero poner a prueba aquí: *el principio de idoneidad sólo opera, y opera bien, cuando se ha predecido entre qué dos derechos o principios tiene lugar el conflicto que en el caso se dirime*. Y es tal predecisión la que *predetermina el resultado final de la aplicación del principio de idoneidad*. Pero esa predecisión es una opción valorativa que toma el intérprete, el Tribunal en este caso, no algo que se siga casi nunca con plena evidencia y de modo indiscutible. Poner a competir a P¹ con P² en lugar de con P³ o Pⁿ es una *decisión* del tribunal, que casi siempre aparece justificada mediante un razonamiento que tiene como principal fin eliminar a P³... Pⁿ como posibles competidores o contrapesos de P¹ en el caso. Veremos cómo ocurre tal cosa al ir analizando esta Sentencia. Pero antes ilustremos de modo muy simple y esquemático esto que estamos diciendo.

Hay un caso C en el que se cuestiona una norma N que limita el principio P¹. El principio de idoneidad, como subprincipio del principio de proporcionalidad, establece que N sólo será constitucional si la limitación de P¹ se puede justificar porque N reporta un beneficio⁴ a algún otro principio P²... Pⁿ. Imaginemos que existen dos principios (P² y P³) que pueden razonablemente invocarse como candidatos a recibir ese beneficio derivado de la limitación de P¹ por N. Con fines puramente expositivos y esquemáticos, representaremos el beneficio que para un P se sigue de la limitación de otro P mediante la siguiente fórmula, en la que x se sustituirá en cada caso por una magnitud numérica:

$$bP^{+x}$$

Ahora apliquemos en nuestro ejemplo magnitudes al respectivo beneficio que para P² y P³ se deriva de la limitación de P¹, y pongamos que el resultado queda así:

$$bP^{2(+0)}$$

$$bP^{3(+1)}$$

Es decir, que de la limitación de P¹ en N se deriva un beneficio de +0 (ningún beneficio) para P² y un beneficio de +1 para P³.

Aplicando el principio de idoneidad, el resultado sería que N es constitucional si se estima que el fin que persigue al limitar P¹ es favorecer P³. En cambio, N no sería constitucional si se estima que el fin que persigue es favorecer P².

Y ahora viene la pregunta crucial: ¿de qué depende nuestra opinión de que N tiene su razón de ser en beneficiar a P² o a P³? La respuesta me parece clara: *de la interpretación que hagamos de N*. Y bien claro es también que la interpretación que aquí dirime es una interpretación *teleológica*.

Si todo esto es cierto, tendríamos que la aplicación del subprincipio de idoneidad nos parece sumamente racional, en casos como el de esta Sentencia, porque dicha aplicación es *trivial*. Quiero decir con esto que la verdadera sustancia de la discusión jurídica del caso no está en la conclusión sobre si una norma que limita un principio beneficia a otro determinado principio. No. La verdadera clave está en determinar cuáles son los principios que se comparan, y muy especialmente cuál es el principio cuyo beneficio se considera que es el fin justificatorio de la norma. *Porque si cambiamos la interpretación teleológica de esa norma, podremos cambiar también el principio de comparación (P³... Pⁿ) y con ello, puede cambiar completamente el resultado del juicio de idoneidad*. Así que la clave argumentativa más

M, en conjunto P1 y P2 pueden realizarse en su mayor medida, de acuerdo con las posibilidades fácticas" (ibid, pp. 27-28).

⁴ Como sabemos, que ese beneficio para P² tenga que ser igual o mayor que la limitación que se hace a P¹ es una exigencia que ya no pertenece al subprincipio de idoneidad, sino al de proporcionalidad en sentido estricto, tercer subprincipio del principio de proporcionalidad.

importante no se haya en los enunciados de la Sentencia mediante los que se muestra que P² se beneficia o no se beneficia con la limitación de P¹ por N. *La clave está en lo que "pesen" las razones por las que se establece que el candidato a medirse con P¹ es P² y no P³ o Pⁿ. Y esas razones son razones interpretativas*, muy ligadas al establecimiento de la *ratio* de N.

Aplicado al caso de esta Sentencia, aceptemos que es convincente el juicio del Tribunal (aplaudido por Alexy) de que la limitación que para la libertad profesional establece la norma discutida no reporta ningún beneficio para el otro principio tomado en cuenta como contrapeso, el principio de protección de los consumidores. ¿Pero es igual de convincente la asunción de que es éste y no ningún otro el principio de contrapeso, el que debe tener algún beneficio como consecuencia de aquella limitación de la libertad profesional? Veremos que todo el esfuerzo del Tribunal se concentra en dar argumentos para descartar otros candidatos a principios de contrapeso. Esa es la clave argumentativa y sustancial de la Sentencia, no la aplicación, poco menos que automática y trivial, del subprincipio de idoneidad. Y llegamos así a lo esencial: el fallo será tanto más convincente cuanto más convincentes sean esos argumentos mediante los que el tribunal justifica el descarte de otros posibles candidatos a principio de contrapeso. Y si esta Sentencia parece convincente, o al menos no carente por completo de fuerza de convicción, es gracias a tales argumentos, no al acierto en la aplicación del subprincipio de idoneidad.

En suma llegamos de nuevo a la *tesis* que venimos sosteniendo: que *en los casos de ponderación lo decisivo es la interpretación previa de las normas concurrentes y que la operación ponderativa es sólo el tramo final y más irrelevante*⁵.

Analicemos ahora los pasos de la Sentencia.

Como ya sabemos, el Tribunal falló que la norma en discusión es inconstitucional porque atenta contra el derecho de libre ejercicio de profesión y oficio (art. 12.1 LF). La razón sería que dicha norma no reporta, a cambio, ningún beneficio para la protección de los consumidores, ni como protección de su salud ni como protección de su economía. Vayamos desgranando los argumentos del Tribunal.

- El derecho al libre ejercicio profesional debe ser interpretado como vinculado al principio de libre desarrollo de la personalidad. Ello obliga, según el Tribunal, a que toda limitación que de tal derecho se haga en nombre del interés público deba estar estrictamente sometida al principio de proporcionalidad. Ya ha aparecido la primera mención del principio de proporcionalidad, con lo que ya se insinúa que estamos en los terrenos de la ponderación. Pero ¿no es lo mismo que decir -en terminología más tradicional- que la gran importancia de aquel derecho fundamental fuerza a que deba interpretarse restrictivamente toda norma que lo limite, incluidos otros derechos fundamentales o principios que puedan entrar en colisión con él?⁶ Pero

⁵ Sería muy interesante entrar en una comparación a fondo de las analogías estructurales entre la actual doctrina de la ponderación constitucional y la doctrina decimonónica de la subsunción. Avanzo dos hipótesis provisionales. Tanto aquella insistencia en el carácter meramente subsuntivo de la decisión como ésta de ahora en el carácter meramente ponderativo de la decisión cumplen la función de dejar en la oscuridad la operación más determinante, la interpretación de las normas (también, en muchas ocasiones, su elección); y ambas doctrinas comparten la fe en haber encontrado un procedimiento formal o cuasiformal que sustraiga a la decisión jurídica de las contingentes valoraciones de los tribunales. Entonces se pensaba que el carácter silogístico del razonamiento jurídico hacía primar la objetividad formal sobre la aleatoriedad de las valoraciones, y hoy los llamados neoconstitucionalistas piensan que la existencia de reglas de la ponderación dota de una cierta objetividad a las decisiones de los tribunales (al menos a las decisiones en que la ponderación se aplica, aquellas que deciden casos de conflicto entre principios, ¿pero no es perfectamente posible reconducir cualquier conflicto jurídico a un conflicto entre principios?). Por eso ninguno de esos neoconstitucionalistas insiste hoy ni lo más mínimo en que las decisiones de los Tribunales Constitucionales dependan de los valores o las ideologías dominantes en cada caso entre sus miembros. Y por eso también es esta de la ponderación la doctrina que con más entusiasmo acogen los propios Tribunales Constitucionales, pues es la única que hoy aún puede dotar de apariencia de objetividad a sus decisiones y, de paso, justificar el creciente y universal activismo y casuismo de las tales Tribunales, siempre en detrimento del legislador.

⁶ Es interesante reparar en la frase exacta del Tribunal: "La interpretación de este precepto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se orienta por el principio de que, por razón del especial rango de este derecho fundamental, el cual se halla en estrecha relación con el de libre desarrollo de la personalidad, todas sus inevitables limitaciones

el Tribunal sigue hablando el lenguaje de la ponderación y dice que las limitaciones de este derecho no pueden ir más allá de lo que exija el interés general que las legitima, por lo que los medios empleados deben ser apropiados para ese fin de interés general y no deben ser desproporcionados⁷.

Estas últimas afirmaciones pueden suscitar dos preguntas. ¿Acaso hay alguna limitación de un derecho fundamental que pueda ir más allá del interés que la legitima? Y, sobre todo, ¿sólo un interés general puede servir como legitimación de la limitación del derecho a la libertad profesional? Se nos dirá que son fórmulas habituales de la retórica judicial y que no tiene sentido pararse en tales minucias. Pero no es así, pues esta inmediata reconducción al interés general, como único posible interés legitimatorio de la limitación, ya predetermina, sin justificación expresa, una parte del resultado, pues deja fuera de juego todo posible interés individual o grupal como contrapeso admisible. ¿Acaso no cabe imaginar, aunque sólo sea como hipótesis no descabellada y merecedora de análisis, que la norma en cuestión tenga como fin salvaguardar o proteger de alguna manera los derechos de otros vendedores⁸, o los derechos de los vecinos de la casa del peluquero, etc., etc.? Ya hemos asistido, como se ve, a una primera selección de los candidatos posibles a principio de contrapeso, y tal selección se ha hecho tácitamente, sin argumentación expresa.

- La exigencia de la ley de comercio al por menor consiste en establecer un requisito subjetivo para el acceso a la condición de comerciante, pues sólo se permite tal acceso a quien tenga determinada experiencia o acredite ciertos conocimientos. Ello supone poner una traba o dificultad al ejercicio profesional⁹.

- Al establecer tal exigencia la ley no distingue entre los distintos tipos de mercancías a cuya venta el sujeto pueda dedicarse, y se establece por tanto, el mismo requisito (la misma experiencia o el mismo examen) para todas (a excepción, como sabemos, de los alimentos y los productos farmacéuticos, con requisitos especiales).

- La finalidad de la ley de ventas al por menor es ordenar el ejercicio profesional de la venta al por menor. Más en concreto, su meta es que aumenten las prestaciones de la venta al por menor. Además, la ley quiere impedir "que una ilimitada libertad de acceso convierta el comercio al por menor en un refugio o un lugar para que prueben suerte personas vivas y sin escrúpulos"¹⁰. Con ello también se contribuirá a la protección de los consumidores, según repetidamente se insistió en los debates parlamentarios sobre la ley.

- Esas consideraciones del legislador no bastan para justificar las exigencias que la ley establece para el ejercicio profesional de los vendedores. Y ello, según el Tribunal, por las siguientes razones:

a) Tales exigencias no aportan una verdadera protección a los consumidores, ni desde el punto de vista de la salud ni desde el punto de vista económico. No aportan nada a la protección

basadas en el interés colectivo deben quedar sometidas al estricto respeto del principio de proporcionalidad" (*Die Auslegung dieser Bestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist an dem Grundgedanken orientiert, dass im Hinblick auf den besonderen Rang gerade dieses Grundrechts, der in seinem engen Zusammenhang mit der freien Entwicklung der menschlichen Persönlichkeit im ganzen begründet liegt, die aus Gründen des Gemeinwohls unumgänglichen Einschränkungen unter dem gebot strikter Wahrung des Prinzips der Verhältnismässigkeit stehen*).

⁷ "Las limitaciones de la libertad profesional no pueden, por tanto, ir más allá de lo que exijan los intereses públicos que las legitimen. La medida limitadora ha de ser apropiada para la consecución del fin propuesto y no puede ser desproporcionadamente dañosa" (*Eingriffe in die Berufsfreiheit dürfen deshalb nicht weiter gehen, als die sie legitimierenden öffentlichen Interessen erfordern; die Eingriffsmittel müssen zur Erreichung der angestrebten Zwecke geeignet und dürfen nicht übermässig belastend sein*).

⁸ Por ejemplo, el derecho al ejercicio profesional del dueño del estanco de abajo, que tiene todos sus papeles en regla, paga sus impuestos como vendedor de tabaco, etc.

⁹ ¿Es una traba al ejercicio de una profesión el exigir que se acredite la "profesionalidad" necesaria para ejercerla, es decir, que se poseen las condiciones requeridas para su buen desempeño? ¿Se diría lo mismo de la exigencia de que quien quiera ejercer como fontanero o ingeniero muestre un título y/o supere algún examen?

¹⁰ Aquí está citando el Tribunal un informe oficial.

de la salud porque el vendedor generalmente no manipula los objetos que vende (no se olvide que la venta de alimentos y fármacos tiene regulación especial, que aquí no se discute). Beneficio económico para el consumidor podría haber si se procurara que no se vendieran mercancías defectuosas, que hubieran estado mal almacenadas o sobre las que no se asesora convenientemente al comprador. Pero para que esto pudiera alcanzarse sería preciso que la ley exigiera conocimientos específicos para cada rama de la venta al por menor, lo que no sucede.

b) Puede pensarse que el interés que se quiere proteger es el del sector profesional (*Berufstand*), con el fin de velar por su imagen o sus rendimientos. Pero el Tribunal descarta tal posibilidad como justificación, pues en la persecución de ese objetivo -en sí legítimo- el legislador habría rebasado los límites del principio de proporcionalidad. ¿Por qué? Porque la ley no discierne entre los distintos conocimientos que pueden ser necesarios o convenientes en cada rama del comercio al por menor. Y, en particular, no tiene en cuenta que para la venta mediante máquinas automáticas no hacen falta especiales conocimientos comerciales¹¹.

c) Un vendedor sin los conocimientos necesarios acabaría perjudicando a su negocio, por lo que él es el principal interesado en conseguir esa buena formación que le lleve al éxito profesional. Así que ya se procurará él esos conocimientos por la cuenta que le tiene, y sin necesidad de que la ley se lo imponga; si no, él será quien cargue con las consecuencias. No puede invocarse el interés de los consumidores, dice el Tribunal, como razón para imponer al vendedor unas capacidades cuya ausencia sólo le perjudicará a él¹².

d) A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con los artesanos, no cabe hablar de un interés común de los vendedores al por menor en mejorar sus capacidades y rendimientos (*Leistungsfähigkeiten*), dada la enorme diversidad de ramas y modos de actividad que encierra la venta al por menor. La ausencia de ese interés común hace que no pueda justificarse en el beneficio para él la limitación del derecho al libre ejercicio profesional.

Analicemos conjuntamente lo dicho en estos últimos párrafos. En ellos hemos visto que el legislador expresamente mencionaba unos fines queridos por el legislador (que la venta al por menor no sea refugio para buscadores de suerte más o menos desaprensivos y que las prestaciones sean las mejores; de resultados de esos fines también mejoraría la protección del consumidor). Pues bien el Tribunal pasa a fin principal ese último, que para el legislador era meramente un fin derivado, no argumenta nada sobre si una venta al por menor mejor ordenada repercutirá en mejor situación para los consumidores, pasa completamente por alto el asunto de impedir el acceso a posibles "aventureros" y acaba por señalar que si un vendedor es incompetente peor para él, pues no perjudicará al consumidor, sino a sí mismo. Bien claro queda, me parece, que esta batalla retórica está ocurriendo en el nivel de la interpretación teleológica, que ahí el Tribunal procura llevar la interpretación de la norma al fin que para ella quiere atribuirle, la protección de los consumidores, y que ese propósito va unido al deseo de mostrar que la norma no sirve en modo alguno¹³ para alcanzar ese fin.

¹¹ No es mi objetivo aquí criticar o descalificar la Sentencia, cuyo fallo he dicho que me parece perfectamente admisible. Sin embargo, puede merecer la pena reparar en lo convincente o no de los argumentos que emplea. Respecto de este último podríamos preguntarnos: ¿acaso quien vende tabaco mediante una máquina automática no determina la calidad del producto que ofrece, su posible carácter defectuoso o no, el modo de su almacenamiento previo, el tratamiento que se le da o la manera como se manejan los paquetes, etc., etc? No podemos pensar, por ejemplo, que si es incompetente ese vendedor, el consumidor obtendrá a menudo de la máquina paquetes de tabaco con cigarrillos rotos, húmedos, viejos, resecos, etc.?

¹² Otra pregunta se impone aquí: ¿Y qué pasa con los consumidores que sean víctimas de la torpeza o inexperiencia de ese vendedor antes de que quiebre o aprenda a llevar bien su negocio? Curiosísimo razonamiento cuando parecía que lo único que preocupa al Tribunal es si hay o no protección del consumidor.

¹³ No olvidemos que no estamos ante el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, sino ante el de idoneidad. Este último tiene que ser positivo sólo con que para a protección de los consumidores se siguiera *algún* beneficio de las medidas prescritas por la norma, aunque fuera mínimo. Y para que no pase la norma el juicio de idoneidad el Tribunal tiene que esforzarse en demostrar que no hay ni el más mínimo beneficio para ese fin. Y es lo que está haciendo, como vemos.

En resumen, lo que el Tribunal ha hecho es una interpretación teleológica de la norma, a tenor de la cual dicha norma no puede tener racionalmente más que un fin, la protección de los consumidores, protección amparada por un principio constitucional. Como, según el Tribunal, dicho fin no se realiza *ni en el más mínimo grado* con las medidas dispuestas por la norma (es decir, como la norma es totalmente ineficaz para su fin¹⁴), dicho fin no puede servir como justificación de la limitación del derecho al libre ejercicio profesional. En otros términos, como la norma no es idónea para reportarle ningún beneficio al principio de protección de los consumidores, es inconstitucional por su limitación del mencionado derecho. Ha recaído juicio negativo de idoneidad.

Pero *ese juicio será convincente sólo si son convincentes las premisas en que se asienta*: (i) que a la norma no puede ser teleológicamente interpretada asignándole un fin distinto (o complementario) que sirva también a un principio constitucional. Y (ii) que es verdad que en *nada* mejora con esa norma la protección de los consumidores.

A mí lo segundo me parece sumamente dudoso y lo primero bastante discutible. Y si tales dudas son mínimamente fundadas, fundada queda la tesis que queríamos defender: que el juicio de idoneidad es totalmente tributario de la previa interpretación de la norma cuestionada, y ello en un doble sentido: (i) tributario del fin que, de entre los posibles, se asigne en concreto a la norma; y (ii) tributario de la prospección o cálculo que se haga de las consecuencias que la aplicación de la norma puede tener en relación con ese fin.

Si dejamos fuera de nuestro campo de atención todo esto y atendemos sólo al juicio final de idoneidad, dando por buenas sin discusión, como si fueran perfectamente evidentes, las premisas de dicho juicio, dejamos de atender a lo esencial y miramos sólo a lo secundario. Igual que hacían los formalistas ingenuos del siglo XIX. La diferencia sería sólo de lenguaje: aquéllos entendían la decisión jurídica como cálculo o mero silogismo; hoy los partidarios de la doctrina de la ponderación la entienden (al menos en los casos de conflicto entre principios) como puro pesaje, como medición. Unos y otros abominan de la interpretación y sus incertidumbres.

2.2. Sobre el subprincipio de necesidad. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 95, 173 - Warnhinweise für Tabakerzeugnisse*.

En este apartado defenderé que el uso del subprincipio de necesidad está condicionado por la voluntad o capacidad del juzgador para introducir alternativas de análisis comparativo entre derechos positiva y negativamente afectados por la acción normativa que se enjuicia. Veamos el caso de esta Sentencia.

Varias industrias que fabrican y distribuyen cigarrillos y tabaco en diversos formatos recurren al Tribunal Constitucional Alemán solicitando que se anule la normativa que las obligaba a estampar en los paquetes de cigarrillos o de tabaco de liar las inscripciones siguientes. Por un lado, "Los Ministros de la Comunidad Europea: fumar es peligroso para la salud"; por otro, una de estas dos leyendas: "fumar provoca cáncer" o "fumar provoca enfermedades cardiovasculares". Dicha normativa, toda ella trasposición de directivas europeas, regula también el tamaño de dichas inscripciones, el tipo de fondo sobre el que han de figurar, etc.

Las industrias recurrentes alegan que se vulneran principalmente tres de sus derechos fundamentales: libertad de expresión, libertad de empresa y ejercicio profesional y propiedad. El Tribunal rechazará sus argumentos y considerará que no hay tales vulneraciones y que, en consecuencia, tal normativa es perfectamente constitucional.

Alexy invoca en el *Epílogo* esta Sentencia como ejemplo del funcionamiento de la regla de proporcionalidad en sentido estricto y lo ve como un supuesto de aplicación perfectamente clara y evidente de tal regla y, por tanto, de resultado evidente y poco menos que indiscutible.

¹⁴ Insisto, si se reconoce a la norma algún grado de eficacia en el logro de ese fin, que es un fin amparado por un principio constitucional, la norma pasaría el test de idoneidad.

Esto es lo que dice¹⁵: "Es posible encontrar algunos ejemplos fáciles en los que resulta plausible formular juicios racionales sobre las intensidades de las intervenciones en los derechos fundamentales y sobre los grados de realización de los principios, de tal modo que mediante la ponderación pueda establecerse un resultado de forma racional. Así ocurre con el deber de los productores de tabaco de colocar en sus productos advertencias sobre el peligro para la salud que implica el fumar, lo que constituye una intervención relativamente leve en la libertad de profesión y oficio. Por el contrario, una prohibición total de cualquier tipo de productos del tabaco debería ser catalogada como una intervención grave". Visto así parece de lo más convincente y obvio¹⁶, pero sólo si no caemos en la cuenta de que puede haber alternativas para conseguir el mismo grado de protección de la salud de los consumidores que acarreen aún menor limitación de los derechos de los fabricantes, o incluso ninguna limitación, con lo cual dejaría de ser procedente la aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, ya que habríamos mostrado que no se cumple una condición previa: la regla de *necesidad*. Y patente quedará entonces que también la aplicación de la regla de necesidad queda al albur de las alternativas de intervención en los derechos fundamentales que el juzgador quiera plantearse; es decir, que una limitación de un derecho fundamental resulta que se juzga justificada por la regla de necesidad cuando el juez no se plantea, no incluye en su análisis, opciones menos dañosas para ese derecho, pudiendo haberlas. Veremos todo esto con calma a lo largo de este análisis de esta Sentencia.

Lo que nos proponemos hacer aquí, al analizar la Sentencia, es mostrar que no hay tal carácter indiscutible ni tal evidencia y que, por tanto, hasta en casos como éste, supuestamente fáciles, la llamada ponderación no es sino una valoración que puede ser tan aceptable o inaceptable como su contraria, pues no goza de más ventaja que una ventaja que no es epistémica, sino práctica: es la valoración preferida por el Tribunal. En otros términos, la relación entre dos magnitudes, m^1 y m^2 , que un sujeto S considera perfectamente proporcionada, otro sujeto S' puede verla como clarísimamente desproporcionada. Todo depende de dos factores: i) la valoración que S y S' hagan¹⁷ de m^1 y m^2 . ii) Las alternativas que sepan o quieran plantearse a la hora de organizar la interrelación entre m^1 y m^2 . Veremos cómo es posible presentar una alternativa protectora de m^1 como la menos dañosa para m^2 de todas las posibles y cómo ese juicio está condicionado no sólo por la *valoración* de la importancia del daño, sino también por la capacidad o voluntad para introducir el análisis de otras alternativas, también posibles.

En resumen, que si mostramos que ni siquiera funciona la ponderación como vía para establecer "un resultado de forma racional" en estos casos que Alexy considera fáciles, estaremos poniendo de relieve que no puede haber tal funcionamiento fácil y racional, evidente, en ningún caso.

Analicemos paso a paso la Sentencia.

¹⁵ *Epílogo*, p. 33.

¹⁶ De hecho, Alexy añade unas líneas más adelante que "fijados así la intensidad de la intervención como leve y el grado de importancia de la razón que justifica la intervención como grave, es fácil derivar el resultado. La razón para la intervención, que tiene un peso intenso, justifica la intervención leve". Y llega a afirmar que "este resultado, al que se llega en el examen de proporcionalidad en sentido estricto, no es sólo un resultado plausible..., puede ser catalogado como un resultado <<evidente>>".

¹⁷ No debería ser necesario pararse en buscar ejemplos, pero hagámoslo. Pensemos en un conflicto entre libertad religiosa y principio de aconfesionalidad (o de laicidad) del Estado, conflicto surgido a raíz de la prohibición de que los estudiantes de las escuelas públicas acudan a clase con velo, o con crucifijos al cuello. Para unos la manifestación de la propia fe tiene que poder contar infinitamente más que cualquier criterio de organización de lo público; para otros las reglas de la convivencia pública deben imperar sobre las cuestiones de fe, que pertenecerían exclusivamente al ámbito de la conciencia y lo privado. En función de esa base ideológica personal se juzgará proporcionada o desproporcionada la prohibición del velo o crucifijo. ¿Acaso el principio de ponderación, con sus subprincipios, puede mostrar quién tiene verdaderamente razón o quién tiene más razón? Creo que sólo enseña cuáles de esas razones pesan más para los miembros del Tribunal que decida.

En pro de la brevedad no nos detendremos en los argumentos sobre la posible vulneración del derecho de propiedad (Art. 14 aptdo. 1 LF), pues no son muy elaboradas las alegaciones de los recurrentes al respecto y el Tribunal las despacha con un par de frases¹⁸. No digo que no pudiera haber un examen minucioso desde este punto de vista, sino que aquí no lo intentaremos. Así que nos quedamos con los otros dos derechos, el de libertad de expresión y el de libertad de empresa y ejercicio profesional, aducidos como vulnerados por la norma legal que obliga a las inscripciones en los paquetes de tabaco.

a) Libertad de expresión (Art. 5 Abs. 1 LF).

Los recurrentes alegan lo siguiente:

- La libertad negativa de expresión (*negative Meinungsäußerungsfreiheit*) garantiza que nadie puede ser obligado a manifestar una determinada opinión. Los fabricantes de tabaco son obligados a poner en los paquetes una opinión que no es la suya y con la que discrepan.

- Aunque una de las inscripciones vaya precedida de la fórmula "Los Ministros de la CEE:" y con ello se quiera hacer ver que es la opinión de éstos y no la de los productores la que se expresa, cualquier sujeto debe estar protegido de la obligación de expresar opiniones ajenas.

- Muchos consumidores, pese a todo, entienden que las inscripciones reflejan la opinión de los propios fabricantes, como muestran encuestas que se aportan.

- Esas opiniones que se obliga a expresar son, además, erróneas, pues presentan el tabaco como "monocausalidad" de dichas enfermedades, lo cual no está demostrado.

Frente a esto, el Tribunal argumenta que el conflicto no se da con la libertad de expresión, sino con la libertad profesional, y ello por las siguientes razones:

- La libertad de expresión de los fabricantes se vería dañada por la medida estatal si ésta interfiriera en la publicidad de sus productos, pero no es ése el caso. El Estado se sirve de los paquetes sin afectar a la expresión publicitaria de los fabricantes y, por tanto, sin interferir en la formación o expresión de las opiniones de los fabricantes, sino sólo en su ejercicio profesional¹⁹.

- Distinto sería si los avisos no aparecieran claramente como expresión de una opinión ajena, no propia de los fabricantes. Pero como tal cosa no ocurre, no se puede decir que hay violación de la libertad de expresión porque se les obligue a manifestar como propia una opinión ajena. Raramente se podrá pensar que los fabricantes comparten esa opinión que el aviso expresa, y las encuestas que aportan no acreditan tal cosa.

- Dichas inscripciones son una condición puesta por el Estado para la venta de cigarrillos y tienen como fin hacer conscientes a los consumidores, en el momento de comprar y consumir, de la dañosidad.

¹⁸ El argumento clave del Tribunal al respecto se encierra en las siguientes palabras: "La obligación de expresar el aviso disminuye las probabilidades de ventas y ganancias de los recurrentes, pero eso no afecta a ningún derecho relacionado con el derecho de propiedad. El art. 14 apartado 1 de la Ley Fundamental protege sólo posiciones jurídicas que pertenezcan ya a un sujeto... no abarca, por tanto, oportunidades futuras o posibilidades de beneficio" (*Die Pflicht zum Aufdruck von Warnhinweisen mindert zwar die Umsatz- und Gewinnchancen der Beschwerdeführerinnen, berührt aber insoweit keine eigentümlich geschützten Rechte. Art. 14 Abs. 1 GG schützt nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen..., umfasst also grundsätzlich nicht in der Zukunft liegende Chancen und Verdienstmöglichkeiten*).

¹⁹ Este argumento es muy curioso y suena considerablemente artificioso, por lo que conviene reproducirlo íntegro: "El derecho fundamental de libertad de expresión puede ser invocado a propósito de una publicidad económica si tal publicidad tiene un contenido valorativo, formativo de opinión o si contiene datos que sirvan para la formación de opinión... Todo esto falta aquí. En la medida en que los fabricantes de tabaco deben insertar en sus paquetes advertencias dictadas por el Estado, el Estado toma esos paquetes para sus fines sin con ello afectar en más a la publicidad. Por consiguiente no queda afectada la libertad de expresión y opinión de los fabricantes, sino sólo su ejercicio profesional" (*Das Grundrecht der Meinungsfreiheit ... kann für eine Wirtschaftswerbung allenfalls in Anspruch genommen werden, wenn die Werbung einen wertenden, meinungsbildenden Inhalt hat o der Angaben enthält, die der Meinungsbildung dienen... Daran fehlt es hier. Soweit die Hersteller von Tabakerzeugnissen auf ihren Packungen auch staatliche Warnungen verbreiten müssen, nimmt der Staat diese Packungen in Anspruch, ohne damit die Werbung im übrigen zu beeinträchtigen. Insoweit ist nicht die Meinungsbildung und Meinungsäußerung der Unternehmen, sondern ausschliesslich deren Berufsausübung berührt*).

Así pues, vemos que en este caso, y pese a que el conflicto se suscitaba entre derechos fundamentales, el razonamiento *no es ponderativo*, pues el Tribunal excluye que quede en modo alguno dañado o limitado el derecho de libertad de expresión. No hay nada que ponderar pues el derecho a la salud, justificación de la medida estatalmente impuesta, no entra ahí en conflicto con la libertad de expresión. Pero la razón de que no haya nada que ponderar está en la interpretación que de la libertad de expresión ha elegido el Tribunal. Si hubiera querido ponderar habría optado por una interpretación diferente de la misma norma. Vemos de nuevo que lo dirimente no es la ponderación, sino que lo son las elecciones interpretativas previas, que condicionan su posibilidad y determinan su resultado.

b) Libertad profesional (Art. 12 Abs. 1 LF).

Los recurrentes alegan que las inscripciones de advertencia suponen regulaciones del ejercicio profesional que atentan contra el principio de proporcionalidad porque son falsas e inducen a error ["Die Warnhinweise stellten Berufsausübungsregelungen dar, die gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstießen, da sie falsch und irreführend seien"]. En la Sentencia no se recoge nada más que esta frase como alegación de los recurrentes sobre la vulneración de este derecho, pese a que la Sentencia estima que ahí radica el único verdadero conflicto entre derechos en este caso.

La Sentencia razona del siguiente modo sobre este conflicto de derechos.

- Las intromisiones en el derecho de libertad profesional protegido por el art. 12 aptdo. 1 LF necesitan, conforme al apartado 2 de ese mismo artículo, una base legal. A su vez, esa base legal debe reunir dos requisitos: tener fundamento suficiente en consideraciones de bienestar general y respetar el principio de proporcionalidad, lo que se traduce en que el medio elegido para ese fin perseguido sea adecuado y necesario, y que en una ponderación de bienes entre la gravedad de la limitación y el peso del motivo justificatorio no se rebase el límite de lo admisible. Ahí tenemos una formulación canónica de las reglas de la ponderación entre principios, tal como Alexy la propugna y la jurisprudencia constitucional supuestamente las aplica.

Añade el Tribunal que tales requisitos aparecen aquí cumplidos:

- Que el tabaco es dañino para la salud, que puede producir las enfermedades aludidas tanto a los fumadores como a los no fumadores y que puede ser causa única de ellas, estaría hoy científicamente demostrado, y el Tribunal hace varias citas de autoridad al respecto.

- La advertencia de tales peligros forma parte de las legítimas tareas del Estado, el cual, al establecer la obligación de dichos avisos de advertencia, pone a los consumidores en situación de reflexionar una vez más sobre las posibles consecuencias de su acción.

- Dichas advertencias son adecuadas para, como mínimo, hacer que el fumador no consuma tabaco sin prevención ninguna y sin saber a lo que se arriesga.

Queda pues, satisfecha la regla de *adecuación*. Ahora toca ver si también se cumple la regla de *necesidad*.

- El Tribunal es aquí contundente: "La advertencia es también necesaria. Una posibilidad de protección contra los peligros derivados del fumar que sea menos dañina ni ha sido presentada ni es imaginable. Con esta frase queda *dogmáticamente* sentado que no le cabe al Estado ninguna otra manera de alcanzar idéntico grado de protección de la salud de los consumidores (y los no consumidores) de tabaco y que sea menos dañina para la libertad profesional de los fabricantes. ¿Es realmente así? ¿Es inevitable estar de acuerdo con la verdad y evidencia de tal afirmación? El Tribunal la refuerza diciendo que sí cabe imaginar una medida más eficaz para proteger la salud: la prohibición total de venta de tabaco. Pero que en comparación con la medida que analizamos esa y todas las demás alternativas imaginables son más gravosas para el derecho de los fabricantes a su libertad profesional. Y renovamos nuestra pregunta: ¿verdaderamente no son imaginables medidas de igual o superior eficacia protectora de la salud y que no interfieran, o

interfieran menos, con tal derecho de los fabricantes? El Tribunal (y Alexy) dice que es obvio que no. A nosotros nos parece que sí. Enumeremos algunas, a bote pronto:

i) Elevar, incluso elevar mucho, los impuestos sobre el tabaco.

ii) Realizar duras, constantes y persistentes campañas de publicidad financiadas con medios públicos. Es lo que se hace para aumentar la seguridad del tráfico, en lugar de obligar a los fabricantes de automóviles a venderlos con una bien visible inscripción en su carrocería que diga "los coches matan", o algo por el estilo.

iii) Prohibir la publicidad del tabaco.

¿Acaso cualquiera de estas medidas no podría ser igual de eficaz para disuadir al consumidor y, sin embargo, nada o casi nada dañina para el derecho de los fabricantes?

Con todo esto no quiero decir que yo esté en contra de las inscripciones mencionadas en los paquetes de tabaco, ni que opine que la norma que las impone es inconstitucional. Lo que pretendo dejar claro es lo endeble del razonamiento con el que el Tribunal fundamenta dicha constitucionalidad, consecuencia de lo poco demostrativas y convincentes que son las argumentaciones ponderativas. Si la imposición legal de las inscripciones de advertencia es constitucional porque resulta necesaria para el fin legítimo que persigue, ya que no cabe concebir una medida que proteja lo mismo el derecho a la salud dañando menos la libertad profesional, dicha constitucionalidad es sumamente endeble y se ataca simplemente con invocar medidas alternativas que sean evidentemente menos dañosas.

A Alexy le parece un caso fácil de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto porque sin examen ni crítica da por buena la afirmación del Tribunal de que todas las alternativas imaginables son más perjudiciales para la libertad profesional de los fabricantes. Pero lo que en realidad este caso nos muestra es que *la regla de necesidad está siempre al albur de la imaginación*: en cuanto alguien acierta a imaginar una medida verosímelmente mejor, deja de ser necesaria la medida examinada. Y raro será que tal imaginación de una medida mejor no sea posible. Así que el juicio de constitucionalidad dependerá por completo de lo rica que sea o deje de ser la imaginación del Tribunal. El juicio de necesidad depende de la imaginación del Tribunal. El de proporcionalidad en sentido estricto depende de sus preferencias valorativas.

Sinteticemos ahora todo esto tomando como muestra este caso.

El juicio de proporcionalidad en sentido estricto se da, según Alexy y la doctrina jurisprudencial, comparando los grados en que una determinada acción jurídica (A) (i) beneficia o favorece un derecho²⁰ d^1 y (ii) daña o perjudica otro derecho d^2 . Cuando el daño para d^2 es mayor que el beneficio para d^1 dicha acción jurídica es inválida por contraria a la Constitución. Pero esa comparación de grados de beneficio/perjuicio de d^1/d^2 (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) sólo acontece cuando A ha pasado otros dos tests: el de idoneidad (verdaderamente A proporciona algún beneficio a d^1) y el de necesidad (no cabe una acción jurídica A' que reporte -al menos- el mismo beneficio para d^1 con menor daño²¹ para d^2).

No me ocuparé ahora del juicio de idoneidad, del que ya se habló en el apartado anterior. Del de necesidad ya ha quedado dicho que sería por definición provisional, pues en cualquier momento se invalidaría con sólo mostrar que cabe una alternativa A' menos dañosa para d^2 , (siempre siendo el daño de d^2 menor que el beneficio de d^1).

Esa provisionalidad definitoria del juicio de necesidad contamina de incertidumbre también el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Esto se ve en la Sentencia que acabamos de presentar. En ella se afirma que la medida de imponer las advertencias en los paquetes de tabaco (en adelante A) es menos dañosa que la otra alternativa posible, la de prohibir la venta de tabaco (A'). Satisfecho queda así el requisito de necesidad. A partir de ahí (y

²⁰ O un principio constitucional de otro tipo, pero dejemos esto último de lado en este momento, para no complicar innecesariamente el análisis.

²¹ En realidad habría que decir con menor daño para d^2 o cualquier otro derecho que complementaria o alternativamente pudiera verse afectado. Pero entrar en este detalle, importantísimo, también complicaría demasiado en análisis en este momento.

presupuesta también la idoneidad, que aquí no discutimos) ya toca que entre en juego el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, a tenor del cual, puesto que A implica un daño *leve* para d² (libertad profesional) y un beneficio *grande* para d¹ (protección de la salud), A es constitucionalmente admisible. La validez de tal aserto, aparentemente evidente, está condicionada por la aceptación de dos presupuestos, *no tan evidentes*:

i) Que la acción estatal para la protección preventiva de la salud es más importante que el libre funcionamiento de un mercado irrestricto. Yo estoy de acuerdo con tal idea, pero un ultraliberal (postura que también encaja dentro del pluralismo constitucionalmente establecido) podría argumentar que la acción estatal sobre el consumo y los mercados puede engendrar una cadena de consecuencias entrelazadas que, al final, acaben por desembocar en una ineficiencia económica que disminuya las posibilidades efectivas de protección real de la salud. Insisto, yo no pienso así, pero sí podría pensar así un Tribunal mayoritariamente integrado por ultraliberales económicos. Con esto quiero mostrar de nuevo que hasta en supuestos aparentemente tan evidentes como éste el resultado del juicio de proporcionalidad en sentido estricto sólo es evidente en apariencia, *sólo es evidente para los que comparten determinados valores*, no para los que profesan otros. En una sociedad libre y pluralista las evidencias compartidas son poquísimas, y en materia política y moral ninguna que no sea puramente formal o procedimental.

ii) Que no se introduzca un término de comparación nuevo, es decir, que se dé por bueno el juicio de necesidad, aunque sea fruto de una deficiente capacidad imaginativa o prospectiva. Porque ante una medida alternativa el juicio de proporcionalidad en sentido estricto podría dar el resultado opuesto, la inconstitucionalidad de A. Pensemos en que dicho juicio no se limitara a A, sino también a A' siendo ésta una medida legal de subida fuerte de los impuestos sobre el tabaco con el fin de disuadir de su consumo. Aceptado que el beneficio para d¹ pudiera ser como mínimo el mismo (cosa no difícil de aceptar, en mi opinión) y que el daño para d² no fuera leve (como en el caso de A), sino levísimo o nulo, habría que concluir que ambas medidas son, según la regla de proporcionalidad en sentido estricto, constitucionales; pero que en virtud de la regla de necesidad sólo A' lo es.

En resumen, la supuesta evidencia que convertiría, según Alexy, en perfectamente racional la ponderación realizada en esta Sentencia, brilla por su ausencia.

¿Qué tipo de razonamiento podríamos proponer como alternativo y mejor para un caso así? Se me ocurren dos posibilidades, tal vez complementarias.

i) Resignarse a que no hay un método racional para dotar de una mínima objetividad la decisión en estos casos, decisión eminentemente valorativa. Ante tal ausencia de método que garantice un resultado mínimamente racional y objetivo, sólo restarían ciertas pautas formales, del tipo de las siguientes:

- Las únicas evidencias y, por tanto, lo único que no puede contradecirse son las evidencias científicas, las lógicas o matemáticas y las de perfecto sentido común.

- Entre las anteriores están las evidencias semánticas, de modo que es "evidente" y como tal ha de aparecer en la decisión, que una disposición jurídica viola la Constitución cuando de ninguna forma la semántica (y ninguna forma admisible de semántica) permite hacerla compatible con los enunciados constitucionales.

- Cuando haya argumentos buenos, aceptables y susceptibles de un amplio consenso tanto para una como para otra de las alternativas en discusión, el Tribunal debe aplicar la regla del *self-restraint* o, lo que es lo mismo, el principio de prioridad del legislador. Este principio, a su vez, se justifica por su mayor coherencia con los principios estructurales o básicos del orden constitucional: soberanía popular, democracia, separación de poderes, pluralismo...

ii) Enfocar la decisión como razonamiento interpretativo/subsuntivo. Es decir, presentar la recíproca acomodación de los derechos en conflicto como resultado de la interpretación del contenido de (los enunciados en que se formula) cada uno de ellos, en lugar de como resultado de ponderaciones evanescentes y supuestamente objetivas.

Es lo que en esta Sentencia hace el Tribunal respecto a la libertad de expresión²². En efecto, vimos que dice el Tribunal que la esfera de protección de la libertad de expresión no abarca los casos en que se obliga a un productor o vendedor a inscribir en su producto un mensaje con una opinión no falsa de otro, siempre y cuando que quede claro que esa opinión es de otro y no del que produce o vende el objeto. En la terminología más tradicional se podría decir que el Tribunal ha hecho a ese respecto una interpretación restrictiva del precepto que recoge la libertad de expresión, con lo que su ámbito de protección (la referencia del enunciado constitucional del art. 5 aptdo. 1 LF) no se extiende a este hecho de la inscripción obligatoria.

¿Cabría proceder del mismo modo en lo que tiene que ver con la libertad profesional? Sin duda ninguna. Bastaría con que el Tribunal hubiera hecho lo mismo: sostener y argumentar que el cumplimiento de la obligación de insertar tales avisos en los paquetes de tabaco no encierra ningún tipo de atentado al bien protegido por la libertad profesional²³, del mismo modo que no supone tal atentado el establecimiento de obligaciones como las de no rebasar un precio máximo del tabaco o pagar determinados impuestos por los beneficios derivados de las ventas. Y entre las ventajas de este tipo de razonamiento frente al ponderativo está la de que no queda a merced de la imaginación con que se haga el juicio de necesidad.

Nuevamente no quiero decir, para nada, que el tipo de razonamiento interpretativo/subsuntivo sea automático, evidente y ni siquiera sencillo. Tampoco que no tenga una base valorativa, con la consiguiente necesidad de argumentar, buscando la mayor convicción posible, aunque sea siempre inalcanzable la plena demostración. Sólo quiero decir que es un proceder menos engañoso que el ponderativo. Del razonamiento interpretativo/subsuntivo hace tiempo que la doctrina conoce perfectamente sus límites y sabe que no es posible en él una perfecta racionalidad y objetividad. En cambio, al aplicar los esquemas de la ponderación los Tribunales pretenden hacer uso de un método más seguro y objetivo. Pero, en realidad, las cosas suceden al contrario: el método ponderativo es aún más inseguro que el interpretativo/subsuntivo y, consiguientemente, encierra (y oculta) mayores grados de arbitrariedad bajo su apariencia de aplicación de reglas muy elaboradas, como las de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

2.3. Sobre el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Análisis de la Sentencia *BVerfGE 86, 1 - TITANIC/"geb. Mörder*.

Aquí defenderé que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto tiene su contenido determinado por las decisiones interpretativas previas, por lo que la relevancia práctica o real de dicha ponderación última es muy escasa y claramente subordinada.

Alexy presenta esta Sentencia como caso prototípico de utilización adecuada del método de ponderación, concretamente de aplicación de la regla de proporcionalidad en sentido estricto, según la cual "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"²⁴.

Nosotros sostenemos dos tesis. Una de carácter general: las diferencias entre el procedimiento o método de ponderación y el de subsunción son sólo aparentes o superficiales y todos o la mayoría de los casos judiciales (o al menos todos los casos difíciles) pueden ser reconstruidos y tratados de las dos maneras. Y otra referida a esta Sentencia que se analiza: es más comprensible y aparenta mayor racionalidad (por ser más tangibles y más abiertamente analizables y argumentables los parámetros utilizados) si se reconstruye según un procedimiento

²² Y también respecto del derecho de propiedad, aunque este punto no lo hemos desarrollado, tal como arriba advertimos.

²³ Es decir, que tal hecho cae fuera de la referencia del art. 12. aptdo. 1 LF. Tal cosa, obviamente, no se constata (salvo en los casos muy fáciles), sino que ha de *argumentarse*, con argumentos interpretativos.

²⁴ Epílogo, p. 31.

interpretativo/subsuntivo que si se presenta, tal como hace Alexy, como ejemplo de aplicación del método de ponderación.

Repasemos el caso²⁵.

La revista satírica *Titanic* tenía una sección permanente titulada "las siete personalidades más lamentables". En dicha sección era común que a los nombres de los aludidos les acompañara algún tipo de apelativo, a veces explicado en el propio texto. Varias veces el nombre del aludido iba acompañado de la expresión "geb. ...", traducible por "nacido..."²⁶. Hasta al presidente de la República se lo presentó así, "Richard von Weizsäcker (*geb. Bürger* –ciudadano-)", en tono satírico.

Un oficial del ejército en la reserva y que está parapléjico por causa de un accidente de tráfico, consiguió, después de varias solicitudes e intentos, ser admitido para tomar parte en unos ejercicios militares. Argumentaba que su cabeza funcionaba perfectamente y que podía ser útil en tales ejercicios por sus conocimientos del idioma checo. El caso apareció en el periódico *Bild am Sonntag* como información curiosa. *Titanic* incluye a este hombre en la sección de los siete personajes más lamentables y se refiere a él con su nombre y el añadido "geb. Mörder", es decir, "nacido asesino".

No hay que perder de vista que había recaído poco antes la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht* en la que absolvía a quien había dicho públicamente que todo soldado es un asesino potencial (*potentieller Mörder*), y hasta el Presidente de la República había participado en la consiguiente polémica, defendiendo a los militares.

Dicho militar interpone demanda contra *Titanic* por daño a su honor. *Titanic* publica entonces, en la sección de "cartas al lector" una nota de la propia Redacción en la que, entre otras críticas, se llama al militar "tullido"²⁷ (*Krüppel*).

El Tribunal Superior de Düsseldorf condenó a la revista a indemnizarlo por las dos ofensas al honor. El *Bundesverfassungsgericht* considera que no hay tal ofensa al honor al apostrofarlo como "geb. Mörder", pero sí al llamarlo tullido. Observemos ahora la lectura que hace Alexy.

Alexy, tomando pie en una expresión utilizada por el propio BVerfGE en la Sentencia dice que dicho Tribunal "llevó a cabo una <<ponderación relativa a las circunstancias del caso concreto>>, entre la libertad de expresión de la revista implicada (art. 5.1, apartado 1 LF) y el derecho al honor del oficial de la reserva (art. 2.1 LF en conexión con el art. 1.1. LF). Para tal fin -continúa Alexy- el Tribunal determinó la intensidad de la afectación de esos derechos y las puso en relación"²⁸. Según Alexy, en el primer caso (*geb. Mörder*) se considera que la condena de la revista a indemnizar es una limitación grave de la libertad de expresión, mientras que la afectación del derecho al honor tendría como máximo una afectación de grado medio, por tratarse de una sátira y ser una fórmula empleada también en otras ocasiones y con otros

²⁵ Una presentación muy simplificada puede verse en Alexy, Epílogo, p. 34. Creo que es necesaria aquí una presentación más detallada de los hechos, a fin de poder entender los distintos argumentos que se manejan y su sentido.

²⁶ Es común esta expresión en Alemania al referirse a las mujeres casadas, que toman el apellido del marido. Por ej., en la misma revista se hablaba de Desiree Becker, "geb. Nosbusch", y con ello se expresaba humorísticamente que el apellido de soltera de dicha señora era Nosbusch.

²⁷ El texto dice lo siguiente, en traducción apresurada: "El hecho de que un tullido, en concreto usted, esté en disposición de prestar servicio en una organización, el ejército, cuya finalidad es convertir a hombres en tullidos o matarlos, es algo que nos pareció obsceno y que nos hizo nombrarle una de las siete personalidades más lamentables del mes de marzo. Encontramos odioso el hecho siguiente, que nos trae a la mente nuestras anteriores dudas sobre si usted estaría bien de la cabeza, y que consistió en que por medio de abogado nos reclama como indemnización más de cincuenta mil marcos porque "el peso jurídico y objetivo de la ofensa pública de nuestro mandante" "es mucho mayor" que si nos hubiésemos burlado de una persona sana. ¿O cómo llamaría usted la degradación jurídica de los sanos a personas de segunda clase? (...) Así que nos veremos ante el juez".

²⁸ Epílogo, p. 34.

personajes. Así que, comparadas ambas magnitudes, el BVerfGE habría comprobado que la condena de *Titanic* resultaba "desproporcionada".

Y, siguiendo con Alexy, en lo referido a la segunda expresión cuestionada ("tullido") el Tribunal habría comprobado que se trata de una vulneración "muy grave o extraordinariamente grave" del derecho al honor, pues es expresión humillante y que manifiesta falta de respeto. Así que, en este caso, la grave intervención en la libertad de expresión que supone la condena a indemnizar está compensada por la gravedad por lo menos idéntica del atentado contra el derecho al honor.

Procedamos ahora a la reconstrucción de la Sentencia bajo esquema interpretativo/subsuntivo, prescindiendo de ponderaciones de principios.

De lenguaje y esquema ponderativo no hay en esta Sentencia más que el párrafo que menciona Alexy²⁹. En todo lo demás podemos leerla y reconstruirla como un caso perfectamente normal y habitual de interpretación/subsunción, uno de tantos. Hagamos primero una representación puramente esquemática y meramente aproximativa.

La situación normativa es la siguiente. Hay una norma constitucional (Art. 5 aptdo. 1, párrafo 1 LF) que consagra la libertad de expresión. Hay otra norma constitucional (Art. 5 aptdo. 2 LF) que establece como límites a tal libertad de expresión los que disponga con carácter general la ley, y la protección de la juventud y el honor de las personas³⁰. Podemos, pues, traducir simplídicamente esto del siguiente modo, en lo que aquí interesa:

Está permitida toda expresión que no atente³¹ contra el honor de las personas.

En representación formal (x = cualquier expresión; h = honor; ¬ = negación) :

$$(1) Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$$

La discusión versa sobre si "geb. Mörder" y "Krüppel" (que representamos indistintamente como "e") constituyen o no casos de atentados contra el honor. Ahora bien, "nacido asesino" y "tullido" no son o dejan de ser, sin más, atentados al honor; es decir no se subsumen automáticamente o de manera perfectamente evidente bajo la categoría de "expresiones atentatorias contra el honor". Son casos dudosos, caen en lo que habitualmente llamamos la zona de penumbra del enunciado normativo. De manera que habrá que concretar su adscripción o no a dicha categoría, mediante un razonamiento que es un razonamiento interpretativo y que sigue los esquemas habituales de éstos.

Se comienza por acotar categorías de grado de abstracción intermedio entre esos dos polos (los concretos calificativos "-nacido asesino", "tullido"- y el derecho al honor). Se usan aquí los dos siguientes: sátira e insulto³². Una sátira no es un atentado contra el honor; un insulto, sí.

²⁹ Dice así (subrayo la parte que cita Alexy): "La libertad de expresión no está ilimitadamente garantizada por la Constitución, sino que halla sus límites con arreglo al art. 5, apartado 2 de la Constitución, en los preceptos de la ley general, en las determinaciones legales sobre protección de la juventud y del honor personal. Estos preceptos deben, a su vez, ser interpretados a la luz del derecho fundamental que limitan, a fin de su significado valorativo se muestre también a la hora de su aplicación. *Esto lleva generalmente a una ponderación casuística entre el derecho fundamental a la libertad de expresión y el bien protegido por la ley que limita el derecho fundamental*" (Die Meinungsfreiheit ist vom Grundgesetz allerdings nicht vorbehaltlos gewährleistet, sondern findet ihre Schranken nach Art. 5 Abs. 2 GG in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und dem Recht der persönlichen Ehre. Diese Bestimmungen müssen aber ihrerseits wieder im Lichte des eingeschränkten Grundrechts ausgelegt werden, damit dessen wertsetzende Bedeutung auch auf der Rechtsanwendungsebene zur Geltung kommt... *Das führt in der Regel zu einer fallbezogenen Abwägung zwischen dem Grundrecht der Meinungsfreiheit und dem vom grundrechtsbeschränkenden Gesetz geschützten Rechtsgut*). Si se tratara de discutir con total minucia, podríamos decir que en la frase anterior a esta última en que habla de ponderación, habla también de interpretación. Y que o se trata de interpretar o de ponderar, con lo que una de las dos expresiones la utiliza el Tribunal en un cierto tono metafórico o meramente aproximativo.

³⁰ Como se ve, la situación es muy similar a la recogida en la Constitución Española en el art. 20.

³¹ Entre otras cosas.

³² Veremos que en el caso estos argumentos se hacen aún más complejos, pero en esta misma línea de razonamiento interpretativo.

Una sátira (s) no supone un atentado contra el honor:

$$(2) s \rightarrow \neg(\neg h)$$

Lo que vale tanto como decir que es compatible con el respeto debido al honor.

$$(2') s \rightarrow h$$

En cambio, un insulto (i) sí daña el derecho al honor:

$$(3) i \rightarrow \neg h$$

Cabe, y es conveniente siempre que sea posible, definir mediante sus características esas categorías. Así veremos más abajo que hace el Tribunal con la noción de sátira. Así que si lo que define la sátira es la posesión de las notas (n) 1, 2 y 3, tenemos que

$$(4) (n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$$

con lo que, por lo que ya sabemos

$$(5) [(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$$

Pero tampoco es automática la calificación o subsunción de cualquiera de esas dos expresiones como sátira o insulto. De modo que hacen falta nuevos pasos en ese proceso de interpretación concretizadora. Con ese fin habrá que invocar diferentes circunstancias que operan en favor de una u otra opción. Tales circunstancias pueden ser de muy distinto tipo: semánticas, intencionales, históricas, sociológicas, etc., etc. Su fuerza es proporcional a su grado de evidencia y a la capacidad de convicción de su uso argumentativo³³.

En un nuevo paso de este razonamiento interpretativo/subsuntivo, habrá que echar mano en la argumentación de esas circunstancias en favor o en contra de entender que las expresiones que se discuten ("nacido asesino", "tullido") sean sátiras o insultos. Si llamamos "c" a esas circunstancias, podemos representar así ese paso:

$$(6) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

con lo que, en función de cómo despejemos s/i resultará que la expresión "e" está o no está permitida:

$$(7) [[(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)] \rightarrow Pe/\neg Pe$$

Queda, pues, esquematizado así todo el proceso.

$$(1) Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg h)$$

$$(2') s \rightarrow h$$

$$(3) i \rightarrow \neg h$$

$$(4) (n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s$$

$$(5) [(n^1 \wedge n^2 \wedge n^3) \rightarrow s] \rightarrow h$$

$$(6) [(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)$$

$$(7) [[(c1...cn \rightarrow n1...nn)] \rightarrow (e \rightarrow s/i)] \rightarrow Pe/\neg Pe$$

Y vemos que a lo largo de este razonamiento en ningún momento se han ponderado o sopesado derechos, ni en abstracto ni a la luz de las circunstancias del caso. *Lo único que se sopesa son las razones que avalan cada paso en ese proceso de concreción interpretativa. Se sopesan razones interpretativas, es decir, razones para adscribir significados o, dicho de otra forma, razones para admitir que una determinada categoría encaja (se subsume) o no bajo la referencia de una categoría más general.* Así, (2) es resultado de valorar (ponderar) las razones por las que una sátira no se considera incompatible con el respeto al honor; (3) es el resultado de valorar (ponderar) las razones por las que se considera que un insulto atenta contra el honor; (4) es el resultado de valorar (ponderar) cuál es la mejor definición de sátira, cuáles son sus notas

³³ Y estas dos magnitudes pueden contrapesarse: a mayor evidencia, menor importancia de la fuerza argumentativa expresa; y a la inversa.

definitorias; (6) es el resultado de valorar (ponderar) la relevancia de las circunstancias concurrentes, a efectos de ver si estamos o no bajo una conducta que encaja o no bajo las categorías de sátira o insulto, definidas con arreglo al paso anterior, en su caso.

Bien claro queda, por tanto, que si hablamos de un procedimiento de carácter interpretativo/subsuntivo no es para referirnos a ningún proceder automático o puramente formal, sino a uno presidido, en lo material, por procesos valorativos, dentro de un marco de posibilidades semánticamente acotado. Pero tampoco se trata de que este proceder o el de la ponderación entre principios, al modo que propone Alexy, sean dos maneras de presentar lo mismo o no tengan más relevancia que la de divertimento intelectual. Mi tesis es que el rigor y los controles posibles son claramente distintos en un caso y otro. Pero eso lo fundamentaré en otro lugar. Baste aquí meramente mencionar algunas consecuencias: 1) No hay (o no tiene por qué haber) diferencia cualitativa entre decisiones en materia de conflictos entre derechos fundamentales o en cualquier otro caso de conflicto jurídico. 2) No hay diferencia cualitativa entre el tipo de normas que Alexy llama reglas y las que llama principios. 3) A los Tribunales Constitucionales no los especifica la aplicación de ningún método peculiar o propio. 4) Su diferencia, si la hay, con los tribunales de la jurisdicción ordinaria habrá que buscarla en otros lados, y posiblemente sea meramente competencial. 5) En consecuencia, no podrá ser la invocación de su método o perspectiva propios lo que sirva de pretexto a los Tribunales Constitucionales para ampliar sus competencias más allá de lo que es la dicción de las normas constitucionales o legales que se la atribuyen.

Vamos ahora a seguir, ya en concreto, los pasos de la Sentencia que comentamos. La tesis es, ya lo he dicho, que esta Sentencia responde al esquema interpretativo/subsuntivo que acabamos de dibujar, no a un modelo supuestamente alternativo de decisión ponderativa entre derechos.

Comencemos por las alegaciones de las partes.

El militar ofendido argumenta lo siguiente:

- La expresión "geb. Mörder" trata de despertar en los lectores la impresión de que él es un asesino nato, que posee una innata propensión a matar.

- La humillación está presente también en la insinuación de que tiene dañada su salud mental, insinuación que se repite, bajo diversas formas, en los dos números de *Titanic*.

- La expresión "tullido" es claramente peyorativa y está hecha con propósito de humillar y degradar al aludido.

- No cabe justificar dichas expresiones como sátira permitida. Es dudoso, en primer lugar, que se pueda hablar propiamente aquí de una sátira. La sátira se define como una forma expresiva en la que un aspecto de realidad se presenta como broma o burla, pero no de modo directo, sino indirecto, como imitación o remedo³⁴. Esa artificiosa deformación de la realidad falta en la publicación que se discute, en la que se refleja la realidad pero con propósito crítico y ridiculizador. En segundo lugar, no todo lo que se publica en una revista que se define como satírica y que se dirige a un lector que entiende el tono satírico es sátira por ese solo hecho.

- Aunque verdaderamente lo publicado mereciera el calificativo de sátira, y, con ello, se analice como obra literaria, no por ello deja de contener un grave atentado antijurídico contra los derechos de la personalidad. Ni siquiera a un escritor o un artista le está permitido degradar y humillar a otro en su obra.

- Lo determinante es la intención de burla y humillación con que los textos están escritos, lo cual se muestra a las claras con la elección de los términos usados.

Por su parte, la revista *Titanic* argumenta lo siguiente:

- En los textos prevalece claramente el carácter satírico-literario, por lo que están protegidos por la libertad artística.

³⁴ "Eine Kunstform, in der sich der <<an einer Norm orientierte Spott über Erscheinungen der Wirklichkeit>> nicht direkt, sondern indirekt, durch die ästhetische Nachahmung eben dieser Wirklichkeit ausdrücke".

- La comprensión de la sátira presupone un lector avezado al lenguaje satírico. Ese es el tipo de lector de *Titanic* y a él se dirige lo que la revista publica. Por tanto, el lector experto de sátiras entenderá que lo dicho del militar es pura sátira y no humillación o insulto. El lector de sátira sabe que en cualquier escrito satírico lo dicho no se toma al pie de la letra, sino que hay que entenderlo siempre cargado de exageración y adorno.

- No es cierto que la expresión "geb. Mörder" indique que el militar aludido tenga una propensión innata a asesinar, que sea un asesino nato. Se está aludiendo al oficio de los soldados, entrenados para matar, y todo ello en el contexto de la polémica anterior sobre si los soldados son asesinos potenciales.

- Las alusiones irónicas al estado mental del militar no pretenden calificarlo como demente, sino resaltar lo inusual e incomprensible de su pretensión de participar en unos ejercicios militares, pese a hallarse físicamente impedido. Esa opinión está amparada por la libertad de expresión, pues, bien entendida, no encierra una crítica injuriosa.

- En lo publicado como "carta al lector" la expresión "tullido", que en sí misma es rechazable, debe ser entendida en el contexto de la polémica sobre la Sentencia referida a los soldados (*Frankfurter Soldatenurteil*), a propósito de la que se discute si el oficio de soldado consiste en matar a otros o dejarlos tullidos.

Vemos que los argumentos de las partes se resumen así: el militar alega que no es sátira, sino expresión directamente ofensiva y atentatoria contra el honor, y que aunque fuera sátira tampoco dejaría de existir y ser relevante el atentado al honor, especialmente por ser injuriosa la intención de la revista; por su parte, *Titanic* argumenta que sí es sátira y no hay ninguna intención injuriosa, por lo que lo publicado queda plenamente amparado por la libertad de expresión.

Ahora veamos los argumentos del *Bundesverfassungsgericht*, con los que va a sostener que la expresión "geb. Mörder" es admisible, pues no atenta contra el derecho al honor, y que el calificativo "tullido", en cambio, si es ilícito, pues vulnera tal derecho. Estos son los argumentos:

- La publicación primera tiene los caracteres de la sátira. Ahora bien, por el hecho de ser satírica ya no está, sin más, amparada una publicación por el la libertad de expresión. "*Satire kann Kunst sein; nicht jede Satire ist jedoch Kunst*" (la sátira puede ser arte; pero no toda sátira es arte). La libertad artística (*Kunstfreiheit*) sólo protege la sátira que sea arte, no a la que es un simple medio expresivo de opiniones o críticas.

- A las expresiones que se acogen bajo la libertad de expresión no se les puede atribuir ningún contenido o significado que manifiestamente el autor no les atribuiría.

- El establecer sanciones, tanto penales como civiles, para las expresiones tiene un efecto preventivo y disuasorio, y disminuyen la disposición a hacer uso en el futuro del derecho a expresarse libremente. Ése es el peligro que aquí existe: una revista satírica como *Titanic* puede ser obligada a dejar su actividad si los jueces desconocen el alcance de la libertad de expresión y la limitan demasiado, sancionando por cada uso de la sátira propiamente dicha.

- Los caracteres de la sátira son "exageración" (*Übertreibung*), "caricatura" (*Verzerrung*) y "distanciamiento" (*Verfremdung*).

- El *Oberlandesgericht* (tribunal de segunda instancia) ha considerado que las dos expresiones que aquí se discuten atentan contra el honor y ha obligado a *Titanic* a indemnizar por las dos. En este recurso, interpuesto por *Titanic*, el BVerfGE se plantea así su propia tarea, y después de lo que ha dicho y hemos recogido: se ha de examinar si el *Oberlandesgericht* en su decisión ha tenido suficientemente en cuenta el sentido y el carácter del texto, y también se ha de investigar si el Tribunal ha calificado inadecuadamente las publicaciones como injuria formal o crítica insultante, con la consecuencia de que no gozarían del mismo grado de protección del derecho fundamental que si fueran expresiones que pudieran ser vistas como juicio de valor sin carácter injurioso o insultante.

Es de suma importancia reparar en este párrafo. En él se aprecia que el Tribunal está aplicando una "lógica" puramente binaria, que su planteamiento es de tipo "o...o...", no una "lógica" ponderativa. Lo que nos dice el Tribunal es: i) Que o se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son ilícitos por definición y es adecuada la sanción, o no se trata de atentados contra el honor, en cuyo caso son lícito ejercicio de la libertad de expresión. ii) Que siempre y por definición hay atentado contra el honor cuando se está ante injurias (*Formalbeleidigung*) o ante críticas insultantes (*Schmähkritik*). iii) Que, en cambio, no atentan contra el honor los meros juicios de valor, aunque sean críticos, cuando no tienen ese carácter injurioso o insultante. iv) Que una expresión *o cae bajo uno o bajo otro de tales conjuntos* (injuria y/o insulto vs. juicio de valor no injurioso ni insultante), pero que no caben combinaciones intermedias; que son conjuntos sin elementos comunes, conjuntos disjuntos. v) Que lo que el Tribunal Constitucional tiene que hacer al resolver recursos como éste es ver si el Tribunal de instancia ha realizado correctamente la adscripción de las expresiones en cuestión a uno u otro de esos dos conjuntos. Por tanto, si una expresión "e" daña el derecho al honor, no es en modo alguno ejercicio del derecho de libertad de expresión; y si esa expresión "e" es ejercicio del derecho de libertad de expresión no es en modo alguno atentatoria contra el derecho al honor. *Tertium non datur*³⁵.

Así pues, nada más lejos de los planteamientos ponderativos. Con un enfoque ponderativo el razonamiento sería así: i) la expresión "e" supone ejercicio de la libertad de expresión y, *al mismo tiempo*, supone daño para el derecho al honor; ii) dicha expresión "e" es lícita siempre y cuando que el beneficio para la libertad de expresión sea mayor que el daño para el derecho al honor; iii) la operación mediante la que se establece esa proporción daño/beneficio entre los dos derechos se llama ponderación; iv) la ponderación se hace caso por caso y su metro son las circunstancias del caso concreto.

³⁵ Así es siempre que la relación entre los derechos fundamentales se plantea en los siguientes términos: d¹ está limitado por d². Así es como ocurre con la relación entre la libertad de expresión (e información) y el derecho al honor (y otros, como la protección de la infancia) tanto en Alemania como en España. Por eso en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre este asunto no hay tampoco ni rastro de lo que propiamente merezca el nombre de ponderación (véase mi trabajo "Tres sentencias del Tribunal Constitucional. Ponderando el honor y la libertad de información", *Diario La Ley*, nº 6212, 17 de marzo de 2005). El esquema de razonamiento en estos casos es siempre interpretativo/subsuntivo, a partir de una norma cuya estructura, como ya se ha dicho es: $Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$. "x" vale por expresión/información e "y" vale por "honor" o "protección de la infancia", por ejemplo. De esta manera vemos que el derecho al honor o el derecho de la infancia a la protección están configurados como derechos absolutos (Oy). Por tanto, no pueden ser limitados en modo alguno. Cuando una expresión "e" se considera constitucionalmente permitida es porque se entiende que de ninguna manera daña el derecho al honor de un sujeto o el derecho de la infancia a su protección. Ésa es la razón por la que, como en esta misma Sentencia dice el *Bundesverfassungsgericht*, una interpretación maximalista o extensiva del derecho al honor, por ejemplo, llevaría a que nada negativo o crítico se pudiera decir de cualquiera y, con ello, a la práctica inhabilitación de la libertad de expresión.

Que esto es así se ve aún mejor si trabajamos con el derecho de la infancia a la protección. Con un enfoque ponderativo sería admisible el contenido del siguiente enunciado: "cuando el derecho de un niño a la protección sufra un daño de grado medio y, en el caso, la libertad de expresión se beneficie en un grado alto, debe prevalecer la libertad de expresión". Todos diríamos, en cambio, que el enunciado es jurídicamente inaceptable, pues ningún atentado contra el derecho de un niño a la protección puede justificarse con el beneficio para la libertad de expresión. Pues bien, lo mismo ocurre con el derecho al honor. Otra cosa es que los contenidos precisos del derecho al honor o del derecho de los niños a la protección deba establecerse por vía de *interpretación* de los correspondientes enunciados constitucionales, interpretación con propósito generalizador y no meramente de justicia del caso concreto; y que dicha interpretación debe tener un carácter sistemático, tomando en cuenta simultáneamente el sentido posible de todos los derechos en juego (aquí, libertad de expresión, de información, etc.) y buscando la coherencia del resultado final, de manera que la interpretación maximalista o totalmente extensiva de uno de los derechos no lleve a la práctica eliminación de algún otro.

Cuestión interesante es averiguar si el mismo esquema se aplica a la relación entre todos los derechos fundamentales, y a sus posibles conflictos, o si es peculiar de la relación entre la libertad de expresión/información y los derechos que la limitan. Mi hipótesis es la primera, pero no puedo desarrollarla aquí.

Sigamos con los pasos del razonamiento de la Sentencia.

- La libertad de expresión tiene sus límites, según el art. 5.2 LF en lo que disponga la ley, en la protección de la juventud y en el derecho al honor personal. Pero a su vez estos límites deben ser "interpretados" a la luz del derecho que limitan, cuyo valor orientativo se hace valer en el plano de la decisión. "Esto conduce por regla general a una ponderación casuística entre el derecho a la libertad de expresión y el bien jurídico protegido por la ley limitadora de tal derecho fundamental". A este párrafo ya me he referido anteriormente.

- En lo que se refiere a la expresión "geb. Mörder", la decisión del *Oberlandesgericht* debe ser corregida, pues no ha hecho justicia al carácter satírico de tal expresión. En favor de ese carácter de sátira operan los siguientes argumentos:

a) Tiene las notas definitorias de la sátira.

b) La expresión aparece dentro de una rúbrica permanente y en la que siempre se procede así.

c) El lenguaje es el habitual, de tono chistoso y que pretende hacer reír, fin este que es el típico de la sátira.

d) El uso en otros momentos en la misma sección de la expresión "nacido..." demuestra que su propósito no es ofensivo, sino cómico.

e) En el contexto del momento estaba la discusión jurídica sobre si se podía llamar o no a los soldados "asesinos potenciales" (*potentielle Mörder*).

f) Para ver si una sátira encierra un propósito insultante o injurioso no se pueden tomar sus expresiones al pie de la letra, sino que tienen que ser desvestidas (*Entkleidung*) de su definitorio componente de exageración o caricatura. Ahí es donde el *Oberlandesgericht* yerra, pues toma la expresión "geb. Mörder" al pie de la letra, como si necesariamente significase asesino nato.

Así pues, la *conclusión* es que dicha expresión *no produce daño al honor, no que el daño sea pequeño, leve, poco relevante, etc.* Dicha conclusión depende de la citada cadena de interpretaciones previas, no de una ponderación de grados de afectación positiva o negativa de los derechos.

- En lo que se refiere a la expresión "tullido" (*Krüppel*), la solución es diferente: sí hay daño al honor y *por tanto*, no puede tratarse de ejercicio lícito de la libertad de expresión, por lo que acertó aquí el *Oberlandesgericht*. Los argumentos son los siguientes:

a) "Krüppel" es una expresión que no meramente se usa para describir la condición de inválido o impedido, o para designar al físicamente deforme, como se hacía en siglos pasados. Hoy en día calificar a alguien como tullido se entiende como "humillación" (*Demütigung*), como degradante, equivale a minusvalorarlo. Ese cambio de significado se aprecia si se tiene en cuenta que también se usa la expresión para insultar o degradar a quienes no tienen ningún tipo de defecto físico.

b) La lectura de la "carta al lector" muestra que la intención era calificar con ese término degradante al demandante, no a los soldados en general ni a ningún grupo.

c) No puede servir como disculpa el que se tratara de una reacción frente a la demanda de indemnización por el reportaje anterior, pues nada había en tal demanda de agresivo o insultante.

En resumen conjunto, la expresión "geb. Mörder" no atenta contra el honor del demandante y es, por lo tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) objetivamente no es insultante o injuriosa; ii) porque no existía (o no está acreditada) una intención ofensiva o degradante. En cambio, la expresión "Krüppel" sí atenta contra el honor del demandante y no es, por tanto, ejercicio lícito de la libertad de expresión, porque: i) sí es objetivamente insultante, a tenor del significado que ha alcanzado y con el que suele usarse en nuestros días; ii) ha sido proferida con intención vejatoria.

3. La esencial intercambiabilidad del método subsuntivo y el ponderativo.

Ahora pretendo poner de relieve, de modo más sistemático, que el método subsuntivo y el ponderativo son intercambiables en cada caso (o al menos en cada caso mínimamente difícil), sea de legalidad estricta o de constitucionalidad; y que ambos, por tanto, pueden ser indistintamente usados tanto por los tribunales ordinarios como por los tribunales constitucionales. En el trasfondo late también mi opinión de que el uso del método subsuntivo (subsuntivo/interpretativo, como lo vengo llamando, para mayor precisión) es más apto para que los tribunales cumplan con los requisitos de una argumentación exigente, pues en él se ven más claros los pasos en que la racionalidad exige argumentación expresa de las decisiones intermedias determinantes del resultado final.

Utilizaré el siguiente proceder. Presentaré una sentencia en materia de legislación ordinaria y un caso-tipo en materia de conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y al honor. E intentaré poner de manifiesto que las dos son perfectamente tratables y reconstruibles tanto con un método ponderativo como con uno subsuntivo.

El caso de la sentencia primera es el conocido en España como caso del Toro de Osborne, decidido por el Tribunal Supremo español (Sala 3ª) en Sentencia de 30 de diciembre de 1997. El caso se puede resumir así. La Ley de Carreteras prohibía la colocación de "publicidad" en los lugares visibles desde las carreteras, fuera de los tramos urbanos. A la entrada en vigor de dicha Ley, la empresa Osborne, que se anunciaba mediante la efigie del Toro y una inscripción en la misma, borra tal inscripción, pero mantiene la figura del Toro, visible desde las carreteras. La empresa es sancionada por mantener dicha "publicidad" cuando ya rige la prohibición. Recurre y el Tribunal Supremo anula la sanción, argumentando que dicho Toro no es "publicidad".

3.1. Decisión de conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma subsuntiva.

Tomemos el caso del Toro de Osborne. La situación normativa creada con la prohibición de colocar publicidad podemos expresarla así, del modo más sencillo: prohibido (V) colocar publicidad (x):

Situación normativa:

$$(1) \forall x$$

El problema, pues, consiste en saber qué se entiende por "publicidad". En la sentencia del Tribunal Supremo en este caso se dice (simplificamos el asunto) que, a efectos de esta norma, es publicidad todo objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores. En aras de la simplicidad, representemos "objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores" como "d". Tenemos, así, el siguiente enunciado interpretativo:

Enunciado interpretativo general:

$$(2) d \leftrightarrow x$$

El paso siguiente tiene que consistir en sentar si el Toro de Osborne cae o no bajo "objeto asociado a una marca comercial que pueda distraer a los conductores" (d). El Tribunal concluye que no. Representamos el Toro como "t".

Enunciado interpretativo particular:

$$(3) t \rightarrow \neg d$$

Enunciado subsuntivo derivado de (1)(2) y (3) y conclusivo del razonamiento interpretativo :

$$(4) t \rightarrow \neg x$$

Conclusión normativa:

$$(5) \neg \forall t$$

Las razones determinantes de la corrección *material* del razonamiento serán las que respalden a los enunciados representados en (2) y (3).

3.2. Decisión del *mismo* conflicto de legalidad ordinaria presentada bajo forma ponderativa.

Ahora presentaremos bajo forma de ponderación el razonamiento de este caso que acabamos de ver en su esquema subsuntivo/interpretativo, y comprobaremos que ambos esquemas son intercambiables.

En primer lugar hemos de *traducir el caso a un conflicto entre derechos*. Podemos hacerlo contraponiendo el derecho de la empresa a anunciar libremente sus productos, como parte de la libertad de empresa, y el derecho de la Administración a prohibir las formas de publicidad que atenten contra algún bien constitucionalmente protegido, como pueda ser la seguridad de los ciudadanos o el derecho de los ciudadanos al medio ambiente. Por simplificar, nuevamente, reduzcamos el conflicto al enfrentamiento entre el derecho a anunciarse (como parte del derecho a la libertad de empresa), que representamos como D1, y el derecho a la seguridad de los conductores, que representamos como D2. ¿Cuál de los derechos prevalece en el caso del Toro de Osborne?

El Tribunal Supremo (si bien usando otro *lenguaje*, no el de los derechos) dio prevalencia en el caso a D1, el derecho de la empresa a anunciarse. Pero lo hizo diciendo que el Toro no era publicidad porque su presencia no atentaba contra la seguridad de los conductores. Y siguió los siguientes pasos:

i) Determinar qué se entiende, a efectos de la norma, por "publicidad". Nos dijo que publicidad no es cualquier cosa asociada a una marca o producto comercial (admite la asociación del Toro y una marca de brandy de la empresa Osborne desde varios puntos de vista), sino sólo aquel objeto asociado a una marca o producto y que ponga en peligro la seguridad de los conductores por ser apto para provocar su distracción. Invoca como razón de esa opción interpretativa el fin de la norma, y llamaremos a esta razón interpretativa R¹¹. Luego realiza una afirmación fáctica: que la figura del Toro no distrae a los conductores. Llamemos a esta razón R^{C1}. Y tenemos que, "*ponderadas*" las razones interpretativas y tomada una de las opciones, y "*ponderadas*" las circunstancias fácticas y tomada una de las opciones, quedan las razones para la prevalencia (P) de un derecho sobre otro:

$J (R^{11} \wedge R^{C1}) D1 P D2$

Sin embargo, si uno lee la sentencia del Tribunal Supremo en el caso del Toro y cualquier sentencia del Tribunal Constitucional en un caso de conflicto entre derechos fundamentales, la diferencia salta a la vista. ¿Es sólo una diferencia de lenguaje o hay una verdadera diferencia de método motivada por la distinta naturaleza de los casos? Nuestra tesis es que la diferencia es meramente de lenguaje.

Esa diferencia se traduce en que *el Tribunal Constitucional habla (o aparenta hablar) en términos de que están afectados dos derechos (o, más en general, dos principios), pero para el caso uno vence sobre otro*. Es decir, por ejemplo, que sí es un caso de libertad de expresión y sí es un caso de derecho al honor, y que la prevalencia del derecho al honor en razón de las circunstancias del caso supone la victoria de este derecho y la consiguiente limitación del otro en este caso. *En cambio, el Tribunal Supremo, usando un esquema no ponderativo, dice que el Toro no es un anuncio y que, por tanto, no hay un conflicto entre normas, sino que meramente no rige la prohibición de anuncios. Pero sería lo mismo si hubiera dicho que anuncios como los del Toro no caen bajo la prohibición, dado que, en sus circunstancias, no hay razones para limitar la libertad de anunciarse de las empresas. Y también sería lo mismo si el TC, en el ejemplo que a continuación veremos, sustituyera su lenguaje ponderativo por el propio del "método" subsuntivo/interpretativo y se expresara en estos términos: en el caso la expresión "e" es subsumible entre las expresiones que atentan contra el honor, y puesto que la libertad de expresión tiene su excepción en el daño al honor, no se trata de ejercicio de la libertad de expresión, sino de atentado al honor.*

A todo esto subyace una *tesis*, también fuerte, que requiere fundamentación minuciosa: *todas las normas pueden ser presentadas o como reglas o como principios, y tal presentación depende del lenguaje y el esquema que se adopte a la hora de aplicarlas. Pero tal opción es potestativa del intérprete, no determinada por ningún tipo de "naturaleza", ni de las normas ni de los hechos. Y, por último, esa opción responde generalmente a propósitos de política judicial, según que se quiera una aplicación del derecho de apariencia más técnica o más de equidad o justicia de los hechos. Los Tribunales Constitucionales adoptan un lenguaje ponderativo para hacer que su jurisdicción aparezca como sustancialmente diferente de la de los tribunales ordinarios.*

3.3. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma subsuntiva.

Tomemos un caso estándar de conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor. Hay dos normas (constitucionales; pero esa condición no es relevante): una dice permitido (P) expresar las ideas y opiniones (x): Px. La otra dice prohibido (-P) decir cosas que atenten contra el honor de otro (y): (-Py).

De modo que la situación podemos presentarla así:

$$Px \wedge \neg Py$$

Toda expresión está permitida, salvo que contenga un atentado al honor de otro. "x" representa cualquier expresión. E "y" representa cualquier expresión que atente contra el honor de otro. Por tanto, "y" es un subconjunto de "x". Así pues, la situación normativa podemos, más precisamente, representarla así:

$$Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y).$$

En consecuencia, todo conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor pasa necesariamente por:

- determinar el sentido de "honor" (y, correlativamente, de atentado contra el honor). Ahí serán de utilidad todo tipo de argumentos de los consolidados como interpretativos. Así, se llegará por ejemplo a establecer que todo insulto es (una expresión que supone) un atentado al honor de la persona referida (vid. paso (2) en el esquema de más abajo).

- determinar si el hecho enjuiciado (v.gr. alguien dijo que una persona era un "necio", o un "idiota", o un "sinvergüenza", o un "ladrón"...) y que era dudoso si caía bajo la referencia del enunciado que se interpretaba, cae bajo la referencia del enunciado concretizador, del enunciado interpretativo. En nuestro ejemplo, si la expresión en cuestión (e) es o no un insulto (i) (vid. paso (3) en el esquema de más abajo).

El esquema queda así:

Situación normativa:	(1)	$Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$
Enunciado interpretativo general	(2)	$i \rightarrow y$
Enunciado interpretativo particular	(3)	$e \rightarrow i$
Enunciado subsuntivo	(4)	$e \rightarrow y$
Conclusión normativa.	(5)	$\neg Pe$

En clave de racionalidad argumentativa, se requiere que concurren y se expresen (cuando no sean plenamente evidentes) las razones que respaldan las afirmaciones representadas en (2) y (3). Es decir, las razones por las que se considera que el significado del derecho al honor hace ese derecho incompatible con el soportar insultos, y las razones por las que se estima que la expresión "e" constituye un insulto.

3.4. Decisión de conflicto entre derechos fundamentales presentada bajo forma ponderativa.

Según la doctrina habitual en tema de ponderación, un derecho prevalece sobre el otro no en abstracto, sino en el caso concreto, y a la luz de las circunstancias precisas de ese caso. Llamando C a las circunstancias y J a la justificación de la prevalencia, podemos representar la situación de prevalencia así:

J (C¹... Cⁿ) D1 P D2

Pero hay que tener en cuenta que las circunstancias no hablan por sí solas. Lo que se quiere decir cuando en la doctrina de la ponderación se alude a ellas como determinantes es que son la fuente o la base de las razones dirimentes de la prevalencia de uno de los derechos; o sea, que las razones que cuentan para esa prevalencia son razones circunstanciales, razones relativas a la presencia y la relevancia de unas u otras circunstancias. Así que si llamamos R^C a tales razones circunstanciales podemos mantener el mismo esquema de este modo:

J (R^{C1}...R^{Cn}) D1 P D2

Pero la cuestión clave es ésta: *¿qué es lo que hace relevante e importante para el caso una o varias de entre las innumerables razones que concurren?* Y la respuesta es: *la previa interpretación de la norma o normas en cuestión.*

En la expresión "e" proferida por una persona respecto de otra, en uso de la libertad de expresión de aquélla, podemos imaginar los siguientes caracteres y circunstancias, de entre la infinidad que pueden darse e imaginarse para un caso:

Circunstancias: 1) proferida en una reunión privada; 2) proferida en una asamblea pública; 3) proferida en un programa de radio; 4) proferida por un particular; 5) proferida por un periodista; 6) proferida respecto de un particular; 7) proferida respecto de un cargo público; 8) proferida por un madrileño; 9) proferida en jueves; 10) proferida por una persona de 52 años; etc., etc.

Caracteres: A) crítica; B) acusación; C) insulto; D) caricatura o imitación; E) reproche; F) advertencia; G) insinuación amorosa, etc., etc.

En rápida y aleatoria enumeración hemos mencionado diez posibles circunstancias de la expresión "e" y siete posibles caracterizaciones o catalogaciones de la misma. Respecto de las circunstancias, cualquier discusión será cuestión de prueba (mostrar en los hechos que alguien es o no un periodista, que alguien es o no un cargo público, etc.); respecto de los caracteres las discusiones versarán sobre lo adecuado o no de la calificación, es decir, sobre las razones para calificar la expresión "e" como insulto, crítica, reproche, etc.

Pues bien, es la previa interpretación de lo que se entienda por "honor", como bien protegido por la norma que otorga el derecho al honor y que limita las expresiones posibles amparadas por la libertad de expresión, lo que hace que no se considere, hoy, aquí y ahora, atentatorio contra tal bien el ser objeto de una mera crítica, o de un simple reproche, o de una insinuación amorosa, y sí, en cambio, ser insultado. Así que *lo que hace relevante una u otra circunstancia y uno u otro carácter* de entre las y los innumerables que puede tener la proferencia de "e" *es una interpretación previa de la norma*, expresada o no en el correspondiente enunciado interpretativo, pero operante siempre, aunque sea de modo tácito. *Sobre la base de la interpretación se determina la relevancia de las circunstancias.*

Pero falta un *segundo paso*. Una vez que hemos interpretado "honor", por ejemplo, como desmerecimiento de la pública consideración y que, segundo paso, hemos determinado que un insulto es un supuesto que da lugar a tal desmerecimiento de la pública consideración, queda por *saber si "e" constituye o no un insulto*. Y habrá que dar razones de los dos cosas: de por qué se considera que el honor se daña cuando se es objeto de desmerecimiento en la pública consideración y de por qué se considera que "e" es un insulto y no, por ejemplo, una simple crítica o una cariñosa reconvención que no daña tal consideración pública.

Con todo esto estamos defendiendo esta tesis: *que los dos esquemas que hemos visto para el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor no son expresión de dos modos*

distintos de razonar ni de dos métodos diferenciados, sino dos maneras de representar un mismo proceder. Es decir, que en términos *funcionales* el esquema I:

$$J (R^{C1} \dots R^{Cn}) D2 P D1$$

equivale al esquema II:

Situación normativa:	(1)	$Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$
Enunciado interpretativo	(2)	$i \rightarrow y$
Enunciado subsuntivo	(3)	$e \rightarrow i$
Conclusión del razonam.int.	(4)	$\neg Pe$

Lo que varía y explica la diferencia en el modo de representar es que en el esquema I (ponderativo) se incorpora la mención a las razones subyacentes, pero no se representan los pasos o secuencia del razonamiento; mientras que en el esquema II (subsuntivo/interpretativo) ocurre al revés, se representa la secuencia del razonamiento pero se deja fuera la mención de las razones que avalan el contenido de los enunciados determinantes, que son el (2) y el (3).

Basta con fundir ambos esquemas para tener el esquema completo y común a todo caso difícil, sea o no de conflicto directo o inmediato entre derechos fundamentales. Quedaría así, en lo referido al caso de enfrentamiento entre libertad de expresión y derecho al honor, ganando el derecho al honor por haberse establecido que el insulto atenta contra el derecho al honor y que "e" es un insulto.

Situación normativa:	(1)	$Px \leftrightarrow (x \rightarrow \neg y)$
Enunciado interpretativo	(2)	$J (R^{Ca} \dots R^{Cn}) i \rightarrow y$
Enunciado subsuntivo	(3)	$J (R^{C1} \dots R^{Cn}) e \rightarrow i$
Conclusión del razonam.int.	(4)	$\neg Pe$

Y téngase en cuenta que $\neg Pe$ es tanto como decir que para el caso caracterizado por la preferencia de "e" (en las circunstancias $c^1 \dots c^n$) el derecho al honor (D2) prevalece sobre el la libertad de expresión (D1):

$$(e) D2 P D1$$

Queda visto que *las razones presentes en la llamada decisión ponderativa son razones interpretativas* (las que determinan, en el ejemplo, que el insulto atenta contra el bien "honor") y *razones fácticas* (las circunstancias que en el caso hacen que "e" pueda o deba contarse como un insulto). Por eso el *esquema de la ponderación*, para ser *completo*, debería representarse así, llamando R^i a las razones interpretativas y R^c a las razones circunstanciales:

$$J (R^{i1} \dots R^{in} \wedge R^{c1} \dots R^{cn}) D2 P D1$$