

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

## **El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en relación con el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana.**

**Gustavo A. Beade\***

### **Introducción**

Existen en el mundo jurídico moderno nuevos problemas que han requerido soluciones, no siempre acertadas, provenientes de la filosofía del derecho, del derecho constitucional y también del derecho penal. Nada en el mundo (incluido el mundo del derecho) es lo mismo desde aquél 11 de septiembre de 2001. La variedad y cantidad de situaciones problemáticas que han ocurrido desde aquella fecha son incontables. Hubo, hay y habrá discusiones en torno a problemáticas que abarcan un abanico tan grande de temas que van desde el relativismo moral a la justicia internacional pasando por el terrorismo, los derechos humanos, la estigmatización de la inmigración, entre muchísimos otros.

En este trabajo pretendo acotar la problemática a la ardua discusión suscitada a partir de una de las normas surgidas luego del 2001 en Alemania, la Ley de Seguridad Aérea alemana (*Luftsicherheitsgesetz/ LuftSiG*), y el debate posterior que se originó a partir de que el Tribunal Constitucional alemán la declarara inconstitucional. En esta medida me interesa explorar las opiniones que surgieron en general desde la filosofía del derecho a partir de dos posiciones preponderantes, en aparente contraposición. Me refiero a lo que denomino más adelante como defensores de la *Argumentación moral* entre los que destaco a Ronald Dworkin, contra quienes sostienen la postura que denomino *Argumentación jurídica* en donde resalto la posición de Robert Alexy. Trato de presentar argumentos para sostener que, en

---

\* Abogado (Universidad de Buenos Aires, 2003); Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) en el Seminario de Derecho Público y Filosofía del Derecho en la *Christian-Albrechts-Universität* de Kiel (Alemania) dirigido por el Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy. [gbeade@derecho.uba.ar](mailto:gbeade@derecho.uba.ar). Quiero agradecer por los comentarios y sugerencias a Laura Clérico, Liliana Ronconi y a Hernán Gullco. También quiero agradecer al Prof. Alexy por clarificar algunas de estas ideas.

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

definitiva, y respecto del caso de la *LuftSiG* el desacuerdo entre ambas posiciones no es tal, o al menos no es tan radical como pareciera ser. Me interesa mostrar que ambas posturas arribarían a posiciones correctas, similares y que existe una mirada común a la problemática planteada. Sin embargo, el texto recorre el camino inverso. Comienza con la cuestión más teórica y luego, se enfoca en el caso puntual señalado.

En lo que sigue presento brevemente estas dos posiciones (i), para luego sí explicar las diferencias y similitudes entre ambas (ii y iii); pongo a prueba lo que surge de la sección anterior al analizar la problemática vinculada con la *LuftSiG* y analizo la forma en que ambas posturas resuelven la cuestión (iv). Finalmente cierro con breves conclusiones (v).

## ***ii.- ¿Dos posiciones contrapuestas?***

Existen dos posturas notablemente posicionadas en la teoría y la filosofía del derecho actual, cuyo predominio se encuentra dividido claramente, una vez más, a partir del derecho anglosajón y el derecho continental-europeo.

Una de estas posiciones sostiene que una tensión entre dos derechos fundamentales debería resolverse mediante una argumentación moral, esto es, independientemente del caso o de cualquier situación política condicionante. En este sentido, la decisión siempre puede ser una, es decir sólo hay *una* respuesta correcta. El argumento moral se construye siguiendo los lineamientos del deontologismo clásico en donde hay ciertos ideales que se mantienen, y ciertas reglas que nunca se rompen. Llamo a esta postura *Argumentación moral*.

Por otro lado, se encuentran quienes sostienen que no todos los casos se resuelven igual y, que tal como se efectúa en la práctica constitucional de la mayoría de los países del sistema continental europeo, es necesario trabajar con una estructura como es el examen de proporcionalidad. Los sostenedores de esta posición llegan a conclusiones, pero a través de un razonamiento que incluye considerar todas las variantes posibles, para de esta manera, tomar la decisión correcta. Denomino a esta posición *Argumentación jurídica*. Veamos con algo más

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

de detalle como se fundamentan ambas posiciones, y más adelante, las críticas que se dirigen mutuamente.

### **ii.i.- La defensa de la Argumentación Moral**

La *Argumentación Moral* tiene como consigna central resolver cuestiones de interpretación jurídica basando la estructura de su razonamiento en una premisa moral que surge de las constituciones o de las cartas de derechos fundamentales. Se origina aquí la famosa idea de la lectura moral de la Constitución. En general los autores más representativos de esta corriente como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas<sup>1</sup> o Carlos Nino, han planteado sus posiciones a partir de leer las constituciones en clave del liberalismo clásico primero y -con variantes- del liberalismo igualitario luego.

La lectura moral de ciertos problemas vinculados con derechos fundamentales propone resolver estas controversias, a partir de determinadas premisas morales. Por otra parte, es la lectura moral que hacen de la Constitución lo que les permite dirigir sus decisiones hacia un lado concreto. Esta dirección que marca la Constitución para este tipo de decisiones es fundamental al momento de tomar una postura frente a ciertas tensiones.

Quizá, la premisa básica para resolver esas cuestiones, que además fundamenta la lectura moral de la Constitución, sea la vinculación fuerte entre la filosofía liberal y un cuerpo de derechos central. Para Dworkin *i.e.*, los derechos son entendidos como *cartas de triunfo* sobre las justificaciones para las decisiones políticas tomadas con la intención de favorecer a la comunidad en su totalidad. De esta manera, si alguien tiene un derecho a publicar pornografía, esto indica que es incorrecto que oficiales públicos actúen en violación de dicho derecho, incluso si consideraran (correctamente) que la comunidad en su totalidad estaría mejor si así

---

<sup>1</sup> Habermas por ejemplo, critica concretamente la clasificación de *principios* de Robert Alexy, sosteniendo que no pueden entenderse como “mandatos de optimización” dado que perderían su validez deontológica. Veremos algo de esta clasificación de Alexy en el punto ii.ii; sobre la crítica, *cfr.* Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 255 (versión en español *Facticidad y Validez*, Madrid, 1998, a cargo de Redondo). Para un análisis de la crítica de Habermas a Alexy véase el trabajo de Rodolfo Arango en este volumen.

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

lo hicieran.<sup>2</sup> La premisa que toma a los derechos como *cartas de triunfo*, permite sostener que hay derechos que tienen prevalencia en cualquier contexto y en cualquier lugar, *i.e.* no existen dudas en que la libertad de expresión está por sobre todas las “cosas”, incluso por sobre la sanción penal que reciben como castigo en Alemania aquellos que nieguen el Holocausto.<sup>3</sup>

Como puede advertirse, claramente la formulación de Dworkin se dirige contra los fundamentos que surgen del utilitarismo clásico. En este sentido, la idea de que el utilitarismo, seguramente la versión más conocida del consecuencialismo -que establece que *lo bueno es independiente de lo correcto y lo correcto es definido como aquello que maximiza la felicidad*<sup>4</sup> - era el enemigo a combatir por aquellos años en donde el deontologismo empezó a robustecer su postura.<sup>5</sup>

En parte, es posible señalar que autores como Rawls y Dworkin reforzaron sus puntos de vista como contrapunto del utilitarismo. En esto radica la importancia de observar cuáles fueron las críticas más certeras dirigidas hacia el utilitarismo, para analizar de qué modo construyeron en una forma más concreta su propia postura. Veamos un poco el trabajo de Dworkin en este sentido.

#### *ii.i.i.- Las críticas de Dworkin al utilitarismo*

Dworkin comienza describiendo a la ética utilitarista, sosteniendo que en esta teoría nadie tiene más derecho que otro a tener sus satisfacciones más completas y que la única forma de

---

<sup>2</sup> Ronald Dworkin, “Rights as trumps” en Waldron (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, 1984, p. 153.

<sup>3</sup> Sin perjuicio de esto, reconoce que esto no es un motivo válido para que EE.UU. invada Alemania, e intente imponer por la fuerza la supremacía de la libertad de expresión. Cfr. Ronald Dworkin, *Is Democracy possible here?* Princeton, 2006, p. 33/34 (versión en español *La Democracia posible*, Barcelona 2008, a cargo de Weikert).

<sup>4</sup> Por su parte el utilitarismo fue caracterizado como la teoría ética en la que la conducta bajo ciertas circunstancias dadas es objetivamente correcto es aquella que produciría la mayor cantidad de felicidad en su totalidad. Cfr. Henry Sidgwick, “Issues for Utilitarians”, originalmente en Id., *The Methods of Ethics*, 7th ed., London 1907; ahora en: Peter Singer (ed.), *Ethics*, Oxford, 1994, p. 313/4

<sup>5</sup> Se ha señalado varias veces que, por ejemplo, el libro *A Theory of Justice* de John Rawls era un respuesta al utilitarismo. Cfr. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Bs.As., 1999, p. 21 y ss. Para la descripción del utilitarismo en palabras del propio Rawls, véase John Rawls, *A Theory of Justice*. Revisited edition, Oxford, 1999, p. 19 y ss. (versión en español *Teoría de la justicia*, México 2006, María Dolores González).

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

negar estos derechos es que los deseos sean mayores y más intensos para ser satisfechos. Debe hacerse aquello que maximice el bien dado que, según el utilitarismo, debe maximizarse el bienestar general.<sup>6</sup> Esto resulta atractivo incluso, desde una perspectiva igualitaria, dado que no habría posturas que tuvieran *a priori*, mayor preponderancia que otras. Todos los individuos tendrían el derecho a ser tratados como iguales.<sup>7</sup>

Otro de los presupuestos principales que destaca Dworkin del utilitarismo es su pretendida neutralidad, lo cual, podría decirse que favorecería, ampliamente, planes de vida bien divergentes. En una comunidad con pretensiones utilitaristas, las preferencias de sus ciudadanos deben pesarse en una base de igualdad y en las mismas escalas. Así, todo está habilitado en este proceso que otorga lugar a quienes sostienen, por ejemplo, una Teoría de la Justicia nazi como correcta y quienes se oponen a ella sosteniendo que es radicalmente mala.<sup>8</sup>

Dworkin, sin embargo empieza por aquí su crítica al utilitarismo. Señala así, que los derechos como cartas de triunfo sirven para que los derechos de las minorías puedan ser respetados; con un ejemplo: las preferencias sexuales de los individuos de una comunidad no pueden ser condicionados por los gustos de una mayoría, dado que esto implicaría denegar la libertad de esta minoría y no considerarla como un igual.<sup>9</sup> En este sentido -afirma Dworkin- que el recuento y el peso de las preferencias de los liberales y de sus oponentes determinen que requiere el derecho y la justicia, es a su juicio, un punto de partida falso.<sup>10</sup>

Dworkin coincide con Rawls en que el utilitarismo se convierte en problemático cuando le otorga un rol importante a lo que podría denominarse como preferencias o gustos “ofensivos”. Estos gustos “ofensivos” permitirían que en este espacio pueda entrar dentro del cómputo general, una persona que tenga placer a partir de discriminar a otra o dejarle menos espacio de

---

<sup>6</sup> Gargarella, *op. cit.*, p. 23, nota 5. Por su parte, el deontologismo que sostienen entre otros Rawls y Dworkin considera que lo correcto es independiente de lo bueno y que lo correcto tiene primacía sobre lo bueno.

<sup>7</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass., 1977, p. 234 (versión en español *Los derechos en serio*, Barcelona, 1997 a cargo de Guastavino).

<sup>8</sup> Dworkin, “Rights as trumps” *cit.*, p. 156.

<sup>9</sup> *Idem* p. 161.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 162.

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

libertad. Desde la perspectiva igualitaria de Rawls y Dworkin estas posiciones deberían ser condenadas y no aceptadas sin más.

Por su parte, Dworkin va más allá y cuestiona que el utilitarismo incluya en su cálculo de maximización las “preferencias externas”. En este sentido avala la maximización de los que considera los derechos y las oportunidades de los que podrían gozar las personas, las “preferencias personales” que tenían por objeto un reclamo personal. Sin embargo, las “preferencias personales” incluyen propuestas hacia los planes de vida de terceros, esto es, sobre lo que los otros *deberían* hacer o tener.<sup>11</sup> De esta forma, se permitiría la posibilidad de que los grupos mayoritarios impongan a las minorías sus preferencias.

A partir de aquí, Dworkin grafica concretamente en qué momento el utilitarismo pierde su contenido igualitario para transformarse en una teoría ética discutible y para él inaceptable. El utilitarismo se corrompe -señala Dworkin- cuando los individuos tienen “preferencias externas” que contradicen los presupuestos del utilitarismo; si existieran ciudadanos -perfectamente sanos- que son racistas en sus pensamientos políticos, qué ocurriría si *i.e.* en casos límites se produce una escasez de medicamentos. Se podrá afirmar que ellos preferirán que estos le sean dados a hombres blancos que los necesiten, antes que a hombre negros que los necesiten incluso aún más. Si el utilitarismo acepta este razonamiento estaría traicionando sus principios que implicaban que no habría diferencias de ningún tipo entre dos hombres, dado que ambos, en principio, cuentan por igual.<sup>12</sup>

Una estructura fuerte de derechos y una concepción igualitaria de la sociedad se conciben como objetoras de ciertos criterios del utilitarismo, y favorecedores de la imposición de ciertos principios morales ante situaciones críticas.<sup>13</sup> Sólo una teoría moral que pueda

---

<sup>11</sup> Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Oxford, 1986, p. 196. También en Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Bs.As., 1992, p. 700 y ss.

<sup>12</sup> Dworkin, *Taking Rights Seriously* cit., p. 235.

<sup>13</sup> Querría presentar mínimamente la teoría de los derechos de Carlos Nino. Para Nino, los derechos constituyen una protección a intereses individuales que interponen límites a las consideraciones basadas en intereses de otros o del grupo social en su conjunto o de la mayoría de ese grupo social. Si alguien tiene derecho al bien X, ese derecho, por definición, no puede verse desplazado por la mera consideración de que los intereses de la mayoría se verían beneficiados, si esta persona es privada de X, por lo que los derechos constituyen barreras de

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

derivarse de la Constitución, en este caso una que sostenga el liberalismo igualitario y la utilización de derechos como un instrumento fuerte para sostenerla podrían caracterizar a la postura que aquí he denominado *Argumentación moral*.

Presento ahora brevemente los lineamientos de la otra postura, *la Argumentación jurídica*.

## **ii.ii.- La defensa de la “Argumentación jurídica”**

La posición es defendida, entre otros, por Robert Alexy y tiene entre sus fundamentos, el rechazo de la postulación de argumentos morales para resolver cuestiones jurídicas, inclinándose más hacia la utilización de una estructura de análisis configurado por el llamado *examen de proporcionalidad en sentido amplio*, cuyo estadio más discutido es, por lo general, la ponderación, el último de ellos.

En principio, Alexy plantea una distinción entre reglas y principios estableciendo que habría una gran cantidad de derechos cuya colisión con otros derechos debe solucionarse mediante la utilización de la estructura denominada *ponderación*. Señala que estas construcciones (reglas y principios) no han sido puestas en práctica en forma pura, sin embargo de allí surge la solución de casi todos los problemas vinculados con la dogmática general de los Derechos Fundamentales.<sup>14</sup> No es el objetivo de este texto analizar exhaustivamente esta clasificación, ni tampoco repensarla críticamente. Pretendo aquí explicar brevemente en que consiste esta

---

protección contra los *intereses mayoritarios*. Nino por otra parte, tempranamente definió la existencia de derechos fundamentales, los cuales son derechos morales inherentes a todos los hombres, cuyo reconocimiento efectivo puede generar derechos jurídicos. Según Nino, existe un acuerdo básico acerca de estos derechos los cuales incluirían: derecho a un debido proceso legal, libertad de conciencia y de expresión, derecho a no ser discriminado, etc. Sin embargo, la cuestión relevante, es que Nino entiende que detrás de estos derechos individuales subyacen principios básicos de la concepción liberal del hombre y de la sociedad. Estos principios son: *inviolabilidad, autonomía y dignidad de la persona humana*. Para más detalles *cfr.* Carlos S. Nino, *Introducción al Análisis del Derecho*, 2ª ed. ampliada y revisada, 12ª reimpresión, Bs. As., 2003, p. 418 y del mismo autor, *The Ethics of Human Rights*, Oxford, 1991, p. 129 y ss.

<sup>14</sup> Robert Alexy, “Die Konstruktion der Grundrechte“, en Laura Clérico/Jan Sieckmann, *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation*, Baden-Baden, 2009, p. 9

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

construcción y desarrollar con algo más de detalle la cuestión importante aquí: la ponderación.<sup>15</sup>

Para Alexy las reglas son normas, que definen algo en forma definitiva como *obligatorio*, *prohibido* o *permitido*. En este sentido, son mandatos definitivos. Su forma de aplicación es la subsunción. Cuando una regla es válida entonces se transforma en un mandato, por lo que hay que realizar lo que la norma demanda. Cuando esto se realiza, la norma es cumplida, cuando no se realiza, la norma no es cumplida. En definitiva, las reglas son normas que pueden o no ser cumplidas.<sup>16</sup>

Por otra parte, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de sus posibilidades fácticas y jurídicas. Principios son, en la denominación de Alexy, mandatos de optimización.<sup>17</sup> Como tales sólo pueden realizarse en diversos grados y la medida de su cumplimiento depende tanto de las posibilidades fácticas como jurídicas. Las posibilidades jurídicas se determinan a partir de reglas y - fundamentalmente- principios opuestos.<sup>18</sup>

Los principios constituyen, tomados individualmente, sólo mandatos *prima-facie*, siendo que la determinación de la medida de su cumplimiento relativa a la exigencia de un principio contrario, es la *ponderación*.<sup>19</sup> Sólo una teoría en la que los derechos tengan el carácter de

---

<sup>15</sup> Para significar su importancia, basta con decir que para Alexy esta distinción constituye la columna central de la edificación de la teoría de los Derechos Fundamentales. Cfr. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1985, p. 71 (versión española *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 2008, a cargo de Bernal Pulido).

<sup>16</sup> Alexy, “Die Konstruktion der Grundrechte“ cit., p. 9

<sup>17</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* cit, p. 75. Recientemente “Die Konstruktion der Grundrechte“ cit., p. 9. Alexy ha mutado en algún momento este concepto hacia el de mandatos optimizables. Esta modificación estuvo en parte originada por críticas de Jan Sieckmann y Aulis Aarnio debido a la dificultad que esto entrañaba para su distinción de las reglas. Entiendo que en nada cambia el sentido que quiere imprimirle al concepto, el cual está enmarcado por la denotación de la palabra optimizar. Así, él mismo lo aclara. Sin embargo, reconoce, los problemas de vaguedad que acarrea esta palabra. Cfr. Alexy, “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason” en Luc J. Wintgens (ed.), *The Law in Philosophical Perspectives*, Dordrecht, 1999, p. 39 nota 55. También, Martin Borowski, *Grundrechte als Prinzipien*, Baden-Baden, 1998, p. 77.

<sup>18</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* cit, p. 76

<sup>19</sup> Alexy, “Die Konstruktion der Grundrechte“ cit., p. 10

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

regla como la de Dworkin -afirma Alexy- en donde los derechos son cartas de triunfo, al menos con referencia a los bienes colectivos, tienen un carácter esencialmente definitivo.<sup>20</sup>

Así llega Alexy a afirmar que, por esta razón, *la ponderación* es la forma específica de aplicación de los principios. Es la manera de resolver la colisión de principios, de determinar la preponderancia, en el caso concreto, de uno sobre otro. Es decir que si dos derechos fundamentales colisionan, la solución de la colisión no implica que uno de los principios pierda su validez, sino solo que en el caso concreto uno de los principios tiene una prioridad condicionada frente al otro principio.<sup>21</sup>

La instrumentación práctica de esta formulación teórica, se produce a través del examen de proporcionalidad en sentido amplio. Este examen que es utilizado en la motivación de las decisiones de los Tribunales Constitucionales que caracterizan el sistema continental europeo, consiste en tres estadios: *idoneidad*, *necesidad* y *proporcionalidad en sentido estricto*. Las primeras dos etapas se vinculan estrictamente con la relativización de la realización de los principios en relación con las posibilidades fácticas, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se conecta con la relativización de la realización de los principios en relación con las posibilidades jurídicas.<sup>22</sup> No es el objeto de este trabajo analizar cada uno de ellos, por el contrario nos concentraremos en la última etapa del examen, en donde interviene activamente la ponderación.

#### *ii.ii.i.- Estructura de la ponderación*

En este estadio, básicamente lo que se realiza es un procedimiento mediante el cual se procede a *pesar* los argumentos que existen a favor y en contra de ambas posiciones, para luego sí tomar una decisión definitiva. Esta postura ha sido caracterizada como una forma de *razonamiento práctico*, que tiende a buscar la mejor decisión.<sup>23</sup> Algunos autores, precisando

---

<sup>20</sup> Robert Alexy, “Individual Rights and Collective Goals” en Nino (ed.), *Rights*, Aldershot, 1992, p. 166.

<sup>21</sup> Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Bs.As., 2009, p. 28.

<sup>22</sup> Clérico, *op. cit.* p. 28. Clérico, sin embargo, utiliza la denominación de adecuación técnica y medio alternativo menos gravoso o menos lesivo para referirse a idoneidad y necesidad, respectivamente.

<sup>23</sup> Stavros Tsakyrakis, “Proportionality: An assault on human rights?” *I-CON* Vol. 7 No. 3 (2009) p. 469.

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

el concepto de ponderación, sostienen que el examen de proporcionalidad en derecho constitucional no es una mera definición de preferencia entre diversos principios, tampoco una mera ponderación, sino que la misma se complementará a través de “reglas” lo cual es lo más adecuado dentro de una práctica constitucional estable.<sup>24</sup>

La ponderación supone una relación al menos entre 2 elementos que colisionan y cuyo análisis ya ha superado las etapas anteriores de análisis.<sup>25</sup> En este estrato, se toman en consideración las valoraciones en abstracto de las normas que entran en conflicto (peso abstracto).<sup>26</sup> Esta operación en principio, no sería determinante, dado que además es necesario considerar estas normas a la luz del caso en concreto (peso concreto). Ésta quizá sea la nota más relevante para diferenciarla de la *Argumentación moral*; que la ponderación obligue a la consideración de las circunstancias concretas del caso, evita que se acepte un orden de valores constitucionales definitivo, cerrado y *a priori*.<sup>27</sup>

En la ponderación es posible considerar dos cuestiones básicas:<sup>28</sup>

- 1) *La ley de la ponderación* que establece que “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.<sup>29</sup> Esta afirmación no consiste en una pauta material para solucionar la colisión de dos principios, sino un procedimiento para la justificación de

<sup>24</sup> Cfr. Clérico, *op. cit.*, p. 169. Basicamente el modelo de Clérico apunta a dotar al evaluador de alguna orientación en el caso que debe resolver. Según entiendo, Clérico pretende generar a partir de las reglas que surgen de decisiones anteriores el estilo a seguir en la jurisprudencia futura, en el sentido de la catedral dworkiniana. Para una aplicación de este principio al derecho a la salud, véase el texto de Liliana Ronconi en este mismo volumen.

<sup>25</sup> Clérico es crítica con la indeterminación de los conceptos necesarios en la ponderación ya sean: medio-fin, ventaja-desventaja, restricción iusfundamental-promoción del fin estatal, etc. Cfr. Clérico, *op. cit.*, p. 174.

<sup>26</sup> Esta se funda en el reconocimiento de que a pesar de que los principios que entran en colisión tienen la misma jerarquía normativa, en ocasiones uno de ellos puede tener una importancia mayor –en abstracto- de acuerdo a los “valores predominantes en la sociedad”. Cfr. Carlos Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación”, *DOXA* 26 (2003), p. 228.

<sup>27</sup> Clérico, *op. cit.*, p. 177. Lopera Mesa cree que el problema de la lectura moral de la constitución de Dworkin se vincula precisamente con esto. Para ese tipo de razonamiento puede haber gran variedad de interpretaciones, por lo que no estaría claro cuál es la lectura moral correcta de la Constitución. Véase Gloria Lopera Mesa, *Principio de proporcionalidad y control constitucional de las leyes penales*, Madrid, 2006.

<sup>28</sup> Dejo aquí de lado las consideraciones vinculadas con la fórmula del peso. Sobre esta cuestión ver entre otros, Alexy, “On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison” *Ratio Juris*, Vol. 16. No. 4 (2003).

<sup>29</sup> Alexy, *Theorie der Grundrechte* cit., p. 146.

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

la decisión. De esta manera la mera enunciación de que el principio colisionante sea “poco importante” no es suficiente.<sup>30</sup> Para justificar este grado de afectación o de no realización se utilizan todos los argumentos disponibles en el marco de la argumentación jurídica.<sup>31</sup>

- 2) El segundo paso, consiste en llevar a cabo la *ponderación propiamente dicha* o *ponderación en sentido estricto*. Consiste en una comparación entre el grado de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y el grado de realización del principio constitucional que fundamenta la norma legal que se controla, para establecer una relación de precedencia condicionada entre aquél derecho y éste principio. El resultado de la ponderación consiste en una relación de “precedencia”, porque en ella se determina si el derecho fundamental o el principio constitucional debe adquirir prioridad en el caso concreto. Esa relación es “condicionada” porque la prioridad que se establece entre el derecho y el principio *no vale de manera general*, sino que está sujeta a las específicas condiciones del caso concreto. Esto se define por la llamada ley de la ponderación que ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional alemán y estructurada teóricamente por Alexy.<sup>32</sup>

Por otra parte, y en concreta oposición a la *Argumentación moral*, se ha dicho que no existe ningún criterio abstracto y perdurable, que pueda ser utilizado inequívocamente para la determinación de la fundamentabilidad de estos elementos en todos los casos concretos y que lleve a una única respuesta correcta. Por el contrario, los criterios que determinan el significado de la posición y el fin relevante en cada caso, dependen de las circunstancias

---

<sup>30</sup> Piénsese en el argumento clásico en general utilizado por jueces y juristas de que “los derechos de unos terminan donde comienzan los de otros” como si esto bastara como una forma válida de resolver la cuestión. Este tipo de *justificación* no es una *motivación* suficiente para resolver esta controversia. Debo esta especial distinción a Santiago Roldán.

<sup>31</sup> Acerca de esta cuestión Bernal Pulido ingresa aquí el también el argumento utilitarista, dado que entiende que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y *para la sociedad en general*. Cfr. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, 2007, p. 764. Creo que el argumento utilitarista no debería entrar nunca en consideración. Trato de argumentar acerca de esta posición *infra. iii.iv*

<sup>32</sup> Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 786/7.

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

*Versión alemana* „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

específicas en que éste tenga lugar, y de la tradición y de la moral de la sociedad, sujeta a una argumentación crítica, en la que se desarrolle la práctica constitucional.<sup>33</sup> La ponderación no es un procedimiento algorítmico que por si mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos, sino que tiene diversos límites de racionalidad que deparan al intérprete un irreductible margen de acción, en el que puede hacer valer su ideología y sus propias valoraciones.<sup>34</sup>

Esta postura genera problemas y discusiones reiteradas debido a que, según señalan sus críticos, existe cierta flexibilidad al momento de decidir sobre casos difíciles. Esta flexibilidad asociada al peso de los argumentos, implica que existan menos derechos absolutos que los que se vinculan a la *Argumentación moral*. Una crítica reiterada se fundamenta a partir de su abstracción y su capacidad de formular criterios de resolución de conflictos que son extraños a cualquier razonamiento moral.<sup>35</sup>

### **iii.- El juego de las diferencias entre la Argumentación moral y la Argumentación jurídica**

Me interesa preguntarme en este apartado, cuáles son las diferencias entre ambas posturas y si resultan ser tan irreconciliables como parecen. Tal como lo anticipé tiendo a pensar que no existe un abismo entre ambas, y que por cierto, los partidarios de la Argumentación moral, *i.e.* Dworkin, conciben a la Argumentación jurídica como una especie de *nuevo utilitarismo*, lo cual me parece errado. Empiezo por este último punto.

#### *iii.i.- La crítica de Dworkin a la ponderación*

---

<sup>33</sup> Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 770. Robert Alexy ha conceptualizado la ley de ponderación a través de la precisión que podría lograrse a través de la fórmula del peso. Cfr. Alexy, “La fórmula del peso” en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, 2008 (trad. del original “Die Gewichtsformel” en *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, a cargo de Bernal Pulido).

<sup>34</sup> Bernal Pulido, “Estructura y límites de la ponderación” *cit.*, p. 225 y ss, en esp.p. 233 y 238.

<sup>35</sup> Tsakyrakis, *op. cit.*, 474

*Versión alemana* „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

Dworkin se han manifestado abiertamente -aunque sin ahondar demasiado en la cuestión- en contra de la ponderación.<sup>36</sup> En concreto su objeción estaba referida a un caso, al que podemos ubicar en la misma línea de la *Luftsicherheitsgesetz (LuftSiG)*, dado que la cuestión surge como una crítica a otra norma surgida luego del llamado 9/11, pero en los EE.UU, la llamada *Patriot Act* (Acta Patriótica).

La *Patriot Act* autorizaba, básicamente, a invadir la privacidad de los individuos mediante allanamientos secretos en domicilios, y obligaba a las bibliotecas a brindar información acerca de los libros que los individuos consultaron, entre otras cuestiones.<sup>37</sup> Esto iba acompañado de otras acciones criticables, incluyendo un programa de detención de individuos que violaba las garantías constitucionales del debido proceso, quienes en muchos casos, habrían sido torturados bajo la idea de que eran prisioneros de guerra.

Esta circunstancia, Dworkin la inscribe en un capítulo más de la controversia liberalismo-conservadurismo. Señala que muchos de sus compatriotas aprobaron estas medidas del gobierno que implicaban dureza en los castigos y limitaciones a las libertades personales.<sup>38</sup> Explica que el argumento utilizado para llevar adelante esta política de Estado se basó en la afirmación de que la seguridad se encontraba amenazada más gravemente que nunca y que en virtud de eso, había que realizar una nueva ponderación (o balanceo) entre la seguridad y la libertad.<sup>39</sup>

Dworkin señala que la imagen de realizar una nueva ponderación es popular, pero también *inapropiada*.<sup>40</sup> Agrega que los ciudadanos deberían poder decir qué combinación de seguridad y libertad individual desean para sí mismos, en el mismo sentido en el que deciden como elaborar una red de rutas interurbanas cuando conocen los costos de la construcción y el impacto que tendrá en los individuos. Puntualiza que los asuntos que deben enfrentar en la

---

<sup>36</sup> Dworkin, *Is Democracy possible here?* cit. Estas críticas han sido señaladas por Alexy pero no controvertidas.

<sup>37</sup> *Idem*, p. 25

<sup>38</sup> Esto por cierto no es nuevo en lo Estados Unidos. Recuérdese la política patentada en Nueva York durante los años '80 denominada "Tolerancia cero". Sobre esto la bibliografía es abundante.

<sup>39</sup> En palabras del propio Dworkin, la cuestión se planteó desde un lógica inclusiva, desde un compromiso público de todos los ciudadanos, en sus palabras: "They say that our safety is now more gravely threatened than ever before and that we must, as it is often put, strike a new balance between security and freedom". Dworkin, *Is Democracy possible here?* cit, p. 26.

<sup>40</sup> Dworkin, *Is Democracy possible here?* cit, p. 27

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

actualidad y que en ese sentido, la metáfora de la ponderación *obscurece* estas cuestiones. Agrega que no debemos decidir dónde recae nuestro propio interés en la ponderación, sino que la pregunta es diferente, y debería ser acerca *de que es lo que la moral exige*, incluso a costa de nuestros propios intereses, y que constituye una pregunta que no podemos responder, reflexionando si los beneficios de nuestra política son mayores que los costos para nosotros mismos.<sup>41</sup>

Finalmente Dworkin sostiene que no es correcto insistir en que debemos ponderar los Derechos Humanos de otros, con nuestro propio derecho a la seguridad contra el terrorismo, lo que seguramente supondría ignorar el derecho de los extranjeros. En una palabra, Dworkin sostiene que los Derechos Humanos, siempre, y pese a lo que establecen las convenciones y tratados internacionales, son cartas de triunfo absolutas contra objetivos legítimos de los gobiernos.<sup>42</sup>

### *iii.ii. La crítica a la ponderación: ¿una nueva crítica al utilitarismo?*

Me interesa aquí, luego de poner en contexto y resumir ajustadamente los argumentos en contra de la ponderación de Dworkin, tratar de considerar verdaderamente cuáles de esas críticas merece la ponderación y cuáles son una reiteración de críticas al utilitarismo, que no deben asignarse a la ponderación.

En principio creo que la utilización política de la ponderación o *balancing*, tuvo como finalidad crear una especie de consentimiento tácito de los ciudadanos hacia las medidas coercitivas, invasivas y violatorias de derechos del gobierno de George W. Bush. Se trató de crear una conciencia “preventiva” que permitió a partir de la relajación de ciertas prohibiciones al Estado, la evitación de nuevos ataques terroristas. Esto incidió en los ciudadanos en dos niveles diferentes: un nivel ético personal (1) y un nivel ético comunitario (2). En (1) la cuestión reside en permitir la intromisión del Estado en sus vidas, como una

---

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Idem.*, p. 49. En este sentido la decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán en el caso de la *LuftSiG* (Ley de Seguridad Aérea).

*Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

*Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en Rechtstheorie 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).*

prueba de que nada está fuera de la ley, y rechazar rápidamente cualquier posible sospecha. Por otra parte en (2) la cuestión excede el ámbito personal y se transforma en un exhorto para efectuar (1) hacia los demás. Esta lógica también busca desviar el problema rápidamente hacia terceros. El problema está en que, en estos casos, los terceros en general terminaron siendo aquellos a los que en estereotipo más se asemejaban al modelo de “terrorista”: *extranjeros musulmanes*. Esto constituyó, básicamente, una nueva forma de instaurar un patrón de “preferencias externas” de emergencia en donde todos estamos cohercionados de algún modo para aceptar estas medidas.

Ciertas mayorías en los EE.UU han determinado, siguiendo esta lógica, que es preferible ver limitados sus derechos civiles a fin de poder tener esta “seguridad” perdida después del 9/11. La posibilidad de poder elegir qué libros leer y qué música escuchar ha quedado abierta al seguimiento y las especulaciones del gobierno. Estas mayorías también han decidido que quienes no lo hagan, quienes traten de preservar su intimidad y eviten ser condicionados en sus libertades, serán perseguidos por el gobierno, y estigmatizados socialmente.

Este efecto negativo que destaca Dworkin, poco tiene que ver con la ponderación, la argumentación y la decisión judicial que tiene como fundamento el examen de proporcionalidad. No sólo que es posible sostener que la proporcionalidad brindaría soluciones diferentes, sino que Dworkin está criticando decisiones abiertamente utilitaristas. Esto se hace presente en la decisión de priorizar -a causa del apoyo ciudadano- la seguridad y dejar de lado, al menos en esta instancia, la privacidad.

Es aquí donde la crítica de Dworkin debería re-dirigirse hacia las ya criticadas “preferencias externas” y no hacia la ponderación. Se trata ni más ni menos de la reiteración del argumento crítico. Dworkin debería decir que el problema está en no sólo conceder una parcela importante de libertad con la finalidad de “detectar terroristas”, sino que ésto sea también extensivo a todos los ciudadanos de EE.UU. estén o no de acuerdo. Entiendo esto como, sencillamente, una crítica al utilitarismo, no a la ponderación. Ahora, es interesante conocer

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

los motivos por los que Dworkin malinterpreta a la ponderación, y a qué se debe la confusión en la que queda atrapado.

iii.iii.- ¿Que hay de utilitarismo en la ponderación?

Hay dos puntos interesantes para desentrañar esta confusión, las características propias de la ponderación y por otro lado, la indeterminación de algunos jueces en la utilización o no, de argumentos utilitaristas en el juicio de ponderación.

La primera cuestión reside en que la ponderación como *teoría jurídica*, aplicada a la resolución de casos, en principio *no hace distinciones morales*. Sin embargo, la consideración siempre del caso en concreto, permite resolver una amplia variedad de situaciones en forma diferente, según el contexto.<sup>43</sup>

En este espectro ingresan obviamente situaciones que Dworkin no concedería. Ya hemos mencionado la discusión de la *prohibición de negar el Holocausto vs. libertad de expresión*. Así como cualquier caso puede llegar a un Tribunal de Justicia, cualquier caso puede ser trabajado desde la proporcionalidad y resuelto mediante la ponderación. La ponderación como teoría jurídica es neutral y debe poder resolver todos los casos que se le presenten: como se ha dicho es **una formulación para la decisión judicial**.<sup>44</sup> Sin embargo, al no ser una teoría moral, no puede ser criticada en este plano, como sí fue criticado el utilitarismo.

La segunda cuestión se vincula con la inclusión o no dentro de la ponderación de argumentos utilitaristas. Es posible identificar aquí otra fuente de la confusión de Dworkin. Esto no ha sido debatido dentro de los partidarios de la *Argumentación jurídica*. En diversas decisiones jurisprudenciales, y en algunos textos jurídicos la posición al respecto no es concluyente. Los trabajos fluctúan y van desde la afirmación concreta de que en la ponderación deben entrar a

---

<sup>43</sup> Quizá sea posible afirmar que una norma como la del §130 del StGB (Código Penal alemán) que prohíbe la negación del Holocausto sólo sería posible en un país con la historia de Alemania, y no en ningún otro.

<sup>44</sup> Dworkin los mezcla en la creencia -acertada quizá- de que la ponderación obscurece las consideraciones morales que están en el centro de los asuntos de derechos humanos. Cree que es un intento de los jueces de disfrazar su pensamiento real, bajo un halo de neutralidad. Así también Tsakyrakis, *op. cit.*, p. 49.

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

jugar todos los argumentos disponibles,<sup>45</sup> a que la ponderación no debe admitir argumentos utilitaristas para la decisión.<sup>46</sup> Por otra parte, hay autores que utilizan la ponderación de intereses como un criterio válido para resolver ciertos conflictos, esto, no sin dificultades.<sup>47</sup>

### iii.iv. Porque la ponderación no debe incluir argumentos utilitaristas

La posición que intentado defender hasta aquí, tiene por finalidad concluir en que Dworkin confunde ponderación o *balancing* con utilitarismo y que ambas son bien diferentes, por lo que no habría ninguna razón para pensar que la Argumentación moral y la Argumentación jurídica podrían resolver un caso de forma análoga. No habría razones para pensar que desde la ponderación se prioricen los intereses de las mayorías en detrimento de derechos básicos de minorías o grupos desaventajados. Sin embargo, los defensores de la ponderación no son

---

<sup>45</sup> Cfr. Alexy, *Theorie der Grundrechte* cit., p. 144; También Clérico, *op.cit.*, p. 179, nota 57: en este sentido, no quedan excluidos de la conformación del peso de un principio argumentos de tipo consecuencialistas; de modo inalterado en Clérico, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, 2001, p. 150, nota 555. Clérico se refiere a argumentos de tipo consecuencialistas sin dar precisiones; por lo demás, éste no es el punto central de su trabajo. Por otra parte, cuando utiliza un argumento que tiene en cuenta las consecuencias no lo realiza en términos utilitaristas sino como un ejercicio hipotético para determinar la intensidad de la restricción a un derecho de prestación si el Estado debiendo hacer algo no lo hiciera. En este punto, Clérico (*Die Struktur*, cit, p. 330 nota 36) sigue a Arango quien propone tener en cuenta cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar omisivo del Estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad, el Estado no actúa a través de un accionar positivo que es posible fácticamente. Cfr. Rodolfo Arango, *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden, 2001, ps. 152-153, 138, 216, 224-225.

<sup>46</sup> Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* cit., p. 216. La ponderación no debe incluir esa concepción estándar judicial de “interés público”, “justicia” o “sentido común”, al menos no como evaluaciones conclusivas realizadas por diferentes jueces que puedan o deban ser siempre idénticas u objetivas. Asimismo sostiene que para la determinación de la importancia de la restricción de un derecho fundamental de un afectado se manda no considerar las “preferencias externas” de terceros, acerca de como el afectado debería elegir su propio plan de vida.

<sup>47</sup> Existen también quienes utilizan la ponderación aunque en un sentido vinculado al utilitarismo clásico. En este sentido la ponderación trataría solamente de “contar cabezas”, esto es, meramente observar cuántas personas están en una posición y cuántas en otras. De esta forma predominaría siempre el interés sostenido por la mayor cantidad de personas. En esta dirección, el penalista alemán Helmut Frister utiliza la ponderación, para determinar cuáles son los riesgos que una sociedad democrática debe tolerar y cuáles no. Así, analiza ciertos riesgos como los vinculados con el tráfico viario, o con la construcción de obras públicas y viviendas, siendo que estas, en última instancia, benefician a un número más grande de individuos de los que perjudicaría, entre los que se incluirían, quizá fallecimientos a causa de esas actividades (ya sea en la construcción, como a partir de la utilización de ciertos rodados en el tráfico viario). Esto, naturalmente es altamente problemático. Existen, por supuesto, casos fáciles como los que utiliza Frister. Claramente, sería al menos poco práctico erigir prohibiciones contra ciertas actividades necesarias para el avance de ciertas sociedades como la construcción de viviendas, o la utilización de automóviles. Ahora, hay ciertos casos en los que la decisión acerca de valorar ciertos riesgos no resultará tan sencilla. Por caso, la habilitación para arrojar desechos tóxicos en la cuenca de un río resulta algo problemática. Cfr. Helmut Frister, *Strafrecht* AT, 4.Auflage, München, 2009.

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

concluyentes con esta distinción y como lo ha efectuado varias veces el Tribunal Constitucional alemán, incluyen argumentos utilitaristas en la ponderación, lo que termina decidiendo el caso en concreto.<sup>48</sup> Sin embargo, no creo que esto sea deliberado, sino que la argumentación utilitarista está presente en nuestras vidas, y que en muchos casos los jueces toman parámetros en ese sentido para decidir tensiones entre derechos.<sup>49</sup>

Los posibles atractivos del utilitarismo se basan en que implícita o explícitamente, muchos de nosotros tendemos a favorecer soluciones utilitaristas cuando tenemos dudas acerca de cómo decidir algún dilema moral. Tendemos *i.e.* a preferir las decisiones que beneficien a una mayoría de personas cuando no sabemos cómo decidir un cierto caso; tendemos a ver como aceptables aquellas políticas orientadas a promover el bienestar general.<sup>50</sup>

La consideración de las personas sobre quienes recaerá un curso de acción seguido, la posibilidad de que sean afectados o beneficiados por el mismo, hace al utilitarismo atractivo en contraposición con posturas que invocan para decidir una cuestión a principios abstractos o autoridades extrahumanas.<sup>51</sup> El utilitarismo resulta atractivo porque no prejuzga sobre los deseos y preferencias de los distintos individuos cuya suerte se encuentra en juego; a la hora de elaborar sus propuestas, el utilitarismo en alguna de sus versiones sugiere tomar en cuenta las preferencias de cada uno de los posibles afectados, con independencia del contenido específico de los particulares reclamos de cada uno de ellos.<sup>52</sup>

Es posible así señalar la complejidad de la cuestión. Sin embargo, tiendo a pensar que la ponderación debería prescindir siempre de la utilización de argumentos utilitaristas. En principio, me valgo de las razones expresadas previamente, siendo que para la determinación

---

<sup>48</sup> La consideración de los intereses generales está en algunas decisiones del Tribunal Constitucional Alemán: BverfGE 76, 1(51); BverfGE 38, 281 (302 y ss.). Con argumentación que ha establecido por ejemplo que: “La intensidad de las molestias que le causa al afectado la limitación de su derecho debe guardar una relación razonable con las ventajas que la medida estatal persigue y beneficia a la mayoría de la gente.”

<sup>49</sup> Obviamente esto no siempre es correcto. Véase una opinión contraria a la utilización de argumentos utilitaristas basados en la preeminencia del derecho a la protesta de personas en situaciones particulares en Gargarella, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Bs. As., 2007.

<sup>50</sup> Gargarella *Las teorías de la justicia después de Rawls* cit, p. 23.

<sup>51</sup> *Ídem*, p. 24

<sup>52</sup> *Ibid.*

*Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

*Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en Rechtstheorie 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).*

de la importancia de la restricción de un derecho fundamental de un individuo afectado es necesario no considerar las “preferencias externas”, acerca de como el afectado debería elegir su propio plan de vida.

Por otra parte, creo que la utilización de argumentos utilitaristas, dificulta la argumentación y en muchos casos, desatiende el núcleo del problema. Cualquier caso podría argumentarse desde el utilitarismo, dejando de lado y escondiendo otros argumentos relevantes. En sí, creo que las cantidades para decidir cuestiones, no es una pauta correcta para decidir cuestiones jurídicas. Este tipo de razonamiento ha originado limitaciones por años a distintos derechos de minorías y grupos desaventajados, que se ven todavía amenazados por las voluntades de las mayorías, en contra de sus propios planes de vida. En una palabra, el utilitarismo es una fuerte amenaza con la autonomía de las personas.

En las decisiones judiciales, los jueces en muchos casos resuelven cuestiones áridas de esta forma. Antes de analizar la cuestión en concreto, y tomar en cuenta los posibles argumentos que puedan existir, sobre todo en cuestiones de derechos contra derechos. Habría que exigir de los jueces una argumentación más exhaustiva, una fundamentación más robusta que exceda el mero contabilizar voluntades.

Existen también casos en donde los jueces utilizan este tipo de razonamiento moral para fundamentar su propia intuición sobre la materia. En cuestiones álgidas sobre dilemas morales profundos como, por ejemplo, el consumo de estupefacientes, la utilización de argumentos utilitaristas disimulados a partir de la utilización de criterios como la afectación de la salud pública o el aumento del peligro de la imitación de estas conductas o la facilitación de la comisión de otros delitos, constituyó toda la argumentación para justificar la prohibición o para evitar declarar inconstitucional la norma cuestionada.<sup>53</sup> Esto, sin perjuicio de considerar que ninguna de todas estas afirmaciones estaban avaladas por estudios concretos acerca de esta problemática. No había fundamentos fácticos para avalar esta argumentación.

---

<sup>53</sup> Dworkin puntualiza que es frecuente en el derecho penal las preferencias externas se infiltren más a menudo que en el derecho civil. *Cfr. Dworkin, A Matter of Principle, cit., p. 196.*

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

La evitación de argumentos utilitaristas en la argumentación, en particular dentro de la ponderación logra configurar mejores decisiones, y consigue mostrar a la luz cuáles son las razones por los que la norma esta permitida o prohibida. Nuevamente entiendo que el *utilitarismo prescinde de la ponderación*, al menos en el sentido aquí explicado. No hay ningún “balancing”, no se pesan las situaciones, las situaciones ya tienen un peso inmodificable, y atribuido arbitrariamente. Es por ello que para evitar confusiones, y para lograr mejores argumentos, *la ponderación debe prescindir del utilitarismo*.<sup>54</sup>

En lo que sigue, trato de poner a prueba estas intuiciones y de resolver un caso en concreto tanto desde la Argumentación jurídica como desde la Argumentación moral.

#### **iv.- La Ley de Seguridad Aérea alemana (LuftSiG)**

La Ley de Seguridad Aérea alemana (Luftsicherheitsgesetz/ *LuftSiG*) tenía como finalidad autorizar la utilización de armamento militar en casos en los que aviones de pasajeros fueran tomados por terroristas y pusieran en peligro inminente a alguna parte de la población civil.<sup>55</sup>

Las consecuencias lógicas de la utilización de este tipo de armamento implicaban el derribamiento del avión comercial. Según lo que establecía el § 14 III de la *LuftSiG*, la Secretaria de Defensa podía ordenar “el uso de armas contra la aeronave, si dadas las circunstancias uno podía presumir que el avión iba a ser utilizado para atacar contra la vida de otros seres humanos, y que el uso de las armas era la única alternativa posible contra el riesgo que se presentaban”.<sup>56</sup>

No es preciso aquí entrar en detalle en la fundamentación del Tribunal Constitucional alemán, sólo alcanza con señalar que utilizó dos líneas argumentativas para resolver la cuestión: la primera relacionada con la organización de la defensa según lo que establece en la Ley

---

<sup>54</sup> Esta cuestión sirve también para reafirmar que la Argumentación jurídica, o la ponderación, evita vincularse a cualquier juicio moral. No hay detrás de la ponderación una teoría de la justicia. No persigue ciertos fines morales determinados, sólo se trata de un sistema jurídico para resolver cuestiones puntuales, casos determinados. Si esto es correcto, entonces es necesario expulsar al utilitarismo del sistema.

<sup>55</sup> Luftsicherheitsgesetz del 11 de enero del 2005, Bundesgesetzblatt 2005. Disponible en: <http://www.gesetze-im-internet.de/luftsig/BJNR007810005.html>

<sup>56</sup> Véase un resumen del caso en Tatjana Hörnle, “Shooting down a Hijacked Plane-The German Discussion and Beyond”, *Criminal Law and Philosophy*, Vol. 3 Nr. 2 (2009).

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

Fundamental alemana (Grundgesetz, GG). Allí se establecen las condiciones bajo las cuales el ejército puede utilizar su arsenal militar para neutralizar determinados peligros. En esta medida, el Tribunal argumentó que la Ley Fundamental no permite la utilización de armamento militar para sostener el poder de las fuerzas policiales.

El segundo argumento surge a partir de preguntarse si, derribar un avión podría ser compatible con los mandatos que surgen de los distintos tratados de Derechos Humanos que Alemania suscribió con anterioridad. Así el Tribunal señaló que el artículo 1.I. de la Ley Fundamental establece la cláusula que determina que la Dignidad Humana es inviolable (“Die Würde des Menschen ist unantastbar”). En el caso concreto de esta norma, la dignidad humana se estaría violando al atacar a un avión con pasajeros civiles para proteger a otras potenciales víctimas inocentes.

Más allá de estos dos argumentos, me interesa pensar la posibilidad de dar argumentos alternativos para justificar *la misma* solución, esto es la declaración de inconstitucionalidad de la norma. Veamos desde las dos posturas analizadas cuáles serían las soluciones que surgirían de cada una.

#### *iv.i La solución de la Argumentación Moral*

Situándonos nuevamente en el caso de la *LuftSiG* (Ley de Seguridad Aérea alemana), es posible sostener que considerando sus afirmaciones respecto de la *Patriot Act*, Dworkin diría que en ningún caso el avión debería poder ser derribado.<sup>57</sup> La respuesta a este dilema desde este punto de vista es bien concreta.

Por otra parte, Kai Möller quien sigue a Dworkin en este aspecto, sostiene que no es posible ponderar en un caso como este, en el que se discute dignidad contra dignidad. Möller trata de mostrar que pese a que Alexy muestra que su construcción sobre la ponderación surgió a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, en estos casos, el propio

---

<sup>57</sup> En la misma lógica es posible entender que Robert Nozick también estaría en contra, siguiendo el principio kantiano de que no es posible tomar a los individuos como medios y no como fines en sí mismos. Cfr. Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford, 1974, p. 30-31. Este argumento es tomado para apoyar su crítica a Alexy por Kai Möller. Véase de este último, “Balancing and the structure of constitutional rights”, *I-CON*, Vol. 5:453 (2007), p. 460-1 (hay traducción a cargo de Beade/Ronconi en este mismo volumen).

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexy und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

Tribunal abandona la ponderación. Así, en este caso concreto el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión *sin* ponderación. Agrega Möller que estos son los casos que dificultan la teoría de Alexy, casos en los que no puede dar una solución acabada.<sup>58</sup> No es posible una solución ponderable -afirma Möller- incluso no es posible agregarle más peso a un principio que a otro *à la* Alexy cuando los principios en disputa son iguales.<sup>59</sup>

#### *iv.iii La solución de la Argumentación jurídica*

La cuestión vinculada con la atribución de pesos es sencilla en abstracto, dado que en el caso en cuestión la decisión pasa por derribar un avión con personas inocentes a bordo, para salvar a personas inocentes en otro lugar, esto es la vida de unos contra la vida de otros. Aquí se trata del mismo principio, por lo que la decisión se encuentra igualada en un empate. Ambos principios tendrían así el más alto valor (4), siendo que la decisión debe remitirse hacia el caso en concreto.

Aquí es donde la decisión es bien compleja. Podría construir la ponderación a partir de los diferentes argumentos dados, sin embargo, creo que el empate persistiría. He señalado que, a mi juicio, deben quedar afuera los argumentos utilitaristas por varias razones y en el caso concreto, me inclino por dejar de lado este tipo de consideración debido a que violan la dignidad de los pasajeros, a quienes no se los considera como individuos autónomos, independientes, esto es no se los toma en serio.<sup>60</sup>

Tratándose del caso base planteado en un comienzo, es posible señalar a favor del derribamiento, que el avión de todos modos va a colisionar y la tripulación va a morir en la caída. Se trata de un bien que se encuentra irremediamente expuesto a su pérdida, por lo que la pregunta sería, si estas personas morirán de todos modos, antes o después: ¿no sería conveniente intentar salvar a las otras? La forma clara de hacerlo sería derribando el avión.

---

<sup>58</sup> Möller, *op. cit.*, 466

<sup>59</sup> Idem, p. 467.

<sup>60</sup> En esta dirección va la argumentación del Tribunal Constitucional alemán (BverfGE) en la resolución del caso.

*Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

*Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en Rechtstheorie 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).*

Otro argumento que se podría dar, aunque con una fuerza menos evidente, es la de sostener que un Estado no puede aceptar que alguien viole su seguridad y su soberanía de forma tan flagrante. Aquí, no invocando un argumento utilitarista en el sentido antes criticado, se puede utilizar un argumento de este estilo, pero orientado hacia otro aspecto que tiene que ver con la (por demás abstracta) soberanía del Estado. Así, el daño que sufre un Estado o una ciudad atacada por terroristas es de tal magnitud que debe impedirse a toda costa. Nadie puede atentar contra el orden establecido y de hacerlo sufrirá las consecuencias, el Estado no puede estar impasible ante semejante ataque.

Todos estos argumentos en favor del derribamiento del avión tienen serios problemas para ser sostenidos. En algún punto, se trata de argumentos débiles, que pueden ser contestados casi con la misma respuesta. En el primer caso, la cuestión de que las vidas del avión son vidas que de todos se perderían no parece un criterio jurídico ni moral aplicable.

Existen cuestiones azarosas que permiten rodear el caso de una alta indeterminación: el lugar dónde exactamente colisionará el avión (lo cual depende en parte de las habilidades del conductor), la presencia de circunstancias que afecten la dirigibilidad de la nave, el control que puedan tener los atacantes de la tripulación, etc. No es lo mismo conducir un avión de día que de noche, con niebla o con lluvia. Tampoco puede descartarse que los individuos que tomaron el avión dejen bajar a los tripulantes con paracaídas, o que éstos finalmente neutralicen a los terroristas y, en el mejor de los casos, puedan descender a salvo o al menos desviar la nave hacia otro lugar.

Sin perjuicio de estas consideraciones, en la configuración del caso concreto en donde el avión fuera a colisionar directamente contra una zona poblada la posibilidad del salvamento de las personas inocentes es altamente improbable, aunque no imposible (¿sería imposible pensar en la posibilidad de “evacuar” la zona de impacto?). Con todo y aunque pudiéramos afirmar con certeza que todos morirán, el criterio de “adelantar” la muerte es claramente incorrecto. Esto ha sido discutido en la dogmática penal, sin que de allí puedan extraerse

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

*Versión alemana* „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

reglas claras.<sup>61</sup> Sin embargo, es bien concreto que no existe autorización jurídica alguna en ningún ordenamiento del mundo que sea amplia en este aspecto. Quizá, y esto sin pretensión de exhaustividad, la autorización de la eutanasia podría ser un caso. La particularidad de la eutanasia, es la manifestación concreta del consentimiento del paciente que quiere morir deliberadamente antes de seguir padeciendo un sufrimiento.

Claramente este consentimiento no se encuentra en el caso, y quizá sea difícil de encontrar dado que, en general, tendemos a creer intuitivamente siempre que es posible salvarnos en situaciones riesgosas en las que estamos inmersos. Moralmente considerar que haya personas que puedan ser consideradas muertas en vida, es básicamente no considerarlas como personas autónomas que tienen el derecho de seguir viviendo hasta las últimas consecuencias.

Por otra parte, este criterio tampoco funcionaría en donde la configuración del caso sea algo diferente pero en donde el dilema moral sea el mismo: ¿sería posible matar intencionalmente o dejar morir a una persona que de todos modos moriría a causa de que padece una enfermedad terminal? Las consecuencias de esto no importan para el caso, pero podrían ser varias: salvar a personas enfermas pero curables, disponer de mayor lugar dentro del Hospital, permitir ahorrar dinero al Estado que gasta en un paciente que no tiene cura, etc. Resolver acelerando la muerte de los pasajeros en estos casos sería altamente implausible.<sup>62</sup>

En relación a la afectación de la soberanía del Estado la respuesta es algo más sencilla. Habría que preguntarse primero porque la violación de la soberanía de un Estado debería ser

---

<sup>61</sup> Véase sin embargo Günther Jakobs, “Concurrencia de riesgos. Curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal” (trad. original publicado en el *Festschrift für Karl Lackner*, 1987 a cargo de Cancio Meliá/Suárez González) esp. P. 325-7 ahora en Sancinetti (comp.), *Causalidad, riesgo e imputación*, Bs. As, 2009. Jakobs señala sin dudar que en ciertas situaciones en donde está en juego un bien personalísimo el respeto hacia el bien probablemente se vería mermado si se pudiese destruir sin ninguna razón plausible, simplemente porque ya no es posible salvarlo. Con un ejemplo: si un barco inexorablemente naufraga con su tripulación, puede resultar dudoso que los hoyos que alguien produce sin motivo en el casco del barco sigan constituyendo un delito de daño; el carácter personalísimo de la vida, sustraído a cuantificaciones, no permitirá, sin embargo que surjan dudas de esa índole, respecto del homicidio en caso de disparos a la cabeza de los miembros de la tripulación.

<sup>62</sup> Casos en esta línea como el famoso caso del “tranvía” son los que trabaja Judith J. Thomson en “Killing, Letting Die and the Trolley Problem” (1976) incluido en su compilación, *Rights, Restitution, and Risk: essays in Moral Theory*, Harvard, 1986. En parte creo que la discusión en torno a la *LuftSiG* es una forma real de trabajar estos casos hipotéticos.

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

*Versión alemana* „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

restituida a costa de personas inocentes, por un lado; por el otro sería conveniente pensar cuales serían las razones, no sólo para cargarle a inocentes la propia incompetencia estatal al fallar en los controles de seguridad que impedirían que situaciones así sucedan.

Volvemos al empate del peso abstracto. No creo que la situación de derecho a la vida vs. derecho a la vida en el caso en concreto pueda variar.<sup>63</sup> Me parece que la única posibilidad de resolver esta cuestión sigue dentro de la proporcionalidad y se encuentra en la ***prohibición de exigencia de lo insoportable*** como caso del examen de proporcionalidad.

*iv.iii.i La prohibición de exigencia de lo insoportable como caso del examen de proporcionalidad.*

Entiendo a la prohibición de no exigencia de lo insoportable (PNEI) como parte de la ponderación, como un elemento que debe incluirse en ciertos casos en ella.<sup>64</sup> Una exigencia es insoportable para alguien *cuando se espera del afectado que acepte una exigencia, una situación que provoca una restricción muy intensa de sus derechos fundamentales, interpretando la intensidad de la restricción de acuerdo con sus necesidades, sus intereses o su plan de vida, y que no puede ser justificada en el caso concreto, a la luz de los argumentos que hablan a favor de la realización de los principios constitucionales que se encuentra en colisión.*<sup>65</sup>

Se intenta aquí reconstruir la perspectiva del afectado a los efectos de determinar la intensidad y el peso de la restricción del derecho fundamental en la ponderación en concreto. Cuanto

---

<sup>63</sup> Sobre esta cuestión es dudoso el argumento de Bernal Pulido en cuanto señala que ante un empate se debe resolver a favor de la intervención legislativa. Su propósito es entendible y altamente razonable ya que señala que se robustece la garantía de la competencia legislativa para configurar la Constitución. Esta afirmación es bien cierta, sin embargo tengo mis reservas acerca de si en estas ocasiones en donde lo que está en juego es la vida contra la vida, y siendo que el avance punitivista luego del 9/11 ha sido mundial, si es posible otorgar en materia penal esa preeminencia al legislador. Sobre esta cuestión sobre el final hay un párrafo que me hace dudar acerca de que Bernal considere que esto sea posible cuando afirma que “Las leyes sólo podrán ser declaradas inconstitucionales, cuando afecten a un derecho fundamental en un grado mayor que aquél con el cual favorecen la obtención de sus finalidades legítimas”. Cfr. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* cit., p. 795.

<sup>64</sup> Así, Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* cit.p. 272 (con más referencias).

<sup>65</sup> Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional* cit. p. 275. Sigo de cerca aquí y en lo que sigue a Clérico.

*Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en Rechtstheorie 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).*

más vejado se sienta el afectado de acuerdo a sus intereses, necesidades y/o su concepción de plan de vida, por la intensidad de la restricción de su derecho fundamental, y esta intensidad puede ser reconocida desde una perspectiva argumentativa, tanto más debe aumentar la fuerza de las razones que pretendan justificar en el caso concreto esa restricción de los derechos fundamentales.

Caracterizo a la PNEI con los siguientes fenómenos:

a.- es una reconstrucción del postulado de tomar al afectado en serio que implica:

a.a.- La interpretación y la sopesación de los intereses por el afectado. Esto es, tomar en cuenta la opinión del afectado y considerarlos en la argumentación.

a.b.- La determinación de una carga de la argumentación en favor de la restricción del derecho fundamental del afectado, y en su caso, de su preferencia si como resultado de la ponderación se da una situación de empate o duda.

b.- La carga de la argumentación está a cargo de quien exige a una persona que deba soportar una exigencia que implica una restricción muy intensiva en sus intereses, necesidades o plan de vida, entonces tiene la carga de justificar esta intensidad de la restricción.

c.- Considerar si bajo las circunstancias especiales y relevantes que rodean al afectado puede ser exigido que soporte esa restricción del derecho. Así, el juicio para determinar si la exigencia es o no soportable por el afectado, debe ser determinado en relación y con la persona del afectado.

d.- Estas afirmaciones incluyen entonces que tanto desde la perspectiva del afectado, como desde la perspectiva de la comunidad de pertenencia concreta de/los afectado/s y desde la llamada “perspectiva argumentativa”<sup>66</sup> la restricción sea insoportable.

---

<sup>66</sup> La perspectiva argumentativa tiene por finalidad encontrar una cara objetiva en esta cuestión. Así quien tiene a cargo esta función deberá no sólo considerar los argumentos de todas las partes, sino que también deberá evitar sostener posiciones “estándar” que puedan encuadrarse dentro de lo “normal”, clásico” o “natural” por ejemplo.

*Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), Desafíos a la ponderación, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297*

*Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en Rechtstheorie 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).*

Esto creo, bien puede aplicarse al caso de la *LuftSiG*. No encuentro argumentos plausibles para salir de esta posible solución. Es claro que es difícil considerar la opinión de los posibles afectados en este caso, pero es necesario no interpretarlo negativamente. Es decir, no siempre el “ponerse en la posición del otro” implica actos supererogatorios o altruistas. No todos estamos dispuestos a morir para salvar otras vidas; no hay obligaciones morales en ese aspecto. Estas obligaciones sí pueden ser consideradas “insoportables”. Nuevamente, esto no sería posible trasladarlo hacia otras circunstancias, en casos de trasplantes de órganos o de enfermedades terminales. A todo evento, la ausencia del consentimiento es determinante para considerar que en ningún caso habiendo personas inocentes a bordo, un avión pueda ser derribado.

Tampoco hay argumentos fuertes para moverse de esta postura. En el camino, sólo hemos encontrado argumentos de índole utilitarista.

Con esto, también querría dejar a salvo la posibilidad de que la aplicación de normas de esta índole, puedan flexibilizarse en el futuro. Es posible que en la teoría, el argumento utilitarista se mantenga arraigado a casos concretos de mayor cantidad de vidas salvadas *vis a vis* menor cantidad de vidas perdidas en el avión. Sin embargo, si un avión con personas se dirigen hacia una Casa de Gobierno, en donde sólo se encuentra presente el Presidente de una Nación, y el que deba decidir el derribamiento del avión sea un funcionario de las fuerzas de seguridad: ¿cómo decidiría?

Mi preocupación por los avances en esta dirección fundamenta mi opinión de no sobrepasar esa barrera que implica considerar a todos como iguales, y por lo tanto como sujetos portadores del mismo derecho a la vida o a conservar hasta las últimas consecuencias su dignidad, sin que existan obligaciones “insoportables” en ella.

## **v.- Notas finales**

Ya he dicho mucho en el texto y mis conclusiones están lo suficientemente expuestas en él. Mi interesa ahora clarificar algunos puntos importantes a tener en cuenta:

Gustavo A. Beade/Laura Clérico (eds.), *Desafíos a la ponderación*, Universidad del Externado de Colombia: Bogotá (2011), ps. 253-297

Versión alemana „Der deontologische Charakter der Abwägung. Eine Untersuchung zu den Positionen Alexys und Dworkins zum Fall des Luftsicherheitsgesetzes“ en *Rechtstheorie* 44, Berlin: Duncker & Humblot (2013).

- 1) La Argumentación jurídica y la Argumentación moral no son opuestas como se las presenta a menudo. Parten de orígenes diferentes, lo cual no significa que en casos como el de la *LuftSiG* pueden resolverlo en forma análoga.
- 2) Los críticos de la Argumentación moral *i.e.* Dworkin, confunden (no sin razón) a la ponderación con el utilitarismo. Esta confusión compromete la estructura y la interpretación que se hace de la Argumentación jurídica.
- 3) Para evitar esas confusiones, creo que no debe considerarse dentro de la ponderación argumentos utilitaristas en ningún caso.
- 4) Los tres puntos anteriores se condensan en *la prohibición de exigencia de lo insoportable* que: a) logra resolver la cuestión mediante la ponderación en forma equivalente a la solución que se aporta desde una moral deontologista; y b) disipa la confusión con el utilitarismo ya que rechaza argumentos de esta índole enfocándose en las graves restricciones a la autonomía de las personas.