

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Rogelio López SÁNCHEZ**

SUMÁRIO: 1. Introducción; 2. Límites y restricciones a los derechos fundamentales conforme a la teoría constitucional; 3. De la argumentación clásica a la hermenéutica jurídica en los conflictos de derechos fundamentales; 4. El modelo continental europeo de principio de proporcionalidad; 5. Conclusiones; 6. Referências.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo abordar os limites e restrições aos direitos fundamentais de acordo com a teoria constitucional. Apresenta ainda considerações sobre a teoria da argumentação clássica e o papel do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article aims to address the limits and restrictions on fundamental rights in accordance with the constitutional theory. It also presents considerations on the classical theory of argumentation and the role of the proportionality principle in resolving conflicts between fundamental rights.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da proporcionalidade; direitos fundamentais; hermenêutica jurídica.

KEYWORDS: principle of proportionality, fundamental rights, legal interpretation.

1. INTRODUCCIÓN

La actual fórmula de “Estado Constitucional” ha sido presentada como una alternativa a la clásica fórmula de “Estado de Derecho”, dominante durante el siglo XIX y hasta mediados del XX. Juristas alemanes como Konrad Hesse, Ernst Benda, Werner Maihoffer, Böckenförde, Martin Kriele, Peter Häberle, Klaus Stern,

* Profesor de Teoría de la Interpretación y Argumentación y de Teoría de los Derechos Fundamentales en el Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Becario del CONACYT-SEP (México) y Exbecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Artículo submetido em 11/03/2011. Aprovado em 06/06/2011.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

entre otros, pueden ser considerados como algunos de los autores representativos de esa tendencia. Por otra parte, hay quienes afirman que la misma expresión “Verfassungsstaat”, ya había estado presente en las teorías constitucionales clásicas como las de Carl Schmitt y Karl Loewenstein.¹

Es decir, mientras que en el Estado de Derecho expresa el sometimiento del Estado a un conjunto de normas e instituciones jurídicas, el Estado Constitucional se relaciona con el valor normativo de la Constitución al que es sometido el Estado; incluso que el mismo texto fundamental tenga una aplicación directa y una eficacia indirecta en el ordenamiento jurídico.² Una de las características básicas y fundamentales del Estado liberal de derecho era la supremacía legal, donde la ley era la única y principal fuente jurídica, mientras que las demás fuentes eran auxiliares o alternas.

En la actualidad, el constitucionalismo contemporáneo sostiene un conjunto de cualidades o características.³ Este aglutinamiento de pensamientos tan heterogéneos, han causado un revuelo enorme en el mundo jurídico continental europeo, debido a sus innumerables propuestas, a partir de una concepción material de Constitución y las distintas formas de interpretarla, además de su planteamiento de revaloración de las cláusulas y principios contenidos en dichos textos fundamentales. Dicho cambio de paradigma ha sido propiciado favorablemente desde su origen material a partir del nacimiento de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, y la prolija labor jurisprudencial de su Tribunal Constitucional creado en 1951.⁴ Este ejemplo fue seguido por otras naciones como la italiana con la promulgación de su Constitución en 1947, y con la creación de la Corte Constitucional en 1956.⁵ Este proceso fue dándose paulatinamente en España y Portugal respectivamente, influenciados por la jurisprudencia germana en la estructura argumentativa de sus sentencias basadas en valores y principios contenidos en el mismo texto fundamental.

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 41.

² SCHNEIDER, Hans Peter, “Aplicación directa y eficacia indirecta de las normas constitucionales” en *Democracia y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 71-115; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

³ AGUILERA PORTALES, Rafael, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010; CARBONELL, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008; CARBONELL, Miguel (coord.) *Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2003; M. CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. (Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo)*, Comares, Granada, 2005; TORRES ESTRADA, Pedro (coomp.), *Neoconstitucionalismo y Estado de derecho*, Limusa, México, 2006; POZZOLO, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001; MAZZARESE, Tecla (ed.), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2002.

⁴ POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, p. 45; STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, Septiembre-diciembre 1988; SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 7, Enero-febrero 1979, pp. 7-35.

⁵ BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. (El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil)*, UNAM, IJ, México, 2008, pp. 2 y ss.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

La presente contribución se inscribe dentro de la teoría crítica de los derechos fundamentales y tiene como objetivo el análisis de uno de los instrumentos que ha tenido mayor auge en la justicia constitucional: el principio de proporcionalidad. Dicha herramienta ha servido a los intérpretes constitucionales para justificar de mejor forma los casos difíciles que son presentados ante los Tribunales Constitucionales. Para este propósito, hemos dividido el presente trabajo en cuatro partes. En el primer capítulo hacemos referencia al estudio de los límites y restricciones a los derechos fundamentales conforme a la teoría constitucional tanto interna como externa, desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica. Para finalizar, nos adherimos al principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico para el análisis de restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales. Al final, expondremos nuestras conclusiones.

2. LÍMITES Y RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONFORME A LA TEORÍA CONSTITUCIONAL

Los derechos fundamentales no son absolutos, requieren ser limitados y necesitan de concretización. Algunos autores han justificado dicha imposición de límites a partir de las teorías interna y externa de los derechos fundamentales provenientes del derecho civil. La primera se refiere a que, desde un inicio, el contenido esencial de los derechos se encuentra determinado previamente, sin tomar en cuenta los posibles choques o colisiones con los mismos. Por otra parte, la teoría externa sostiene justamente lo contrario. Es decir, que el contenido esencial del derecho fundamental se obtiene de las restricciones concretas en casos particulares, ya sea de choques o colisiones entre derechos.⁶ En este apartado nos ocuparemos de explicar los rasgos básicos de la teoría de los derechos fundamentales, así como instituciones como la de garantía o contenido esencial y el principio de proporcionalidad. Para este propósito, analizaremos las posturas de Böckenförde y Robert Alexy principalmente.

Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales”.⁷ La primera se refiere o se encontraría influida por una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución. De esta manera, esta teoría logra su concretización cuando los jueces constitucionales resuelven algún conflicto en la imposición de límites o restricciones a los derechos.⁸ Esto se ve traducido en la

⁶ BOROSWKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 66-69.

⁷ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida) (Trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 45.

⁸ Refiere el profesor Cesar Landa que “en la propia práctica de la tutela de los derechos fundamentales se puede apreciar un uso variado de las distintas teorías de la interpretación constitucional. Esto no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de la jurisprudencia se encuentre acorde con el principio humanista del *in dubio pro homine*”. “Teorías de la interpretación constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.) *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Porrúa, México, 2002, p. 2819.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

misma jurisprudencia constitucional, por ejemplo, en el caso de la despenalización del aborto, muestra el uso de una teoría liberal, mientras que la permisión de la pena de muerte, pudiera denotar la ausencia de una visión garantista, utilizando en su lugar una teoría funcionalista de los derechos fundamentales y empleando el aparato coercitivo del Estado con la finalidad de mantener la seguridad jurídica.

Nosotros nos adherimos a la propuesta del maestro ROBERT ALEXY, en referencia a la estructura preponderantemente analítica que debe tener una teoría de los derechos fundamentales, ya que se dedica a investigar las estructuras y bases de los derechos fundamentales, así como su influencia en el sistema jurídico, tomando en cuenta las tareas de una teoría integrativa.⁹ Uno de los principales defensores de la teoría interna de los derechos fundamentales es BÖCKENFÖRDE, quien ha sistematizado e identificado distintas teorías de los derechos fundamentales que son aplicadas cuando los jueces resuelven casos o conflictos de derechos. En primer término, para la teoría liberal los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Es decir, los derechos son establecidos con la finalidad de asegurar la libertad frente a la amenaza estatal, los ámbitos de la libertad individual y social a la que se encuentran expuestos. Dicha teoría tiene varias repercusiones en distintos aspectos:¹⁰

1. El que los titulares de los derechos fundamentales hagan uso de su libertad, de derecho fundamental, así como los fines que motivos y fines que persigan es decisión y asunto suyo, es decir, no puede ser objeto de valoración jurídica.
2. El contenido nuclear o la sustancia de la libertad de los derechos fundamentales, conserva su carácter de contenido preexistente frente a las posibles y constitucionalmente admisibles medidas de intervención o delimitación de parte del legislador.
3. Las instituciones jurídicas presentes en el ámbito de un derecho fundamental no tienen ninguna relación directa con el contenido esencial de un derecho fundamental.
4. Finalmente se establece que al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de un derecho fundamental.

Por otra parte, la *teoría institucional* de los derechos fundamentales ordena ámbitos vitales objetivos tendentes a la realización de ciertos fines. Es decir, los derechos, bajo ésta óptica, reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa. De esta manera, la libertad servirá para conseguir determinados objetivos y la actuación del Estado se ve reflejada en forma de regulaciones o sanciones. Entre las principales consecuencias jurídicas de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales, destaca:¹¹

⁹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁰ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 49.

¹¹ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 53.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

1. La ley se presenta como favorecimiento y realización de la libertad. 2. La libertad de los derechos fundamentales se orienta a determinados intereses, concretamente a la realización del sentido objetivo-institucional de la garantía de libertad. 3. La garantía institucional de la libertad produce la tendencia a la intangibilidad de las situaciones económicas existentes o de regulación ordinaria en presencia.

El punto de partida de la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales es la concepción de aquellos desde su función pública y política. Es decir, los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política.¹² Asimismo, entre sus consecuencias destaca:

1. En ella el contenido y el alcance de la libertad se determina según la función a la que sirven. 2. Se da una fundamentación funcional de la libertad, es decir, convierte a la libertad en una competencia.

Por otra parte, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social parte de las “consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo de la sociedad general, del espacio vital dominado de autarquía individual, por el espacio vital de relaciones y prestaciones sociales efectivas”.¹³ Finalmente, la postura la cual nos adherimos es la teoría axiológica o del orden de valores del jurista alemán Rudolf Smend, que ha servido de base a la teoría de los derechos fundamentales que lleva ese nombre. Conforme a esta postura los derechos fundamentales constituyen factores de integración material y como expresión de un sistema de valores. El distinguido iusfilósofo de Basilea entendía a la Teoría del Estado como parte de las ciencias del espíritu al igual que lo hacía Hegel,¹⁴ conforme a ello, la teoría del Estado y de la ciencia del derecho constitucional, dividía a la teoría de la integración en tres apartados:¹⁵

- a) la integración personal, formada por los dirigentes políticos (miembros Del parlamento, jefes de estado, burocracia administrativa y judicial);
- b) la integración funcional o procesal, que se refiere a las formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, es decir, procesos que tienden a

¹² BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 60.

¹³ BÖCKENFÖRDE, E. W., “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴ HEGEL, G. W. F., “Filosofía del espíritu” en *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, México, 2004, pp. 344-346.

¹⁵ SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, (trad. de José Ma. Beneyto Pérez), CEC, Madrid, 1985, pp. 62-106. (Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen* en 1968)

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

producir una síntesis social, representadas en marchas militares, manifestaciones masivas, elecciones, votaciones, los procesos constitucionales; y

c) la integración material u objetiva, se refiere a un grupo de valores vividos en consonancia por una comunidad (una sociabilidad de las vivencias sustantivas) encarnada en banderas, escudos, territorio, historia, preámbulos, ceremonias políticas, fiestas nacionales, y por supuesto, los derechos fundamentales.

En este contexto, refiriéndose a la Constitución de Weimar, el maestro alemán apuntaba: “los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto de un sistema cultural que resumen el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido sólo en cuanto representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo”.¹⁶ De esta forma, los derechos cumplen con su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático con la aprobación de la mayoría de los ciudadanos. Asimismo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas a alcanzar.¹⁷

En el fallo Lüth dictado por la primera Sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán, el 15 de Enero de 1958, se proclama la naturaleza de los derechos fundamentales como un sistema valorativo. Este caso tiene relación con un boicot realizado por el director de una Agencia de Prensa en Hamburgo, Erich Lüth, contra la película “Unsterbliche Geliebte” (La amada inmortal), del cineasta colaborador del régimen nacionalsocialista, Veit Harlan¹⁸. La sentencia del Tribunal Constitucional consistió en revocar el fallo del tribunal estatal de Hamburgo, que había condenado a Lüth a una indemnización civil a favor de Harlan por considerar esos llamados al boicot estaban amparados por la libertad de expresión. De igual forma, se empleó la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares (*Drittwirkung der Grundrechte*) para fundamentar el fallo referido, recordando algunos precedentes del Tribunal Laboral Federal Alemán. En el primer extracto de esta sentencia se lee en el punto 1:

Los derechos fundamentales son ante todo derechos de defensa del ciudadano en contra del Estado; sin embargo, en las disposiciones de derechos fundamentales de la Ley Fundamental se incorpora también un

¹⁶ SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho Constitucional*, op. cit., p. 212.

¹⁷ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución...*, op. cit., p. 298.

¹⁸ El referido cineasta había filmado distintas películas que fueron empleadas por el régimen nacionalsocialista como propaganda antisemita, entre la que se encontraba: “Dulce judío” (Jüd Suâ), en 1940.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

orden de valores objetivo, que como decisión constitucional fundamental es válida para todas las esferas del derecho.

En el fallo Lüth el Tribunal acudió a la valoración objetiva de los valores que estaban involucrados en el caso. En primer término, se trataba del incumplimiento al artículo 826 del Código Civil, que imponía como sanción una indemnización por haber infringido las buenas costumbres. El Tribunal consideró que era necesaria la ponderación entre los dos bienes jurídicos en conflicto: el derecho a expresar opiniones, frente a los intereses de superior rango de un tercero, y que podían resultar violados con el ejercicio del primer derecho. Ahora bien, el ejercicio de ponderación no consistió propiamente como el que hoy día conocemos para resolver el conflicto entre dos principios constitucionales, sino que más bien, trato acerca de restringir o limitar en menor grado el derecho fundamental de libertad de opinión del promovente, algo así (aunque en menor grado) como una especie de test o principio de proporcionalidad. De esta manera, creemos que la teoría del orden objetivo de valores ha tenido una enorme repercusión en la forma en que los juristas resuelven conflictos de derechos fundamentales. Para este propósito, en el siguiente apartado analizaré el tránsito de la interpretación y argumentación clásica a la hermenéutica jurídica contemporánea que es empleada para resolver conflictos de derechos fundamentales.

3. DE LA INTERPRETACIÓN Y ARGUMENTACIÓN CLÁSICA A LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN LOS CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde nuestra perspectiva, creemos que la interpretación jurídica, y particularmente, la especializada en cuestiones constitucionales ha sufrido severas transformaciones que han modificado la visión formalista que los operadores del derecho tienen cuando resuelven casos judiciales. La crisis del positivismo jurídico relacionada con la negativa de aceptar una posible conexión entre el derecho y la moral, fue uno de los problemas a resolver a mediados del siglo XX,¹⁹ es decir, la fundamentación ética del derecho y la influencia que tienen los principios morales en el derecho positivo vigente.²⁰ Este replanteamiento del positivismo jurídico ha permitido una visión más amplia y flexible del derecho así como de los problemas relativos a los derechos fundamentales, en donde se encuentran involucrados principios éticos.

Incluso una de las propuestas más atractivas de este replanteamiento fue la postura de Norberto Bobbio, sobre la triple dimensión de la metodología de análisis de las normas jurídicas (justicia, validez y eficacia).²¹ De igual manera, esto lo podemos observar en autores como Hart o Ross, quienes sostienen una

¹⁹ Vid. VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Derecho y Moral*, Gedisa, Barcelona, 1998.

²⁰ AGUILERA PORTALES, Rafael, "Estudio introductorio" en ZARAGOZA HUERTA, José, AGUILERA PORTALES, Rafael, NÚÑEZ TORRES, Michael, *Los derechos humanos en la sociedad contemporánea*, Editorial Lago, México, 2007.

²¹ BOBBIO, Norberto: *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1998, p. 33.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

corrección del derecho positivo, a partir de la separación conceptual entre el derecho y la moral o aceptando incluso que el derecho positivo debe incluir algún grado de moralidad.²² En este sentido, los métodos clásicos de interpretación de la ley (literal, gramatical e histórica) empleados normalmente en el derecho civil no fueron suficientes para resolver problemas constitucionales cuyo tema principal involucra la colisión de principios éticos.

La interpretación puede quedar definida como la “atribución de significado a un texto dentro de los límites de los significados admisibles (a la luz de las reglas de la lengua, de las técnicas interpretativas en uso, y de las tesis dogmáticas admitidas)”.²³ Tradicionalmente se ha conocido la interpretación gramatical, lógica e histórica. Savigny afirmaba que la parte lógica consistía en “la presentación del contenido de la ley en su origen y presentaba la relación de las partes entre sí”, lo que actualmente conocemos como coherencia de las normas. La interpretación gramatical es una condición necesaria de la lógica y se requiere porque las normas deben ser expresadas y en adición a ello, es necesario conocer las condiciones históricas para capturar el pensamiento de la ley.²⁴

Algunos autores engloban los anteriores tipos de interpretaciones en dos grandes clasificaciones: la literal y la correctora como lo hace Riccardo Guastini²⁵. A pesar de ello, consideramos que en la actualidad las teorías clásicas de la interpretación judicial han sido superadas, dando paso a la hermenéutica contemporánea, compuesta a su vez, por un conjunto de teorías de la argumentación que clasificadas por el maestro Manuel Atienza en dos grandes grupos:²⁶ las de los precursores de la teoría de la argumentación actual, entre quienes destacan Viehweg, Perelman y Toulmin. Mientras que el segundo grupo de la teoría estándar se encuentra compuesto por las teorías de MacCormick y Robert Alexy.

Continuando con la misma temática, existen tres tareas prácticas que debe desempeñar cualquier teoría de la argumentación jurídica. La primera de ellas se relaciona con la labor teórica o cognoscitiva. Es decir, se refiere a la posibilidad que nos puede ofrecer la teoría para comprender en su integridad el fenómeno

²² El debate sobre la moral interna del derecho positivo resulta bastante extensa. Remitimos en este espacio a algunos autores que hemos considerado principales para comprender el fenómeno del positivismo jurídico y la separación conceptual entre el derecho y la moral. ESCUDERO ALDAY, Rafael, *Positivismo y moral interna del derecho*, (Prólogo de Gregorio Peces-Barba), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000; ESCUDERO ALDAY, Los calificativos del positivismo jurídico (El debate sobre la incorporación de la moral), Civitas, Madrid, 2004; HOERSTER, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, (traducción de Ernesto Garzón Valdés), Gedisa, Barcelona, 2000; MORESO, José Juan, NAVARRO, Pablo y REDONDO, Cristina, *Conocimiento jurídico y determinación normativa*, Fontamara, México, 2002; JIMÉNEZ CANO, Roberto M., *Una metateoría del positivismo jurídico*, (Prólogo de Gregorio Peces Barba), Marcial Pons, Madrid, 2008.

²³ Vid. COMANDUCCI, Paolo, “El escepticismo interpretativo revisado” en *Isotimia (Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica)*, AGUILERA PORTALES, Rafael y TORRES ESTRADA, Pedro (Coord.), Porrúa, EGAP-UANL, México, 2009, p. 13.

²⁴ SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 12-14.

²⁵ GUASTINI, Ricardo, “Técnicas interpretativas” (Trad. de Marina Gascón) en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, III, UNAM, México, 1999, p. 28; GIANFORMAGGIO, Letizia, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio” en *Doxa*, no. 4, 1987, pp. 87-117.

²⁶ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, III, UNAM, México, 2003, p. 203.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

jurídico. La segunda tarea tiene una naturaleza práctica o técnica, y se relaciona con la necesidad de que la teoría sea capaz de ofrecer una orientación útil en las tareas de producir, interpretar y aplicar el derecho.²⁷ Lo anterior guarda íntima relación con la forma en que se permite reconstruir los sistemas jurídicos, así como su corrección. Finalmente la tercera tarea de una teoría de la argumentación se encuentra relacionada con su función política o moral.²⁸

Quizá esta sea una de las más polémicas, pues desde la perspectiva de los autores tradicionalistas influidos por el viejo positivismo y formalismo jurídico, la interpretación debería encontrarse alejada del elemento ideológico. Sin embargo, al momento de llevar a cabo la función interpretativa, los operadores jurídicos hacen uso de una o varias teorías de los derechos fundamentales, a fin de sustentar y motivar sus resoluciones, lo cual sucede frecuentemente en los casos difíciles, es decir, que admiten más de una solución. En este sentido, se vuelve indispensable el estudio de la hermenéutica jurídica y constitucional.

En un sentido originario, el concepto de hermenéutica significa interpretar, aclarar, esclarecer, traducir. Es el arte de interpretar textos, originalmente textos sagrados. De manera general, se han distinguido tres principales clases de hermenéutica: la filológica, referida propiamente al estudio de los textos; la bíblica, concerniente a dicho texto sagrado propiamente, y la filosófica, que es independiente de la lingüística pretende explicar como acontece el fenómeno de la comprensión y qué relación guarda con la función de interpretar un texto o un lenguaje.

Los tres principales momentos o fases del proceso de la comprensión en la hermenéutica tradicional habían sido la *subtilitas intelligendi*, la *subtilitas explicandi* y la *subtilitas applicandi*. Antes de la llegada de la teoría de Schleiermacher, la primera fase (*subtilitas explicandi*), se refería a la agudeza, la habilidad en para ‘entender’, es decir, la forma en que se ha de enfrentarse al texto, con la finalidad de esclarecer pedagógicamente textos de difícil acceso para los auditorios poco preparados o sin la suficiente capacidad para comprenderlos. Precisamente después venía la segunda etapa, denominada *subtilitas explicandi*, ésta se refiere a la agudeza de la comprensión; por ese motivo se le nombraba *intelligendi* o comprender, que proviene a su vez de la palabra prender, atrapar, capturar. El comprender no se limita únicamente al objeto, sino atraer la cosa, apropiarse y hacer parte de uno. La última fase se refiere al proceso de explicar lo comprendido.²⁹

Schleiermacher invirtió dicho proceso de comprensión, a través de la subordinación del *subtilitas intelligendi* al *subtilitas explicandi*. Es decir, se buscaba en primer lugar, apropiarse de la totalidad de lo que se pretendía interpretar y posteriormente entender y aclarar la cosa que se deseaba comprender. Ahora quizá

²⁷ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 217.

²⁸ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 216.

²⁹ FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *El debate filosófico sobre hermenéutica jurídica*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 1995, p. 12 y ss.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

las principales interrogantes pudiera ser: ¿cómo se logra esa aprehensión o incorporación del comprender? Para lograr dicho proceso, Gadamer retoma varios elementos de la filosofía del espíritu. Entre ellos, se encuentran los prejuicios como condición de la precomprensión. De esta forma el comprender “debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación”.³⁰ Con la finalidad de acercar en el tiempo este proceso comprensivo, retoma la teoría del movimiento circular del comprender del filósofo Heidegger, condicionando de esta manera la comprensión a través de la ampliación de la unidad de sentido que se pretende comprender, de tal suerte que esta comprensión se realice de acuerdo a un movimiento circular, la idea es acercar la distancia entre el tiempo y la época de lo que se pretende comprender, tratando de alcanzar un punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertinencia a una tradición.³¹

La hermenéutica de Gadamer se basa en la experiencia humana desde el esquema de la comprensión, identificando la fenomenología de la comprensión con la fenomenología de la existencia humana. Asimismo, destaca que para la correcta comprensión es necesario recurrir a los prejuicios, o precedentes, dada la condición histórica a la que está sujeta la misma interpretación. Lo que pretende la hermenéutica en sí, es la correcta comprensión de los textos, a partir de una dimensión individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quien se encuentra dirigida esa interpretación. Una vez definido lo anterior, ¿qué podemos extraer de la hermenéutica filosófica de Gadamer que pudiera ser pertinente para elaborar una hermenéutica jurídica propia? Al respecto, nuestro pensador se ha referido a esta parte, manifestando que cuando se trate de hermenéutica jurídica, la finalidad será concretar la ley en cada caso, es decir, su aplicación. Dicho proceso se produce por medio de la complementación productiva del derecho, en donde tiene su función el juez. Es decir, frente a una estática jurídica perteneciente a un ámbito de lógica jurídica formal debe anteponerse una dinámica jurídica que supere los obstáculos del positivismo receloso de la subjetividad en la interpretación.

La tarea de la hermenéutica jurídica entonces, creemos que es mejor que deba insertarse dentro de la razón práctica, en lugar de una teoría abstracta formalista, estática, que no permita la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión. Este es precisamente uno de los equívocos que observamos con asiduidad al momento de plantear y resolver casos en la justicia constitucional. Se piensa comúnmente que las teorías abstractas o que proporcionan herramientas lógico-formales de argumentos, son mejores o proporcionan mayor seguridad al momento de resolver o motivar una sentencia. Sin embargo, la movilidad y el desplazamiento constante en el tiempo entre norma y realidad han superado las añejas teorías sostenidas por el formalismo jurídico, que anclaban al juez al texto

³⁰ GADAMER, Hans George, *Verdad y método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, p. 360.

³¹ GADAMER, Hans George, *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005, p. 68.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

de la norma. Así las cosas, la hermenéutica pretende constituirse como una nueva teoría jurídica, no solamente como “un parche para completar los huecos dejados por la dogmática jurídica”.³² Es decir, no es una novedad o genialidad dispuesta a parchar la grave y deficiente falta de metodología en el planteamiento de casos difíciles que son resueltos a diario por la judicatura federal. El pretender hacer eso, quizá le vaya más a la lógica formal-deductiva, propia incluso de una ciencia exacta. Entonces, me atrevería a proponer una hermenéutica jurídica, inserta dentro del paradigma neoconstitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea. Aunado a lo anterior, coincido con el profesor RAUL SANZ, cuando afirma que la calificación de “razonable” de una interpretación “depende de la visión global del sistema desde la que se lleva a cabo, que el acuerdo para considerar razonable una interpretación depende del consenso previo que las teorías de la interpretación no pueden generar por sí mismas”.³³

Otra de las teorías de la argumentación que nos resultan de gran relevancia para una mejor justificación de las decisiones relacionadas con los derechos fundamentales es la teoría de la argumentación de Robert Alexy. La teoría de la argumentación del iusfilósofo alemán se inscribe su teoría de la argumentación en la teoría discursiva de filósofo y sociólogo Jürgen Habermas. El principal postulado de este filósofo del derecho, en relación con las decisiones judiciales, es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto.³⁴

La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales:³⁵ a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales. Este mismo camino es el que refiere Karl Larenz, cuando afirma que los límites a los derechos no tienen fijados sus límites, por lo que en cierta medida, su abertura y movilidad,

³² FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio Osuna, *La hermenéutica jurídica de Hans George Gadamer*, Universidad de Valladolid, Salamanca, 1993, p. 106.

³³ SANZ BURGOS, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales” en MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (Coord.), *Derechos Humanos: temas y problemas*, UNAM-III, México, 2010, pp. 351-390.

³⁴ SOBREVILLA, David, “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en *La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe)*, Fontamara, México, 2008, p. 28.

³⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 23.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

propician o colisionan entre sí, dado que su amplitud no se encuentra fijada de antemano.³⁶

De esta forma, el problema de la objetivización del problema de las valoraciones en los casos judiciales, lo sistematiza en tres clases:³⁷

1. basarse en convicciones y consensos fácticamente existentes, así como en normas no jurídicas fácticamente vigentes o seguidas;
2. referirse a valoraciones que, de alguna manera, pueden ser extraídas del material jurídico existente (decisiones anteriores, por ejemplo);
3. recurrir a principios suprapositivos, y
4. apelar a conocimientos empíricos.

De esta manera, el discurso jurídico queda enmarcado dentro del discurso práctico general, ya que continuamente en ellos lo que se busca es la corrección y porque los discursos jurídicos se llevan a cabo bajo condiciones limitantes (sujeción a la ley, precedentes, dogmática, plazos procesales). El núcleo de su argumentación jurídica reside en la pretensión de corrección de las proposiciones normativas únicamente puede ser fundamentado en el marco del ordenamiento jurídico vigente. A partir de esto, el jurista alemán identifica dos características principales:³⁸

- La fundamentación o justificación interna: decide sencillamente si se están siguiendo las premisas que se aducen como fundamentación, en este caso el objeto de justificación es la corrección de estas premisas.
- La fundamentación o justificación externa: esta se produce a partir de los distintos métodos de fundamentación: las reglas del derecho positivo, las premisas empíricas y la argumentación jurídica.

Entonces, a pesar de que la teoría del filósofo alemán se basa principalmente en una teoría discursiva y procedimental del derecho, éste busca la seguridad a través de la racionalidad, tomando en cuenta los aspectos de la realidad e institucionales, lo cual es una combinación entre los niveles filosófico, político y jurídico. En este sentido, consiente en que existe una relación entre el derecho y la moral, adoptando de esta forma una postura positivista corregida. Asimismo, Alexy realiza una distinción conceptual entre los derechos fundamentales como principios y como reglas. Por una parte, las “reglas son *normas* que sólo pueden ser cumplidas o no. Las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.³⁹ Este modelo es “sostenido por quien considera que las normas de derecho fundamental son normas que

³⁶ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona, 1994, p. 400.

³⁷ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. cit., p. 33.

³⁸ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 1997, p. 213.

³⁹ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 87.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

posiblemente requieren complementación pero son siempre aplicables sin ponderación y, en este sentido, son libres de ponderación”⁴⁰. Del otro lado se encuentran los principios. Éstos cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder.⁴¹ De esta manera “se verían como piezas o instrumentos que permiten dar cuenta de una determinada realidad [...] nos permiten entender el derecho no como un conjunto simple de pautas, sino como un conjunto ordenado, como un conjunto dotado de sentido”.⁴²

El profesor ALEXY ha definido a los principios como mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas.⁴³ Entre la teoría de los principios y la máxima de proporcionalidad existe una conexión. La máxima de proporcionalidad implica tres máximas: la adecuación, necesidad (el medio más benigno) y de la proporcionalidad en sentido estricto⁴⁴. El modelo de ponderación proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. De este modo la ley de ponderación dice lo que tiene que ser fundamentado racionalmente⁴⁵. Alexy retoma la idea de principios de Ronald Dworkin y elabora a partir de ese postulado, toda una teoría de los derechos fundamentales, con la finalidad de construir un esquema argumentativo en base a cuatro elementos fundamentales: la regla, el valor, el principio y la ponderación.

Las reglas para el profesor de Kiel, son aquéllas que deben cumplirse o no, es decir, no admiten otra interpretación. Los principios por otra parte, son mandatos de optimización dentro de lo fáctica y jurídicamente posible. En este sentido, el autor de Teoría de los derechos fundamentales, manifiesta la imposibilidad de dotar de un peso en específico a cada derecho en abstracto, por lo que es necesario su peso concreto a través de la técnica de la ponderación. Otra de las cuestiones fundamentales en la comprensión, reside en su propuesta de reconexión conceptual entre el derecho y la moral, a partir de un positivismo corregido o moderado. En este sentido, queremos resaltar que la teoría del maestro no pretende quedarse en la mera elaboración lógico-formal de esquemas para la mejor resolución de conflictos a las restricciones o limitaciones a los derechos fundamentales, sino que va más allá. Es decir, a partir de su postura reconciliadora, trata de buscar un argumento que justifique la corrección en su teoría argumentativa. Dicho argumento lo define de la siguiente forma: “el núcleo del argumento de la corrección consiste en la tesis que los actos jurídicos institucionales siempre están vinculados con el acto no institucional de afirmación de que el acto jurídico es

⁴⁰ *Ibid.*, p. 118.

⁴¹ ATIENZA Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, op. cit., p. 19.

⁴² *Ibid.*, p. 20.

⁴³ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 86.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 111-112.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 167-169.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

material y procedimentalmente correcto”.

Entonces, la cuestión de la pretensión depende entonces de la corrección formulada por el derecho, así como una pretensión de corrección moral, de ahí la conexión necesaria entre el derecho y la moral. De esta forma, la institucionalización de la moral y la corrección implica la institucionalización de la justicia, y esto a su vez, la institucionalización de los derechos fundamentales, los cuales constituirán el mínimo moral de corrección o de justicia que debe existir en el derecho. En consecuencia, se considerará extremadamente injusto, aquello que atente contra el núcleo de los derechos humanos⁴⁶. De esta forma, realizaremos en el siguiente apartado la estructura a partir de la cual ha sido desarrollado el principio de proporcionalidad como criterio para la imposición de límites o restricciones a los derechos fundamentales por los Tribunales Constitucionales, haciendo especial referencia a su recepción por la jurisdicción mexicana.

4. EL MODELO CONTINENTAL EUROPEO DE PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Anterior a la creación del principio de proporcionalidad en el derecho continental europeo, en el derecho anglosajón surgió el *principio de razonabilidad*. Éste no podemos identificarlo plenamente con el principio de proporcionalidad, tal y como lo conocemos en la actualidad⁴⁷, pero resulta interesante y trascendental referirnos a él, no solamente por una cuestión histórica y mucho menos para identificar o rastrear posibles orígenes si quiera conceptuales sobre la proporcionalidad, sino para comprender su desarrollo y amplitud a partir de latitudes distintas. El principio de razonabilidad guarda íntima relación con la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*), la cual hunde sus raíces en el derecho de Inglaterra, consagrado por vez primera en la Carta Magna, impuesta por los nobles ingleses al rey Juan sin Tierra. Esta cláusula fue evolucionando en los distintos documentos constitucionales de aquella nación, y posteriormente exportada al derecho americano, plasmada por primera vez en la XIV enmienda de la Constitución norteamericana.⁴⁸

Inicialmente la interpretación que mereció dicha enmienda fue estrictamente adjetiva, pero posteriormente dicha interpretación fue ampliada en

⁴⁶ ALEXY, Robert, “Derecho y corrección” en *La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005, p. 45. *Vid.* del mismo autor: “La naturaleza de los argumentos sobre la naturaleza del derecho” en *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 51-72. *Vid.* también: RAZ, Joseph, ALEXY, Robert, BULYGIN, Eugenio, *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición y estudio preliminar de Hernán Bouvier, Paula Gaido y Rodrigo Sánchez Brigido), Marcial Pons, Barcelona, 2007.

⁴⁷ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales (El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos vinculante para el legislador)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 53.

⁴⁸ *Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

1869, cuando se afirmó que el debido proceso de la enmienda quinta restringía los poderes del Congreso no sólo respecto a los derechos procesales reconocidos por el common law, sino también a los derechos sustantivos (debido proceso sustantivo)⁴⁹. De esta manera, algunos autores advierten que el origen de la razonabilidad “se encuentra en la necesidad de los tribunales con jurisdicción constitucional de contar con herramientas técnico-jurídicas útiles para controlar la constitucionalidad de las injerencias de los poderes públicos en el ámbito de los derechos fundamentales”.⁵⁰

Por otra parte, el principio de proporcionalidad, tal y como lo conocemos con todos sus rasgos de la jurisprudencia alemana, surgió durante el derecho de policía de Prusia a finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII. Posteriormente, alcanzó su consagración a partir del derecho administrativo alemán del siglo XIX⁵¹, hasta consolidarse como instrumento indiscutible para la interpretación de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho público europeo. De esta forma, “el principio de proporcionalidad es una herramienta encaminada a tutelar situaciones particulares, lesiones del individuo, restricciones de situaciones activas de una relación jurídica, y por tanto se manifiesta también como canon subjetivo de control”⁵². En este mismo sentido, Robert Alexy ha definido a la ponderación a partir de la ley de la ponderación, que expresa de la siguiente forma: “Cuanto mayor es el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”.⁵³

La ponderación y el principio de proporcionalidad han sido dos figuras que en la actualidad pueden ser identificadas como similares, por lo menos en ciertos aspectos. De inicio podemos dejar establecido que etimológicamente no es lo mismo la ponderación que la proporcionalidad. Sin embargo, ¿por qué en reiteradas ocasiones la jurisdicción constitucional los ubica como sinónimos? Analicemos los dos conceptos, la ponderación implica, como atinadamente lo señala el significado gramatical: el balanceo o equilibrio entre dos pesos. A manera de metáfora, esos dos pesos los podemos sustituir por dos valores constitucionales. Entonces, la ponderación significará la forma en que resuelven conflictos entre dos valores consagrados en el texto fundamental. Por ejemplo, el conflicto que pudiera surgir entre el derecho a la libertad de expresión de un periodista para publicar determinadas fotografías, ante el derecho que tiene una celebridad para que se respete su intimidad y éstas no sean publicadas. A ese tipo de conflictos, la doctrina y jurisprudencia constitucional los ha denominado colisiones entre valores o principios constitucionales.

⁴⁹ CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad)*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998, p. 32 y ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 59.

⁵¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 44-46.

⁵² MARTÍNEZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, p. 117.

⁵³ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 91.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

En lo que respecta a la proporcionalidad este tuvo su desarrollo y amplitud inicialmente en el derecho administrativo. La doctrina constitucional ha utilizado a la proporcionalidad y la ponderación como sinónimos, lo cual no es erróneo, ya que *la ponderación se identifica con el principio de proporcionalidad en sentido estricto*, como lo señala Robert Alexy⁵⁴. A pesar de esto, otros autores definen a la ponderación en un sentido más amplio, como el “procedimiento mediante el cual se establece qué derecho debe prevalecer en una colisión entre dos derechos fundamentales. Es decir, cuando se asigna a la ponderación este significado es más general, mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio es entendido como la medida de la ponderación”.⁵⁵

Ahora bien, en el empleo del principio de proporcionalidad exige la aplicación de ciertos niveles o procedimientos que son utilizados cuando se trata de justificar una restricción o limitación a un derecho fundamental, conocidos como subprincipios de idoneidad, necesidad y *proporcionalidad en sentido estricto* (los cuales detallaremos en apartados subsecuentes). En síntesis, existen dos conjuntos de concepciones sobre la proporcionalidad y la ponderación, una amplia y una estricta:

(Sentido amplio)

- La *proporcionalidad en sentido amplio*: como instrumento para limitar o restringir un derecho fundamental.
- La *ponderación en sentido amplio*: la colisión o conflicto entre dos valores constitucionalmente tutelados.

(Sentido estricto)

- La *ponderación identificada como la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto*.

En consecuencia, cuando escuchemos hablar de la ponderación, necesariamente se tratará de justificar una resolución sobre la colisión o el conflicto entre dos derechos fundamentales, mientras que la proporcionalidad no necesariamente tendrá relación con la colisión entre algún valor o principio constitucional en conflicto, sino que se referirá más a la relación que guardan los medios empleados por la autoridad para llevar a cabo determinado fin. Es decir, se trata de la justificación de la forma en que son ejecutados los actos de la autoridad pública en respeto a los valores y principios constitucionales. En lo que respecta a esta investigación, nos referiremos al principio de proporcionalidad como instrumento para el control de las normas y actos de la autoridad considerados arbitrarios, y que son sometidos al escrutinio de la jurisdicción constitucional de nuestro país.

⁵⁴ ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 101.

⁵⁵ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 163.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

El principio de proporcionalidad como lo hemos señalado en líneas anteriores, se ha vuelto un instrumento indispensable para justificar las decisiones judiciales relacionadas con la limitación o restricción a los derechos fundamentales. Es decir, con este mecanismo estamos tratando de descifrar el nivel de intensidad en las restricciones de un derecho fundamental. Para Alexy, un principio es un mandato de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Para el maestro alemán, la ponderación se encuentra dentro de la proporcionalidad, el cual a su vez se descompone en otros subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto. De esta manera, en cada caso particular donde se aplique la ponderación se requiere “acreditar la adecuación, aptitud o idoneidad de la medida objeto de enjuiciamiento en orden a la protección o consecución de la finalidad expresada; esto que la actuación afecte a un principio o derecho constitucional”.⁵⁶

En este contexto, el principio de proporcionalidad es empleado para extraer el contenido esencial del derecho fundamental cuya fórmula o cláusula aparece por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2⁵⁷, seguida por la Constitución Española de 1978, en su artículo 53.1⁵⁸. Conforme a criterios doctrinales, dicha cláusula se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.⁵⁹

En la misma sintonía se encuentra la concepción que realizó el Tribunal Constitucional Español. Dicho órgano señaló en el famoso caso del “Decreto-Ley de Huelga”, que el contenido esencial del derecho subjetivo, puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido entonces por: “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”.⁶⁰ De esta forma, siguiendo la jurisprudencia alemana y la doctrina relativa, el

⁵⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008, (1ª reimp. de la 2ª ed.), p. 200.

⁵⁷ *Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.*

⁵⁸ Artículo 53.1. *Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).*

⁵⁹ DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107. HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

principio de proporcionalidad debe respetar las siguientes fases o pasos, algunos autores lo denominan *test de proporcionalidad*:⁶¹

1. El *subprincipio de idoneidad o adecuación (Grundsatz der Geeignetheit)*. Significa que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De esta forma, el referido subprincipio impone dos exigencias a toda medida de intervención en los derechos fundamentales: que tenga un fin constitucionalmente legítimo y que ésta sea idónea para favorecer su obtención. De igual forma, un fin será constitucionalmente legítimo cuando no esté prohibido de manera expresa por la Constitución⁶². Otra dimensión de este subprincipio (que no ha sido muy estudiado ni aplicado en la jurisprudencia mexicana⁶³) es la prohibición de protección deficiente. Dicho principio “se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos”.⁶⁴

2. El *subprincipio de necesidad (Grundsatz der Erforderlichkeit)*. Ha recibido otras denominaciones entre las que se encuentran: subprincipio de indispensabilidad, subprincipio de medio más benigno, subprincipio de la intervención más restringida posible y como prohibición de exceso (*Grundsatz des leichtesten Mittels, des geringstmöglichkeit Eingriffs, Übermaßsigverbot*). Implica que toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. Es decir, implica la comparación adoptada por el legislador y otros medios alternativos. La elección de estos medios exige el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental.

3. El *subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne, o Grundsatz der Proportionalität, der Angemessenheit, der Zumutbarkeit)*. Significa que la intervención a un derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Esto significa 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. La estructura argumentativa la expone Carlos Bernal Pulido en tres pasos:

⁶¹ BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 693 y ss. Sobre el principio de proporcionalidad, pueden consultarse las sentencias del Tribunal Constitucional Español: 55/1996, 66/1995 y 207/1996.

⁶² De acuerdo a la estructura del test referido, la jurisprudencia mexicana descompone este subprincipio en dos: la finalidad constitucionalmente legítima y la idoneidad de la medida para conseguirla.

⁶³ El subprincipio de protección deficiente ha sido reconocido de manera indirecta en la jurisprudencia mexicana especialmente cuando se resuelven acciones de inconstitucionalidad relativas a la materia electoral, ya que en reiteradas ocasiones la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha solicitado al legislador regular determinados aspectos que consideraba ausentes.

⁶⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p.139.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa. b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental. c. Finalmente, se trata de construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.

Para ilustrar el modelo propuesto en líneas anteriores, desarrollaremos una explicación acerca de dos casos emblemáticos en la jurisprudencia alemana, que guardan íntima relación con la aplicación del principio de proporcionalidad que hemos tratado de explicar en líneas previas. Posterior a ello, mostraremos de manera gráfica las restricciones y limitaciones al derecho fundamental de la libertad de expresión y su posible colisión con otros derechos fundamentales. Los casos que presentaremos a continuación son los fallos conocidos como “Titanic”⁶⁵ y “Mephisto”⁶⁶ respectivamente. Cada uno de los precedentes anteriores tuvo un alto grado de complejidad, ya que se encontraban en conflicto principios constitucionales.

El renombrado caso “Titanic” de 25 de marzo de 1992, se refirió a la publicación de una revista satírica mensual de gran circulación, “Titanic”, en donde llamaban en las ediciones de marzo y julio de 1988, como “asesino nato” y “tullido”, a un oficial de reserva de las fuerzas armadas de Alemania que era parapléjico y que había sido llamado de nuevo para llevar a cabo un ejercicio militar. Dicha revista fue condenada en primera instancia por el Tribunal Superior de Düsseldorf a pagar por concepto de indemnización civil la cantidad de 12,000 marcos alemanes, por haber dañado el honor del referido oficial, en razón de la demanda civil interpuesta en contra de la revista. Posteriormente, los editores interpusieron ante el Tribunal Federal Constitucional Alemán un recurso de constitucionalidad en contra de la sentencia, ya que se trataba evidentemente de una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión de los editores de la revista y el derecho al honor del oficial retirado de las fuerzas armadas.

Los ministros consideraron que la intervención por parte del órgano jurisdiccional inferior al derecho a la libertad de expresión había sido desproporcional e injustificada, pues precisamente en dicha publicación se empleaba frecuentemente el uso de juegos de palabras para realizar agudas críticas sociales y políticas, lo cual provocaría daños en el futuro, ya que los editores se verían impedidos en futuras publicaciones a seguir con su estilo mordaz y sarcástico que caracterizaba a la revista. La publicación fue condenada únicamente por el calificativo de “asesino nato”, por

⁶⁵ BVerfGE 86, 1 (11).

⁶⁶ BVerfGE 30, 173.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

considerarlo como una afectación grave del derecho al honor.

Alexy señala que en esta situación en particular, se intervino de una manera grave en el derecho a la libertad de expresión, ya que la afectación del derecho al honor debe atribuírsele una intensidad media e incluso leve y que la indemnización civil a la que había condenado el tribunal estatal correspondía a una afectación grave del derecho al honor, pues precisamente se debía concentrar en los calificativos dados por la revista como “nato” y “tullido” al ex militar alemán. En cuanto al calificativo de “tullido”, refiere el profesor de la Universidad de Kiel, se dio un empate entre los dos principios constitucionales en conflicto y consecuentemente, a que no prosperara el recurso constitucional, lo que no ocurrió con el calificativo de “asesino nato” que fue considerada como una afectación grave del derecho al honor, preponderado por el derecho a la libertad de expresión.⁶⁷

El segundo y último caso que presentaremos en este apartado, “Mephisto”, trató sobre la censura previa, promovida por el hijo adoptivo y único heredero del actor y director artístico Gustaf Gründgen, para que no se reeditara y distribuyera el libro “Mephisto Roman einer Karriere”, del autor Klaus Man, donde denunciaba las atrocidades cometidas por el gobierno nacionalsocialista, y en particular, narraba la historia del actor Hendrick Höfgen, que sirvió como modelo para dar figura a Gustaf Gründgen (padre del promovente), quien renuncia de sus convicciones políticas y éticas para acordar un pacto con los gobernantes de la Alemania nacionalsocialista y hacer una gran carrera artística. La novela presenta presupuestos éticos, espirituales y sociológicos que hicieron posible ese ascenso, teniendo como molde de expresión artística la historia del Fausto de Goethe.

En esencia, el conflicto entre principios constitucionales se dio entre el derecho a la libertad artística y el derecho al honor e intimidad del promovente. Cabe anticipar que la votación en la Sala Primera fue empate, resolviendo por consiguiente que dicha censura previa al libro de Klaus Man, no violaba el derecho fundamental de libertad artística (una derivación de distintos derechos como el derecho a la libertad de expresión, libre desarrollo a la personalidad y dignidad humana) consagrado en la Ley Fundamental. El empleo de la ponderación en este conflicto entre principios resultó evidente. El órgano jurisdiccional admitió que la prohibición del libro en Alemania era legítima, ya que el actor fue una figura pública destacada durante el gobierno del Tercer Reich, por consiguiente, la afectación al derecho al honor de los familiares del actor fallecido era grave y la sanción impuesta por la autoridad había sido proporcional a la infracción cometida. La dignidad humana, refirió el tribunal, no cesa con la muerte, por lo que no es admisible que bajo el pretexto de que se tratase de una obra de arte, la memoria de una persona y la de sus familiares pudieran ser afectadas. A continuación, presentamos de manera gráfica, como el derecho a la libertad de expresión es limitado por otros derechos fundamentales.

⁶⁷ ANDRES IBAÑEZ, Perfecto y ALEX Y, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, III, UNAM, México, 2006, pp. 9 y ss.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

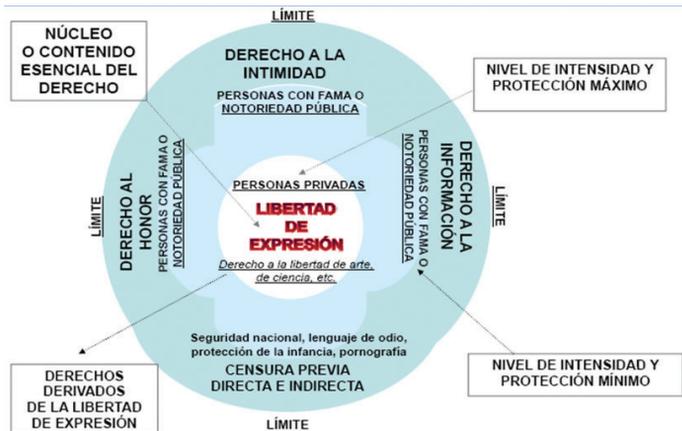


Figura 1. Representación gráfica del derecho a la libertad de expresión, su contenido esencial, límites y prohibiciones (elaboración propia).

Sobre la ilustración anterior podemos advertir lo siguiente. En primer término, que dentro del derecho a la libertad de expresión pueden derivarse otros derechos, tales como el derecho a la libertad artística o de cátedra por ejemplo, los cuales constituyen derechos específicos que son tutelados también constitucionalmente. En segundo lugar, que ningún derecho fundamental es absoluto, es decir, puede contener límites o restricciones en su ejercicio. En tercer lugar, podemos advertir que todo derecho contiene un núcleo duro o contenido esencial, el cual debe ser protegido y respetado por la autoridad. Ahora bien, la intensidad de dicha protección dependerá directamente del contexto especial de cada caso al momento de aplicar el principio de proporcionalidad, ya que no sería lo mismo resolver un asunto sobre la violación al derecho a la libertad de expresión de una persona que no se encuentra en constante escrutinio de la opinión pública y otra que si lo está, como pudiera ser el caso de algún político o personaje del medio del espectáculo.

Por otra parte, cabe distinguir que ante un derecho fundamental de una persona puede encontrarse otro que choque con el mismo; a esto se le llama colisión entre principios constitucionales. Para resolver dicha colisión o conflicto será necesario en primer término concebir a los derechos fundamentales como principios. Por tanto, es necesario que el Tribunal Constitucional presente en cada caso en particular, cada una de las situaciones y el contexto discursivo en el que se encuentre el conflicto.

5. CONCLUSIONES

Desde la perspectiva de algunos juristas, el principio de proporcionalidad es una de las herramientas más útiles en la justicia constitucional, pero desde otra

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

óptica se ha convertido también en un instrumento que ha traído inseguridad al plano de la interpretación constitucional, dada la visión de los derechos fundamentales como principios y la consecuente adaptación a las circunstancias particulares de los casos difíciles sometidos ante las magistraturas constitucionales. Se ha criticado a la proporcionalidad afirmando que es un modelo poco confiable para conseguir la racionalidad de las decisiones judiciales. Por ejemplo, se habla acerca de que dos visiones de justicia constitucional pueden llegar a diferentes resultados sobre el peso y el grado de afectación de un principio de cara al peso y a la realización del principio contrapuesto.⁶⁸ Al respecto, GUASTINI ha señalado que aparte de establecer una jerarquía axiológica movедiza, ya que es variable en la solución de casos, no quedando en conflicto resuelto de manera estable y siendo imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.⁶⁹

Otros incluso, han criticado que la ponderación es un procedimiento irracional para la aplicación de los derechos fundamentales porque no tiene una estructura clara y en ella no existe un “ponderómetro”, es decir, ningún criterio intersubjetivo para determinar cuándo un principio debe preceder a otro en un caso concreto. Aunado a ello, manifiestan que existe un acuerdo pleno sobre el resultado. Acusan también a los Tribunales Constitucionales de sólo dar una apariencia de fundamentación a sus decisiones y brindar apariencia de legitimidad a un activismo judicial que resulta violatorio de las competencias del legislador y de la jurisdicción ordinaria, entre otras cuestiones también relevantes.⁷⁰

La hermenéutica jurídica es una valiosa herramienta dentro del proceso de interpretación de normas constitucionales, ya que permite la movilidad del intérprete en el proceso de comprensión, dejando de lado los aspectos lógico-formales del pensamiento. Asimismo, se rompe el falso paradigma sobre la pretensión de que las herramientas lógico-formales son las únicas indispensables en el proceso de motivación de una sentencia. Por tanto, proponemos una hermenéutica jurídica, inserta dentro del paradigma neoconstitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea.

⁶⁸ BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, op. cit., p. 56.

⁶⁹ Citado en: MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 161.

⁷⁰ Al respecto puede consultarse el interesante debate entre Juan Antonio García Amado, Prieto Sanchís y los aportes de Carlos Bernal Pulido en el volumen siguiente: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo”, en CARBONELL, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, op. cit., pp. 237-264; Vid. además: GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “La interpretación constitucional”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 2, febrero de 2004, pp. 37-74; “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163; GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica” en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, GARCÍA MANRIQUE, Ricardo (ed.), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007. Para un más amplio y minucioso estudio sobre las críticas al principio de proporcional, puede consultarse el capítulo segundo de la gran obra de Bernal Pulido: *El principio de proporcionalidad...* citada en líneas previas.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	N° 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

La propuesta de reconexión entre el derecho y la moral, desde una perspectiva positivista moderada, que permite llevar a cabo la función de corrección que cumple la teoría de la argumentación jurídica. Coincidimos en la necesaria distinción entre las reglas, los valores y los principios en el marco de la interpretación constitucional, con la finalidad de resolver colisiones o conflictos entre principios constitucionales. De igual forma, resulta indispensable la conceptualización de los derechos fundamentales como principios, lo cual ayuda a la fácil esquematización y la correcta solución de casos a partir de la técnica del juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad, respectivamente, teniendo presente que cada una de estas técnicas ayudarán a la maximización u optimización de los derechos fundamentales.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AA.VV., Tomo II, Vol. I, Historia de los Derechos Fundamentales: *El contexto social y cultural de los derechos. (Rasgos generales de evolución)*, (Dirigida por G. Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García), Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Dykinson, Madrid 1998, 455 pp.

AA. VV., *Derechos sociales y ponderación*, (edición a cargo de Ricardo García Manrique), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007.

AA. VV., *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, (Introducción de Pedro Serna Bermúdez), (2ª ed. aumentada), Comares, Granada, 2005.

AGUILERA PORTALES, Rafael, (coord.) *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010.

- *Teoría Política y Jurídica (Problemas actuales)*, Porrúa, México, 2009.

ALEXY, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Marcial Pons, Madrid, 2008.

_____*Teoría de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Centro de Estudios Político Constitucionales, Madrid, 2008 (1ª reimp. de la 2ª ed.).

_____*La institucionalización de la justicia*, (Edición y presentación a cargo de José Antonio Seoane) (traducción de José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Sodero y Pablo Rodríguez), Comares, Granada, 2005.

_____*Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, (presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

_____ *The argument from injustice (A reply to legal positivism)*, (traducida por Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson), Oxford University Press, New York, 2002.

_____ *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México, (2ª ed.), 1998.

_____ *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), CEPC, Madrid, 1997.

_____ *Teoría del discurso y derechos humanos*, (traducción e introducción de Luis Villar Borda), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

_____ *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, III, UNAM, México, 2003.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

BERNAL PULIDO, C, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

_____ *El derecho de los derechos (Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales)*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2009.

_____ *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, España, 1998.

BÖCKENFORDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, (trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Baden-Baden, 1993.

BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, (traducción de Carlos Bernal Pulido), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.

CIANCIARDO, Juan, *El principio de razonabilidad (Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad)*, Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma, Buenos Aires, 1998.

COMANDUCCI, Paolo, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 1999.

COSSÍO, José Ramón, *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*, Fontamara, México, 1998.

DE ASÍS, Rafael, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006.

DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2002.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, Núm. 39, Madrid, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 195-247.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, (coord.), *Interpretación constitucional*, T. I y II, Porrúa, México, 2005.

FIORAVANTI, Mauricio, *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de la Teoría de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2000.

GADAMER, Hans-Georg, *Verdad y método I*, (trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito) Ediciones Sígueme, Salamanca, 2005.

_____, *Verdad y método II*, (trad. de Manuel Olasagasti) Ediciones Sígueme, Salamanca, 2006.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escasa relevancia”, en SANÍN RESTREPO, R. (coord.), *Justicia Constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado contemporáneo*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 119-163;

GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, (4ª reimp.), Civitas, Madrid, 2001.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

_____ “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, No. 34, 1999, pp. 39-46.

_____ *Distinguiendo (Estudios de teoría y metateoría del derecho)*, Gedisa, Barcelona, 1999.

HÄBERLE, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn. Una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*, (traducción de Joaquín Brage Camazano), Dykinson, Madrid, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado Democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, (Introducción y traducción de Manuel Jiménez Redondo), Trotta, Madrid, 1998.

HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier, *Derechos fundamentales (Concepto y garantías)*, Trotta, Madrid, 1999.

LUCAS VERDÚ, Pablo, *Manual de derecho político*, V. I, (Introducción y teoría del Estado), Tecnos, Madrid, 2001.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005.

_____ *La universalidad de los derechos humanos y el Estado Constitucional*, (Presentación de Luis Villar Borda), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

POLAKIEWICZ, Jörg, “El proceso histórico de la implantación de los derechos fundamentales en Alemania”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 81, Julio-septiembre 1993, pp. 23-45.

SANZ BURGOS, Raúl, “Sobre la interpretación de los derechos fundamentales” en MAQUEDA ABREU, Consuelo y BULLÉ GOYRI, Víctor M. (Coord.), *Derechos Humanos: temas y problemas*, UNAM-IIIJ, México, 2010, p. 89.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodología jurídica*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1994, pp. 12-14.

ARGUMENTA - UENP	JACAREZINHO	Nº 16	P. 195 – 221	2012
------------------	-------------	-------	--------------	------

SCHNEIDER, Hans Peter, “Peculiaridad y función de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Nueva Época, núm. 7, Enero-febrero 1979, pp. 7-35.

STERN, Klaus, “El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, Núm. 1, Septiembre-diciembre 1988.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, Trotta, Madrid, 2005.