

CONTENIDO ESENCIAL Y PONDERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DE LOS MODELOS RECÍPROCOS Y COMPLEMENTARIOS

*ESSENTIAL CONTENT AND WEIGHTING OF FUNDAMENTAL RIGHTS: RECIPROCAL AND
COMPLEMENTARY MODELS*

*CONTEÚDO ESSENCIAL E PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DOS
MODELOS RECÍPROCOS E COMPLEMENTARES*

José Luis Leal Espinoza¹

Rogelio López Sánchez²

Licença CC BY:
Artigo distribuído sob os termos Creative Commons, permite uso e distribuição irrestrita em qualquer meio desde que o autor credite a fonte original.



Resumen: Los modelos más relevantes según la doctrina especializada en argumentación constitucional para resolver conflictos y asignar significado a los Derechos Fundamentales son la teoría del contenido esencial y el modelo de la ponderación. Para el primer modelo, la concreción de normas de Derechos Fundamentales proviene de una determinación previa, asignada por el legislador, en tanto que el segundo modelo defiende una postura a través de la cual la concreción de un derecho fundamental proviene de los límites externos cuando éstos se encuentran en conflicto con otros, en aras de su plena realización. Nuestro objetivo consiste en demostrar que a pesar de que existe una aparente dicotomía entre ambos, éstos se complementan, cuando el juez asigna significado y concreta la deontología contenida en las Cartas Constitucionales.

Palabras-clave: Derechos Fundamentales; Indeterminación; Contenido esencial; Ponderación.

Abstract: The most important models, according to the specialized doctrine in constitutional argumentation for resolving conflicts and attributing meaning to fundamental rights are the theory of essential content and the weighting model. In the first model, the concretization of the norms of Fundamental Rights comes from a prior ruling, attributed by the legislator, while the second defends a position in which the concretization of a fundamental right comes from external limits, when

- 1 Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Alicante. Profesor-Investigador en la Universidad Autónoma de Coahuila. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Fundador de la Academia Libre de Derechos Humanos.
- 2 Doctor en Jurídicas por la Universidad de Jaén, España. Profesor Investigador en la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Presidente de la Academia Libre de Derechos Humanos.

these are in conflict with others due to their full concretization. Our objective is to demonstrate that although there is an apparent dichotomy between the two models, they complement one another when the judge attributes special significance and concretizes the deontology contained in the Constitutions.

Keywords: Fundamental rights; Lack of determination; Essential content; Weighting.

Resumo: Os modelos mais importantes, segundo a doutrina especializada em argumentação constitucional para solução de conflitos e atribuição de significado aos direitos fundamentais, são a teoria do conteúdo essencial e o modelo da ponderação. Para o primeiro modelo, a concretização das normas dos Direitos Fundamentais vem de uma determinação prévia, atribuída pelo legislador; enquanto o segundo modelo defende uma posição em que a concretização de um direito fundamental vem de limites externos, quando estes estão em conflito com outros devido à sua plena concretização. Nosso objetivo é demonstrar que, embora exista uma dicotomia aparente entre os dois modelos, eles se complementam quando o juiz atribui significado e concretiza a deontologia contida nas Constituições.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Indeterminação; Conteúdo essencial; Ponderação.

INTRODUCCIÓN

Las normas que contienen Derechos Fundamentales poseen un carácter indeterminado y abierto, susceptible de ser dotado de sentido a través de la interpretación y argumentación constitucional. Los valores superiores como la dignidad, igualdad, libertad, y en el caso español, el pluralismo político, han significado un consenso y acuerdo plural de los fines que se persiguen en el Estado Constitucional, estos fines dejan al juez constitucional la posibilidad de elegir los cauces más adecuados para alcanzar su efectividad, tal y como apuntaría el maestro PECES-BARBA (1986: 97; 1988: 46; 2006: 23-24). Este desplazamiento y descentralización de los procesos de concreción de normas a través de la superación del Estado decimonónico (DEL REAL, 2001: 370) implican una actividad reforzada de parte de los jueces constitucionales y legisladores, quienes en su actividad permanente se les presentan numerosas dicotomías a zanjar, en tanto que el intrincado sistema constitucional normativo en el caso en Latinoamérica enraíza aún problemas propios del positivismo añejo y caduco, tales como el formalismo y la existencia de complejas reglamentaciones que recogen valores y principios, pero sobre todo, muchas reglas. La característica de textura abierta que encierran los derechos fundamentales trae desafíos enormes para el juez constitucional para encontrar los mejores criterios de validez normativa (DE ASÍS, 2001; 86). En el caso de los derechos fundamentales, determinar o asignar un contenido esencial a un

derecho humano depende del contexto bajo el cual se analice, por una parte, se puede adoptar una posición moderada y activa en torno al ejercicio discrecional de la actividad jurisdiccional, todo ello dependiendo del grado de coherencia y plenitud que se quiera impregnar al sistema jurídico (PECES BARBA, FERNÁNDEZ, DE ASÍS, 1999: 242). Dicho lo anterior, el ideal de interpretación objetiva de las normas de derechos fundamentales es pertinente para desvincular los principios, las normas o enunciados de su autor y dentro del sistema jurídico (PECES BARBA, 1999: 576). Sin embargo, este proceso hermenéutico y argumentativo resulta complejo, tomando en cuenta que el propósito de los valores contenidos en las Constituciones modernas es de fundamentar, orientar y criticar el sistema jurídico (PÉREZ, 2010: 27-28; 2007: 74-75).

En este sentido, ZAGREBELSKY ha sostenido que la interpretación constitucional es “un acto de adhesión o ruptura con respecto de tradiciones histórico-culturales comprensivas, de las cuales cada constitución es parte” (ZAGREBELSKY, 2008: 264)³. Esta posición señala que se debe tomar en cuenta entonces que el juez constitucional tiene un doble desafío en las actuales sociedades plurales. Primero, se encuentra obligado a motivar y argumentar para convencer al auditorio especializado, el judicial (PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA, 1989: 43); y en segundo lugar, sus decisiones deben provocar un mínimo convencimiento racional en la sociedad donde se encuentre, a partir de los propios cánones que la teoría de la interpretación y argumentación jurídica les impone. Por tales motivos, la complejidad que encierran los principios en las Constituciones modernas reside en la intervención activa que requiere de parte de los jueces constitucionales. Incluso, los procesos de concreción de las normas requieren superar concepciones formalistas del derecho hacia visiones más sustancialistas y dinámicas (GARCÍA, 1986: 18-). La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes a este proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico (GUASTINI, 2014: 55). Tal y como señala Manuel ATIENZA la teoría estándar de la argumentación jurídica a la cual pertenece la figura de la ponderación no debe comprender “sólo los razonamientos que se producen en la interpretación y aplicación del derecho, así como en la elaboración de la

3 Vid. del mismo autor: (ZAGREBELSKY, 2006, 1135-1161).

dogmática jurídica, sino también de la argumentación que tiene lugar en el ámbito de la producción del derecho” (2013: 704; 205: 206).

El propósito de esta investigación consiste en demostrar que los caminos que ha delineado la doctrina especializada en argumentación constitucional para resolver conflictos y asignar significado a los Derechos Fundamentales, tales como la teoría del contenido esencial y el modelo de la ponderación se complementan recíprocamente, a partir de contextos de justificación que provienen de modelos hermenéuticos a partir de los cuales el juez asigna significado y concreta la deontología contenida en las Cartas Constitucionales. El trabajo se divide en cuatro epígrafes. En los primeros dos se estructura la premisa de la investigación que consiste en la indeterminación normativa de los Derechos Fundamentales y su necesidad de concreción. Para alcanzar este último objetivo (concreción) se analizarán en los subsecuentes epígrafes los dos modelos propuestos (contenido esencial y ponderación). Acto seguido se realizará un meticuloso análisis sobre las principales diferencias entre estos dos modelos, realizando una propuesta final a través de la cual se propone una tesis de completitud sobre los mismos, debido a la labor deontológica que llevan a cabo los operadores jurídicos al momento de concretar valores constitucionales.

1. PUNTO DE PARTIDA: INDETERMINACIÓN Y CONCRECIÓN DE NORMAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas son características inherentes al proceso que GUASTINI (2014: 55) ha denominado: “constitucionalización del ordenamiento jurídico”. La indeterminación debe ser vista desde la dinámica de la teoría jurídica contemporánea como un elemento positivo para abonar hacia el respeto a la pluralidad y coexistencia de valores, que en ocasiones, no son suficientes de aprehender por el legislador al momento de elaborar las normas jurídicas (ALEXY, 1997a: 159-177; FULLER, 1967: 56 y ss.; PRIETO, 2002). Del otro lado, la doctrina de la completitud del derecho ha tenido un fuerte arraigo en nuestros sistemas de tradición jurídica romano-germana. Esta visión de coherencia, unidad y plenitud del ordenamiento jurídico guarda relación intrínseca con la concepción misma de Estado y el respeto al proceso de

creación de las normas. En KELSEN, esta visión adquiere vigencia a partir de su enfoque mismo de Estado y su teoría del derecho sobre la norma jurídica, la idea de coherencia y plenitud donde las lagunas conforman una ficción más dentro del positivismo jurídico, ya que el operador debe ajustarse a encontrar la respuesta dentro del mismo ordenamiento. Ahora bien, en contraposición a esta visión determinista y hermética, se encuentra la doctrina de la indeterminación de los sistemas jurídicos. Dicha exposición encuentra su mejor representante en las ideas sobre la reformulación del positivismo jurídico, a partir de la aceptación conceptual entre el derecho y moral en autores como HART. La afirmación sobre la tesis de la incertidumbre del profesor de la Universidad de Oxford es muy clara: “la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses” (HART, 1998: 160). Entonces, surge la necesidad de que el intérprete goce de un margen de actuación, al no contar con reglas claras y el desconocimiento de los hechos futuros, así como la imprevisibilidad del propio sistema normativo.

Tenemos ante nosotros dos paradigmas en apariencia contradictorios. El primero, pugna por encontrar en el propio ordenamiento la solución a todos los casos posibles; mientras que el segundo, admite la posibilidad de creación del derecho por los propios Tribunales. Para KELSEN, es el derecho positivo donde el operador jurídico debe encontrar todas las respuestas, incluso, ante la existencia de conflictos entre normas, resolverá a partir de principios que el propio derecho positivo brinda, el conflicto entre normas no es una contradicción lógica, la derogación que resuelve el conflicto no es un principio lógico -como lo creía la jurisprudencia tradicional- sino, la función de una norma de la moral positiva, especial, de una norma del derecho positivo (KELSEN, 1994: 132; BINDDREITER, 2002: 143).

En caso de existencia de lagunas, el jurista debe actuar o debe asumir una posición un tanto engañosa, es decir, debe actuar “como si” aquéllas no existieran, por consiguiente, debe pensarse en el sistema como un conjunto coherente y ausente de imperfecciones. De acuerdo a esta concepción, los jueces comulgarían con dicha acepción ideológica de que están atados a la ley, de modo que: “la mayoría de las veces ni siquiera serán conscientes de que lo que llaman laguna en realidad no existe como tal y es algo que ellos mismos crean para sustraerse a una

decisión que parece gravemente inconveniente” (GARCÍA, J., 1996: 159). Así, la idea de sujeción a la ley será una creencia fuertemente arraigada durante el desarrollo del positivismo jurídico. En este sentido, KELSEN sostiene entonces una tesis de completitud del derecho, debido a que éste niega la posibilidad de que existan lagunas en el ordenamiento jurídico, además de una tenue y leve discrecionalidad del operador jurídico. Ahora bien, esta idea de completitud del derecho guarda íntima relación con su concepción de Estado. Al respecto, el jurista checo afirmará:

... el Estado como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad [...] Si el Estado es un sistema normativo, tiene que ser el orden jurídico positivo, pues es imposible admitir junto a éste la validez de otro orden cualquiera (KELSEN, 2002: 26-27).

El fundamento anterior al igual que su idea de interpretación, forma parte de la *doctrina como marco*, consiste en que el sistema jurídico provee para sí y para los casos judiciales todas las respuestas a partir del propio ordenamiento. Asimismo, KELSEN admite que la jurisdicción es un acto de creación y producción del derecho, tal y como sucede con el proceso legislativo, este significará “una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho” (KELSEN, 2002: 389). Sin embargo, su posición en torno la teoría de las lagunas en el ordenamiento jurídico es equiparable a una ficción, ya que “es lógicamente posible aun cuando algunas veces resulte inadecuado aplicar el orden jurídico en el momento de fallar.” (KELSEN: 177)

El modelo de la función judicial de resolución de casos difíciles postulado por DWORKIN es el de la respuesta correcta, denominado como modelo del juez Hércules, relacionado con la interpretación que hacen los Jueces Constitucionales. De esta manera: La Constitución es fundamental para otro derecho, de modo que la interpretación de Hércules de todo el documento, y de sus cláusulas abstractas, también debe ser fundamental. Debe adaptarse y justificar los arreglos básicos del poder político de la comunidad, lo que implica una justificación que surja de los alcances más filosóficos de la teoría política (DWORKIN, 1999: 267).

Conforme a este modelo, la teoría política sirve como instrumento de la justicia constitucional. Precisamente, de acuerdo a la perspectiva de algunos

autores, el jurista norteamericano se acerca más a la idea de la completitud que de la indeterminación, toda vez que es precisamente el Juez Hércules el que es capaz de encontrar todas las soluciones posibles a partir de la integración y la interpretación en base a principios. Es decir, la teoría Dworkiniana defiende un antipositivismo jurídico que alega la completitud del derecho, pues el modelo de juez pugnado por el propio autor se ancla bajo un esquema de indeterminación, pero pide ser tratado “como si” tuviera todas las respuestas (DEL REAL, 2008: 428).

En este sentido, se encuentra la tesis de la indeterminación defendida por HART y ENDICOTT. El primero, autor de la obra: “El concepto del derecho”, sostiene una visión de un juez con un moderado poder discrecional para resolver casos judiciales, a través de un replanteamiento del positivismo jurídico y la aceptación y reconciliación explícita entre el derecho y moral que habían permanecido por décadas soslayadas, debido al fuerte arraigo del método positivista de corte kelseniana. La rehabilitación del análisis entre la moral y el derecho que realiza HART es primordial para tener una comprensión holística e integral del fenómeno en cuestión. La noción de este jurista no tiene que ver con un sistema de reglas (teoría de interpretación), su noción es, más bien, una dirección a tres aspectos: el Derecho, la coerción y la moral (HART, 1992: 33). En todos los casos de la experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje. Existen en igual medida, casos obvios, fáciles, que aparecen en contextos similares, donde las expresiones normalmente son claramente aplicables. Sin embargo, también existen casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no. Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana presentan a diario, y que sólo exhiben algunas características del caso obvio, mientras que les faltan otras (HART, 1992: 158).

En un principio, HART se lanza en contra del formalismo jurídico, advirtiendo que este fenómeno se trata de la incapacidad del operador jurídico para individualizar las reglas a cada caso, “consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida” (HART, 1992: 161). La concepción de Hart sobre el sistema jurídico se encuentra en contra de la posición hermética del derecho. La

idea de la textura abierta y los conceptos jurídicos indeterminados dan posibilidad al intérprete sobre toda una gama de casos dudosos, en donde los jueces tienen la posibilidad “discrecional” acerca de los intereses que se encuentran en conflicto en cada caso en particular, de ahí el área de creación del derecho por los Tribunales, a partir de las reglas dadas a cada caso en particular. Aquí es donde tiene su arraigo el constitucionalismo de principios, al que nos hemos referido en líneas previas. La necesidad de concreción de las normas a través de herramientas que permitan al operador asignar su correcto significado, es una de las tareas más complejas en la interpretación y la argumentación jurídicas.

Siguiendo la línea del pensamiento de la indeterminación, se encuentra Timothy ENDICOTT. Su postura inicial se centra en la idea radical en que la vaguedad es la primera fuente de indeterminación jurídica (ENDICOTT, 2003: 184-189). La *vaguedad* se convierte en un rasgo imprescindible y hasta *necesario* del propio derecho. De acuerdo con lo anterior, la teoría interpretativa “debe aceptar la indeterminación del derecho como un resultado de la vaguedad en las consideraciones que son relevantes para emitir un juicio.” Es decir, aquélla no debería negar la indeterminación del derecho, sino todo lo contrario (ENDICOTT, 2007: 241). La vaguedad no debe reducirse al aspecto meramente lingüístico, ya que el proceso de interpretación es más que resolver indeterminaciones en el derecho, implica entonces una “atribución de intenciones de comunicación fácticas o contrafácticas” (ENDICOTT, 2007: 252), esta será una de las diferencias perceptibles de éste en relación con la tesis de DWORKIN. Siendo por consiguiente la vaguedad un rasgo esencial del derecho, el ideal del *imperio de la ley* se convierte en una aspiración deseablemente incompleta, ya que es imposible que la vida de una comunidad estuviera gobernada completamente por el derecho. “Para tener sentido el imperio de la ley debemos concebirlo como un significado complejo entre la anarquía y la sobre-regulación” (ENDICOTT, 2007: 287). Las “dudas” y el “desacuerdo” serán los responsables de la existencia de una cantidad considerable de casos marginales. A primera vista, podríamos pensar que esto se contrapone de alguna forma al ideal de estabilidad y seguridad jurídica sobre el cual quedó cimentado nuestro Estado de Derecho durante el siglo XIX.

Hoy en día, los Estados Constitucionales van más allá del formalismo, así como los valores clásicos como la generalidad y abstracción de la ley como únicas e inalterables (DEL REAL, 2011: 694). A continuación, presentaremos este nuevo esquema que emerge a partir de la revalorización del positivismo jurídico y se realiza como una expresión plural y dúctil de los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Siguiendo entonces la premisa de ZAGREBELSKY, las sociedades son plurales en la medida en que pugnan por valores diversos y coexisten para dar legitimidad a cada uno de los sectores sociales (ZAGREBELSKY, 1999: 13). La ductilidad de la Constitución reside en esa coexistencia de valores y principios, cuyo cometido principal es la unidad y la integración (ZAGREBELSKY, 1999: 17 y 153). Por tanto, la construcción conceptual del derecho dúctil contiene una fuerte crítica en contra del formalismo rígido y la aplicación mecánica de reglas para resolver los duros y difíciles conflictos en donde se involucran principios y valores constitucionales: "El derecho como disciplina práctica está anclado a la realidad" (ZAGREBELSKY, 1999: 113). Los principios no determinan el ordenamiento sólo a través de derivaciones deductivas que imiten torpemente a las ciencias lógico-formales. ZAGREBELSKY se adhiere a una visión principialista del derecho, a partir de una dogmática constitucional flexible, y una sistematización estricta a partir del método histórico-constitucional, así como una comprensión de los fenómenos que han incidido en el mismo. Por consiguiente, se encuentra a favor de una discrecionalidad judicial, pero sin responder a otras cuestiones como la indeterminación judicial o la existencia de casos difíciles. En este contexto, se presentará enseguida dicho plano de indeterminación a partir de la zona de penumbra y la necesidad de concreción de los sistemas jurídicos normativo-constitucionales.

En este sentido, la indeterminación de las normas iusfundamentales forman parte de este contexto, ya que la solución a los casos deriva finalmente de la decisión judicial, complementándose a través del empleo de las técnicas y procedimientos argumentativos correspondientes. Sentado lo anterior, la zona de penumbra, empleando el lenguaje hartiano, es aquella en la cual se contienen los casos difíciles en contraposición a los casos fáciles. Esta distinción fue elaborada por el jurista inglés HART, a partir de su tesis en torno a la textura abierta del derecho. Al respecto, el autor mencionado señala que en los "clear cases", casos

fáciles (o claros), se refiere a aquellos en los que nítidamente puede advertirse si una regla puede ser aplicada o no a la realidad jurídica dada. Si bien las reglas tienen aplicación de manera rígida, los principios son mandatos de optimización, que permiten flexibilización de acuerdo al contexto fáctico y las situaciones particulares. Precisamente, este autor se ha referido a los casos fáciles, cuando una regla es aplicada, inclusive a través de un procedimiento de subsunción entre la norma (hipótesis normativa) y el hecho en concreto (hipótesis fáctica).

Manuel ATIENZA ha insistido en esta última parte, al referirse a este tipo de casos donde es suficiente la aplicación de la lógica formal para la solución de estos. Si A, es B, entonces C, es decir, una simple relación de consecuencia jurídica y de métodos subsuntivos. Los casos fáciles, expresa el autor de la Universidad de Alicante, "son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo." (ATIENZA, 2007: 264; 2005: 133). Igualmente, un caso fácil puede distinguirse de los difíciles, como advierte Pablo NAVARRO empleando la terminología hartiana, "la formulación normativa es unívoca en su significado y el caso no cae en la zona de penumbra de sus conceptos, y que la regulación de dicho caso es consistente." (NAVARRO, 1993: 253). En tal sentido, el procedimiento de justificación de la decisión judicial será a través de un razonamiento lógico-deductivo. Por otra parte, los casos difíciles se refieren a aquellos en los que "hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica la regla." (HART, 1998: 153). Estos son los "borderline cases", o casos difíciles (más allá del límite o de la regla). De acuerdo a la textura abierta del derecho, los funcionarios deciden a "la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, y cuyo peso varía de caso a caso." (HART, 1998: 168). Por tanto, en los casos difíciles no es suficiente el procedimiento de subsunción para resolver el caso en concreto. Es entonces cuando se acude a los principios que inspiran dicho ordenamiento o la norma o normas objeto de aplicación. La argumentación jurídica ayuda a justificar las excepciones a la regla, o bien, decidir entre varias opciones posibles, la que mejor justifique el principio en aplicación (MACCORMICK, 1994: 140 y ss.)⁴.

4 En este sentido ver: (NAVARRO, 1993: 252-253).

Cabe señalar que, el hecho de que existan mecanismos de interpretación en el derecho para el correcto ejercicio de la discrecionalidad judicial, tales como la teoría objetiva de los derechos o el empleo del principio de proporcionalidad, no implica que esas mismas herramientas erradiquen por completo la indeterminación, tal y como ha precisado ENDICOTT (2007: 247). Para este autor (ENDICOTT) no es posible que un Juez pueda alcanzar la aplicación correcta de principios, siguiendo únicamente sus propios criterios. Aunado a este hecho, admite que es difícil encontrar una distinción clara entre la interpretación y la invención, pues la frontera es muy estrecha, ya que los alcances de esta son muy variados, además de requerir un proceso de precomprensión sobre el posible grado de indeterminación aplicable a cada caso. Una de las mejores virtudes de esta tesis es atacar directamente el postulado acerca de que no es posible la existencia de una herramienta que permita eliminar por completo la vaguedad de los sistemas jurídicos. Asimismo, hace hincapié en que el empleo del arsenal teórico que ofrece Dworkin en torno a la concepción de principios y directrices tampoco es suficiente, ya que estos instrumentos a pesar de que están a disposición del juez siempre requieren de un proceso de precomprensión del contexto para ser dotados de sentido.

Por lo anterior, compartimos la visión principalista de la ponderación respecto de la subsunción de principios la cual, magistralmente expone el maestro Ruiz Manero, el cual señala:

De lo que se sigue la tan conocida circunstancia de que, así como la manera en que una regla se aplica a ciertos casos es mediante la subsunción de estos en aquella, la manera en que un principio se aplica a ciertos casos es mediante su ponderación en relación con cada uno de esos casos con otros principios que resulten concurrentes (RUIZ MANERO, 2005: 343-344).

Continúa el autor en la misma línea discursiva de su análisis hermenéutico; Si las reglas pueden aplicarse sin ponderación es porque en ellas se encuentran determinadas las propiedades genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación; como tales propiedades genéricas no se encuentran determinadas en el caso de los principios, la ponderación es aquí inescapable (RUIZ MANERO, 2005: 344).

2. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: PREDETERMINACIÓN DE CONTENIDOS

La indeterminación de las normas constitucionales, como afirma Müller, implica que puedan ser concretados en menor medida, a partir del texto normativo. De acuerdo con esto, las disposiciones de derecho constitucional no pueden ser aplicadas como meras prescripciones, sino que deben ser concretadas en relación al caso en particular. Lo anterior implica alejarse de una visión formal a través de un método que tome en cuenta la realidad social en la que es aplicada una norma de derecho constitucional (MÜLLER, 2006: 267 y ss.). La solución a este complejo problema de indeterminación normativa exige parámetros de control que eviten el vaciamiento del contenido de los derechos fundamentales. Uno de estos criterios, es la teoría del contenido esencial de los derechos fundamentales, a través de un criterio interno o estructural, mediante una ponderación de derechos en conflicto o la aplicación de una o más teorías materiales de derechos. De esta manera, no se afirma que estas teorías eliminen por completo la vaguedad existente en determinado ordenamiento jurídico, pero sí brindan herramientas a la argumentación jurídica que permiten acercarse a una mejor racionalidad en el proceso de conflictualización entre principios constitucionales. Cuando se emplea un método de concreción para la asignación de significado de un contenido esencial es indispensable para reconocer los principios constitucionales, pero sobre todo, su empleo por el juez constitucional debe tener por objetivo, no la completitud o el engañoso objetivo formalista de pretender que sea la herramienta con la que se puedan encontrar todas las respuestas posibles a todos los casos que se le presenten, sino justificar a través de una metodología bien estructurada la confrontación de principios, y optimizar, en la mejor medida de lo posible el contenido de cada uno de ellos, de esta manera la interpretación será entonces holística e integradora del pluralismo valorativo que subyace en determinada sociedad. Los derechos fundamentales adolecen o gozan también de cierto grado de indeterminación, lo que los vuelve susceptibles de encontrar su realización mediante esquemas hermenéuticos. El propósito que tienen las teorías tanto subjetiva como objetiva es reducir el grado de indeterminación normativa, estructural o semántica de los enunciados normativos que contienen derechos fundamentales.

Uno de los principales seguidores de la teoría interna de los derechos fundamentales es el jurista alemán Ernst Wolfgang BÖCKENFÖRDE, esta idea es continuación de su paradigma en la transformación del Estado de derecho hacia una concepción material (BÖCKENFÖRDE, 2000: 17). Después de hacer un repaso sobre los principales métodos tradicionales de interpretación de la ley enunciados por SAVIGNY, BÖCKENFÖRDE manifiesta su clara indisposición para seguir la misma metodología al momento de interpretar normas constitucionales y reducir la indeterminación normativa de las mismas. La razón es clara, se encuentran inspiradas en el derecho romano, y constituyen reglas interpretativas propias del derecho privado. Al contrario de las normas ordinarias, la Constitución contiene un denso contenido fragmentario, indeterminado y complejo. Su concepción se adhiere al modelo de Constitución como un orden marco, donde se fijan las reglas procedimentales para el proceso de acción y decisión política (BÖCKENFÖRDE, 1993a: 13-43). Después de hacer un repaso de las principales teorías que auxilian la concreción de los derechos fundamentales, el autor concluye:

El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución –cuando esta es requerida- no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importante que estos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación. (BÖCKENFÖRDE, 1993a: 34-37)

Según esta concepción, el proceso de concreción de las normas derechos fundamentales viene aparejado con la concepción de una determinada teoría constitucional. Este punto de vista representa una visión sustancialista de la teoría constitucional. Para este propósito, explica la existencia de distintas teorías de derechos fundamentales que auxilian la labor del operador jurídico, al momento de concretar cada derecho, para lo cual, no es necesario llevar a cabo alguna clase de ponderación, pues el derecho se encuentra definido previamente. Esto significa que el contenido de cualquier derecho fundamental puede ser definido *prima facie*, sin necesidad de ponderación alguna. 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.” (BÖCKENFÖRDE, 1993b: 45). La teoría constitucional ha distinguido dos teorías en la restricción de los derechos fundamentales: la teoría interna y la externa. Conforme a la primera (interna), existe desde el principio el derecho con su contenido predeterminado, con sus límites concretos. Por tanto, cualquier medida que afecte a su contenido, resultará una restricción al mismo. Del otro lado, se encuentra la teoría externa, la cual presupone la existencia de objetivos jurídicos diversos. El contenido del derecho no puede ser definido *prima facie*, esta clasificación proviene del derecho civil, particularmente de la herencia del derecho romano. Un claro ejemplo de esta teoría externa es la aplicación del principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional para concretar normas de derecho fundamental (BOROWSKI, 2003: 66 y ss.). Müller es un partidario de la teoría interna de los derechos fundamentales, ya que parte de la conexión entre la interpretación y la realidad en la que es aplicada en la Constitución (MÜLLER 2016: 51). Después de hacer un repaso sobre los principales métodos de interpretación de la ley distinguidos por SAVIGNY, concluye sobre la necesidad del respeto a los principios constitucionales, así como una interpretación más amplia de las normas constitucionales, cercanas a la realidad en que las mismas se vislumbran, de acuerdo con los casos concretos en los que actúan aquellas (MÜLLER, 2006: 283 y ss.). En tal sentido, la estructura de las normas jurídicas debe adecuarse a la realidad en la que se encuentran inmersas (MÜLLER, 1989: 113). Esta estructura se basa en el ámbito normativo y el programa normativo, retomando este concepto de Pedro DE VEGA (MÜLLER, 2006: 89-91).

Dicho en otras palabras, tanto la interpretación como la aplicación no puede ser concebidos como fenómenos aislados. Es indispensable su conexión con la realidad material que regula. Lo mismo sucede con las normas constitucionales. La constante indeterminación y ambigüedad es una cualidad inherente a aquellas. En este sentido, la normatividad de los derechos fundamentales no puede agotarse en el tradicional método interpretativo de las normas jurídicas ordinarias, de acuerdo a prescripciones cerradas y herméticas, sino que requieren de precisión al caso concreto. Por consiguiente, dos puntos que serán piedra angular de su teoría son: la

concepción de que la norma general no puede predeterminedar plenamente los casos individuales a los aplicadores del derecho; y, por otra parte, que las decisiones no pueden configurarse mediante el empleo de la lingüística (programa normativo), sino que es indispensable, el empleo de datos reales (ámbito normativo). Luego entonces, la fórmula del contenido esencial de los Derechos Fundamentales es entendida 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 (DE ASÍS, 2006: 103-107). Existen tres teorías que explican esta institución: la absoluta, la relativa y la mixta. Según las teorías absolutas de distintos autores, el contenido esencial conforma un "núcleo duro del derecho fundamental que puede ser determinado independientemente de argumentos referidos a una ponderación. De esta forma, las restricciones, que caen bajo ese núcleo duro, están prohibidas definitivamente desde el punto de vista constitucional." (BOROWSKI, 2003: 97). Por consiguiente, la ponderación no es enteramente factible en dichas circunstancias. Y esto constituye una de las principales problemáticas, ya que la configuración del contenido queda realizada previamente.

En esencia, las teorías absolutas defienden una concepción material de contenido esencial, distinguiendo así en cada derecho dos partes, un núcleo y una parte accesoria, no esencial (MARTÍNEZ, 1997: 22). Por consiguiente, el legislador sólo tendrá permitido, a partir del principio de reserva de ley, configurar los límites al derecho fundamental sólo en su parte accesoria, pero no en cambio en su núcleo esencial.⁵ El profesor OTTO Y PARDO, ha formulado una crítica en contra de la concepción de contenido esencial absoluto, advirtiendo que la misma podría conducir al intérprete a una relativización del contenido de los derechos fundamentales, ya que:

Si decidimos que un límite está, económicamente justificado por la protección de un bien constitucional, negar después la posibilidad del límite a partir del contenido esencial es tanto como admitir el carácter contradictorio de las normas constitucionales en juego y desconocer la que presta protección al bien sacrificando este al derecho (DE OTTO Y PARDO, 2010: 1494).

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

Esta posición es similar a la defendida por Konrad HESSE cuando señala que la teoría absoluta podría sacrificar los derechos fundamentales a la libre disposición del legislador, es decir, al existir un “núcleo duro”, se obliga al legislador dejar inmutable dicho núcleo que no resultaría fácil de determinar, dejando únicamente la parte accidental a través del principio de reserva de ley (HESSE: párr. 46, p. 54)⁶. Una de las defensas más sólidas en torno la teoría relativa, es el pensamiento a partir de la tesis institucional que sostiene Peter HÄBERLE. Sobre este punto, el profesor alemán analiza a los derechos fundamentales manteniendo una visión en torno a un sistema unitario y objetivo. Si bien, la Constitución se encuentra caracterizada como un orden objetivo de valores, estos deben ser concretados y positivizados en el propio texto fundamental. Para concretar el significado de los derechos fundamentales, es indispensable una triple función de estos: la función social (en la medida en que necesitan ser configurados y desarrollados para su ejercicio), como relaciones de condicionabilidad mutua (relacionados entre sí); y, finalmente, como base funcional para la democracia constitucional. Conforme a lo anterior, la garantía y ejercicio de los derechos se caracteriza a través de la unión o conexión entre los intereses individuales y públicos (HÄBERLE, 2008: 34 y ss.).

En tal sentido, la función de impedir al legislador, en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de estos, lo cual llevaría a su vaciamiento. En cuanto a su aplicación, la interpretación y aplicación de esta cláusula está vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo a alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio. Finalmente, una concepción mixta de las anteriores se traduce en el pensamiento de Prieto SANCHÍS. Esta cláusula obliga a los jueces a adecuarse a los contenidos y principios establecidos por la Constitución. Igualmente, a pronunciarse sobre la misma forma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental (PRIETO, 2002: 60). Dicho lo anterior, esta cláusula debe respetarse en cualquier acto de autoridad (leyes o actos), ante una posible

6 En el mismo sentido: (PÉREZ, 1984: 39)

limitación o necesidad de justificar limitaciones para la preservación de otros bienes constitucionales. De esta forma, el legislador o el Estado en ejercicio de su actividad ejecutiva, únicamente puede establecer límites o restricciones en la parte accesoria del derecho fundamental (MARTÍNEZ, 1997: 22). Por otra parte, la teoría relativa explica que el contenido esencial es aquello que queda después del ejercicio de ponderación respectivo, ante otros bienes o principios que deben ser tutelados por el Estado, reduciendo por consiguiente el contenido esencial al ejercicio que se lleva a cabo a través del principio de proporcionalidad.

La teoría de los derechos fundamentales como instituciones encuentra su más fiel representante contemporáneo en las ideas de P. HÄBERLE⁷. Este autor realiza un análisis de los derechos fundamentales como un sistema unitario y objetivo. Tal y como ya se ha explicado, el triple punto de partida del jurista alemán consiste en entender a la función social que desempeñan los derechos fundamentales para satisfacer intereses individuales como sociales. Esta función social se refleja claramente en su necesidad de configuración y desarrollo para su posterior ejercicio (HÄBERLE, 2008: 11). Influenciado por las ideas del sociólogo francés M. HAURIOU, HÄBERLE concibe a los derechos fundamentales como instituciones, entendiendo por institución conforme con las ideas del sociólogo francés, como aquella idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social (HAURIOU, 1968: 32). A partir de esta articulación de los derechos, los bienes jurídicos constitucionales tienen relaciones de condicionabilidad mutua, donde se hallan relacionados entre sí. En este planteamiento, el jurista germano defiende la necesidad de conciliar esos intereses públicos e individuales desde la ponderación de bienes y a través del empleo de las reservas de ley o límites inmanentes (HÄBERLE, 2008: 99-101). En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental no se puede realizar de forma aislada, sino tomando en cuenta otros bienes jurídicos constitucionales.

⁷ Cabe destacar que el planteamiento clásico de C. Schmitt resulta de suma trascendencia para explicar el modelo de derechos fundamentales como garantía institucional. En principio, se debe hacer la aclaración que, con independencia de la ideología nacionalsocialista de este jurista alemán, su análisis clásico es relevante para todos los autores posteriores, ya que él es el creador de esta teoría, y a partir de su estudio en su famosa obra: "Teoría de la Constitución" la concepción de derechos no como libertades, se les concebirá como mecanismos técnicos para la protección de un objeto material reconocido, circunscrito, establecido y fundado. Al respecto: (SCHMITT, 1982: 175 y ss.; 1983: 86).

En la construcción de esta última premisa (conciliación de intereses individuales y públicos), HÄBERLE plantea la bidimensionalidad de los derechos fundamentales a partir de su carácter tanto individual, es decir, aquel que garantiza a los titulares de los derechos fundamentales como individuos, grupos, asociaciones; mientras que el aspecto institucional se encuentra consagrado por la garantía constitucional de la configuración de esos ámbitos sociales, tal es el caso de la institución del matrimonio, la familia, propiedad, coalición, entre otros (HÄBERLE, 2008: 103). Algunas críticas a las que ha sido sometida la teoría institucional de P. HÄBERLE, se centran básicamente en determinar que los derechos fundamentales son directamente aplicables, debiendo ser protegidos por el Estado. Esto se relaciona directamente con la configuración y desarrollo posterior de los derechos por parte del legislador a través del principio de reserva de Ley. Algunos autores sostienen que dicho desarrollo no es posible en todos los casos, por ejemplo, tratándose del principio de igualdad y no discriminación (GAVARA, 1994: 2018-110). De acuerdo a estas premisas, secundamos el criterio del maestro AGUILÓ REGLA, ya que como atinadamente señala el profesor: El garantismo, el organicismo, el procedimentalismo, el mecanicismo, el sustantivismo, el principalismo, etc., en cuanto concepciones de la constitución no niegan que en conjunto a ciertas propiedades de la constitución coexistan otras, lo que afirman es que, en caso de incertidumbre, indeterminación, conflicto, etc., cierta propiedad de la constitución debe prevalecer sobre las demás (AGUILÓ, 2012: 251).

Otra crítica puntual es aquella relacionada con el margen de discrecionalidad que le queda reservado al Tribunal Constitucional al momento de ejercer el control de regularidad. En definitiva, la amplia vinculación a través del principio de reserva de ley mediante la cual se le habilita al legislador para desarrollar los derechos deja poco margen para la ponderación al juez, en consecuencia, una interpretación un tanto excesiva de esta facultad reglamentaria de los derechos fundamentales dejaría sin efectos la tesis de la discrecionalidad judicial. En este sentido, el principio de reserva de ley implica que un precepto constitucional exige que sea la ley, formal y materialmente válida, aquella que regule determinada materia. De acuerdo con DE OTTO Y PARDO, la materia reservada se refiere a todas aquellas normas distintas a la ley, por lo que implica que el legislador ha de establecer por sí mismo la

regulación y no puede remitirlas al Reglamento, por ejemplo. Lo que se pretende con ello es que la regulación quede sometida al debate legislativo, lo cual dota de legitimidad y garantiza el pluralismo democrático (DE OTTO Y PARDO, 1987: 132 y ss.)⁸. GARCÍA DE ENTERRÍA lo identifica como uno de los pilares indiscutibles del moderno Estado de Derecho, además de obedecer al principio de división de poderes como garantía del ejercicio democrático y no arbitrario del poder público (GARCÍA y FERNÁNDEZ, 2011: 245). De acuerdo a esto, la administración sólo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley (MAURER, 2012: 114).

Tradicionalmente se han distinguido dos modelos principales en torno al principio de reserva de ley: el alemán y el francés. El primer modelo implica que el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia. Sobre este modelo, Christian STARCK explica que el principio de reserva de ley deriva del principio de legalidad, el cual precisa el fundamental legal de la actividad administrativa. La formulación del principio de reserva de ley se dirige expresamente en contra de la opinión mayoritaria relativa a que la ley es únicamente un límite negativo y un marco para la administración pública (STACK, 1979: 383). En tanto en el modelo francés el legislador sólo se encuentra facultado para intervenir en determinadas materias establecidas expresamente por la Constitución. La reserva se convierte en un instrumento para restringir materialmente la supremacía de la Ley mediante la distribución de competencias (GAVARA, 1998: 138). En tal sentido, el principio de reserva de ley exige que, cualquier acto del poder público que tenga por objeto restringir los derechos y libertades de los ciudadanos y que afecte su esfera jurídica, debe ser desarrollado por el Poder Legislativo, a través de leyes que cumplan a cabalidad con el proceso legislativo correspondiente (iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y vigencia), y no a través del ejercicio discrecional del Poder Ejecutivo a través de la emisión de Reglamentos.

Los límites inmanentes a los derechos fundamentales han sido explicitados con gran atino por P. HÄBERLE, quien concibe a dichos límites como parte de su esencia (límites conforme a su esencia). Este planteamiento consiste básicamente en que la

⁸ Vid. (GARCÍA y FERNÁNDEZ, 2000: 178; RUBIO, 1993: 346; GARCÍA, R., 1988: 110 y ss.)

concreción a los derechos fundamentales no se realiza desde el exterior de estos, sino que los límites inmanentes se encuentran incluidos en la esencia del propio derecho, y las limitaciones pueden encontrarse a través de la ponderación de bienes (HÄBERLE, 2008: 54). Las repercusiones de la teoría de los límites inmanentes de HÄBERLE reside en la posibilidad de que el legislador presuponga el contenido esencial de los derechos fundamentales, a través del principio de reserva de ley. Lo cual trae problemas graves al momento de sostener o defender un modelo interpretativo o principialista de los derechos fundamentales. Es decir, si el control constitucional es ejercido por los Tribunales se dejaría un margen de discrecionalidad muy reducido debido al mismo concepto de inmanencia, donde el contenido esencial del derecho tiene así mismo sus propios límites, sin admitir una posible colisión con otros bienes jurídicos de igual o mayor envergadura, es decir, negaría el propio ejercicio de ponderación que el mismo autor alemán pregonaba en su teoría.

3. EL ENFOQUE CONFLICTUALISTA DE LA PONDERACIÓN

El principio de proporcionalidad se ha convertido hoy en día, en una de las herramientas más empleadas por los operadores jurídicos, para justificar racionalmente decisiones donde se encuentran involucrados principios o derechos fundamentales. Sin embargo, la búsqueda por encontrar mejores formas de justificación en las decisiones judiciales no es una aspiración de la teoría jurídica moderna. Los primeros intentos de una lógica proposicional y geométrica (en exceso racionalista) para resolver problemas jurídicos, podemos encontrarlos en el modelo jurídico de LEIBNIZ, a principios del siglo XVIII. El jurista alemán sostenía que era posible formular un sistema de reglas deducidos de principios naturales o evidentes, los cuales se podían traducir en una especie de fórmulas parecidas a las ciencias exactas como las matemáticas (BOBBIO, 2006: 10-11).⁹ En la actualidad, existen igualmente críticas en torno a mejores formas de validez del derecho a partir de axiomas o fórmulas, como los modelos de FERRAJOLI y ALEXI. El modelo deóntico seguido por Ferrajoli como el cuadrado lógico de las expectativas, ha sido calificado por algunos autores como excesivamente racionalista. En igual sentido, la fórmula del peso y la ponderación, traducida a

⁹ En la tesis doctoral del citado autor, éste afirma que los enunciados jurídicos pueden y deben plantearse como una sentencia condicional para verificar su validez (lo justo con lo posible). (HERNÁNDEZ, 2010: 164; HERNÁNDEZ y CASTAÑEDA, 2009: 193). En este sentido, para Leibniz, “el derecho no puede ser injusto, más la ley si puede encerrar injusticias. Pues la ley es formulada por un acto de autoridad [...] justo es lo que en igual medida participa, de la sabiduría y la bondad”. (LEIBNIZ, 1960: 11).

términos matemáticos, con calificativos de intenso, medio y leve de la afectación a cada principio, asignando un valor numérico, es una de las frecuentes críticas realizadas en contra del empleo del principio de proporcionalidad (FERRAJOLI, 2011; MAZZARE, 2011; MORESO, 2007: 81-98).

La teoría principialista de los Derechos Fundamentales ha sido uno de los elementos que ha tenido mayor incidencia para el desarrollo del principio de proporcionalidad, las objeciones y dilemas planteados a este método, se centran quizá en esta visión (según los críticos) un tanto “romántica” del constitucionalismo contemporáneo. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. De esta forma, los conflictos entre principios no son resueltos a través de una simple subsunción, sino mediante el ejercicio de ponderación. Precisamente, la oposición en torno a esta concepción se basa en la incapacidad del propio método “ponderativo” de racionalizar al extremo el proceso argumentativo. La Escuela Genovesa de Teoría del Derecho, adopta una posición escéptica en torno al fenómeno de la ponderación, en palabras de Ricardo GUASTINI (1999: 169-171), ha señalado algunas de las características más importantes en torno a esta herramienta argumentativa, en contraposición al clásico modelo silogístico:

- a) La ponderación de los principios presupone ante todo que los dos principios involucrados sean interpretados en el sentido de que las clases de supuestos de hecho regulados por ellos se superpongan sólo parcialmente;
- b) También supone el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios que se trate;
- c) Para establecer la jerarquía axiológica, el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al caso concreto;
- d) La ponderación de los principios se funda, en una peculiar interpretación de los principios de que se trata y sobre un juicio subjetivo de valor (un juicio en términos de “justicia”) del juez. Actuando así, el juez superpone su propia valoración a la de la autoridad normativa (en este caso, la autoridad constituyente) toda solución del conflicto vale sólo para el caso en concreto y, por tanto, es imprevisible la solución del mismo conflicto en casos futuros.

Se advierte que al final de su postura, lo que subyace es un desacuerdo en torno al empleo de esta herramienta por el juez al momento de asignar un significado concreto a cada principio. Lo anterior, debido a que en el siglo XXI es precisamente el operador jurídico el principal protagonista de este giro epistemológico. El paradigma decimonónico de culto a la ley o respeto al principio legislativo ha sido desplazado por el imperio de la Constitución, cuya interpretación recae en los jueces. Si bien, el derecho es indeterminado, la labor principal del operador jurídico hoy en día es actualizar los contenidos constitucionales conforme a la realidad y contextos sociales determinados. Es cierto que es imposible encontrar una solución para todos los casos que se presenten, y también lo es que la casuística es una de las constantes del constitucionalismo contemporáneo. Pero también podemos afirmar que existen cánones de racionalidad jurídica que los operadores de las normas constitucionales se encuentran obligados a cumplir al momento de emplear una herramienta de la argumentación jurídica como lo es el principio de proporcionalidad. Hoy en día la sofisticación en la aplicación del principio de proporcionalidad ha propiciado la creación de una cantidad innumerable de reglas que la dogmática constitucional ha desarrollado al respecto para su correcta y eficiente aplicación. Además, nos encontramos ante una constante especialización en su aplicación, de acuerdo a la violación a determinado derecho fundamental, como la libertad de expresión, derecho al honor, derecho a la vida, etc. Es decir, existe una estructura y fundamento común de aplicación, pero en algunos casos, existen reglas específicas que el operador jurídico debe aplicar antes de entrar a una posible ponderación.

Si bien, la práctica judicial ha tenido una importancia trascendental en el desarrollo de esta herramienta como parte de la argumentación jurídica, también se puede afirmar, que la dogmática constitucional ha desarrollado una serie de elementos muy precisos, que han permitido configurar una teoría que auxilia y retroalimenta la labor jurisprudencial. Su auge y perfeccionamiento ha tenido lugar en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales, así como por la doctrina jurídica especializada, cuyo debate se ha extendido por largos años desde su origen y recepción en distintas latitudes. En el contexto de análisis del principio de proporcionalidad, nos adherimos a una teoría relativa del contenido esencial

de los derechos fundamentales. Los fundamentos de esta aserción residen en la idea de que, es necesaria una configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales para evitar su vaciamiento, a causa de una posible discrecionalidad desproporcionada por parte del juez constitucional. Es decir, una concepción de límites a los límites de los derechos fundamentales. Sobre las cuestiones particulares y su adaptación a la teoría constitucional española y de América Latina, consideramos **óptimo** el modelo creado por los juristas Bernal PULIDO y Laura CLÉRICO. Dado que la construcción conceptual que realizan, brinda un mayor soporte argumentativo en la fundamentación en los casos de derechos fundamentales, ya que tiene variables mejor elaboradas y una estructura en base a reglas precisas, que permiten a través de una serie de sencillos pasos concatenados y coherentemente enlazados uno con otro, el óptimo funcionamiento del mismo. En igual sentido, la profesora argentina Laura CLÉRICO, explica de manera elocuente el funcionamiento de una de las vertientes más complejas del principio de proporcionalidad en una serie de sencillas fórmulas. Se trata de la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto, nombrado en la terminología alemana como: prohibición del exceso (Übermaßverbot) y la prohibición de protección deficiente (Untermaßverbot). Es decir, si un acto estatal, normalmente una omisión, vulnera un derecho fundamental.

El juicio de ponderación como criterio hermenéutico-constitucional para lograr la concreción de los derechos fundamentales goza de un gran prestigio en la jurisdicción constitucional e internacional, su empleo se ha vuelto común en el derecho público común europeo y latinoamericano. Casi desde su nacimiento, el Tribunal Constitucional Español había venido escasamente aplicando este principio, con ciertos matices y precisiones conceptuales, pero cercanos a la idea de control y asignación de significado al contenido de las normas de derechos fundamentales. En España, señala PULIDO fue hasta 1995 el momento en que es receptiva la jurisprudencia de aquel alto Tribunal, en materia de principios y valores constitucionales, con la sentencia 66/1995, reconociéndolo como un auténtico criterio para controlar la intervención y restricción a los derechos fundamentales (BERNAL, 2011, 226). No obstante, su aplicación por el Tribunal Español, éste ha sido objeto de innumerables concepciones, que lo han llevado a ser objeto de

una cantidad considerable de mutaciones conceptuales (criterio, factor, regla, examen). La doctrina especializada señala que, para llegar a la ponderación, es necesario seguir tres fases escalonadas, conocidas como subprincipios: la adecuación o idoneidad, la necesidad o alternatividad y la proporcionalidad en sentido estricto (BERNAL, 2011: 693 y ss.). La ponderación ha sido severamente criticada, debido al ámbito discrecional del que goza el juez constitucional al momento de evaluar las magnitudes concretas que intervienen en el proceso de ponderación de bienes. HÄBERMAS se encuentra también en desacuerdo con el empleo del principio de proporcionalidad, y con que éste, brinde una justificación racional a las decisiones judiciales. La teoría de la argumentación de ALEXY se encuentra edificada sobre la teoría de la acción comunicativa del sociólogo alemán (GÜNTHER, 1995: 271-302). Según HÄBERMAS, una teoría discursiva del derecho que pretenda enlazar la ética del discurso debe distinguir entre la “pretensión normativa de validez de las reglas morales y la pretensión de legitimación de las normas jurídicas” (HÄBERMAS, 2000: 206). El sucesor de la Escuela de Frankfurt ha rebatido la idea de que los derechos fundamentales puedan reconocerse (como lo hace el propio Tribunal Constitucional Federal Alemán) como una categoría concreta de valores.

En este aspecto, afirma que los derechos fundamentales no deben ser tratados como valores, sino que se deben entender como normas, prescripciones dirigidas a sus destinatarios cuya generalidad y abstracción rigen por igual a todos. En cambio, los valores significan “preferencias intersubjetivamente compartidas” sobre ciertos bienes deseables para la comunidad y, en consecuencia, auspician la consecución de conductas para alcanzar su mayor grado posible. Los derechos fundamentales implican normas, ordenan conductas obligatorias, los valores tienden a llevar a cabo acciones adecuadas para la consecución de fines, además, un derecho es válido y se debe aplicar en todo caso concreto, mientras que la principal cualidad de los valores es su flexibilidad (HÄBERMAS, 1998: 327). Asimismo, el mencionado autor, critica que la labor del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha ido en contra de las labores propias de la instancia legisladora, desplazando a través de la ponderación, la creación de valores materiales importantes para la comunidad (HÄBERMAS, 1998: 331). Y peor aún, advierte que este proceso de justificación

de las decisiones judiciales carece de criterios de racionalidad, convirtiéndose en una herramienta de arbitrariedad o no reflexiva utilizada normalmente por los jueces, dado que los valores son inconmensurables (HÄBERMAS, 1998: 332). En tal sentido, GUASTINI ha denunciado el establecimiento de una jerarquía axiológica movediza, ya que es variable en la solución de casos, no quedando en conflicto resuelto de manera estable y siendo imprevisible la solución de este a futuro (GUASTINI, 1999: 86). Y en ocasiones, dos operadores 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 (BOROWSKI, 2003: 56).

Otros autores 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.¹⁰ ALEXY ha elaborado dos leyes para explicar la ponderación: ley material, y la ley epistémica. La primera es enunciada de la siguiente forma: “Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio”. La segunda, de la siguiente manera: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención” (ALEXY, 2008a: 349-372). A diferencia de la primera ley de ponderación, esta segunda ley no enfatiza la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino su calidad epistémica. Es decir, en el peso factual de la argumentación jurídica. Cuando nos encontramos ante dos derechos fundamentales de igual jerarquía y peso, no se pueden llevar a cabo ponderaciones en abstracto. De acuerdo con la teoría de Robert ALEXY, la ponderación debe ser llevada a cabo a través de procesos de concreción a partir de las distintas circunstancias en que

10 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, 2003: 237-264). *Vid.* además: (GARCÍA, 2004: 37-74; 2006: 119-163; 2007; ATIENZA: 2012).

se desenvuelve cada caso. Ninguna ponderación puede ser igual a otra, esta es una de las distinciones fundamentales entre los casos fáciles de los difíciles. La ley epistémica de la ponderación exige que se evalúen las premisas empíricas de cada caso en particular, tomando en cuenta la *magnitud, rapidez, velocidad, probabilidad, alcance, duración, así como la certeza* de cada una de las premisas (BERNAL, 2011: 791). A partir de este análisis concienzudo que se lleve a cabo entre la afectación a cada peso en concreto, deberá determinarse si la afectación a cada derecho resulta ser leve, intermedia o intensa.

CONSIDERACIONES FINALES

No cabe duda de que uno de los autores más representativos de la teoría principialista de los derechos fundamentales es Robert ALEXY. La reinención del derecho procedimental y discursivo que realiza del positivismo moderado o crítico sobre la justificación de las decisiones de los Tribunales ha resultado una de las doctrinas más atractivas para los operadores jurídicos al momento de justificar las resoluciones judiciales. El planteamiento de la corrección del derecho, mediante pautas moralmente universales, como los derechos humanos, representa un modelo dinámico que se ajusta al replanteamiento del positivismo jurídico, permitiendo la coexistencia de principios constitucionales y el empleo de una dogmática jurídica flexible. Esta propuesta del jurista alemán reside también en un replanteamiento o reconexión entre derecho y moral, a partir de un positivismo corregido o moderado. En este sentido, queremos resaltar que la teoría del iusfilósofo alemán, 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 material y procedimentalmente correcto" (ALEXY, 2005: 40). La cuestión de la pretensión depende de la corrección formulada por el derecho, así como una pretensión de corrección 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 humanos (ALEXY, 2005: 45).¹¹ La validez moral de los principios, precisa Jan-R. SIECKMANN (2011: 27-50), depende de la concepción de Constitución que se tenga, es decir entendida como: 1) La constitución como derecho prepositivo; 2) La constitución como norma vinculante para el legislador y para los demás órganos creadores del derecho; y 3) La constitución como orden dotado de primacía.

Por consiguiente, concluye el autor mencionado, concebir a la Constitución como orden de principios, vincula a todos los órganos creadores del derecho, por lo que el legislador siempre se encuentra sometido al mandato de efectuar una ponderación correcta, así como al control constitucional respectivo. La asunción del paradigma valorativo por el juez, a partir de la ponderación de los principios en conflicto, debe llevarse a cabo en el contexto de una reflexión judicial consciente, y empleando una hermenéutica que permita dotar de sentido y sustancia a las normas de manera pertinente, en su adecuado y justo contexto. Una dogmática constitucional que se encuentre alejada de la justicia y la equidad como valores rectores y orientadores tiende a convertir la justicia constitucional en simple legalidad y deja sin utilidad práctica la labor del operador judicial.

La teoría de la argumentación jurídica del jurista de Kiel se sitúa en torno a la idea de un Derecho justo, razonable y motivado, hasta tanto sea posible, pretendiendo combinar la complejidad de las interacciones humanas y los derechos con el máximo rigor procedimental (PINTO, 2005: 389). De esta manera, el discurso jurídico queda enmarcado en el discurso práctico general, ya que continuamente lo que se busca es la corrección y porque se lleva 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 retoma la idea de

11 Vid. del mismo autor: (ALEXY, 2008b: 51-72). Vid. también: (RAZ, J., ALEXY, R., BULYGIN, E., 2007).

fundamentación de resoluciones judiciales, acorde a la clasificación realizada por WROBLEWSKI (1985: 27). La principal fuente de racionalidad, acorde a esta teoría, es el discurso práctico racional. Precisamente, una de las críticas más habituales, es aquella que afirma el idealismo para describirse en un contexto de discurso racional, donde se pueden brindar argumentos a favor y en contra en una misma solución, situación que implicaría que cualquier decisión tendría el carácter de objetiva (GUIBOURG, 2011: 182). Ahora bien, el concepto de objetividad para ALEXY, no implica en ningún caso, la asimilación o equiparación a las ciencias exactas, sino será la misma argumentación racional la que origina la objetividad. Tal y como ha sostenido:

Que las cuestiones sean controvertidas no significa tampoco que la objetividad sea imposible. Si en un caso tenemos buenos argumentos para un lado y para otro, y el tribunal se decide por uno de los dos con buenos argumentos, entonces la decisión habrá sido tornada con objetividad, en el sentido de razonabilidad (ALEXY, 2008: 2).

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, adoptan de esta forma una postura positivista corregida. Igualmente, realiza una distinción entre los derechos fundamentales como principios y 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" (ALEXY, 2011: 87). Este modelo es "sostenido por quien considera que las normas de derecho fundamental son normas que posiblemente requieren complementación, pero son siempre aplicables sin ponderación y, en este sentido, son libres de ponderación" (ALEXY, 2011: 118). Del otro lado se encuentran los principios. Éstos cumplen con la función de explicación, justificación, legitimación y control del poder (ALEXY y RUIZ, 2008: 19). 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" (ALEXY y RUIZ, 2008: 20).

Asimismo, la adhesión del profesor de Kiel es en torno hacia una concepción de la Constitución como marco. Donde lo que se confía a la discrecionalidad del Legislador, es aquello que no está ordenado ni prohibido, es decir lo que se encuentra en el interior de este. Conforme a ello, existen distintos márgenes de acción para el legislador: el estructural y el epistémico.

El límite del margen de acción estructural está marcado por lo que está prohibido y lo ordenado en la Constitución, de manera que dentro de ese margen de acción se encuadra exactamente lo que se ha confiado a la discrecionalidad del legislador. Pues bien, ante un derecho fundamental, se dispone de dos tipos de márgenes: el sustantivo o estructural y el epistémico (ALEXY, 2002: 25).

Existen tres tipos de márgenes sustantivos (ALEXY, 2011: 119-135):

1) Elección de medios. El primero confiere al legislador la competencia constitucional para decidir por sí mismo si, y a favor de qué objetivos o fines, quiere restringir el derecho; 2) Fijación de fines. Éste surge cuando las normas de derechos fundamentales exigen la ejecución de conductas positivas, es decir, los deberes de protección. (ALEXY, 2002: 19), y 3) Ponderación.

Del otro lado, el margen epistémico es aquella competencia del legislador para determinar, "en casos de inseguridad, lo que las normas de la constitución ordenan o prohíben y lo que confían a su discrecionalidad. El alcance de esta competencia es equivalente al alcance de una no-competencia correlativa del Tribunal Constitucional" (ALEXY, 2011: 133); dicho fallo tiene su origen en la incertidumbre generada por la falta de las premisas empíricas o normativas. En el primer caso, se debe a la ausencia del conocimiento de los hechos posibles a generarse a causa del surgimiento de las normas. El segundo, cuándo no se tiene certeza sobre cuál es la manera más correcta de preponderar los derechos fundamentales en conflicto. Portanto, en ese caso se reconoce al legislador dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración (ALEXY, 2011: 135). En condiciones ideales, el funcionamiento de la teoría de los márgenes no tiene dificultades, sino que éstas ocurren, cuando los distintos medios que deben fomentar el fin de la norma lo hacen a través de distintas formas, o en diversas intensidades. Al respecto, explica lo siguiente.

Cuando los diversos medios son igualmente idóneos para alcanzar o fomentar el fin, y, desde la perspectiva de otros fines o principios relevantes, no tienen ningún efecto negativo, el margen de elección de medios no plantea demasiados problemas. Sin embargo, cuando los diversos medios fomentan el fin de diferente modo o no se está seguro de en qué medida lo hacen; o cuando, desde la perspectiva de otros fines o principios, los diversos medios se comportan negativamente, entonces la decisión depende de la práctica de distintas ponderaciones. Esta circunstancia conduce, precisamente, al margen de acción estructural referido a la ponderación (ALEXY, 2002: 18).

Sobre este último punto, algunos autores han identificado al margen de acción epistémico como la discrecionalidad débil y al margen de acción estructural, relativo a la ponderación, con la discrecionalidad fuerte, perteneciente a la clasificación realizada por Ronald DWORKIN. What Dworkin labels the first weak sense of discretion, namely, discretion as judgment, can be better described in Alexy's terms as epistemic discretion. Discretion as finality (second weak sense in Dworkin's terminology) has nothing to do with the structural-epistemic distinction, but with the question as to whether a decision is subject to review by a higher court. This reveals that under the heading "weak discretion" Dworkin combines two issues which for systematic reasons had better be separated. The epistemic-structural distinction concerns the sources of discretion, while discretion as finality concerns the function of discretion in the hierarchy of courts (KLATT, 2007: 516-517).

El iusfilósofo alemán, retoma la idea de principios de Ronald DWORKIN y formula un replanteamiento en torno a la misma, sobre la cual sustenta su teoría de los derechos fundamentales, con la finalidad de construir un esquema argumentativo en base a cuatro elementos: la regla, el valor, el principio y la ponderación. Las reglas 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, 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. En este contexto se sitúa su teoría de la argumentación. 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 (SOBREVILLA, 2008: 28). La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: 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 (ALEXY, 1997b: 23).

SIECKMANN advierte que las estructuras de la fundamentación normativa en el modelo de principios demuestran que la ponderación tiene una íntima vinculación con la pretensión subjetiva de corrección. En tal sentido, para fundamentar la validez objetiva de las normas se requiere un consenso racional de un grupo de destinatarios potenciales de la norma sobre un procedimiento de decisión autoritativa (SIECKMANN, 2006: 282-283). En consecuencia, la ponderación será un elemento sine qua non de los Derechos Fundamentales entendidos bajo una estructura principialista, pero sin que sea necesaria su incompatibilidad con la teoría del contenido esencial de los Derechos Fundamentales.

REFERENCIAS DE LAS FUENTES CITADAS

AGUILÓ REGLA, J., 2012: «Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35: 235-258.

ALEXY, R., 1988: «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica» en *Doxa*: pp. 139-151.

1997a: «Sistema jurídico y razón práctica» en *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona: pp. 159 -177

1997b: *Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica)*, (trad. de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

2002: «Epílogo a la teoría de los Derechos Fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22. Núm. 66. Septiembre-Diciembre: p. 25.

2005: «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 SODERO y Pablo RODRÍGUEZ), Granada, Comares: p. 40.

2008a: «La fórmula del peso», en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, CEPC, 2ª ed., 1ª reimp., trad. Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, Madrid: pp. 349-372.

2008b: «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), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 51-72.

2008c: «Sobre las reglas y principios, entrevista a Robert Alexy», en *La Ley (Actualidad)*, 4, Buenos Aires: p. 2.

2011: «Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección» en *La teoría principialista de los derechos fundamentales* (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy), SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid: pp. 119-135.

ATIENZA, M., 2007: *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona.

2012: *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima.

2013: *Curso de Argumentación Jurídica*, Trotta, Madrid.

ATIENZA M. y RUIZ MANERO, J., 2008: *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Madrid, Ariel.

BERNAL PULIDO, C., 2011: «¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España» en *La teoría principialista de los derechos fundamentales* (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy), SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid: pp. 226.

BINDDREITER, U., 2002: *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen's Doctrine*, Kluwer Law International, London.

BOBBIO, N., 2006: *Derecho y lógica*, UNAM-III, México, (2ª ed.): pp. 10 y 11.

BÖCKENFÖRDE, E. W., 1993a: «Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica» en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. BASTIDA, trad. Juan Luis REQUEJO PAGÉS e Ignacio VILLAVARDE MENÉNDEZ), Nomos, Verlagsgesellschaft: pp. 13-43.

1993b: «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 VILLAVARDE MENÉNDEZ), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden: p. 45.

2000: «Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho» en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Agapito SERRANO, R. de (trad. y prólogo), Trotta, Madrid: p. 17.

BOROWSKI, M., 2003: *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos BERNAL PULIDO), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá: p. 66.

DE ASÍS, R., 2001: *Sobre el concepto y el fundamento de los Derechos: una aproximación dualista*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"-Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid: p. 86.

2006: *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid: pp. 103-107.

DE OTTO Y PARDO, I., 2010: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Obras Completas*, CEPC-Universidad de Oviedo, Madrid: p. 1494.

DE OTTO Y PARDO, I., 1987: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona: pp. 132.

2010: «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Obras Completas*, CEPC-Universidad de Oviedo, Madrid: p. 1494.

DEL REAL ALCALÁ, J. A., 2001: «Derechos Humanos y descentralización: regionalismo y localismo», en: *Historia de los derechos fundamentales. Ideologías políticas y Derechos Humanos en el siglo XX* (IV) Siglo XX, V. II, Capítulo VII, (Dir. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R.,) Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas (Universidad Carlos III de Madrid): p. 370.

2008: «La 'doctrina de la completitud' del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo», en VV. AA., *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba* 4 volúmenes, volumen II, Dykinson, Madrid: pp. 428.

2011: «Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebel'sky-Endicott», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-III, México: p. 694.

DWORKIN, R., 1999: *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*, Madrid, Ariel, 1999, p. 267.

ENDICOTT, T. A.O., 2003: «El derecho es necesariamente vago», (traducción de J. Alberto DEL REAL ALCALÁ y Juan VEGA GÓMEZ), en *Derechos y Libertades*, Madrid: pp. 184 y 189.

2007: *La vaguedad en el Derecho*, (traducción de J. Alberto DEL REAL ALCALÁ y Juan VEGA GÓMEZ), Editorial Dykinson, Madrid.

FERRAJOLI, L., 2011: *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia, (La sintaxis del derecho)*, vol. 3, Trotta, Madrid.

FULLER, L. L., 1967: *La moral del derecho*, Trillas, México.

PRIETO SANCHÍS, L., 2002: *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra.

GARCÍA AMADO, J. A., 1996: *Hans Kelsen y la norma fundamental*, Marcial Pons, Madrid.

2003: «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo», en CARBONELL, M., (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, pp. 237-264.

2004: «La interpretación constitucional», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 2, febrero: pp. 37-74.

2006: «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: pp. 119-163

2007: «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.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1968: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid.

GARCÍA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ RODRIGUEZ, T. R., 2011: *Curso Derecho Administrativo I*, Tomas, Civitas Ediciones, (15ª ed.), Madrid.

GARCÍA MACHO, R., 1988: *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona.

GAVARA DE CARA, J. C., 1994: *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

GUASTINI, R., 1999: «Los principios en el derecho positivo» en *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, (trad. de Jordi FERRERI BELTRÁN) Gedisa, Barcelona.

2014: *Interpretar y argumentar*, CEPC, Madrid.

GUIBOURG, R. A., 2011: «Alexy y su fórmula del peso» en *Desafíos a la ponderación*,

BEADE, Gustavo A., y CLÉRICO, Laura (Eds.), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2011, p. 182.

GÜNTHER, K., 1995: «Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica», en DOXA, 17-18, Universidad de Alicante: pp. 271-302.

HÄBERLE, P., *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 reserva de ley*, CEC, Madrid.

HÄBERLE, P., 2008: *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid.

HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y validez: sobre el Derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid.

2000: *Aclaraciones a la ética del discurso*, Trotta, Madrid.

HART, L. A., 1992: *El concepto del derecho*, (trad. de Genaro R. Carrió), Abeledo Perrot, Buenos Aires.

HAURIOU, M., 1968: *La Teoría de la Institución y la Fundación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

HERNÁNDEZ FRANCO, J. A., 2010: *Argumentación Jurídica*, Oxford University Press, México.

HERNÁNDEZ FRANCO, J. A. y CASTAÑEDA, D. H., 2009: *Curso de filosofía del derecho*, Oxford University Press, México.

HESSE, K., *Escritos de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, párr. 46, p. 54.

KELSEN, H., 1994: *Teoría General de las Normas*, Trillas, México.

1995: *Teoría General del Derecho y del Estado*, (trad. de Eduardo García Máynez), UNAM, México.

2002: *Teoría General del Estado*, (trad. de Luis LEGAZ Y LECAMBRA), (Edición y estudio preliminar «Los fundamentos del Estado democrático en la teoría jurídico-política de Kelsen» de José Luis MONEREO PÉREZ), Comares, Granada: pp. 26-27.

KLATT, M., 2007: «Taking rights less seriously. A structural analysis of judicial discretion» en *Ratio Juris (An international journal of jurisprudence and Philosophy of Law)*, 4 (20): pp. 516-517.

LEIBNIZ, G. W., 1960: *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia y la sabiduría*, (trad. Eduardo G. MÁYNEZ), Centro de Estudios Filosóficos, UNAM.

MACCORMICK, N., 1994: *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, New York.

MARTÍNEZ PUJALTE, A. L., 1997: *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. MAURER, H., 2012: *Derecho administrativo Alemán*, IJ-UNAM, México.

MAZZARE, T. (Ed.), 2011: *Derecho y Democracia constitucional (Una discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli)*, Ara Editores, Lima.

MORESO, J. J., 2007: «Alexy y la aritmética de la ponderación», en CARBONELL, Miguel (Coord.), *El principio de proporcionalidad*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá: pp. 81-98.

MÜLLER, F., 1989: «Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales*, 27, Año 9. Septiembre-Diciembre: p. 113.

2006: *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts*, [Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico], GÓMEZ DE ARTECHE, Salvador (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid.

2016: *La positividad de los Derechos Fundamentales. Cuestiones para una dogmática práctica de los Derechos Fundamentales*, (Traducción del alemán, estudio preliminar y notas de Alberto OHELING DE LOS REYES), Dykinson, Madrid.

NAVARRO, P. E., 1993: «Sistema Jurídico, Casos Difíciles y Conocimiento del Derecho», en *Revista DOXA. Cuadernos de filosofía del Derecho*, 14, Universidad de Alicante, Alicante: p. 253.

PECES BARBA MARTÍNEZ, G., 1986: *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1ª ed., 1ª reimp.

1988: *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

1999: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. (Con la colaboración de Rafael de ASÍS ROIG, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Ángel LLAMAS CASCÓN), Universidad Carlos III, B.O.E., Madrid.

2006: *Constitución y Derechos*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá.

PECES BARBA, G. M., FERNÁNDEZ, E., y DE ASÍS, R., 1999: «Lección novena. La interpretación y aplicación del derecho», en: *Curso de teoría del derecho*, (con la colaboración de María José FARIÑAS, Ángel LLAMAS, Javier ANSUÁTEGUI,

Jesús P. RODRÍGUEZ y José MARÍA SAUCA), Marcial Pons, Madrid: p. 242.

PERELMAN, CH. Y OLBRECHTS-TYTECA, L., 1989: *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*, (trad. de Julia SEVILLA MUÑOZ), Biblioteca Romano Hispánica, Gredos, Madrid.

PÉREZ LUÑO, A. E., 1984: «La interpretación de la Constitución», en *Revista de las Cortes Generales*, No. 1: 93.

2007: *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, Tébar, 2007, Madrid.

2010: *Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid.

PINTO FONTANILLO, J. A., 2005: *La teoría de la argumentación jurídica en Robert Alexy*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

RAZ, J., ALEXY, R., BULYGIN, E., 2007: *Una discusión sobre la teoría del derecho*, (edición preliminar de Hernán BOUVIER, Paula GAIDO y Rodrigo SÁNCHEZ BRIGIDO), Barcelona, Marcial Pons.

RUIZ MANERO, J., 2005: «Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca» en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28: 343- 344.

RUBIO LLORENTE, F., 1993: «El principio de legalidad», en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid: p. 346.

SCHMITT, C., 1982: *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid.

1983: *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid.

SIECKMANN, Jan-R, 2006: *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

2011: «Los derechos fundamentales como principios», en *La teoría principialista de los derechos fundamentales (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy)*, SIECKMANN, Jan-R (Ed.), Marcial Pons, Madrid: pp. 27-50

SOBREVILLA, D., 2008: «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)*, México, Fontamara: p. 28.

STARCK, C., 1979: *El concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

WROBLEWSKI, J., 1985: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid.

ZAGREBELSKY, G., 1999: *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid.

2006: «Jueces Constitucionales», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nuevo año, Año. XXXVII, 117, UNAM-IIJ, México, Septiembre-diciembre: pp. 1135-1161.

2008: «El Juez constitucional en el siglo XXI», en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, Julio-Diciembre, Porrúa, México: p. 264.

Recebido em: 02/10/2018

Aprovado em: 03/04/2019

