

Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación*

Proportionality Test and the Objection of Indeterminacy

Por LAURA CLÉRICO**
Universidad de Buenos Aires

RESUMEN

La racionalidad de la proporcionalidad fue atacada desde diversos lugares. Este trabajo trata sobre la objeción de indeterminación. En tanto la ponderación implica una estructura de argumentación no suministra criterios anteriores a la ponderación en concreto que determinen en forma total o parcial la solución al conflicto entre derechos. Mi respuesta a la objeción de indeterminación pasa por la estrategia del deslinde en tres tiempos. El examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, con lo que no todo es ponderar (deslinde 1). El examen de proporcionalidad incluye dos (sub)tests (idoneidad y medios

* Agradezco por las preguntas, los comentarios y las críticas a Federico De Fazio, Martín Aldao, Jan Sieckmann, Mary Beloff, Nancy Cardinaux, Leticia Vita, Liliana Ronconi, Guillermo Treacy y a los participantes del Simposio «Racionalidad en el Derecho» –organizado por la Universidad de Buenos Aires y la Universidad Estatal de San Petersburgo el 5 de mayo de 2014–, en especial, a Elena Lysaniuk; Eugenio Bulygin; Juan José Moreso; Ricardo Guibourg; Juan Pablo Alonso; Pablo López Ruf; Eduardo Barbarosh.

** Profesora de Derecho Constitucional (UBA); Profesora Visitante DAAD en la Universidad de Erlangen-Nürnberg; Investigadora del CONICET.

alternativos) que examinan si pudo haber sido evitada la restricción al derecho y que no se relacionan con juicios de ponderación (deslinde 2). Incluso en la proporcionalidad en sentido estricto sólo uno de los pasos argumentativos tiene que ver con juicios de ponderación en el caso concreto (deslinde 3). Sostengo que la objeción de indeterminación contra la ponderación no puede responderse en forma suficiente a través de la formalización de la ponderación (Alexy y su fórmula del peso). Argumento que se logra una respuesta más convincente si se trabaja en forma reconstructiva en un registro más concreto de las prácticas constitucionales a través de la reconstrucción de reglas de la ponderación que orientan –en forma independiente a las circunstancias del caso concreto– la determinación del peso abstracto y de la intensidad de restricción de los derechos en conflicto. Propongo recuperar lo local de la ponderación que quedó opacado por la fascinación de lo «universal».

Palabras clave: *Proporcionalidad, Objeciones, Indeterminación, Funciones de la red de reglas resultado de la ponderación, Casos paradigmáticos.*

ABSTRACT

Many objections of various sorts have been raised against the rationality of proportionality. I will address the indeterminacy objection. Since proportionality consists of an argumentative structure, it does not provide a material solution to a conflict of rights. My answer to the objection of indeterminacy is based on a demarcation strategy. I argue that the proportionality test is compatible with a model of conflict of rights' resolution by means of rules resulting from balancing or paradigmatic cases. This is an argument to sustain therefore that not everything involves weighing and balancing (first demarcation). The proportionality test includes two (sub) tests (suitability and necessity) that examine whether the restriction of the right could have been avoided, unrelated to weighing procedures (second demarcation). My answer is that even on the proportionality in a narrow sense only one step is related to balancing in the concrete case (third demarcation). I argue that the indeterminacy objection against balancing cannot be answered sufficiently only by formalizing balancing (Alexy and the weight formula). I propose that a more compelling response is achieved by reconstructing a concrete record of constitutional practice. That is, through the reconstruction of the rules that guide –independently of the circumstances of the case– the determination of the abstract weight and the intensity of the interference of rights. Thus my proposal is to recover the local side of the balancing which was overshadowed by the fascination of the «universal» side.

Key words: *Proportionality, Objections, Indeterminacy, Functions of the net of rules resulting from balancing, Paradigmatic cases.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS OBJECIONES A LA RACIONALIDAD DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN: a) *La estrategia del deslinde. Primer tiempo: la vinculación a reglas-resultados de anteriores ponderaciones o sobre los casos paradigmáticos.* b) *La estrategia del deslinde. Segundo tiempo: uno de tres.* c) *Las objeciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. El deslinde 3 y el modelo de la ponderación orientado por reglas.* c.1. La respuesta formal. c.2. La insuficiencia de la respuesta formal. La respuesta intermedia.—III. CONSIDERACIONES FINALES.

SUMMARY: I. INTRODUCTION.—II. OBJECTIONS TO THE RATIONALITY OF THE PROPORTIONALITY TEST: THE PROBLEM OF INDETERMINACY. a) *Demarcation Strategy. First moment: rule resulting from prior balancing or paradigmatic cases.* b) *Demarcation Strategy. Second moment: one out of three.* c) *Objections to the proportionality test in the narrow sense. Demarcation strategy: third moment and the balancing model oriented by rules.* c.1. The formal answer. c.2. Insufficiency of the formal answer: The intermediate answer.—III. FINAL REMARKS.

I. INTRODUCCIÓN

Existen diversas formas de acercarse al tema «racionalidad en el Derecho». Una forma de acercamiento responde a un tratamiento *micro*. Trata la racionalidad de las soluciones jurídicas en los casos de conflictos entre derechos. En este trabajo realizo una propuesta de reconstrucción de la estructura argumentativa de una forma de resolución de conflictos entre derechos en el derecho constitucional: el examen de proporcionalidad. Este es un procedimiento de justificación¹ que permite explicar *parte* de la práctica de cómo se solucionan los conflictos entre derechos en los estados constitucionales de derecho.

Los conflictos entre derechos² adquieren relevancia cuando la promoción de un derecho (el derecho a la salud de los niños) por medio de una acción (por ejemplo, una medida estatal sobre vacunación obligatoria de los niños) es interpretada, a su vez, como una restricción a un derecho (el derecho de los padres a determinar cómo cuidar la

¹ AGUILÓ REGLA (2000: 129): «... todo se ve más claro si uno se aproxima al método jurídico no como un método para hallar o descubrir soluciones, sino más bien como un método para justificar soluciones; ... el llamado en términos teóricos “problema del método jurídico” no es otro que el de la racionalidad de las soluciones jurídicas».

² Hablo de colisiones, conflictos, sin ahondar aquí en distinciones, v. ZUCCA, ÁLVAREZ, LARIGUET, MARTÍNEZ ZORRILLA, 2011.

salud de sus hijos). Una de las formas de verificación de la justificación de la solución a los conflictos de derechos es a través del examen de proporcionalidad. En la primera etapa se examina si las medidas adoptadas por el Estado son idóneas para fomentar el fin estatal legítimo (test de idoneidad). En la segunda etapa se pregunta si la restricción pudo haber sido evitada; es decir, si se pudo haber logrado el mismo estado de cosas perseguido pero por medios menos restrictivos a los derechos en cuestión (test de necesidad o de medios alternativos). Finalmente, en la tercera etapa se examina la relación entre la intensidad a la restricción al derecho y la importancia de la satisfacción de los derechos que el Estado persigue a través de la medida que fue atacada por falta de justificación (test de proporcionalidad en sentido estricto)³. Estos tres (sub)exámenes permiten establecer si una restricción a un derecho está o no justificada en forma suficiente a la luz del derecho vigente.

Este trabajo está estructurado de la siguiente manera. En la parte II me encargo de la objeción de la indeterminación muchas veces emparentada con la objeción de la hiperinflación de la ponderación. Mi respuesta pasa por la *estrategia del deslinde en tres tiempos*. El examen de proporcionalidad no es incompatible con un modelo de solución de conflictos de derechos por medio de reglas resultados de la ponderación o casos paradigmáticos, con lo que no todo es ponderar (*deslinde 1*). El examen de proporcionalidad incluye dos (sub)tests que examinan si pudo haber sido evitada la restricción al derecho y que no se relacionan con juicios de ponderación (*deslinde 2*). Esto me permite re-interpretar la objeción de indeterminación que sólo estaría encaminada a la ponderación propiamente dicha como parte del tercer examen de proporcionalidad. Mi respuesta es que incluso en esta etapa del examen sólo uno de los pasos argumentativos tiene que ver con juicios de ponderación en el caso concreto (*deslinde 3*). Por lo demás, sostengo que esa «indeterminación» es controlada desde el punto de vista procedimental. El juicio de ponderación *en el contexto de una práctica constitucional* está orientado por reglas (y no es algo *ad-hoc*). Por fin, el trabajo con la objeción de indeterminación me permitirá, la reconstrucción del examen de proporcionalidad y, sostener la racionalidad del examen de proporcionalidad como una «doctrina constitucional» que requiere, sin embargo, seguir siendo desarrollada –prestando mayor atención a lo que ocurre en las prácticas constitucionales y de derechos humanos en concreto.

³ S. el examen de proporcionalidad (*Untermassverbot*) cuando la restricción al derecho se produce por omisión o insuficiencia: ARANGO, 2001; CLÉRICO, 2007; 2011; FLORIÁN 2013.

II. LAS OBJECIONES A LA RACIONALIDAD DEL EXAMEN DE PROPORCIONALIDAD: EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN

La racionalidad de la proporcionalidad como forma de evaluación de la justificación a soluciones jurídicas fue atacada desde diversas esquinas⁴. No me puedo dedicar aquí al tratamiento de todas. Me detengo en la objeción de su indeterminación (Leisner; Ossenhuhl; Martínez Zorrilla). En tanto implica una estructura de argumentación formal, no determina la solución material del conflicto entre los derechos, con lo que no podría limitar la discrecionalidad. No suministra *criterios anteriores* a la ponderación en concreto que determinen en forma total o parcial la solución al conflicto entre derechos. Habilita así la «subjetividad» del evaluador y, en su caso, la arbitrariedad (Habermas, 1992: 259; Tsakyrakis, 2010: 468). Esta objeción sumada a la objeción de la inflación de la proporcionalidad⁵, que dice que por todos lados se estaría ponderando (Leisner, 1997), agrava las consecuencias prácticas de la indeterminación de la ponderación.

a) **La estrategia del deslinde. Primer tiempo: la vinculación a reglas-resultados de anteriores ponderaciones o sobre los casos paradigmáticos**

Una reconstrucción de las formas de resolución de los conflictos entre derechos en la práctica constitucional, no sería plausible, si no reconociera que algunos de esos conflictos se resuelven por medio de precedentes. Incluso cuando los conflictos se resuelven por medio de la proporcionalidad, el examen culmina con la construcción de una regla resultado de la ponderación, que eleva la pretensión de resolver casos semejantes.

La resolución de un conflicto entre derechos requiere como *primer paso* la determinación con precisión de la colisión entre, por lo menos, dos enunciados normativos. Uno de esos enunciados es el que justifica el fomento del derecho promovido por la medida estatal, el otro es el que se refiere al derecho fundamental afectado por la promoción del primero, que no pueden ser realizados al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias de forma completa. Un avance en la realización de uno depende de la disminución de la realización del otro (es

⁴ V. una clasificación de las objeciones en: ALEXY, 2010a; BERNAL PULIDO, 2006; CLÉRICO, 2001; KLATT/MEISTER, 2012.

⁵ Esta objeción fue debilitada en otro lugar (JANSEN 1997; CLÉRICO, 2001). El derecho contiene no sólo principios sino también reglas. Las reglas se aplican a través del método de la subsunción y, para ello, basta con observar la práctica de buena parte de la aplicación del derecho penal o del derecho civil. Por ello, en tanto en el derecho «existan» reglas, no se puede sostener que «por todas partes» se pondera.

decir, de su restricción), y a la inversa⁶. Este primer paso implica determinar el problema que debe ser resuelto. Hasta aquí es un problema más definicional que ponderativo o comparativo.

El *segundo paso* para la resolución del conflicto de derechos se refiere a la búsqueda exhaustiva de *reglas-resultados de la ponderación vinculantes prima-facie* para la *solución de la colisión sin ponderación*⁷. Estas reglas surgen de resultados de anteriores ponderaciones, que fueron reformulados en una regla (*regla-resultado de la ponderación*, Clérico 2001, Pou 2014) según la siguiente fórmula contenida ya en la Teoría de los Derechos Fundamentales de Alexy: «Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente» (Alexy, 1994: 79, 83; Ruiz Manero, 2012: 823). La consideración de las *reglas-resultados de la ponderación* conforma un supuesto de la aplicación de precedentes. La referida aplicación resuelve la colisión sin ponderación⁸.

⁶ Así, los derechos fundamentales, en la parte que tienen carácter de principios, son realizables en forma gradual. Si el derecho fundamental es una regla, entonces se aplica el procedimiento de la subsunción.

⁷ En este sentido v. RUIZ MANERO 2012: 823: «Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, absolutamente estables, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, relativamente estables, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla más fina. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado. Las reglas que resultan de operaciones de ponderación o balance entre principios no son, por tanto, como no lo es ninguna regla, *absolutamente estables*, pues siempre es posible que la regla aparezca, frente a casos que presentan combinaciones no previstas de propiedades, como *supraincluyente* o, lo que es lo mismo, que esos mismos casos constituyan otros tantos supuestos de laguna axiológica. Pero esas mismas reglas son, a su vez, *relativamente estables*, pues valen, como se ha dicho, en tanto que un caso individual no presente una propiedad no contemplada en la regla cuya relevancia exija una operación de *distinguishing*. Y en tal caso el resultado es, como también se ha dicho, una nueva regla *más fina*. Que será, a su vez, relativamente estable en el sentido recién precisado.»

⁸ Este sería el punto central, según interpreto (CLÉRICO, 2012) de la teoría de Moreso, que se vale de casos paradigmáticos reales o hipotéticos para la aplicación de los derechos como principios. Los cinco pasos de la propuesta de Moreso son: «a) la delimitación del problema normativo que presenta el caso, b) la identificación de las pautas *prima facie* aplicables al ámbito de acciones que quedó delimitado en a), c) la consideración de determinados “casos paradigmáticos”, reales o hipotéticos, del ámbito normativo seleccionado en la etapa a), que tendrían como función la de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles, d) la determinación de las propiedades relevantes del problema normativo y e) la formulación de las reglas que resuelven de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso». Moreso apunta a que del hecho de que un principio sea muy vago o abstracto, no se deriva que no tenga un núcleo de significado, esto sería lo que nos permite reconstruir los casos paradigmáticos hipotéticos o reales (incluso aunque no existan «precedentes» en tér-

Esta posibilidad no es descartada por la reconstrucción que aquí sostengo (Clérico, 2001; 2012). Algunas colisiones de derechos se resuelven por comparación con casos (jurisprudenciales o hipotéticos) resueltos en el pasado; y, luego por la subsunción bajo la regla que se reconstruye a partir del precedente o del caso paradigmático⁹. En este punto todas las propuestas que trabajan que, las formas de determinación de las propiedades relevantes del problema normativo y la formulación de reglas que elevan la pretensión de resolver «de un modo unívoco todos los casos del universo del discurso», enriquecen el modelo de la ponderación orientado por reglas en tanto tienen, como afirma Moreso, la función de delimitar y restringir el ámbito de reconstrucciones admisibles de los conflictos entre derechos y, ocurren, agregan, sin ponderación propiamente dicha (Moreso; Clérico; De Fazio; Pou).

Sin embargo, existen algunos supuestos en donde los casos relevantes (paradigmáticos), que nos ayudarían a resolver la colisión de derechos sin ponderación, no existen o cuya construcción es incipiente porque existen fuertes dudas acerca de la fuerza de los argumentos que sustentan esa solución. A su vez, la estrategia del deslinde oculta el acto de ponderar que implica la creación de la primera regla que habilita luego el uso de ésta como caso paradigmático. Este es el «punto ciego» (De Fazio, 2014) que no está explicado —o la falta de argumentación que no se explicita (Clérico, 2001; 2012; *cf.* Orenes, 2012:92)— en las teorías que reconstruyen las resoluciones de conflictos entre derechos (sólo) por medio de casos paradigmáticos (Moreso, 2006, 2010).

En suma: hay formas de resolver conflictos de derechos que no requieren ponderación; estas formas de resolución integran las formas de aplicación de normas de derechos aunque no logren evitar la proporcionalidad en todos los supuestos de resolución de conflictos entre derechos. Se avanza un paso en debilitar la objeción de falta de racionalidad del modelo de la proporcionalidad. Sin embargo, esta objeción sigue repicando para los casos de conflictos de derechos que no pueden ser resueltos por medio de la comparación con casos paradigmáticos y subsunción.

b) La estrategia del deslinde. Segundo tiempo: uno de tres

En estos últimos casos de conflictos entre derechos echar mano a la proporcionalidad parece —por ahora— inevitable. Con esto volvería a cobrar, *en parte*, vigencia la objeción de la indeterminación contra la

minos técnicos). En este sentido DE FAZIO (2014) interpreta que Moreso se inscribe en la línea de H. Hart.

⁹ A los efectos de este trabajo me basta con suponer que la subsunción, la ponderación y la comparación son importantes formas de aplicación de los derechos constitucionales, no es necesario que discuta si son las únicas.

proporcionalidad y con ella la objeción de probabilidad de dependencia a la arbitrariedad de la decisión del evaluador. La contra-argumentación pasa por la *estrategia del deslinde 2*. En el examen de proporcionalidad en sentido amplio no todo es ponderación propiamente dicha. Para evaluar si la solución jurídica está suficientemente justificada se trata, por un lado, de argumentación empírica (idoneidad y medios alternativos); y por el otro lado, de operaciones de definición, de aplicación de casos como precedentes aunque con un uso diferente al anterior reconstruido en la estrategia del deslinde 1. En este último caso, el precedente no ofrece la solución material del caso, sino que orienta para la determinación del peso abstracto de los derechos en conflicto.

Como adelantamos en la introducción el examen de proporcionalidad en sentido amplio está compuesto por tres etapas, de las cuales *sólo una parte argumentativa de la última etapa* queda reservada para la ponderación propiamente dicha. Las otras se mueven en otro tipo de argumentación que no es el de la ponderación. Si esto es así nuevamente se redujo el ámbito de la ponderación y con ello la objeción de la indeterminación. Veamos las etapas y los pasos argumentativos libres de ponderación tomando como ejemplo el caso referido a la negativa de los padres de someter a su bebé a campañas estatales de vacunación obligatoria. Este caso fue resuelto recientemente por la Corte Suprema de la Nación argentina¹⁰.

El *primer paso* preparatorio del examen es determinar con precisión el problema que debe ser resuelto. Este paso incluye los siguientes elementos preparatorios del examen de proporcionalidad en cualquiera de todas sus variantes:

a) La *determinación de la restricción al derecho*, en el caso en cuestión, los padres del niño, en adelante V., interpretaban, adoptando una perspectiva desde el modelo homeopático y ayurvédico (sobre la base del principio constitucional de autonomía aplicado a la vida familiar), que la vacunación obligatoria implicaba una violación al derecho a determinar el plan de vida para la respectiva familia (P1).

b) El *acto u omisión que provoca la restricción al derecho*, en el caso surge por la implementación de una acción estatal, la vacunación obligatoria. Este es el medio estatal (M).

c) El *derecho que se busca promover*. El Estado a través de la vacunación obligatoria (M) busca promover el derecho a la salud de los niños, (P2) («la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación»), con lo que también busca promover un bien público, la salud colectiva

¹⁰ CSJN, 12/06/2012, «N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas».

(«reducir y/o erradicar los contagios en la población»). Ese derecho suele ser identificado también como fin legítimo¹¹.

Para establecer si ese accionar está justificado se somete la justificación a un examen de proporcionalidad, que incluye el de idoneidad, el de medios alternativos menos lesivos y el de proporcionalidad en sentido estricto. El examen de idoneidad vuelve la mirada sobre la relación entre la medida estatal y el derecho o fin que éste busca promover. Este examen viene exigido por el derecho que se siente afectado (P1). Así, desde el punto de vista del derecho limitado se plantean varios interrogantes. Si el afectado tiene que soportar una restricción a su derecho (P1), por lo menos, se espera que el medio (la vacunación obligatoria) pueda *fomentar* el logro del fin o de los derechos promovidos (evitar enfermedades prevenibles para los niños) (P2). De lo contrario las razones que tratan de justificar esa restricción se desvanecen desde el *punto de vista empírico*.

El principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de la relación de fomento entre la vacunación obligatoria (medio, M) y el fin estatal (derecho a la salud de los niños y la población P2). Esa relación puede ser considerada tomando como relevantes diversos *aspectos*: uno *cuantitativo*, otro *cualitativo* y otro *probabilístico* (Yi, Zoonil, 1998; Clérico, 2001: 36; Bernal Pulido, 2003: 718; Bergmann Ávila, 2007). El afectado había intentado desafiar la relación de promoción de la vacunación obligatoria en general y en el caso particular. En el caso particular de su hijo, alegaba que se presume que se generan ciertos peligros para V. y para terceros, en caso de no vacunárselo conforme a la normativa nacional. Sostiene que estas suposiciones no conectan directamente con la situación concreta de su hijo, en general, ni con ninguna situación de emergencia sanitaria o epidemiológica nacional. Agrega que la situación de salud de su hijo es óptima. Esta argumentación reclama un examen de idoneidad en concreto e intensivo. Por el contrario, la Corte parece contentarse con la posibilidad abstracta del fomento del fin para dar por no derribada la idoneidad del medio seleccionado por el legislador. Para ello sostiene la plausibilidad de la relación entre la vacunación y la prevención y erradicación de enfermedades. Se basa en un informe reciente de la

¹¹ Es decir, un fin que no esté prohibido por la Constitución de forma definitiva. La pregunta acerca de la «legitimidad» del fin o del medio alberga diversos problemas. Sin embargo, cuando se la trabaja como pregunta previa del examen de proporcionalidad, sólo logra adquirir la calidad de un examen del límite a la limitación de los derechos independiente en los casos «claros». *En estos casos, se logra una decisión sin ponderación. Este punto conforma otro eslabón de la estrategia del deslinde, que analicé en otro trabajo.* La determinación de cuáles fines se encuentran prohibidos en forma definitiva requiere una interpretación cuidadosa de la norma de derecho fundamental que se encuentra afectada para establecer si ésta prevé causales de restricción definitivamente excluidas. V. CLÉRICO (2001: excursus cap. 1); además, BERNAL PULIDO (2003: 688-700); CIANCIARDO (2004); MÖLLER (2012:712); KLATT, M.; MEISTER, M., (2012: 690-691).

Organización Mundial de la Salud sobre «vacunas e inmunización»: «A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...»¹². En suma, la vacunación es tenida por idónea para promover los derechos alegados por el Estado. Se podrá discutir sobre el resultado de este examen en concreto. Esta discusión girará en torno a la relación empírica de fomento entre la vacunación y la promoción de la salud de los niños. Estas discusiones no implican ponderación.

El segundo (sub)test del examen de proporcionalidad, el test de necesidad, examina la restricción del derecho a través de un examen de medios alternativos¹³. Se examina si la justificación a la restricción al derecho afectado es *excesiva* si a) pudo haberse evitado o b) restringido en menor medida, a través de un medio alternativo menos lesivo. Se trata también –en forma predominante– de un análisis de la relación empírica entre la medida estatal y el derecho restringido. La diferencia con el de idoneidad, es que esa relación empírica es comparada con otras alternativas. La estructura del examen del medio alternativo menos lesivo presenta así, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, (a) una relación de la medida estatal y el derecho o fin promovido, aunque más compleja ya que indica: más de un medio idóneo –sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. (b) La comparación es doble: los medios alternativos se comparan con la medida estatal implementada en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto de la idoneidad), y –en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limitan al derecho).

Respecto de la idoneidad de los medios alternativos basta con que sean tan idóneos como la medida estatal implementada. No se requiere que los alternativos sean los más idóneos entre los posibles. Se trata de una *versión de la idoneidad con una pauta de comparación fija* que se exige como mínimo. Los medios alternativos deben fomentar el fin en los sentidos relevantes (según el caso, cuantitativo, cualitativo, probabilístico) en que fue examinado el medio establecido en el examen de idoneidad y respecto del fin o los fines perseguidos por el legislador. Como resultado de la comparación, puede comprobarse, que el medio alternativo en comparación con el establecido no es igualmente idóneo, es igualmente idóneo o más idóneo. A su vez, el medio alternativo debe *evitar* la restricción o implicar una *menor* restricción para

¹² «N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas», CSJN, 12/06/2012, considerando 13) del caso.

¹³ Un análisis de los trabajos sobre el examen de proporcionalidad devela que los exámenes de idoneidad y de medios alternativos menos lesivo o examen de necesidad han sido explorados en menor medida que el de proporcionalidad en sentido estricto; sin embargo, v. HIRSCHBERG, 1981; DECHSLING 1989; CLÉRICO, 2001; BERNAL PULIDO, 2003; BILCHITZ, 2014).

los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde el punto de vista empírico (evitando o disminuyendo la restricción) (Clérico, 2001: cap. 2). Respecto de la menor afectación del derecho restringido, esta puede ser: a) total, cuando un medio alternativo fomenta el fin perseguido por el Estado pero no restringe al derecho afectado. Por ejemplo, en el caso, el medio alternativo menos lesivo sería el que alegaban los padres del niño: la no-vacunación (en adelante, M4); sin embargo, M4 no parece ser tan idóneo como el seleccionado por el Estado, la vacunación obligatoria (M1). Habrá sido por ello que la Corte no consideró a M4 expresamente como un medio alternativo. b) Parcial: cuando un medio restringe al derecho afectado aunque lo hace en menor medida que el medio seleccionado por el Estado, por ejemplo, un plan de vacunación que contenga menor cantidad de vacunas (M2) a las del plan atacado (M1).

Este tipo de estrategia argumentativa puede en el caso concreto ser aún más pormenorizada. Por ejemplo, en relación con el caso bajo estudio, el análisis de medio alternativo menos lesivo se puede realizar distinguiendo cada una de las vacunas que conforman el plan obligatorio¹⁴. Así, esta estrategia argumentativa pudo haber desafiado la justificación alegada por el Estado. Por el contrario ni el afectado ni la Corte Suprema transitaron este camino argumentativo pormenorizado. La Corte presenta la conclusión de un examen de medios alternativos menos lesivos en tanto sostiene que ninguno de los posibles alternativos derriban la justificación de la restricción al derecho del afectado, porque ninguno de ellos es tan idóneo como el plan de vacunación obligatoria: «... en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en *optar por la mejor alternativa posible* con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud. En este sentido, la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraer-

¹⁴ El plan obligatorio (M1) estaría conformado por nueve vacunas que buscan evitar enfermedades prevenibles, Tóller/Fernández Santander/D'Elía (2012) proponen examinar la necesidad de cada una de ellas en relación con los fines de la ley (la probabilidad del contagio y la gravedad de la enfermedad que se trata de prevenir). Aún las estrategias argumentativas más pormenorizadas del examen de medios alternativos, demuestran que priman los argumentos sobre la relación empírica entre el fomento del derecho promovido y la posibilidad de evitar la restricción al derecho por medios alternativos.

se si todos imitaran la actitud de los actores.»¹⁵ Esta conclusión habla de comparación con alternativas, la Corte nos debe sin embargo, el sustento empírico de esta conclusión, por más plausible que suene. Sin embargo, a los efectos de la *estrategia del deslinde 2* para responder a la objeción de la falta de racionalidad de la proporcionalidad, nos dice que hay dos etapas de este examen (idoneidad y medios alternativos) que implican juicios sobre la relación empírica entre la afectación al derecho y la promoción del fin estatal (derecho que se busca promover). Con lo que podemos concluir que no todo es ponderación en el examen de proporcionalidad.

Los objetores de la indeterminación de la proporcionalidad podrían conceder este punto. Sin embargo, seguirían sosteniendo que la objeción queda en pie aunque reducida en cuanto a su extensión. La objeción entra de lleno a la tercera etapa de la proporcionalidad, la ponderación.

c) Las objeciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. El deslinde 3 y el modelo de la ponderación orientado por reglas

Cuando se llega a esta tercera etapa del examen de la justificación de la restricción al derecho, queda comprobado que el conflicto entre derechos no pudo ser evitado por una medida estatal alternativa menos lesiva. El punto central del examen de proporcionalidad en sentido estricto es examinar la justificación acerca de cuál de los derechos en conflicto debe cargar con la restricción en concreto. Esta idea puede ser resumida en la ley de la ponderación propuesta por Alexy: «Cuan- to mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un prin- cipio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 1994:146). Contra esta propuesta se han realizado diver- sas objeciones. Entre otras, se le ha objetado que la ponderación es una estructura formal que nada dice sobre cómo determinar la intensi- dad a la restricción de los derechos y su peso (Schlink, 1976; 2001; Ossenbühl, 1995; Martínez Zorrilla, 2007).

A los efectos de debilitar la objeción de la indeterminación de la ponderación propiamente dicha se han transitado varios caminos. Sin embargo, no me voy a dedicar a todos ellos, sino que presentaré tres intentos y discutiré solo dos de ellos. Dos de los intentos se encuen- tran en las antípodas, el tercero se ubica como una estrategia interme- dia. El primero de ellos es formal y es el ensayado por Alexy a través de la fórmula del peso. El tercero es material (Möller, 2012) le critica a la ponderación que sea solo una estructura formal pero intenta sal- varla a través de la propuesta de una fundamentación del examen de

¹⁵ CSJN, 12/06/2012, «N. N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas», consi- derando 22, cursiva agregada.

proporcionalidad con una teoría moral de los derechos basada en la autonomía. *El segundo intento, que es el que defiendo* (Clérico, 2001), *es intermedio y toma a la proporcionalidad y a la ponderación como una metodología de aplicación de los derechos que como tal requiere ser precisada constantemente porque trabaja a caballo entre el discurso jurisprudencial y el de la dogmática constitucional utilizando como herramientas los avances que se dan en la teoría del derecho.* Este camino se apoya nuevamente en la estrategia del deslinde. Sigue alegando que incluso en el examen de proporcionalidad en sentido estricto no todo es ponderación propiamente dicha. Por lo demás sostiene que la argumentación en la ponderación propiamente dicha puede ser orientada a través de reglas (Clérico, 2001; Bernal 2003; Ronconi, 2012; De Fazio, 2013; Pou, 2014).

c.1. LA RESPUESTA FORMAL

Alexy sostiene que es posible realizar juicios racionales sobre los tres componentes de la ley de la ponderación, es decir: sobre la intensidad de restricción a los derechos, sobre la importancia de satisfacción del derecho opuesto y sobre la relación entre ambos. Para ello desarrolla la fórmula del peso. En su versión más sencilla¹⁶ esta fórmula contiene la intensidad de la interferencia en el principio restringido, la importancia de la satisfacción del principio en colisión; finalmente, el peso concreto del principio, cuya violación es objeto de examen (Alexy, 2003: 783-791). La clave pasa por las escalas de restricción a los derechos. Este punto es fuertemente reconstructivo, es común leer en las sentencias que se habla de interferencias o restricciones a los derechos, leves, medias o muy graves. Así de la observación de los juicios sobre restricción a los derechos surge una escala con los grados «leve», «medio» y «grave». La escala sirve para *ayudar a determinar* la intensidad de la interferencia. Otro tanto ensaya respecto de las razones en competencia sobre la importancia de satisfacer el derecho que el Estado busca promover. Por ejemplo, fumar implica importantes riesgos para la salud; por ello, el peso de las razones que justifican la interferencia (obligación de imprimir advertencias sobre los riesgos de fumar para la salud en los atados de cigarrillos) es alto. El resultado del examen de proporcionalidad es claro,

¹⁶ Dejo aparte la cuestión sobre la certeza (como confiabilidad) de las premisas empíricas y normativas que aparecen en la fórmula del peso ampliada (ALEXY 2002, 2007b; KLATT/SCHMIDT, 2010). Esta cuestión era tratada anteriormente en forma separada (como una pregunta de segundo orden), para determinar, por ejemplo, qué tan intensivo debía ser el control de la ponderación realizada por el legislador legitimado democráticamente. La inclusión de la certeza de las premisas confunde, entre otras cosas, dos niveles de la argumentación, v. SIECKMANN (2009; 2011; 2014:138): «la ponderación de primer nivel entre principios en conflicto con las ponderaciones de segundo nivel acerca de conflictos entre diversas posiciones respecto de los resultados de las ponderaciones.»

según Alexy, la obligación de las indicaciones no viola la libertad de acción de los industriales¹⁷.

La conformación de una escala triádica es sólo un paso en la respuesta de la objeción de racionalidad. El segundo paso es bien formal. Trata de demostrar que las clasificaciones sobre intensidades de restricción de un derecho pueden ser insertadas en un sistema inferencial. Esta es la prueba de fuego que para Alexy le viene marcada de lo que se ha logrado con la formalización del método subsuntivo: en el caso de la subsunción bajo una regla, el sistema inferencial puede expresarse a través del esquema deductivo, conocido como el esquema de la «justificación interna», construido con ayuda de la lógica proposicional, de predicados y deóntica. Esta prueba de fuego para la ponderación se supera, según Alexy, a través del esquema de la fórmula del peso. Ésta es la contrapartida al esquema deductivo (Alexy 2003b: 448).

La fórmula del peso pone de manifiesto que el peso concreto de un principio es un peso relativo. Esto lo hace, en tanto ella define el peso concreto como un cociente de la intensidad de la interferencia en el principio restringido y la importancia concreta del principio en colisión. La inclusión de cocientes implica el uso de números. Desde una perspectiva preocupada por la práctica del derecho constitucional, se le ha objetado que los números no se utilizan en las ponderaciones y que además haría su aplicación impracticable. Para responder a la objeción práctica, Alexy advierte que el uso de números no está dirigido al operador jurídico que realiza una ponderación. Este puede obviar el uso de cantidades numéricas para determinar la intensidad a la restricción a un derecho. La respuesta a esta objeción habla a las claras de que la estrategia de Alexy es formal: intenta desarrollar una formalización de la ponderación. Por lo demás, para seguir contra-argumentando utiliza como metáfora a la subsunción: «las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica, sin embargo, esto no cambia que éstas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas. Esto mismo es aplicable, para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso.» Lo mismo puede ser predicado de las formas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la ponderación. Hasta aquí la formalización.

El tercer y último paso de su respuesta a la objeción de la irracionalidad, lo devuelve a un plano menos formal. Conecta fuertemente con la teoría de la argumentación jurídica. Un esquema inferencial depende, esencialmente, de la pregunta de si conecta premisas que, a su vez, puedan ser justificadas. Las premisas presentes en la fórmula del peso se representan a través de cantidades numéricas. Estas son

¹⁷ BVerfGE 95, 173 (187). V. críticas, SIECKMANN (2009; 2014); GUIBOURG (2010), entre otros.

plausibles si se apoyan en juicios. Un juicio tal es la afirmación de que la advertencia en los atados de cigarrillos sobre las consecuencias para la salud supone una violación leve del derecho a la libertad de acción de los industriales. Con esta afirmación se eleva una pretensión de corrección que puede ser justificada en un discurso. Así en el caso el Tribunal Constitucional justifica su catalogación en que hoy en día existe evidencia de que fumar implica grave riesgos para la salud. Lo importante es la posibilidad de adjudicar la argumentación sobre restricción a los derechos en conflicto en alguno de los casilleros de la escala¹⁸. Esta tarea puede implicar una larga cadena de argumentos, reconoce Alexy. Admite que se puede discutir sobre las catalogaciones como ocurre en la práctica del derecho constitucional. Sin embargo, la discusión no implica irracionalidad; de lo contrario no sólo la ponderación sino también la argumentación jurídica como tal sería irracional en su mayor parte. La discusión en el marco de la catalogación de intensidades implica afirmaciones y su justificabilidad, este es un tipo de racionalidad, aunque no sea equiparable a demostrabilidad, concluye Alexy.

En suma, Alexy (2010a:123) presenta a la ponderación como una forma de argumentación (como una estructura formal que no contiene sustancia alguna)¹⁹, como una forma de poner en claro lo que debe ser

¹⁸ A su vez, para responder a la objeción de la inconmensurabilidad, sostiene que la catalogación a ambos lados de la ponderación está asegurada *si el discurso* se lleva a cabo desde un punto de vista común: el punto de vista de la constitución (ALEXY, 2010a; ÁLVAREZ, 2011). Nuevamente, se puede discutir sobre esa adjudicación. El hecho que se discuta sobre si una restricción es leve o media, demuestra que se está usando como patrón común de discusión la escala (DA SILVA, 2011:276; cfr. SARTOR, 2012; BOROWSKI, 2013). Así la escala es la medida común que permite discutir sobre el peso de los principios. La escala no determina el «valor de cada variable» sino desde qué lugar común puede ser discutido.

¹⁹ El atractivo de su teoría radicaría en que permitiría discutir sobre restricciones a los derechos aunque los disputantes tengan diferentes concepciones materiales de los derechos (ALEXY, 2010a). Juan Pablo Alonso sostiene que esta propuesta no resultaría en los hechos tan formal como pretende, en tanto los derechos pueden ser objeto de ponderaciones y así relativizados. Al respecto, por ejemplo, advierte sobre el caso de las leyes que habilitan a derribar aviones para evitar atentados para la protección de la seguridad de la población que el avión tiene como objetivo pero en desmedro de la dignidad y de la vida de todas y cada una de las personas que se encuentran en el avión. La crítica de Alonso es acertada para aquellas propuestas en donde todos los contenidos de los derechos son objeto de ponderación. Sin embargo, no parece alcanzar de lleno a la propuesta de Alexy. En relación con el derecho a la dignidad, se puede sostener que Alexy habla del doble carácter del derecho: parte de su contenido se aplica como regla; es decir sin ponderación; la otra parte como principio; sin embargo, sobre un desarrollo reciente referida al tema, v. ALEXY, R., *Menschenwürde und Verhältnismässigkeit*, ponencia presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Erlangen, 6/11/2014. Así, interpreto, en el ejemplo de Alonso la acción de derribar aviones estaría definitivamente prohibida a la luz del contenido del derecho a la dignidad interpretado como regla; ALEXY 1994: 95 ss., 322; CLÉRICO 2011. Por lo demás, sobre la disputa Alexy-Dworkin que se relaciona con la objeción planteada, v. BEADE, 2011.

justificado (Barak 2012; Borowski; Stone Sweet/Matthews 2008:39; Klatt/Meister, 2012: 687-708). En la justificación de la catalogación se pueden usar todo tipo de argumentos con lo que reitera la conexión de la ponderación con la teoría del discurso jurídico racional. Aquí termina la estrategia argumentativa de Alexy para refutar la objeción de irracionalidad formulada en especial contra la ponderación.

c.2. LA INSUFICIENCIA DE LA RESPUESTA FORMAL. LA RESPUESTA INTERMEDIA

Ahora bien, si la propuesta del examen de proporcionalidad es reconstructiva, entonces interpreto que desde un plano más concreto, que se acerque aun más a la práctica constitucional, la propuesta de Alexy no logra debilitar *suficientemente* la objeción de la indeterminación. Es decir, no nos dice por qué la afirmación «la restricción al derecho a la salud» debe ser «considerada como grave»; no nos dice por qué adjudicarle en el casillero de grave. Alexy se planta en que la respuesta es que esta es una afirmación que requiere de justificación. Insisto, se queda corto. Por cierto, la clasificación de una restricción de un derecho en algún casillero de la escala debe ser justificada por argumentos. Sin embargo, ese ámbito de argumentación y deliberación no es libre, en el plano concreto de la argumentación constitucional está orientada. Insisto, si la propuesta es reconstructiva, entonces no puede explicar cuando el Tribunal Constitucional Federal alemán sostiene, por ejemplo, en relación con una ponderación entre la libertad de expresión de una opinión en el ámbito público y la protección del honor: «El resultado de la ponderación no se puede anticipar de forma general y abstracta a causa de su conexión con el caso. *Sin embargo, han sido desarrollados en la jurisprudencia una serie de puntos de vistas que suministran criterios para la ponderación concreta*»²⁰. Esto parece querer decir algo más que para justificar una restricción a un derecho, por ejemplo, como grave, se trata solo de alegar argumentos y conectar con la teoría de la argumentación jurídica.

Por eso mi propuesta considera que todavía hay tela para responder a la objeción de indeterminación contra la proporcionalidad. En este punto mi *estrategia es de doble entrada*. Por un lado, sigo sosteniendo *la tesis del deslinde (tiempo 3)*, incluso en el tercer paso del examen de proporcionalidad, la proporcionalidad en sentido estricto, no todo es ponderación propiamente dicha. Como mostraré inmediatamente hay varios pasos argumentativos en esta etapa que no tienen que ver con sopesar en sentido estricto. Por el otro lado, incluso el paso que hace al centro de la ponderación propiamente dicha, la com-

²⁰ BVerfGE 93, 266 (293), sentencia «Los soldados son asesinos», cursiva agregada.

paración entre intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en conflicto, está orientada por reglas.

Esta re-interpretación de la ponderación implica un modelo de la ponderación orientado por reglas (Clérico, 2001). Esta propuesta es reconstructiva de la práctica argumentativa en el derecho constitucional. Requiere de una dogmática crítica de la intensidad de restricciones a los derechos y de importancia de satisfacción de los derechos, del peso abstracto y concreto (Sieckmann, 1995a; Clérico, 2001). Esta tesis conecta con la tesis reciente que sostiene la proporcionalidad como doctrina constitucional (Kyritsis, 2014; Stone Sweet/Matthews, 2008). Implica varias cosas. Por un lado, requiere que la doctrina constitucional se interese por la *metodología* de aplicación de los derechos. Esto implica que trabaje, por lo menos, con tres elementos: a) el discurso jurisprudencial concreto sobre resolución de conflictos de derechos, b) la dogmática constitucional sobre teoría de los derechos, c) las herramientas argumentativas que surgen de los avances que se dan en la teoría del derecho. El juego de estos tres elementos permite reconstruir (críticamente) las reglas que orientan a la ponderación. El uso de estas reglas inyectan previsibilidad procedimental a la práctica argumentativa de la ponderación y, a su vez, coherencia procedimental (Clérico, 2001; Stone/Sweet, 2008).

Por otro lado, implica echar una nueva mirada al trabajo sobre la red de resultados de la ponderación (Clérico, 2001; Bernal Pulido, 2003; Teifke, 2011) o la red de casos paradigmáticos en el sentido de Moreso. Aunque un caso no sea aplicable para la resolución de un conflicto entre derechos, sin embargo, es posible afirmar que a pesar de todo, la red no es inútil en estos supuestos. Sirve para la determinación de la importancia de la realización, de la intensidad de la restricción y del peso de los derechos fundamentales (segundo pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas, Clérico, 2001). Estos criterios son independientes de la ponderación que se hace en el caso concreto; no se originan con la ponderación o con posterioridad a la ponderación, por lo que no se podría predicar que son meras construcciones *ad-hoc* del que pondera. Estos criterios pre-existentes a la ponderación en concreto pretenden determinar y, en este sentido, limitar la ponderación en el marco de una práctica constitucional relativamente estable. A través de las ponderaciones y las reconstrucciones críticas se constituye con el correr del tiempo una *red de puntos de vista concretos y reglas* para la aplicación del respectivo derecho fundamental.

En un trabajo pionero sobre criterios para los juicios ponderativos, Sieckmann (1995a; 1995b), concluyó que la *determinación del peso abstracto del derecho afectado* está orientada por argumentaciones que no proceden del caso concreto y se puede determinar por: (i) la justificación mediante la fuerza de los intereses, (ii) la justificación del peso del principio mediante la conexión con otros principios, (iii) la justificación mediante sentencias anteriores. Mi propuesta encaja

en un registro más concreto de las prácticas constitucionales, dice que la conformación de los juicios sobre intensidad de restricción y peso de los derechos están orientados por reglas de la ponderación. Esas orientaciones surgen a través de la sistematización crítica de un material aparentemente desordenado: la jurisprudencia y la doctrina sobre estos derechos, utilizando las herramientas argumentativas y analíticas provenientes de la teoría del derecho. Entonces si bien se sirve de trabajos como lo de Sieckmann, Jansen, entre otros, interpreta que para reducir la objeción de indeterminación formulada a la ponderación, se requiere trabajar la conexión que otorga un peso abstracto a un principio en el marco de una determinada práctica constitucional y/o práctica regional de protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, en otro trabajo realicé una reconstrucción crítica de la dogmática y la jurisprudencia de la libertad artística que arroja una red de «mandatos de consideración» (Clérico, 2001) para la determinación de su peso e intensidad de restricción por criterios que no dependen de la ponderación concreta²¹. La libertad artística suele colisionar con el derecho a la personalidad. Los juicios sobre intensidad de la restricción a la libertad artística por medio de la aplicación de una sanción para promover el derecho a la personalidad del afectado están orientados por la regla que dice: si se trata de determinar la restricción del derecho general a la personalidad, entonces, ésta no puede ser interpretada como grave, cuando la expresión artística, que ocasiona la restricción, (a) no ha sido interpretada en el marco de la visión total (de la obra) o, (b) cuando de las varias posibilidades de interpretación, sólo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de

²¹ Quien controla si las razones que se dan para justificar una restricción aprueba el examen de proporcionalidad en sentido estricto, debe considerar si se tuvo en cuenta respecto de la intensidad de la restricción que: (IB) Cuando el titular del derecho a la libertad artística es condenado en sede penal a causa de una expresión artística, entonces, se trata, en principio, de una intensiva restricción a la libertad artística. (IB') Una decisión (civil) referida a una expresión artística puede causar una intensiva restricción. Si este es el caso, depende de las consecuencias que la restricción tenga para el afectado, y las consecuencias generales, que puede provocar para el ejercicio de la libertad artística en el futuro; es decir, cuando puede amedrentar «en casos futuros la disponibilidad... a hacer uso del derecho afectado», BVerfGE 43, 130 (135 sgts.); 67, 213 (222); 75, 369 (376); 77, 240 (250 sgts.). Además, cuanto más cerca impacte la limitación a la libertad artística en el ámbito de creación de la obra, tanto más intensiva resulta la restricción a ese derecho y tanto menos deben ser permitidas las «restricciones estatales». La estructura de esta presunción se explica a través de una interpretación progresiva de la ley de la ponderación. Además, una restricción en la esfera de la difusión artística puede adquirir mayor intensidad de acuerdo con el tipo de género de la obra de arte. Sin perjuicio de lo cual, para la determinación de la intensidad de la restricción a la libertad de arte se consideran tanto en las que caen en la «esfera de la obra» como en la «esfera de la acción»: las circunstancias del caso, el grado de efectos externos y la fuerza de la conexión con el arte. Por lo demás, puntos de vista, como el «reconocimiento, que la obra encuentra en el público» y la «repercusión y la apreciación, que encuentra en la crítica y la ciencia» se aplican, sin embargo y sólo, con precaución.

ser punibles (penalmente)²². Esto marca una diferencia con la propuesta de Alexy. Los criterios (a) y (b) determinan qué tan grave puede ser una restricción a la libertad artística. Así quien quiera sostener que una restricción al derecho a la protección de la personalidad encaja en el casillero de grave de la escala, debe justificar que se han tenido en cuenta los criterios (a) y (b)²³. No es lo mismo que decir que para justificar una restricción en el casillero de grave, valen todos los argu-

²² Esta regla contiene un mandato de consideración negativo, «está prohibido aislar partes singulares de la obra de arte de su contexto e investigarlas por separadas (para determinar), si deben ser juzgadas como delitos», aplicado en el caso «*anachronistischer Zug '80*», BVerfGE 67, 213 (229) (CLÉRICO, 2001).

²³ «Cuándo se da una restricción de importancia del derecho de la personalidad que guarde proporción con la intensidad de la restricción a la libertad de arte? El Tribunal Constitucional Federal interpreta que la protección del honor adquiriría tanta mayor fuerza e importancia, cuanto más se relacione el derecho de la personalidad de forma relevante con otros principios y, en especial, con el de la dignidad humana (art. 11 LF). Así, en el caso «*Karikatur*» sostiene que: «(empero) en cuanto el derecho de la personalidad general, sea resultado directo de la dignidad humana, actúa como límite absoluto sin la posibilidad de una compensación de bienes» [BVerfGE 75, 369 (380)]. El caso trata sobre la siguiente pregunta: ¿es una condena penal por la publicación de varias caricaturas referidas al entonces ministro-presidente del estado *Baviera*, Strauss, que lo representaban como a un «cerdo en estado de copulación activa» y al poder judicial como receptor de esos actos una limitación excesiva a la libertad artística? La decisión judicial penal condenatoria fue interpretada por el Tribunal Constitucional Federal como una restricción intensiva a la libertad artística. Sin embargo, cuando controla el resultado y la justificación de la ponderación realizada, entre la intensidad de la restricción al derecho de la personalidad y las razones justificatorias provenientes de la realización de la libertad de arte, por el Tribunal Superior (de Hamburgo) que entendió previamente en la causa, confirma la prioridad condicionada en el caso de la protección del honor por sobre la libertad de arte. El tribunal preopinante consideró que las exageraciones son una característica estructural de la caricatura, que Strauß era una persona con vida pública y, por eso, más expuesto como un blanco para la crítica pública, también en forma de crítica satírica. Sin embargo, interpretó que esas representaciones artísticas sobrepasaron el límite de lo «soportable», pues perseguían «un ataque notorio a la dignidad personal del caricaturizado» e intentaban mostrar *al espectador, al lector*, que el caricaturizado poseía «declarada, típica, pronunciada naturaleza animal» y que se comportaba como tal. Y, además, que *esa representación de un comportamiento sexual, que debe ser atribuido al núcleo de su vida íntima, despoja al caricaturizado como humano*. El control de la ponderación realizada por el Tribunal Constitucional Federal debe ser criticada, justamente por no haber tenido en cuenta las *varias posibilidades de interpretación* de la expresión artística. De acuerdo con la aplicación de la regla que surge de lo resuelto en el caso «*anachronistischer Zug*», se da una violación de la libertad de arte –art. 5 III LF–, cuando de las varias posibilidades de interpretación de la obra, sólo se consideran como relevantes aquellas que son susceptibles de ser punibles (penalmente). No se encuentra en parte alguna de la sentencia en el caso «*Karikatur*» una consideración de la referida regla. Si la hubiera aplicado, habría tenido que concluir que las caricaturas admiten varias interpretaciones; aún más, que para muchos lectores las caricaturas bajo cuestión no trataban de ridiculizar la vida íntima del caricaturizado, ni de poner de relieve «*su declarada naturaleza animal*». Por el contrario, la intención del artista era problematizar las relaciones entre la justicia y el entonces candidato a canciller. Por lo menos, el Tribunal Federal Constitucional debió haberse podido imaginar unas tales interpretaciones, si es que tenía intención de aplicar los criterios que el mismo construyó referidos a la interpretación de las expresiones artísticas y de acuer-

mentos. Esto implica un avance en la reducción de la alegada indeterminación de la ponderación.

La consideración del peso y de la intensidad de restricción de los derechos en abstracto pretende determinar el tipo de razones que se exigen en concreto para dar por justificada o no la limitación al derecho. Así, por ejemplo, si se considera el peso abstracto alto de la libertad artística no basta con una restricción leve o con la mera posibilidad de una restricción de peso del derecho de la personalidad para justificar una restricción intensiva a la libertad de arte. En estos casos, la libertad de arte tiene una prioridad condicionada *prima facie* frente al derecho de la personalidad (en el sentido de protección del honor). Sólo razones de mucho peso podrían revertir la prioridad condicionada *prima facie* que habla a favor de la libertad de arte y frente al derecho de la personalidad (Clérico, 2001)²⁴. Nuevamente, esto implica un avance en la reducción de la alegada indeterminación de la ponderación.

Por cierto estas reglas orientadoras no determinan en todos los casos y en forma definitiva el resultado material del conflicto entre derechos en la etapa de la ponderación propiamente dicha, aunque en algunos casos sí lo hagan. Así en los casos en que se establecen precedencias *prima facie*, no sólo se reduce la indeterminación en términos procedimentales al determinar la carga y la fuerza de la argumentación, sino que además otorga una resolución definitiva en caso de empate –en este supuesto la previsibilidad es algo más que procedimental²⁵. En los otros casos, otorgan indicaciones a quienes quieren justificar una solución a un conflicto entre derechos. Están advertidos con anterioridad a la ponderación en concreto, que esos serán los marcos de discusión. Estas reglas orientadoras de la ponderación propia-

do con el peso abstracto alto que le atribuyó a la protección de la libertad artística en otras sentencias.

²⁴ Sobre la necesidad de reglas para estructurar el examen de proporcionalidad en sentido estricto, v. últimamente SCHAUER 2014: Por ejemplo, en relación con la colisión de la libertad de expresión y el derecho a la honra: «even recognizing that the losses on one side of the equation (or, if you must, balance) must be treated as more serious than the losses on the other, it may be useful to recognize, as a conceptual matter, the need for a rule (or, perhaps, principle) of weight to structure the inquiry» (p. 183, cursiva agregada). «One way of understanding proportionality analysis in the narrower sense I have just described is thus as imposing “rule of weight” on the process of evaluating competing interests. Of course, we evaluate competing obligations, duties, goals, interests, factors, and facts in numerous aspects of our decision making lives. And typically we do so by giving each relevant obligation, duty, goal, interest, factor, and fact the weight we think it deserves under the circumstances. But in some decision-making environments, various second-order rules prescribe the weight that these and other first-order considerations should receive. These are “rules of weight” and their use is relatively common, and even more so in the past, in the law of evidence in common law jurisdictions» (178).

²⁵ Agradezco a Federico De Fazio el haberme advertido sobre este punto.

mente dicha inyectan *previsibilidad*²⁶ a los lugares por donde pasará el proceso de justificación (Stone Sweet/Mathews, 2008; Clérico, 2001).

Por último, alguien podría preguntar, en qué medida esta propuesta sigue sosteniendo la ponderación propiamente dicha, por donde permean los argumentos que devienen de las circunstancias del conflicto de derechos en concreto. La orientación de la ponderación a reglas no evade el desafío argumentativo. Lo que viene dado argumentativamente (mandatos de consideración que hablan del peso abstracto y de la intensidad en abstracto de la restricción, satisfacción) es desafiado por las nuevas circunstancias del caso (peso concreto e intensidad de restricción en concreto). Al final del día no queda otra que argumentar. Por cierto, esto conecta con la tesis de Alexy sobre la teoría de la argumentación jurídica. La diferencia radica, sin embargo, en que sostengo que la discusión sobre la catalogación en los grados de intensidades de restricción/satisfacción de los derechos en las prácticas constitucionales está orientada por reglas. No se trata simplemente de dar piedra libre a la argumentación jurídica. Se gana en determinación si se pone el foco en la reconstrucción crítica de estas reglas que surgen de la práctica de resolución de conflictos de derechos (Clérico, 2001; cfr. López S., 2008:225)²⁷.

²⁶ La objeción de la imprevisibilidad supone la de indeterminación. Sostiene que en tanto la proporcionalidad no permite adelantar el resultado de los conflictos entre derechos inyecta inseguridad jurídica al sistema. Considero que las respuestas aquí ensayadas para debilitar la objeción de indeterminación conforman un pilar para responder a la de imprevisibilidad. No pretendí responder en este trabajo a la objeción de imprevisibilidad. Advierto, sin embargo, que es necesario discutir desde qué lugar se está realizando la objeción. Este trabajo implicaría desarrollar la siguiente hipótesis: Quién sostiene una prioridad definitiva del principio de mera previsibilidad, supone un paradigma del derecho muy cercano al Paradigma del Estado liberal-burgués (v. esta advertencia en, HELLER, 1983: 252, 254, 256, 291; HABERMAS, 1992) o al modelo de justicia 1 de B. de SOUSA SANTOS (2009), el juez como «mero aplicador» de normas fruto del desarrollo legislativo de la Constitución. Sin embargo, los Estados constitucionales de Derecho mediante el reconocimiento robusto de derechos, el reconocimiento del control de constitucionalidad (CARBONELL/GARCÍA JARAMILLO, 2010), entre otros, suponen lo que de Sousa Santos llama modelo 2 de justicia. En este modelo el juez actúa en los casos como controlador de la brecha (por acción u omisión) entre el derecho común y el derecho constitucional. El principio de la previsibilidad convive así con otros principios estructurantes del Estado Constitucional de Derecho, entre otros, el de igualdad material, el de autonomía. La mera previsibilidad es tensionada por el principio de exigibilidad judicial de los derechos reconocidos en las constituciones en forma robusta. Si la previsibilidad se interpreta en el sentido de una «seguridad jurídica dependiente de un procedimiento» (HABERMAS, 1992: 270; ATIENZA, 2001: 181,183), el examen de proporcionalidad puede facilitar un procedimiento de justificación, como se demostró en este trabajo, que en cuanto a su estructura puede determinarse con anterioridad y facilitar posibles resultados de las colisiones.

²⁷ En un trabajo reciente SCHAUER (2014: 184) sostiene: «But if *proportionality review* is, like the common law itself, to become more refined, detailed, and *rule-based as time progresses*, then the development of those structuring and discipline rules is only to be expected. Not all of those rules will be rules of weight, but rules of weight, with their compatriots burdens of proof and presumptions, can be expected to occupy pride of place» (cursiva agregada).

III. CONSIDERACIONES FINALES

1) La objeción de la indeterminación se logró debilitar por una doble entrada. Por un lado, la estrategia del deslinde en tres tiempos. Por el otro lado, por medio de la orientación de la ponderación por reglas. La estrategia de los tres tiempos demostró que no todo es ponderación en el examen de proporcionalidad. Recuperó los exámenes de idoneidad y necesidad que prefiguran la ponderación. Por lo demás, la estrategia tiene como clave a la reconstrucción de una red de reglas de la ponderación.

Alguien podría objetar la utilidad práctica de la reconstrucción de una *red de reglas-resultados de la ponderación* estructurada a través de las cadenas de relaciones de prioridad condicionadas, en tanto su reconstrucción es muy trabajosa y la fuerza de validez *prima facie* de estas cadenas es acotada. Y, en este sentido, no habría por qué esperar más de un orden de relaciones de prioridad en términos de *reglas-resultados de la ponderación* condicionadas. Justamente ahí radica su atractivo. Facilita información y argumentación acerca de la *historia del peso de un principio bajo determinadas condiciones y frente a principios colisionantes* (Clérico, 2001; Contiades/Fontiadou, 2012). En caso de que se den condiciones similares y su aplicación sea justificable, entonces ofrece una solución para la colisión. Y, en caso, de apartamiento de aplicación, muestra en qué sentido se debe justificar. Por ello, no sólo contribuye a reconstruir la historia de prioridad (o en su caso de preteridad) condicionada de los derechos, sino también contribuye a exigir publicidad en la justificación del peso concreto de los principios. Asimismo, en ambos sentidos, pre-estructura la argumentación en la ponderación en sentido estricto. Esta historia de prioridades y preteridades condicionadas no depende de las «circunstancias del caso concreto». Limita el acto de ponderar del operador jurídico porque le advierte –desde el comienzo de la argumentación– que hay criterios de relevancia que deben ser considerados. Con el tiempo se conforma una red de *reglas-resultados de las ponderaciones* que cumpla no sólo con una función de previsibilidad sino también de «descarga». ¿Por qué realizar una ponderación si la misma es justificadamente redundante? Y, lo es, si las circunstancias del *caso* que alberga una colisión, pueden ser subsumidas bajo el antecedente de una *regla-resultado de la ponderación* existente. Pero, aún más, la función de la descarga contribuye en el sentido advertido por K. Hesse (1995:127): se puede evitar el recurrir a los «valores» a través de la aplicación de un grupo estable de «puntos de vistas y reglas». Y, a su vez, esto se logra a través de una jurisprudencia constitucional relativamente continua. En este sentido, no es novedosa la posición de Schauer (2005:68) en cuanto sostiene –con cierta ironía– que la aplicación de los derechos por medio de la ponderación es una cuestión de inmadurez de la jurisprudencia europea. Cuando maduren, es decir,

cuando resuelven mayor cantidad de casos sobre conflictos entre derechos, obtendrán un mayor caudal de reglas. Así se acercarán a un sistema de aplicación de derechos estructurado por reglas como el sistema norteamericano. Schauer tiene en parte razón, respecto de las reglas que surgen como resultados de la ponderación y resuelven los conflictos de derecho sin ponderación²⁸. La diferencia es que el sistema de ponderación a la continental admite que hay casos no previstos, casos difíciles, que requieren ser resueltos por el examen de proporcionalidad por más «maduro» que sea el sistema.

2) Por fin, he tratado de sostener que la objeción de indeterminación contra la ponderación no puede responderse en forma suficiente a través de la formalización de la ponderación. Argumento que se logra una respuesta más convincente si se trabaja en forma reconstructiva en un registro más concreto de las prácticas constitucionales. Es decir, a través de la reconstrucción de reglas de la ponderación que orientan –en forma independiente a las circunstancias del caso concreto– la determinación del peso abstracto y de la intensidad de restricción de los derechos en conflicto. De esta forma mi propuesta es un *plaidoyer* por recuperar lo local de la ponderación que quedó opacado por la fascinación de lo «universal» de la ponderación que despierta a quienes trabajan en un registro más abstracto la ponderación desde la Teoría del Derecho o, incluso, desde el derecho comparado utilizando como método –en forma expresa o implícita– el funcionalismo equivalente con el afán de forzar similitudes sin percatarse en la riqueza de las diferencias²⁹.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, J. (2000), *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel.
- ALCHOURRÓN y BULYGIN (1975), *Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Buenos Aires, Astrea.
- ALDAO, M. (2011), «La ponderación en el contexto del estado democrático de derecho: Del conflicto de intereses a la verificación de la vigencia de los derechos fundamentales», en Gustavo Beade y Laura Clérico (eds.). *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado, pp. 467-484.
- ALEXY, R. (1978) *Theorie der juristischen Argumentation*, 3.ª ed., Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1991.
- (1994) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1994.

²⁸ Cfr. SCHAUER 2014:184; y nota al pie 26 en este trabajo.

²⁹ BOMHOFF, J. (2008), quien explora los trabajos sobre proporcionalidad en el derecho comparado con la preocupación puesta en la falta de consideraciones sobre la pregunta sobre el método que se utiliza para realizar la comparación.

- (2003a), «Die Gewichtsformel», en Jickeli, J.; Kreutz, P.; Reuter, D., (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, Berlin, de Gruyter, 771-792.
- (2003b), «On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison», en *Ratio Juris* 16, 433-449.
- (2010a), *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad hoc.
- (2010b) «Two or Three?», en *ARSP*, n.º 119, pp. 9-18.
- (2011), «Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad (DFPP)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91 (2011), 11-29.
- ALEXY, R./BULYGIN, E. (2001), *La pretensión de corrección del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- ÁLVAREZ, Silvina, «Dilemas constitucionales, conflictos morales y soluciones jurídicas», en Zucca, Alvarez, Lariguet, Martínez Zorrilla (ed.), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons, 2011.
- ARANGO, R. (2001), *Der Begriff der sozialen Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos [en cast.: (2005), *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia].
- ATIENZA, M. (2001), *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel.
- BARACK, A. (2012), *Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge. Cambridge University Press.
- BENVINDO, J. Z. (2010), *On The Limits of Constitutional Adjudication: Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Heidelberg-New York, Springer.
- BEADE, G. (2011), «El carácter deontológico de la ponderación. Un análisis de las posiciones de Alexy y Dworkin en el caso de la Ley de Seguridad Aérea alemana», en Beade/Clérico, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá.
- BERGMANN AVILA, H. (2007), *Theory of Legal Principles*, Berlin, Springer.
- BERNAL PULIDO, C. (2003), *El principio de la proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEC.
- (2006), «The Rationality of Balancing», en *ARSP* 92, 195-208.
- BERNAL y BUSTAMANTE (eds.) (2012), *On the Philosophy of Precedent*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 51-58.
- BILCHITZ, D. (2014), «Necessity and Proportionality: Towards a Balanced Approach», en Lazarus, McCrudden, Bowles, *Reasoning Rights. Comparative Judicial Engagement*, Oxford, Hart P., pp. 41-62.
- BOMHOFF, J. (2008), «Balancing, the Global and the Local: Judicial Balancing as a Problematic Topic in Comparative (Constitutional) Law», *Hasstings International and Comparative Law Review*, vol. 31, n.º 2, 2008; y en TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law n.º 2008/5.
- BOROWSKI, M. (2013), «On Apples and Oranges», en *German Law Journal* 13.
- BUSTAMANTE, T. (2010) «Principles, Precedents and their Interplay in Legal Argumentation: How to Justify Analogies Between Cases», en *ARSP* 119, 2010, pp. 63-77.
- BULYGIN, E., (1993), «Alexy und das Richtigkeitsargument», en *Festschrift F. W. Krawietz*, 1993, 19-24.
- (2000), «Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality», *Ratio Juris* 13, 133-142.

- CARBONELL, M.; GARCÍA JARAMILLO, L. (2010) (ed.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta.
- CIANCIARDO, J. (2004), *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 1.^a ed., Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma.
- CLÉRICO, L., (2001) *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Baden-Baden, Nomos (CLÉRICO, L., 2009, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba,).
- (2007) «Verhältnismäßigkeitsgebot und Untermaßverbot», en Sieckmann (ed.), *Die Prinzipientheorie der Grundrechte. Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, Alemania, Nomos. 2007. pp. 151-178 [CLÉRICO, L., «El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto», en Sieckmann, J. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales*. Colección Filosofía y Derecho. Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 169-205.]
- (2009), «Das Untermaßverbot und die Alternativitätsthese: einige Überlegungen aus der Perspektive des Gesundheitsrechts», en Clérico/Sieckmann (ed.), *Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys*. Baden-Baden, Alemania, Nomos, pp. 151-164 [CLÉRICO, L., «Proporcionalidad, prohibición de insuficiencia y la tesis de la alternatividad», en Clérico, Sieckmann, Oliver Lalana (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Ed. Comares, 2011, pp. 177-198.]
- (2011), «Hacia la reconstrucción de un modelo integrado de proporcionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Revista de Estado Constitucional*, 2011, n.º 3, Lima, Perú. y en CAPALDO/SIECKMANN/CLÉRICO, *Internacionalización del Derecho Constitucional; Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012.
- (2012) «Sobre casos y ponderación. Los modelos de Alexy y Moreso, ¿más similitudes que diferencias?», *Isonomía*; México, 2012, pp. 113-146.
- CONTIADES, X./ FOTIADOU, A. (2012), «Social rights in the age of proportionality: Global economic crisis and constitutional litigation», *Int J Constitutional Law*. 2012; 10:660-686.
- DECHSLING, R. (1989), *Das Verhältnismäßigkeitsgebot: eine Bestandsaufnahme der Literatur zur Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns*, Munich.
- DE FAZIO, F., (2014), «Sistemas Normativos y conflictos constitucionales: ¿es posible aplicar derechos fundamentales sin ponderar?», *Isonomía*: ÍTAM, n.º 40, abril 2014, México D. F.
- DE SILVA, V. (2011) «Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision», 31, *Oxford Journal of Legal Studies*, p. 276.
- DE SOUSA SANTOS, B. (2009), *Sociología crítica de la justicia*.
- FLORIAN, F. J. L. (2013), «La eficacia de los derechos sociales entre particulares. Fundamento y posibilidades», en *Pensamiento Constitucional* n.º 18, 2013, pp. 403-428.
- GAIDO, P., (2011), *Las pretensiones normativas del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- GUIBOURG, R. (2010), «On Alexy's Weighing Formula», en J. Sieckmann (ed.), «Legal Reasoning: The Methods of Balancing», *ARSP*. 124, 145-159.
- HABERMAS, J. (1992), *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, (Habermas, J., 1998, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta.).

- HELLER, H. (1983) *Staatslehre*, Tübingen.
- HESSE, K. (1995) *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1995, p. 127.
- JANSEN, N. (1997), «Die Abwägung von Grundrechten», en *Der Staat* 36, 27-54.
- HIRSCHBERG, L. (1981), *Der Grundsatz der Verhältnimässigkeit*, Göttingen.
- KLATT, M./SCHMIDT J. (2010), *Spielräume im öffentlichen Recht*, Tübingen, Mohr, 2010.
- KLATT M./ MEISTER M. (2012), «Proportionality-a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy», *Int J Constitutional Law*. 2012; 10:687-708.
- KYRITSIS, D. (2014), «Whatever Works: Proportionality as a Constitutional Doctrine», *Oxford J Legal Studies January* 13.
- LOPERA MESA, G. (2006), *Principio de proporcionalidad*, Madrid, CEC.
- LÓPEZ S., H. (2008), «Ponderación y sus límites: algunas consideraciones sistémicas», en Montealegre (coord.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Ed. Univ. del Extern., pp. 205-227
- MARTÍNEZ ZORRILLA (2007), *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Barcelona, Marcial Pons.
- MÖLLER, K. (2007), «Balancing and the structure of constitutional rights», *I-CON*, 5, 3, 2007, 453-468 (versión en español en BEADE/CLÉRICO, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011).
- (2012), *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- MORESO, J. (2012), «Ways of Solving Conflicts of Constitutional Rights», *Ratio Juris*, 25, 2012, pp. 31-46.
- (2010), «Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos», en *ARBOR, Ciencia, Pensamiento y Cultura*, septiembre-octubre, 2010, pp. 821-832.
- (2006), «Dos concepciones de la aplicación de las normas fundamentales», en *Revista Direito GV*, jul.-dic. 2006, pp. 13-30, 18.
- OLIVER LALANA, D. (2006), «Argumentación parlamentaria y legitimidad de las leyes», en Cardinaux, Clérico, D'Auria (coords.), *Las razones de la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, Facultad de Derecho, UBA, pp. 139-166
- ORENESU, C. (2012), *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons.
- OSSENBÜHL, FRITZ (1995), «Abwägung im Verfassungsrecht», *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1995, 905.
- PONOMARENKO, I. (2013), «Proper Proportions of Law: Justifying Democratic Credentials of Proportionality Analysis in Constitutional Adjudication», Vancouver, en <http://hdl.handle.net/2429/45345>
- POU GIMÉNEZ, F. (2014), «Libertad de expresión y discurso homofóbico en México: ¿es correcta la teoría constitucional de la Suprema Corte?», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 140, pp. 585-616.
- RONCONI, L. (2012), «Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos». *Salud colectiva*. 2012, vol. 8, n.º 2.
- RUIZ MANERO, J. (2012) «A propósito de un último texto de Luigi Ferrajoli. Una nota sobre reglas, principios, “soluciones en abstracto” y “ponderaciones equitativas ”», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35 pp. 819-832.

- SARTOR, G. (2012) «Defeasibility in legal reasoning», en Jordi Ferrer Beltrán & Giovanni Battista Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements: Essays on Defeasibility*. Oxford University Press, 2012.
- SCHAUER, F. (2014), «Proportionality and the Question of Weight», en HUSCROFT; MILLER, WEBBER, *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 173-185.
- (2009), «Balancing, Subsumption and the Constraining Role of Legal Text», en Matthias Klatt, ed., *Rights, Law, and Morality: Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press.
- (2005) «Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture», en Nolte Georg (ed.), *European and US Constitutionalism*, 49, 2005, p. 68.
- SCHLINK, B. (1976), *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlín.
- (2001), «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit», en P. Badura/H. Dreier (ed.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, t. 2, Tübinga, Mohr.
- SIECKMANN, J.-R., (1995a), «Zur Struktur und Begründung von Abwägungsurteilen», en *Rechtstheorie* 26, 45-69 (trad. cast. en *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- (1997), «Richtigkeit und Objektivität im Prinzipienmodell», en *ARSP* 83, 14-37 (trad. cast. en *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia).
- (2002), «Grundrechtliche Abwägung als Rechtsanwendung», en *Der Staat* 41, 385-405.
- (2006), *El modelo de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- (2010), «Balancing, Optimisation, and Alexy's "Weight Formula"», en J. Sieckmann (ed.), «Legal Reasoning: The Methods of Balancing», *ARSP*, Beih. 124, 103-119.
- (2014), *La Teoría del Derecho de Robert Alexy. Análisis y crítica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- STONE SWEET, A.; MATHEWS, J. (2008), «Proportionality Balancing and Global Constitutionalism», en *Columbia Journal of Transnational Law* 47, 2008, pp. 72-164.
- STÜCK, H. (1998), «Subsumtion und Abwägung», *ARSP* 84, pp. 405-419.
- TEIFKE, N. (2011), *Das Prinzip Menschenwürde*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- TOLLER; FERNÁNDEZ SANTANDER; D'ELÍA (2012), «Enfrentar o conjugar. Las metodologías de análisis de la Corte Suprema y una nueva visita al problema de la vacunación obligatoria», *Jurisprudencia Argentina*, 2012/08/01-67.
- TSAKYRAKIS, S. (2010), «Proportionality: An assault on human rights?» 7:3 *Int J Constitutional Law* 468, 469.
- URBINA, F. J. (2014), «Is it Really That Easy? A Critique of Proportionality and "Balancing as Reasoning"», *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XXVII, n.º 1, pp. 167-192.
- YI, Z., (1998), *Das Gebot der Verhältnismäßigkeit in der grundrechtlichen Argumentation*, Frankfurt/Main.
- ZUCCA, ÁLVAREZ, LARIGUET, MARTÍNEZ ZORRILLA (ed.) (2011), *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Marcial Pons.

Fecha de recepción: 30/06/2014. Fecha de aceptación: 31/10/2014.



II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

