

CAPÍTULO TERCERO

EL PROBLEMA DE LA INCONMENSURABILIDAD

El principio de proporcionalidad, en especial su fase del examen de ponderación, para muchos fracasa ante el problema de la inconmensurabilidad. Los valores y principios yuxtapuestos, así se dice, podrían no ser mesurables con una escala común;⁸¹ sería imposible sopesar valores inconmensurables.⁸²

La objeción de inconmensurabilidad ha sido señalada como la más efectiva crítica a la teoría de la ponderación.⁸³ Se presenta en dos variantes: la primera pone de relieve que habría principios y valores que no son cuantificables;⁸⁴ la segunda se opone a suponer una cuantificabilidad sobre una escala *común*.⁸⁵ La diferencia entre ambas variantes consiste en que la primera se refiere a principios en particular, mientras que la segunda se detiene en las relaciones entre al menos dos principios.

⁸¹ Cfr. Finnis, John, “Natural Law and Legal Reasoning”, en George, Robert P. (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays*, Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 146 y 151; Aleinikoff, *op. cit.*, nota 13, pp. 972 y ss.; Zucca, Lorenzo, *Constitutional Dilemmas: Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2007, pp. 55-60 y 85-86.

⁸² Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 471.

⁸³ *Idem*. Para una discusión comprehensiva, véase Klatt y Meister, *op. cit.*, nota 38, cap. 3.

⁸⁴ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 475: “our moral universe includes ideas not amenable to quantification”.

⁸⁵ Véase *supra*, nota 82.

I. FALTA DE CUANTIFICABILIDAD

La primera variante de la objeción de inconmensurabilidad acierta en que los principios son cuantificables con diferentes medidas. Los derechos que como la libertad de propiedad tienen gran cercanía con la dimensión monetaria son más fáciles de cuantificar que los carentes de ella. No obstante, sería desacertado suponer que el examen llevado a cabo en la fase de ponderación se encomienda a un cifrado matemático exacto del peso de los principios en colisión. Más bien, en este caso siempre es posible una ponderación si pudiera asignarse el peso de los principios con base en una escala de al menos dos grados; en este sentido, basta una escala ordinal, y por el contrario, una cardinal o de intervalo (*kardinal*)* no es indispensable.⁸⁶

Además, el peso de principios y valores que no son cuantificables matemáticamente también puede jerarquizarse en función de una escala triádica con calidad leve, media o grave. Para decir esto con mayor claridad: la cuantificabilidad faltante no es una razón *contraria* a la capacidad de ponderación de estos prin-

* Una escala o variable “ordinal” o de “orden jerárquico” establece “posiciones relativas de los objetos o fenómenos en estudio, respecto a alguna característica de interés, *sin que se reflejen distancias* entre ellos”; en cambio, una “de intervalo” “[r]epresenta un nivel de medición más preciso, matemáticamente hablando...; no sólo se establece un orden en las posiciones relativas de los objetos o individuos, sino que *se mide también la distancia* entre los intervalos o las diferentes categorías o clases”; Mendoza Rivera, Henry y Bautista M., Gloria, *Probabilidad y estadística*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2002, <http://bit.ly/1iPgvEQ> (énfasis añadido). Se emplea a menudo la ordinal para medir “actitudes y opiniones”, como las expresadas al determinarse que una intervención es leve, media o grave en la ponderación; *cfr.* Ritchey, Ferris J., *Estadística para las ciencias sociales. El potencial de la imaginación estadística*, trad. de Édgar Rubén Cosío Martínez, México, McGraw-Hill, 2001, pp. 41-47. Véase también, Alexy, *Teoría...*, *cit.*, nota 40, p. 131 [N. del T.].

⁸⁶ Griffin, James, “Incommensurability: What’s the Problem?”, en Chang, Ruth (ed.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason*, Cambridge, Estados Unidos, Harvard University Press, 1997, p. 35; y Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, p. 247.

cipios, sino más bien una decisiva a favor de la aplicación de la escala triádica; de ahí que justo los *hard cases* de la ponderación sean la prueba del modelo de proporcionalidad. Afonso da Silva expresó con precisión este punto de vista: “Son más bien aquellos casos que tratan de valores inconmensurables (en sentido fuerte) los que solo mediante la comparación y la ponderación pueden decidirse racionalmente”.⁸⁷

Por cierto, que en casos complejos la gradación de los valores sea más difícil, y que en algunos parezca casi imposible, no son razones para despedirse totalmente del principio de proporcionalidad o de la ponderación. Y tampoco lo son para que por lo anterior se renuncie también a la racionalidad que se obtiene con el examen de proporcionalidad en los numerosos casos en que el modelo funciona sin dificultades.

Naturalmente, es acertado que toda gradación de un peso puede ser discutida y criticada en un caso concreto; sin embargo, lo anterior toca a la justificación externa y no se opone a la escala triádica como tal. En este punto puede ahora advertirse con claridad que la primera variante de la objeción de inconmensurabilidad al cabo no es otra cosa que la objeción de irracionalidad de la ponderación que Habermas hizo valer. Se discute finalmente la posibilidad de justificar racionalmente proposiciones sobre pesos y valores; de ahí que la primera variante de la objeción de inconmensurabilidad no sea un argumento independiente.

El empleo de la escala triádica sólo sería irracional si en un considerable número o categorías de casos fuera imposible resolver una determinada gradación con motivos racionales, pero esta suposición no convence. Ella significaría controvertir en conjunto toda posibilidad de una argumentación práctica racional, y con ello ser víctima de un escepticismo radical; en segundo término, con ella también se desistiría de la idea de la ciencia jurídica constitucional como ciencia. Además, con ello se renunciaría a la concepción de que las Constituciones podrían erigirse en un

⁸⁷ *Ibidem*, p. 246.

punto de referencia común, con cuyo auxilio pueden valorarse los principios en colisión.⁸⁸

Tsakyarakis esgrimió que la teoría de la ponderación transformaría el peculiar significado de los derechos fundamentales en algo aparentemente cuantificable.⁸⁹ Esta objeción no sólo confunde la comparabilidad con la cuantificabilidad; dicho autor tampoco aclara lo que entiende precisamente por “peculiar significado” de los derechos fundamentales. Sin embargo, del contexto de su argumentación se determina que alude a la capacidad de los derechos para repeler otras razones (*schields*) o ser cartas de triunfo ante ellas (*trumps*). No obstante, esta capacidad ha de separarse de los problemas de la cuantificabilidad y de la incommensurabilidad, y fue ya discutida arriba.⁹⁰

Luego argumenta Tsakyarakis que el empleo de escalas origina un problema: se tendería a privilegiar los principios cuantificables frente a aquellos que no lo son; con ello se asignaría a los primeros un papel en la argumentación de la proporcionalidad que de otra manera no tendrían.⁹¹ Aquí se requiere aclarar lo que este autor quiere decir con “de otra manera”: si un determinado principio es relevante desde el punto de vista de la Constitución, entonces hay que considerarlo en la ponderación; no puede ser ignorado. Si ha de ser considerado, entonces tendría precisamente el papel que le corresponda al peso que se le atribuya. Este papel no puede ser cambiado a voluntad, sino sólo dando razones que justifiquen la asignación de otro peso.

De ahí que sea desacertada la objeción de privilegio: no está presente el peligro de privilegiar los principios cuantificables. Tan pronto como dos principios se jerarquizan sobre una escala

⁸⁸ Cfr. Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, nota 65, pp. 781 y 782; *idem*, “La fórmula del peso”, *op. cit.*, nota 65, pp. 27 y 28.

⁸⁹ Tsakyarakis, *op. cit.*, nota 21, p. 488: “erodes these rights’ distinctive meaning by transforming them into something seemingly quantifiable”.

⁹⁰ Véase *supra*, capítulo primero.

⁹¹ Tsakyarakis, *op. cit.*, nota 21, p. 485: “assign them a role in the reasoning process that they would otherwise lack”.

común —y esto es indispensable para toda ponderación— ya no podrá surtir efecto su diferente cuantificabilidad, puesto que la valoración de los respectivos pesos como leve, medio o grave tiene que justificarse externamente; esta justificación no se halla encomendada a la cuantificabilidad, y por ello no está influida por ella. Por supuesto, puede cuestionarse una justificación externa, y esto también sucede con frecuencia; pero en tanto los principios sean valorados sobre una escala común y por lo mismo desde un punto de vista común, esta circunstancia no será argumento suficiente para suponer un privilegio a favor de los principios cuantificables.

II. FALTA DE PARÁMETRO DE COMPARACIÓN

La segunda variante de la objeción de inconmensurabilidad critica el intento de casi artificialmente hacer comparables principios inconmensurables mediante la afirmación de una escala en apariencia común.⁹² Tal escala común como parámetro de comparación más bien con frecuencia estaría ausente. A diferencia de la primera variante, esta objeción no se orienta a la posibilidad de ubicar los principios como tales en una jerarquía o escala, sino niega que la gradación pueda tener lugar en una escala común.⁹³

Esta objeción acierta en que toda comparación de principios presupone la existencia de una escala común.⁹⁴ En este punto es relevante distinguir entre una tesis de inconmensurabilidad fuerte y una débil. La mayoría de las veces se afirma sólo la última, que se remonta a Waldron. Es cierto que ella niega la existencia de una escala común para todos los principios; no obstante, parte de que con motivos racionales podrían establecerse relacio-

⁹² *Ibidem*, p. 471: “impossibility of measuring incommensurable values by introducing the image of a... common metric”.

⁹³ *Cfr.* Webber, *op. cit.*, nota 17, p. 194.

⁹⁴ Para lo anterior véase Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 248, 249, 252 y ss.

nes de preferencia entre los principios.⁹⁵ Sin embargo, como más o menos objeta Tsakyrakis, estos motivos necesariamente serían razones morales —pero el principio de proporcionalidad afirma ser moralmente neutral—. ⁹⁶

Es importante asentar que la tesis débil de inconmensurabilidad mantiene las relaciones de preferencia con fundamento racional; accede solamente a que éste contenga necesariamente argumentos morales. Con ello, la objeción se basa al cabo en la suposición, ya refutada arriba, de que el principio de proporcionalidad tiene que ser moralmente neutral. En cambio, es correcto reconocer que el examen de proporcionalidad siempre se encomienda a una argumentación práctica general, y muestra con claridad dónde precisamente ello se hace y con qué alcances, en lo cual también radica su capacidad de brindar resultados.⁹⁷

Sobre esta base podemos asentir a la tesis de que establecer relaciones de preferencia requiere una argumentación práctica general; sin ésta no puede en efecto producirse la comparabilidad.⁹⁸ Pero lo contrario es asimismo correcto: si se integra la argumentación práctica general —y a través de la justificación externa este es el caso en el marco del examen de proporcionalidad—, entonces apenas se sostiene la objeción de inconmensurabilidad. De ahí que, en conclusión, mediante la argumentación externa puede establecerse una escala común en el marco del examen de proporcionalidad.

Debe establecerse un aspecto adicional. A decir verdad, Tsakyrakis se basa en la inconmensurabilidad débil de Waldron, pero sin hacerse cargo de sus importantes observaciones. En la definición de Waldron la dependencia de la argumentación moral es sólo un punto de vista complementario; más importante es que

⁹⁵ Cfr. Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 473 y 474.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 474: “totally extraneous to any moral reasoning”.

⁹⁷ Véase *supra*, capítulo segundo.

⁹⁸ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 474: “if the moral discourse is lacking, there is no way to demonstrate that values, indeed, are commensurable”.

él parte de claras relaciones de prioridad entre los principios.⁹⁹ Según la tesis débil de la incommensurabilidad de Waldron, estas relaciones de prioridad se establecen mediante diferentes elementos, a los cuales, junto al “trumping, side constraints or lexical priority” también pertenece la ponderación. Contra la tesis fuerte de la incommensurabilidad, Waldron *asiente* entonces a la posibilidad de establecer relaciones de preferencia; pero a diferencia de otras tesis débiles de la incommensurabilidad,¹⁰⁰ reconoce explícitamente la posibilidad de ponderaciones: “The reasoned articulation of our moral principles and priorities inescapably involves what ordinary people might regard as weighing and balancing”.¹⁰¹

Recientemente, Afonso da Silva hizo suya una distinción proveniente de la filosofía práctica,¹⁰² con la cual puede mostrarse que ni la teoría fuerte de la incommensurabilidad ni la débil excluyen la teoría de la ponderación contenida en el principio de proporcionalidad. Según esto, se tiene que distinguir entre la incommensurabilidad y la incomparabilidad;¹⁰³ distinción que concierne a la *clase* de escala utilizada para la ponderación. Ésta requiere de la comparabilidad sobre una escala ordinal; en cambio, que la comparabilidad se produzca no depende de una escala de intervalo.¹⁰⁴

El punto decisivo es que la incommensurabilidad no implica incomparabilidad. Las ponderaciones funcionan en tanto puedan ser comparables los principios en colisión. Esto es válido de

⁹⁹ Waldron, *op. cit.*, nota 35, p. 816: “simple and straightforward priority rule”.

¹⁰⁰ Normalmente, también las tesis débiles de la incommensurabilidad tienen por imposibles todas las formas de ponderación. *Cfr. idem.*

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 821 (“La articulación razonada de nuestros principios morales y prioridades inexorablemente involucra lo que a la gente ordinaria vería como sopesar y ponderar”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁰² Chang, Ruth, “Introduction”, en *idem* (ed.), *op. cit.*, nota 86, pp. 1 y ss.; Griffin, *op. cit.*, nota 86, pp. 35 y ss.

¹⁰³ Afonso da Silva, *op. cit.*, nota 37, pp. 247 y 248.

¹⁰⁴ *Cfr.* Chang, *op. cit.*, nota 102, p. 1.

manera completamente independiente de si los principios son inconmensurables en sentido fuerte, débil o cualquier otro; la comparabilidad de los principios se da en el examen de proporcionalidad debido al empleo de una escala común, sobre la cual se comparan las relaciones de intercambio de los principios en colisión. Ésta es precisamente la tarea que imponen el derecho constitucional y la razón práctica general, incluso en los casos difíciles, a la ciencia jurídica y a la praxis argumentativa. Sobre estas relaciones opina Alexy, cuando habla de ello, que la Constitución representa un punto de referencia común, por cuyo medio se produce indirectamente la comparabilidad de los principios.¹⁰⁵ Por ende, la inconmensurabilidad no es un impedimento, sino más bien el punto de partida para las ponderaciones; Elijah Millgram lo expresó así: “Commensurability is the result, rather than the precondition, of practical deliberation”.¹⁰⁶

III. FALTA DE NEUTRALIDAD MORAL

La objeción de la faltante neutralidad moral afirma que el principio de proporcionalidad presupone una determinada teoría moral. Según Tsakyrakis y Waldron, dicho principio presupone una forma de utilitarismo.¹⁰⁷

Si esto fuera acertado, el principio de proporcionalidad efectivamente adolecería de un defecto importante. Su fuerza para ser convincente y su racionalidad dependerían entonces de las mismas características de una determinada teoría moral. Según Tsakyrakis, la consecuencia sería: “It seems to make our theory of constitutional adjudication stand or fall on having the correct

¹⁰⁵ *Op. cit.*, nota 12, p. 442.

¹⁰⁶ “Incommensurability and Practical Reasoning”, en Chang (ed.), *op. cit.*, nota 86, p. 151.

¹⁰⁷ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, pp. 471 y 472: “some form of utilitarianism”. En términos similares, Waldron, *op. cit.*, nota 35, p. 816: “utilitarian-style weighing and balancing”.

answer to an extremely vexing and controversial question in moral philosophy”.¹⁰⁸

Sin embargo, la distinción entre la justificación interna y la externa pugna por suponer la neutralidad moral del principio de proporcionalidad.¹⁰⁹ La justificación externa fundamentalmente se halla abierta a todos los argumentos morales o jurídicos; no se limita a los de una determinada teoría moral. En particular, no se sigue tal limitación de la suposición de una escala común; así, por ejemplo, la gradación en la escala triádica es neutral frente a los argumentos con los cuales se adjudica un nivel leve, medio o grave.

IV. FALTA DE NECESIDAD DE LA PONDERACIÓN

La objeción de la ausente necesidad de ponderar es un argumento auxiliar que se expone para el caso de que la de incommensurabilidad —como se asume aquí— pueda ser anulada. Tsakyrakis afirma que si se dispusiera de una escala común no se requeriría una ponderación.¹¹⁰

Dicha objeción es medularmente verdadera, ya que describe con acierto una importante propiedad de la ponderación. Ésta consiste en fijar una relación de preferencia entre principios que colisionan, relativa a las posibilidades jurídicas y materiales presentes en un caso concreto. Para ello se dan necesariamente tres pasos:¹¹¹ en el primero se establece la medida del menoscabo de un principio; en el segundo es determinada la importancia de la

¹⁰⁸ Cfr. Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 471 (“Parece hacer que nuestra teoría del juicio constitucional se mantenga o caiga con base en tener la respuesta correcta a una cuestión de filosofía moral extremadamente molesta y controvertida”; en inglés en el original; traducción mía [N. del T.]).

¹⁰⁹ Véase *supra*, capítulo segundo, apartado III.

¹¹⁰ Tsakyrakis, *op. cit.*, nota 21, p. 472.

¹¹¹ Cfr. Alexy, “Die Gewichtsformel”, *op. cit.*, nota 65, p. 773; *idem*, “La fórmula del peso”, *op. cit.*, nota 65, p. 16.

satisfacción del principio que colisiona con el primero, y en el tercero se averigua cuál de estos principios tiene el mayor peso concreto, es decir, si la importancia del segundo principio justifica el menoscabo del primero.

La impresión expresada por Tsakyrakis de que las ponderaciones ya no se requerirían de haber una escala común, puede interpretarse como la descripción del tercer paso de la ponderación. Tan pronto como los valores hayan sido ordenados, la ponderación ya no será espectacular, puesto que en ese momento será simple leer la correcta relación de preferencia del resultado de la ponderación. Pero esto no significa que la ponderación sea superflua en su totalidad, o sea, como un procedimiento que consiste en tres pasos, por el contrario, su modelo muestra clara y transparentemente qué elementos son imprescindibles para concluir con un resultado correcto, es decir, las proposiciones racionalmente justificadas sobre la intensidad de la intervención y el grado de importancia.

El modelo de la ponderación obliga a que argumentando jurídicamente se pongan las cartas sobre la mesa, y a que se diga con claridad si el peso concreto del principio en colisión se jerarquiza como leve, medio o grave y, aún más importante, a expresar las razones para ello. Finalmente, la imagen del tercer paso obviamente será más compleja cuando se consideren en la ponderación variables adicionales, como el peso abstracto o la seguridad epistémica de las premisas empíricas y normativas.¹¹² Por último, con este análisis más complejo se refuta la afirmación de que con una escala común sería prescindible la ponderación.

V. CONCLUSIÓN

Ni la tesis fuerte de la incommensurabilidad ni la débil están contra fijar relaciones de preferencia racionales con ayuda de la pondera-

¹¹² Cfr. Klatt y Schmidt, *op. cit.*, nota 66.

ción.¹¹³ No es convincente la objeción de la falta de cuantificabilidad ni la de la falta de una escala común.¹¹⁴ Con ayuda de la distinción entre inconmensurabilidad e incomparabilidad también pueden ponderarse entre sí principios inconmensurables. Además, la ponderación de ninguna manera requiere teorías morales especiales; como estructura formal, ella más bien es moralmente neutral. Finalmente, la necesidad de ponderar se mantiene aun suponiendo que los principios son comparables.

¹¹³ Véase, también, Veel, *op. cit.*, nota 52, pp. 227 y 228.

¹¹⁴ Analizamos esto con mayor detalle en *op. cit.*, nota 38, capítulo tercero.