

# Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad\*

## Fundamental rights and the proportionality principle

Giorgio Pino\*\*

### Resumen:

El artículo evalúa el uso generalizado de la prueba de proporcionalidad en la adjudicación de derechos fundamentales. Mientras que los tribunales constitucionales y de derechos humanos de todo el mundo parecen estar constantemente involucrados en el despliegue de la prueba de proporcionalidad para evaluar la permisibilidad de una determinada limitación de derechos, este enfoque está sometido a severas críticas en tanto que se considera un ataque a la idea misma de Derechos fundamentales. El artículo discutirá esta crítica al uso del principio de proporcionalidad y ofrecerá una defensa de su uso por los tribunales a la luz de algunas características básicas del discurso contemporáneo de los derechos fundamentales.

### Abstract:

The paper assesses the widespread use of the test of proportionality in fundamental rights adjudication. While constitutional and human rights courts all over the world appear to be consistently engaged in deploying the test of proportionality in order to assess the permissibility of a given rights limitation, this approach is under severe criticism insofar as it is considered an attack to the very idea of fundamental rights. The paper will discuss this criticism of the use of proportionality, and will provide a defense of its use by courts in light of some basic features of the contemporary discourse of fundamental rights.

### Palabras clave:

Derechos fundamentales - limitación de derechos - proporcionalidad.

### Keywords:

Fundamental rights - limitations of rights - proportionality

### Sumario:

1. Premisa - 2. ¿Proporcionalidad como factor de erosión de los derechos fundamentales? - 3. La inevitabilidad de la ponderación - 4. Derecho y técnicas ponderativas: hacia un modelo integral - 5. Bibliografía.

\* La versión original del presente artículo ha sido publicada en lengua italiana. La traducción al español de dicha publicación ha sido realizada por Mayté Chumberiza Túpac Yupanqui, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Docencia del curso de Contratos en la misma casa de estudios.

\*\* Profesor ordinario de Filosofía del Derecho en la Universidad de Palermo. Doctor en Derechos Humanos por la Universidad de Palermo. Magister por la European Academy of Legal Theory de Bruslea y la Universidad de Bologna.

## 1. Premisa

Actualmente, el principio de proporcionalidad es uno de los conceptos centrales del constitucionalismo mundial. De hecho, se configura como un elemento esencial de la gramática de una nueva “*lingua franca*” que hace dialogar e interactuar a los actores jurídicos (especialmente a los jueces) sustancialmente alrededor del mundo, lo que facilita la circulación global de los modelos jurídicos y del estándar de argumentación<sup>1</sup>. Ante tal éxito generalizado, no se puede decir que no existan áreas oscuras al momento de utilizar esta técnica argumentativa (así como, *mutatis mutandis*, no faltan dudas y críticas hacia otras técnicas argumentativas, que denominaré genéricamente “ponderativas”, como la ponderación, el test de razonabilidad, etc.). Algunas cuestiones relacionadas a la estructura del test de proporcionalidad son las siguientes: la cantidad de pasos que lo componen; qué relaciones existen entre estos pasos, (¿se encuentran conceptualmente separados, o interactúan estrechamente entre sí?); y qué relación existe entre los modelos de proporcionalidad elaborados en sede doctrinaria y teórica, y el efectivo uso judicial de este mecanismo. Otros problemas se refieren a la legitimidad de los jueces para la utilización del test de proporcionalidad como instrumento de control y revisión de las decisiones tomadas por el legislador democrático: la crítica, en este caso, es que el test de proporcionalidad invade el ámbito de discrecionalidad política que en una democracia representativa se encuentra reservado al legislador. Otros temas se refieren a la relación entre el test de proporcionalidad y los derechos fundamentales, y desde este punto de vista el test de proporcionalidad es a menudo considerado como una herramienta de debilitamiento, o incluso de vaciado de los derechos fundamentales: a través del uso del test de proporcionalidad, se dice, los derechos pierden el carácter absoluto, aquella garantía de inviolabilidad que debería ser una parte esencial de tener derechos. En el momento en que se legitiman las limitaciones de los derechos fundamentales a la luz de las necesidades colectivas y de cálculos en términos de costo-beneficio, los derechos pierden su significado.

En este ensayo me propongo discutir exactamente este último punto: la relación entre el test de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Por razones de espacio, omitiré otras cuestiones relacionadas con este tema que comúnmente no son del todo ajenas<sup>2</sup>. Anticipando las conclusiones de este trabajo, sostengo que entre derechos fundamentales y el test de proporcionalidad bien pueden existir tensiones, pero no se da una antinomia; por el contrario: es precisamente la fenomenología de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales contemporáneos la que hace inevitable recurrir al test de proporcionalidad y a técnicas argumentativas ponderativas. O, por lo menos, eso es lo que voy a tratar de mostrar en las próximas páginas.

## 2. ¿Proporcionalidad como factor de erosión de los derechos fundamentales?

Se trata del siguiente problema. Como es bien sabido, el principio de proporcionalidad se aplica universalmente en la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales, y por los tribunales internacionales que se ocupan de los derechos humanos. Este se refiere a la evaluación de la admisión constitucional de alguna limitación a un derecho fundamental, adoptada por una medida legislativa con el fin de perseguir un interés colectivo o para proteger otro derecho fundamental. Por lo tanto, la aplicación sistemática del principio de proporcionalidad por las cortes constitucionales, que consagra la admisibilidad general

1 Stone Sweet y Matthews, “Proportionality Balancing and Global Constitutionalism”, *Columbia Journal of Transnational Law* 47 (2008): 80 (il test di proporzionalità è un “global constitutional standard”); D. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (Oxford: Oxford U.P., 2004), 162 (“proportionality is a universal criterion of constitutionality”); A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations* (Cambridge: Cambridge U.P., 2012), cap. 7; Cohen-Eliya, Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (Cambridge: Cambridge U.P., 2013), cap. 1.

2 El lector interesado podrá encontrar algunas observaciones sobre estas cuestiones (análisis conceptual del test de proporcionalidad y compatibilidad entre proporcionalidad y democracia) y su profundización bibliográfica en G. Pino, “La ‘lotta per i diritti fondamentali’ in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico”, en *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, eds. I. Trujillo y F. Viola (Bologna: il Mulino, 2007), 109-41; G. Pino, “Proporzionalità, diritti, democrazia”, en *Il principio di proporzionalità nel prisma dell’ordinamento giuridico*, eds. V. Manes y G. Scaccia. (Torino: Giappichelli, 2014).

de ciertas limitaciones a los derechos, corre el peligro de traducirse en un debilitamiento progresivo de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y en los instrumentos internacionales.

Esto es paradójico, dado que el reconocimiento solemne de los derechos fundamentales por parte de las constituciones y otros documentos debería servir exactamente a esto: afianzar ciertos intereses - los derechos fundamentales - haciéndolos intangibles incluso frente al interés colectivo, e insensibles a los cálculos utilitarios y a las evaluaciones en términos de costos y beneficios<sup>3</sup>. La extenuante conquista de la *age of rights*, entonces, vendría ahora progresivamente erosionada por el triunfal avance del principio de proporcionalidad, que torna aparentemente limitable cualquier derecho fundamental si es que la limitación es "proporcional", "razonable"; y, finalmente, esas conquistas serán anuladas, con peculiar dialéctica, por la confusa melaza de la *age of balancing*<sup>4</sup>. La ponderación y la proporcionalidad son, por tanto, amenazas a los derechos fundamentales. Esta es, en resumen, la primera crítica que intento discutir aquí<sup>5</sup>.

Inmediatamente diré que esta crítica es útil y saludable. De hecho, nos recuerda que, frente al entusiasmo que acompaña a la práctica y la retórica de la proporcionalidad y de la razonabilidad, los derechos son cosas importantes que no pueden ser indefinidamente ponderadas con el interés público, y que no todos los objetivos y decisiones políticas que un legislador o un gobierno desea conseguir merecen ser utilizados como factores de limitación de los derechos<sup>6</sup>. Sin embargo, además de esta función saludable de testimonio, la crítica no es muy sólida. Trataré de demostrar por qué también el uso de la ponderación y del test de proporcionalidad podrán, dentro de ciertos límites, hacerse cargo del núcleo de verdad que contienen estas críticas.

La respuesta a la crítica según la cual la Era de la ponderación termina con frustrar a la Era de derechos procederá en dos fases. En primer lugar (§§ 3-3.3.2), se muestra que la Era de la ponderación (es decir, la inevitabilidad de la utilización de la ponderación y el test de proporcionalidad en el tratamiento judicial de los derechos fundamentales) está íntimamente ligada a la estructura de los derechos fundamentales proclamados en las constituciones y en las cartas de derechos contemporáneas. De acuerdo con esta hipótesis, la necesidad de ponderación, o de técnicas argumentativas similares como el test de

3 La idea de que el juicio de proporcionalidad se traduzca inevitablemente en una comparación de tipo utilitarista entre bien el juego (de tal manera que se distorsione gravemente la lógica de inviolabilidad asociada a los derechos fundamentales) es una crítica recurrente a la utilización judicial de la proporcionalidad. Cfr. J. Habermas, *Faktizität und Geltung* (1992), trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (Roma-Bari: Laterza, 2013); S. Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *J-CON International Journal of Constitutional Law* 7, 3 (2009): 468-93.

4 El feliz sintagma "age of balancing" ha sido acuñado por T.A. Aleinikoff, "Constitutional Law in the Age of Balancing", *Yale Law Journal* 96 (1987): 943-1005; v. anche L. Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 23 (2010): 179-202; "età dei diritti" es, en cambio, una feliz herencia que nos dejó Norberto Bobbio. N. Bobbio, *Letà dei diritti* (Torino: Einaudi, 1990).

5 Para críticas de este tipo, cfr. A. Pace, "Diritti "fondamentali" al di là della costituzione?", *Politica del diritto* 1 (1993): 3-11; A. Pace, "Metodi interpretativi e costituzionalismo", *Quaderni costituzionali* 1 (2001): 35-62; B. Çali, "Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions", *Human Rights Quarterly* 29 (2007): 251-270; S. Tsakyrakis, "Proportionality: An Assault on Human Rights?", *J-CON International Journal of Constitutional Law* 7, 3 (2009): 468-493; G. Webber, *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights* (Cambridge: Cambridge U.P., 2009); Webber, "Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship", 179 - 202; L. Ferrajoli, "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista", *Giurisprudenza costituzionale* 3 (2000): 2809-11; L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico* (Roma-Bari: Laterza, 2013); A. Schiavello, "La fine dell'età dei diritti", *Etica & Politica* XV, 1 (2013): 120-45.

6 Se hace eco de aquí la idea de los derechos dworkiniana de *rights as trumps* (R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977), caps 05:07, 198-199; R. Dworkin, "Rights as Trumps", en *Theories of Rights*, ed. J. Waldron (Oxford: Oxford U.P., 1984), 153 - 67). Una tesis similar, pero a partir de diferente presupuestos filosóficos-jurídicos diversos, es aquella de los derechos como *excluded reasons*: el legislador no puede interferir en el área cubierta por un derecho, si no es para proteger el mismo interés que es objeto del propio derecho (todos los demás intereses, individuales y colectivos, incompatibles con el interés que justifica el derecho, están excluidos): R. Pildes, "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", *Hastings Law Journal* 45 (1994): 711-51; R. Pildes, "The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing", *Review of Constitutional Studies - Revue d'études constitutionnelles* 6 (2002): 179-212. (aplica a los derechos constitucionales la idea de *exclusionary reasons* desarrollada, en general, en el razonamiento práctico por J. Raz, *Practical Reason and Norms*, (Oxford: Oxford U.P., 1975)); D. Halberstam, "Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights", *J-CON International Journal of Constitutional Law* 5, 1 (2007): 166-82.

proporcionalidad (las llamaré genéricamente “técnicas argumentativas ponderativas”) se deriva de la forma en que se codifican los derechos fundamentales a nivel constitucional. En segundo lugar (§ 4), voy a tratar de delinear un modelo de ponderación y proporcionalidad que no transforme a los derechos en “cajas vacías”.

### 3. La inevitabilidad de la ponderación

#### 3.1. El derecho constitucional “de principios”

Vamos a empezar con el primer punto. Si nos fijamos en la forma en que se han codificado los derechos fundamentales en las constituciones contemporáneas, nos encontramos con que por lo general con formulaciones muy generales, indeterminadas; a veces la proclamación de un derecho también está acompañada de una indicación de uno o más factores en vista de los cuales es posible limitar ese derecho, pero a su vez estos factores son formulados de modo amplio e indeterminado (“orden público”, “buenas costumbres”, “seguridad, libertad y dignidad humana...”). A veces, incluso, existe la posibilidad de limitar o “reglamentar” un derecho, pero sin especificar exactamente en base a qué consideraciones y con qué límites, o “contra-límites” se efectuarán tal restricción (como ejemplo podemos recurrir al artículo 40 de la Constitución italiana que recoge el derecho de huelga)<sup>7</sup>. En otras palabras, las disposiciones constitucionales que establecen los derechos fundamentales por lo general tienen la estructura de principios (normas caracterizadas por un alto nivel de generalidad e indeterminación, tanto en su supuesto de hecho como en sus consecuencias jurídicas), y no en reglas (normas caracterizadas con un cierto nivel de precisión y determinación tanto en su supuesto de hecho como en sus consecuencias jurídicas)<sup>8</sup>.

Esta es, desde un punto de vista descriptivo, una característica constante de las constituciones y de las declaraciones de derechos contemporáneas: característica estrechamente vinculada a su fundamento político-cultural, altamente plural, y a sus objetivos programáticos: fundación de un nuevo orden social después de un evento social y políticamente traumático - una guerra, una revolución, el colapso de un régimen dictatorial...; aspiración a mantenerse en el tiempo; dificultad de los procedimientos enmendativos<sup>9</sup>. Frente a este fundamento y a estos objetivos normalmente compartidos por las constituciones contemporáneas, es muy poco probable que una constitución sea formulada sin incluir la incorporación de una serie de normas de principio.

Pues bien, del hecho de que las normas de atribución de los derechos fundamentales tengan el carácter de principios se derivan algunas consecuencias interesantes.

#### 3.2. Las implicaciones de la normativización constitucional “de principios”

Las normas de principios se aplican a situaciones de hecho muy diferentes y heterogéneas, que no pueden ser predeterminadas exhaustivamente, y pueden dar lugar a diversas consecuencias jurídicas, que tampoco pueden ser predeterminadas de manera exhaustiva<sup>10</sup>. Por lo tanto, en primer lugar, las normas de principios, y los derechos derivados

7 Para la distinción entre violación, limitación y regulación de un derecho ver G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna: il Mulino, 2010), 108-111.

8 Para profundizar sobre la distinción entre reglas y principios, ver G. Pino, “Principi e argomentazione giuridica”, *Ars Interpretandi* (2009): 131-58; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cap. 4; G. Pino, “Norma giuridica”, en *Filosofía del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, eds. G. Pino, A. Schiavello y V. Villa (Torino: Giappichelli, 2013a), 144-83.

9 Sobre estas características de las Constituciones propias del constitucionalismo contemporáneo o constitucionalismo de los derechos se puede ver L. Prieto Sanchís, “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (2004): 47-72; R. Bin, “Che cos’è la costituzione?”, *Quaderni costituzionali* 1 (2007): 11-52; G. Pino, “Il linguaggio dei diritti”, *Ragion pratica* 31 (2008): 393-409; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cap. 1; M. Barberis, *Stato costituzionale* (Modena: Mucchi, 2012); Celano 2013: cap. 2; F. Pedrini, *Le “clausole generali”. Profili teorici e aspetti costituzionali*, (Bologna: Bononia U.P., 2013), caps. 3 e 4.

10 Creo que una institución de este tipo se encuentre a la base de la notable definición de Principio de Emilio Betti como normas caracterizadas “por un excedente de contenido deontológico (o axiológico si se prefiere)”: cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (Milano: Giuffrè, 1971), 316 (cursivas en el original); se puede ver también V. Crisafulli, “Per una determinazione del concetto dei principi generali del diritto”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto* I-II (1941): 249, (sobre “virtual inagotabilidad” de los principios); G. Zaccaria, “Precomprensione, principi e

de estas, se encuentran destinados a tener un ámbito de aplicación muy extenso<sup>11</sup>. En el constitucionalismo de los derechos, cualquier ordenamiento, potencialmente, se encuentra impregnado con los principios constitucionales, no existen zonas grises desde el punto de vista de los principios constitucionales (áreas dejadas a una completa e incontrolable discrecionalidad política, *political questions*). Es posible subsumir cualquier pretensión que no sea completamente irracional, o cualquier situación que no sea radicalmente grotesca, dentro del ámbito de aplicación de un principio constitucional o derecho fundamental<sup>12</sup>.

En segundo lugar, la identificación de las consecuencias específicas que pueden derivarse de los principios en los diferentes casos posibles en los cuales estos se ponen de manifiesto - la identificación de las normas específicas que se actuarían teniendo en cuenta el principio analizado- depende de las circunstancias de hechos y de derecho<sup>13</sup>. Además, no suele decirse que la aplicación de un principio determina exclusivamente la producción de una regla: un principio puede "encarnarse" también en otro principio, menos indeterminado, que se coloca en una etapa de especificación intermedia con respecto a las posteriores reglas de desarrollo.

Sin embargo, las circunstancias de hecho relevantes para la especificación de un principio atienden a las características del caso concreto o abstracto de regulación, a los recursos disponibles, etc.; las circunstancias de derecho atienden a las otras reglas presentes en el sistema y pertinentes para ese caso concreto o abstracto - por ejemplo, otros principios.

En tercer lugar, y como consecuencia de lo dicho anteriormente, la presencia de múltiples principios en el texto constitucional o, también, en el horizonte axiológico del Estado constitucional hace inevitable el uso de algún tipo de ponderación y la limitación recíproca entre principios y derechos. En este sentido, Robert Alexy está en lo cierto cuando afirma que la proporcionalidad se encuentra lógicamente implícita en los principios, y viceversa<sup>14</sup>.

Pero esto todavía no dice nada acerca de quién es el sujeto competente, situado en la mejor posición, para llevar a cabo estas múltiples tareas de ponderación entre los principios fundamentales. Por lo general, estos ejercicios de ponderación se dan en tres niveles: algunos casos de ponderación entre los principios fundamentales ya están claramente presentes en el texto constitucional; otros casos se delegan en el legislador; y otros casos tendrán lugar en sede jurisdiccional, o en forma de una ponderación directa entre los principios en conflicto, sin la mediación de una norma legal previa, o en la forma de una meta-ponderación, o ponderación de segunda orden, cuando los tribunales "revisan" la ponderación entre los principios así como han estado plasmados en una norma legislativa. Este último caso es, obviamente, el terreno elegido específicamente para realizar el test de proporcionalidad<sup>15</sup>.

---

diritti nel pensiero di Josef Esser", *Ragion pratica* 11 (1998), 145; F. Modugno, "Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali", en *Esperienze giuridiche del '900* (Milano: Giuffrè, 2000), 98 ( los principios son normas " de virtualidad indefinida" o "inagotable"); G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale* (Bologna: il Mulino, 2008), 219 (un principio puede generar "un numero [...] imprevisible y no predeterminable de normas particulares").

- 11 En efecto, "es siempre considerada justificada la interpretación extensiva de un enunciado que expresa un principio fundamental" (R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme", en *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, eds. L. Gianformaggio, E. Lecaldano, Laterza (Roma-Bari, 1986), 192). Sobre la "presunción de máxima expansión de la libertad constitucional" v. P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali* (Bologna: il Mulino, 1984), 41.
- 12 R. Bin, "Ragionevolezza e divisione dei poteri", *Diritto & Questioni pubbliche* 2 (2002); Bin, "Che cos'è la costituzione?", 29; Prieto Sanchís, "El constitucionalismo de los derechos", 51; R. Guastini, *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato* (Torino: Giappichelli: 2006a), 245-246, 254-257 (referente a la sobre-interpretación de la Constitución como una de las condiciones de la "constitucionalización" del ordenamiento); M. Kumm, "Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law", *German Law Journal* 7, 4 (2006), 341-69; M. Kumm, "The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review", *Law & Ethics of Human Rights* 4, 2 (2010): 151-2; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, 124-5; Cohen-Eliya, Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, 113-7.
- 13 Sigo aquí, evidentemente, la construcción de R. Alexy, "On the Structure of Legal Principles", *Ratio Juris* 13 (2000): 294-304; R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali* (Bologna: il Mulino, 2012), 101-137.
- 14 R. Alexy, "The Construction of Constitutional Rights", *Law & Ethics of Human Rights* 4, 1 (2010): 24; Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 133.
- 15 Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cap. 8.

### 3.3. Estrategias de aplicación

Ahora, podemos imaginar diversas maneras de asegurar que la ponderación entre los principios fundamentales sea sustraída de los tribunales. Y, si estas operaciones tuvieran éxito, se eliminaría uno de los aspectos más criticados de la Era de la ponderación. Es decir, se eliminaría la atribución de los jueces (jueces constitucionales, y en cierta medida también jueces ordinarios) de poder adoptar decisiones que, por su naturaleza, por su alto grado de discrecionalidad, o por la presencia de las decisiones políticas dentro de esta forma de razonamiento jurídico, parecerían una potestad exclusivamente conferida a una legislatura democráticamente responsables, y que terminan por debilitar la prescriptividad de los derechos fundamentales.

Evidentemente, para evitar recurrir a la ponderación judicial debe trabajarse sobre cómo se formulan los derechos constitucionales<sup>16</sup>. De hecho, en un modelo de jurisdicción constitucional completamente desprovisto de técnicas argumentativas ponderativas sólo podría funcionar en presencia de formulaciones de los derechos fundamentales muy precisas, con un campo de aplicación bien definida, y, probablemente, un tanto restringido: es decir, los derechos fundamentales estarían formulados como reglas y no como principios. Y una manera de lograr este resultado podría consistir en redactar una Constitución efectiva y exclusivamente compuesta de reglas. O, de otra manera, podría ser que el texto constitucional -estando ya redactado- sea tratado por los jueces como una expresión únicamente de reglas<sup>17</sup>. ¿Qué esperanzas de éxito tienen estas estrategias para eludir o evitar emplear el recurso a la ponderación judicial? Veamos.

#### 3.3.1. Primera estrategia: Escritura constitucional rigurosa y el minimalismo de los derechos

El primer modelo de jurisdicción constitucional es aquel privado de técnicas argumentativas ponderativas y se vincula a una cuestión de redacción precisa del texto constitucional. Consiste en procurar que la Constitución sea formulada de forma clara, precisa, con derechos que tengan un ámbito de aplicación claramente definido<sup>18</sup>. Así pues, los derechos fundamentales podrían ser invocados y aplicados fácilmente en los tribunales, sin provocar excesos de discrecionalidad interpretativa, y evitando cualquier posible confusión (o la mayoría de posibles confusiones) entre lo que es una violación ilícita de un derecho, y lo que es, por el contrario, una limitación de inofensiva. En esta opción además se podría añadir una cuestión de contenido, en relación con el tipo y la cantidad de los derechos reconocidos en el texto constitucional. Para evitar conflictos entre los derechos, y entre los derechos e intereses colectivos, se podría entonces imaginar una codificación constitucional "minimalista", con una lista de derechos limitados a los derechos de libertad y con la exclusión de los derechos a prestaciones positivas. Esto bajo el supuesto de que las libertades negativas están perfectamente delimitadas en sí mismas, no entran en conflicto con otros derechos, y no implican costes para terceros o la comunidad<sup>19</sup>.

16 A fortiori, de una manera radical para evitar la posibilidad de la administración judicial de los derechos fundamentales, o al menos intentarlo, consistiría en eliminar por completo la proclamación de los derechos en un texto constitucional: para esta propuesta, véase. J. Waldron, *Law and Disagreement* (Oxford: Oxford U.P., 1999); R. Bellamy, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy* (Cambridge: Cambridge U.P., 2007).

17 La alternativa expresada en el texto no quiere sugerir una distinción implausible entre el texto como "objetivamente" es (en teoría, formulada en reglas), y las interpretaciones que tratan el texto como si fuese formulado en reglas. De hecho, la misma distinción entre reglas y principios es dependiente de la interpretación, y no un antecedente de la misma. Sin embargo, asumo que exista una diferencia que se pueda percibir entre: a) un texto que, por su formulación (uso de términos técnicos, precisos y bien definidos, tal vez por el mismo texto normativo, empleando cantidades numéricas y medibles), se encuentre mayormente sujeto a expresar reglas; b) un texto que, por su formulación (uso de términos vagos, genéricos, valorativos), este mayormente sujeto a expresar principios; y, finalmente, c) un texto que, por su formulación, se encuentre igualmente sujeto a ambas lecturas. Por supuesto, los intérpretes pueden decidir adoptar principios de un texto tipo a), y de deducir reglas de un texto de tipo b), pero en estos casos la carga de la argumentación por lo general será mayor respecto a la operación opuesta y, en ausencia de un consenso básico entre los actores jurídicos, la operación podrá resultar extraño, inaceptable.

18 Ferrajoli, "Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista" (el argumento de Ferrajoli se mueve sobre un doble registro: atiende a la técnica de redacción del texto constitucional y a la interpretación de las formulaciones existentes).

19 El modelo minimalista es eficazmente descrito por B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale* (Bologna: il Mulino, 2013), 131-3. Entre los principales defensores de este modelo, v. R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia* (1974), trad. it. *Anarchia, stato e utopia* (Milano: il Saggiatore, 2005); M. Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry* (2001), trad. It. *Una ragionevole apologia dei diritti umani* (Milano: Feltrinelli, 2003).



Es fácil ver las principales limitaciones de este modelo. Un primer límite, relativo a la precisión de la redacción del texto constitucional, es que un texto con tanta precisión y detalle está destinado a envejecer rápidamente, en relación con el cambio constante de las circunstancias sociales, económicos, tecnológicos, etc., que lo han inspirado. En consecuencia, dicho texto tendría que ser continuamente actualizado, o en sede interpretativa (lo cual iría en contra de las mismas razones por las que los defensores de este modelo propusieron una mayor precisión en la redacción de las constituciones), o en sede legislativa (que se hace difícil por los procedimientos establecidos para la revisión de una constitución rígida, lo cual significaría interferir con frecuencia en el “pacto constitucional”, con todos los riesgos que ello conlleva). En otras palabras, un texto constitucional demasiado preciso y detallado, formulado con reglas, está destinado a caer rápidamente en la obsolescencia y, por tanto, a una veloz pérdida de la normatividad<sup>20</sup>.

Una segunda limitación se refiere a la sensatez de un catálogo minimalista de derechos fundamentales. A partir de una inspección más cercana, nos encontraríamos ante un catálogo indefendible, ante una mala ilusión, ya que no está bien concebida la propia idea de separación entre derechos positivos y derechos negativos, entre derechos que implican un costo y derechos que no implican ninguno: todos los derechos tienen elementos de uno y otro tipo, incluso también las libertades negativas necesitan un amplio abanico de prestaciones estatales positivas para ser efectivamente ejercidas<sup>21</sup>. Todo esto hace inevitable recurrir a un modelo de redacción constitucional “inclusiva”, con formulaciones amplias e indeterminada, y con un catálogo “largo” de derechos y principios - por lo tanto, a partir de ello surge la necesidad de realizar posteriores ejercicios de ponderación, legislativos y judiciales, entre los muchos derechos y principios constitucionales.

### 3.3.2. Segunda estrategia: Derecho constitucional por reglas

El segundo modelo de la jurisdicción constitucional sin técnicas argumentativas ponderativas requiere que los intérpretes traten las normas expresadas en el texto constitucional como un conjunto de reglas<sup>22</sup>. Esto requiere emplear, en sede interpretativa, las siguientes técnicas: definir cuál es exactamente el ámbito de aplicación de la disposición constitucional y cuáles son sus consecuencias jurídicas; someter el enunciado constitucional (aparentemente vago e indeterminada) a una interpretación restrictiva; descartar la posibilidad de introducir excepciones implícitas a la regla tal como esta formulada. De ello se obtendría un conjunto de derechos fundamentales claramente definidos, “fuertes”, cuya aplicación a casos concretos tiene las características de una subsunción y no de una ponderación. Este es uno de los modelos de administración de los derechos fundamentales practicado por alguna jurisprudencia constitucional, en particular de los Estados Unidos<sup>23</sup>.

20 Sobre la incongruencia de un orden constitucional cuyas prescripciones resultan tener un carácter efímero, cfr. M. Luciani, “Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polémico”, *Giurisprudenza costituzionale* 51, 2 (2006): 1656. Para un análisis de la dimensión temporal, especialmente referente al futuro, de la constitución, cfr. L. Gianformaggio, “Tempo della costituzione, tempo della consolidazione”, *Politica del diritto* 4 (1997): 527-51.

21 Para mayores argumentos sobre el tema, cfr. Holmes, Sunstein, *The Cost of Rights* (1999), trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse* (Bologna: il Mulino, 2000); R. Bin, “Diritti e fraintendimenti”, *Ragion pratica* 14 (2000): 15-25; T. Mazzarese, “Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?”, *Ragion pratica* 1 (2006): 179-208; E. Diciotti, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti* (Bologna: il Mulino, 2006), 87-92, 102-111; G. Pino, “Crisi dell'età dei diritti?”, *Etica & Politica* XV, 1 (2013b): 87-119; A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne* (Bologna: il Mulino, 2013), 116-121.

22 Cfr. en tal sentido A. Pace, “Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori”, en *Interpretazione costituzionale*, ed. G. Azzariti (Torino: Giappichelli, 2007), 83-113; Ferrajoli, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista” (pero para una reciente revisión de esta idea v. L. Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico* (Roma-Bari: Laterza, 2013), 112-122). Cfr. anche A. Scalia, “The Rule of Law as a Law of Rules”, *University of Chicago Law Review* 56 (1989): 1175-88.

23 Se pueden ver F. Schauer, *Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, en *European and US Constitutionalism*, ed. G. Nolte (Cambridge: Cambridge U.P., 2005); L. Weinrib, “The Postwar Paradigm and American Exceptionalism”, en *Migration of Constitutional Ideas*, ed. S. Choudhry (Cambridge: Cambridge U.P., 2007), 83-113; Cohen-Eliya y Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, cap. 3 e 5. Pero también la jurisprudencia constitucional italiana, anteriormente a la difusión de la *age of balancing*, había adoptado una visión de este tipo con la doctrina de los “límites naturales” de los derechos constitucionales (cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, 158). Por otro lado, este es un interesante contra ejemplo a la tesis de Schauer, según la cual una visión ponderativa es típica de la jurisprudencia “joven”, aquella que, a diferencia de la estadounidense, no ha tenido el tiempo de desarrollar un sistema de específicas *doctrines*.

En mi opinión, este enfoque tiene la desventaja de permitir reducciones inclusive en el ámbito de aplicación de los derechos, no muy diferentes a las que pueden ser dispuestas por vías de la ponderación y el test de proporcionalidad<sup>24</sup>, pero que tienen lugar en vía puramente conceptual. En otras palabras, con este enfoque, en lugar de sopesar la respectiva importancia, en relación a un caso (concreto) o al tipo de caso (abstracto), de dos derechos o principios en conflicto, se busca definir en vía puramente abstracta el significado de los derechos o principios relevantes. Pero está claro que esto no puede ser considerada como una operación puramente semántica: es más bien una operación valorativa. Además, las limitaciones impuestas empleando definiciones no son más que el resultado de otros casos judiciales de ponderación entre los derechos, principios e intereses relevantes, realizados por el tribunal de una manera encubierta. La ponderación (¿de qué otra forma se podría establecer que en caso de la *free speech* es más importante que la protección de los sentimientos religiosos, o viceversa? ¿O que, frente a la libertad de prensa, el derecho a la *privacy* de un hombre político es menos “resistente” que el derecho a la intimidad de un ciudadano común?) se encuentra presente, pero no de manera explícita: se oculta detrás de la técnica de emplear definiciones y, por tanto, no está sujeta a discusión pública.

Así, por una parte, sería un poco incongruente imaginar una Constitución formada exclusivamente por reglas (la ponderación realizada únicamente por el legislador constitucional), y por otro lado no parece muy deseable un modelo de argumentación constitucional en el que los jueces traten las normas que atribuyen derechos fundamentales como reglas.

Sin embargo, aún se podría imaginar una Constitución “de principios”, cuya aplicación sea completa y exclusivamente tarea del legislador. De esta manera, los tribunales estarían excluidos de la gestión de los derechos fundamentales, y únicamente se ocuparían de la aplicación de las normas legales, sin ninguna competencia para cuestionar su validez en nombre de los derechos fundamentales. Esto es ciertamente concebible, pero tendríamos que analizar si también es un modelo útil, normativamente deseable: no voy a abordar este aspecto en este ensayo, pero en otro lugar he tratado de argumentar que una organización giuspolitica en donde existe una forma de control judicial de la constitucionalidad de las leyes brinda mejores alternativas a los ideales constitucionalistas del poder limitado e incluso a una cierta variación de la misma democracia que, siguiendo a Philip Pettit, podríamos llamar “democracia rebelde”<sup>25</sup>.

#### 4. Derecho y técnicas ponderativas: hacia un modelo integral

El argumento que estoy desarrollando es un intento de respuesta a las críticas según las cuales la Era de la ponderación termina con la Era de derechos. Y ya he admitido que esta crítica no está del todo fuera de lugar pues parece que, efectivamente, contiene un núcleo de verdad.

De hecho, es cierto: los derechos fundamentales, como los formulados por el constitucionalismo de los derechos, son entidades un tanto extrañas, diferentes de esa imagen de “escudo”, de perentoriedad, de la barrera de protección contra la interferencia indebida, y de importancia, que intuitivamente asociamos a la idea de los derechos. Por el contrario, los derechos reconocidos por el constitucionalismo de los derechos son entidades muy maleables en dos direcciones.

24 Se puede ver, por ejemplo, el conjunto de todas las acciones comunicativas que la Corte Suprema de USA ha poco a poco sustraído del ámbito de aplicación de la protección constitucional del *free speech* (protección que, a juzgar por la formulación de la *First Amendment*, debería ser absoluta) in Schauer, “The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience”; sobre este punto cfr. también Halberstam, “Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights”.

25 G. Pino, “Proporzionalità, diritti, democrazia”, en *Il principio di proporzionalità nel prisma dell'ordinamento giuridico*, eds. V. Manes y G. Scaccia (Torino: Giappichelli, 2014); los trabajos de Pettit a los cuáles se hace referencia en el texto son: P. Pettit, “Republican Freedom and Contestatory Democratization”, en *Democracy's Value*, eds. I. Shapiro y C. Hacker-Cordon (Cambridge: Cambridge U.P., 1999), 163 - 90; P. Pettit, “Democracy, Electoral and Contestatory”, en *Designing Democratic Institutions*, eds. I. Shapiro y S. Macedo, NOMOS XLII (New York: New York U.P., 2000).



Por un lado, los derechos tienen una capacidad de expansión al punto de poder ser invocados en las situaciones más inesperadas, con el riesgo de generar inflación y trivialización de los derechos mismos<sup>26</sup>.

Por otro lado, los derechos son comprensibles, son derechos solamente *prima facie*; y tener un derecho *prima facie* no significa mucho, al menos hasta que no se logre convencer a alguien (una corte) de que, a fin de cuentas, ese derecho debe efectivamente prevalecer sobre las consideraciones como estas conflictivas.

De acuerdo. Pero el hecho de que los derechos son comprensibles no implica necesariamente que los derechos deban ser concebidos como indefinidamente comprensible. Es bastante posible combinar el método de la ponderación (y el test de proporcionalidad, que incluye la ponderación misma) con la idea de que exista un área de inviolabilidad interna en el derecho, una esfera que está sustraída a posteriores ejercicios de ponderación<sup>27</sup>. Esto es exactamente lo que hacen las varias cortes constitucionales, como aquella italiana y la alemana, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando hacen uso de la idea del núcleo esencial de los derechos fundamentales<sup>28</sup>. El núcleo esencial es aquella esfera del derecho que si viene eliminada el derecho se torna irreconocible, vacío. Por lo tanto, a partir de una ponderación “bien hecha”, “razonable”, una razonable limitación de los derechos en juego a través del test de proporcionalidad, se identificarán todas aquellas manifestaciones que quedarán fuera del alcance de esta zona intangible.

Por lo tanto, el área total de un derecho fundamental existirán áreas “periféricas”, fácilmente sacrificables en caso de conflicto con otros derechos e intereses constitucionales que sean más importantes en las circunstancias dadas (por ejemplo, sobre el derecho de la libertad de expresión, por lo general se sacrifica la libertad de proferir insultos racistas, especialmente en contextos en los que se puede esperar una reacción violenta); y existirán zonas “duras”, más resistentes a la ponderación, o incluso intangibles (por ejemplo, es muy fuerte y quizás inviolable la libertad de expresar opiniones de carácter político)<sup>29</sup>. No hay nada que ganar desde el punto de vista de la claridad descriptiva y de coherencia teórica en la descripción de una limitación a la libertad de expresar las opiniones políticas y una limitación a la libertad de proferir insultos racistas como dos casos *exactamente idénticos* de sacrificio de la libertad de expresión. Y este discurso resulta válido, por supuesto, tanto para la ponderación legislativa como para aquella jurisdiccional<sup>30</sup>.

Evidentemente, también la idea del núcleo esencial no es en sí totalmente inmune al problema de la ponderación. En primer lugar, debido a que la misma identificación del

26 Para algunos ejemplos M. Kumm, “The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review”, *Law & Ethics of Human Rights* 4, 2 (2010): 151; G. Tuzet, “Le conseguenze dei diritti”, *Ragion pratica* 31 (2008): 375-91.

27 J. Rivers, “Proportionality and Variable Intensity of Review”, *Cambridge Law Journal* 65, 1 (2006): 180; M. Kumm, “Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement”, en *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. G. Pavlakos (Oxford: Hart, 2007), 147-148.

28 Recientemente, la Corte Constitucional n. 85/2013 (caso Ilva), “La Constitución italiana, al igual que otras constituciones democráticas y pluralistas contemporáneas, requiere una continua y mutua ponderación entre los principios y derechos fundamentales, sin pretensiones de absolutismo para cualquiera de estos. [...] El punto de equilibrio, en tanto es dinámico y no se fija de antemano, debe ser valorado - por el legislador en la dación de las normas y por los jueces al momento del fallo en sede de control - según criterios de proporcionalidad y razonabilidad, tales como para no permitir un sacrificio de sus núcleos esenciales”.

Para el Tribunal de Justicia Europeo, ver Sentencia de 13 de diciembre de 1979, causa 44/79, *Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz*.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver Sentencia de 17 de octubre de 1986, *Rees c. Reino Unido* («The limitations thereby [scilicet, nell'art. 12] introduced must not restrict or reduce the right in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired»; § 50); Sentencia 18 diciembre de 1987, *F. c. Switzerland* («the disputed measure, which affected the very essence of the right to marry, was disproportionate to the legitimate aim pursued. There was, therefore, a violation of Article 12»; § 40) (la cursiva es nuestra).

29 Para un punto de vista afín J. Feinberg, *Social Philosophy* (Upper Saddle River (NJ): Prentice Hall, 1973), 79-83.

30 Cfr. Hart, *Between Utility and Rights*, 206-207; A. Pintore, “Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore (2008)”, en *Democrazia e diritti. Sette studi analitici* (Pisa: ETS, 2010), 144-145. Para la idea de que la ponderación lleva necesariamente al sacrificio de un derecho o principio en conflicto R. Guastini, “Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali”, *Ragion pratica* (2006b): 151-62.

núcleo se puede considerar, a su vez, como el resultado de la ponderación<sup>31</sup>. En segundo lugar, porque los contornos del núcleo esencial pueden también cambiar dependiendo de las circunstancias, y esto es nuevamente un juicio de ponderación. En tercer lugar, porque no se puede excluir la posibilidad de un conflicto entre los mismos núcleos esenciales de dos derechos fundamentales y, entonces, se tendría que adoptar nuevamente la ponderación de los dos derechos “en igualdad de condiciones”, sabiendo que uno de ellos será inevitablemente sacrificado (y este tipo de conflicto entre derechos bien podrá ser calificado como un caso “trágico”)<sup>32</sup>. Pero ello no afecta que en muchos casos el núcleo esencial del derecho gozará de una prevalencia estable sobre otros derechos e intereses.

## 5. Bibliografía

Aleinikoff, T.A. 1987. *Constitutional Law in the Age of Balancing*. *Yale Law Journal* 96: 943-1005.

Alexy, R. 2000. On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris* 13: 294-304.

\_\_\_\_\_. 2010. The Construction of Constitutional Rights. *Law & Ethics of Human Rights* 4, 1: 20-32.

\_\_\_\_\_. 2012. *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. *Teoria dei diritti fondamentali*. Bologna: il Mulino.

Atienza, M. 1991. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

\_\_\_\_\_. 1997. Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos. *Isonomía* 6: 7-30.

Barak, A. 2012. *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge U.P.

Barberis, M. 2012. *Stato costituzionale*. Modena: Mucchi.

Barile, P. 1984. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: il Mulino.

Beatty, D. 2004. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford U.P.

Bellamy, R. 2007. *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutional Democracy*. Cambridge: Cambridge U.P.

Betti, E. 1971. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè.

Bin, R. 2000. Diritti e fraintendimenti. *Ragion pratica* 14: 15-25.

\_\_\_\_\_. 2002. Ragionevolezza e divisione dei poteri. *Diritto & Questioni pubbliche* 2.

\_\_\_\_\_. 2007. Che cos'è la costituzione? *Quaderni costituzionali* 1: 11-52.

Bobbio, N. 1990. *Letà dei diritti*. Torino: Einaudi.

31 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 325-326; A. Tancredi, “L'emersione dei diritti fondamentali “assoluti” nella giurisprudenza comunitaria”, *Rivista di diritto internazionale* 3 (2006): 692; G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, 162.

32 Sobre la noción de “caso trágico”, cfr. M. Atienza, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 251-252; M. Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía* 6 (1997): 7-30; J. Bomhoff y L. Zucca, “The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights”, *European Constitutional Law Review* 2, 3 (2006): 424-42.

Bomhoff, J. y L. Zucca. 2006. The Tragedy of Ms Evans: Conflicts and Incommensurability of Rights. *European Constitutional Law Review* 2, 3: 424-42.

Çali, B. 2007. Balancing Human Rights? Methodological Problems with Weights, Scales and Proportions. *Human Rights Quarterly* 29: 251-270.

Celano, B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino.

Cohen-Eliya, M. e I. Porat. 2013. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge U.P.

Crisafulli, V. 1941. Per una determinazione del concetto dei principi generali del diritto. *Rivista internazionale di filosofia del diritto* I-II: 41-63; III: 157-81; IV-V: 230-64.

Diciotti, E. 2006. *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*. Bologna: il Mulino.

Dworkin, R. 1977. *Taking Rights Seriously*. London: Duckworth.

\_\_\_\_\_. 1984. Rights as Trumps. En *Theories of Rights*, ed. J. Waldron, 153 - 67. Oxford: Oxford U.P.

Facchi, A. 2013. *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*. Bologna: il Mulino.

Feinberg, J. 1973. *Social Philosophy*. Upper Saddle River (NJ): Prentice Hall.

Ferrajoli, L. 2000. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza costituzionale* 3: 2809-11.

\_\_\_\_\_. 2013. *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e progetto politico*. Roma-Bari: Laterza.

Gianformaggio, L. 1997. Tempo della costituzione, tempo della consolidazione. *Politica del diritto* 4: 527-51.

Guastini, R. 1986. Produzione di norme a mezzo di norme. En *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, eds. L. Gianformaggio, E. Lecaldano, Laterza, 173 - 201. Roma-Bari.

\_\_\_\_\_. 2006a. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*. Torino: Giappichelli.

\_\_\_\_\_. 2006b. Ponderazione. Un'analisi dei conflitti tra principi costituzionali. *Ragion pratica*: 151-62.

Habermas, J. 2013. *Faktizität und Geltung* (1992), trad. it. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.

Halberstam, D. 2007. Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights. *I-CON International Journal of Constitutional Law* 5, 1: 166-82.

Hart, H.L.A. 1983. *Between Utility and Rights* (1973). En *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon.

Holmes, S., Sunstein, C. 2000. *The Cost of Rights* (1999), trad. it. *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, il Mulino.

Ignatieff, M. 2003. *Human Rights as Politics and Idolatry* (2001), trad. It. *Una ragionevole apologia dei diritti umani*. Milano: Feltrinelli.

Kumm, M. 2006. Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law. *German Law Journal* 7, 4: 341-69.

\_\_\_\_\_. 2007. Political Liberalism and the Structure of Rights: On the Place and Limits of the Proportionality Requirement. En *Law, Rights, Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, ed. G. Pavlakos, 131-166. Oxford: Hart.

\_\_\_\_\_. 2010. The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review. *Law & Ethics of Human Rights* 4, 2: 141-75.

Luciani, M. 2006. Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polémico. *Giurisprudenza costituzionale* 51, 2: 1643-68.

Mazzarese, T. 2006. Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista? *Ragion pratica* 1: 179-208.

Modugno, F. 2000. Principi e norme. La funzione limitatrice dei principi e i principi supremi o fondamentali. En *Esperienze giuridiche del '900*, 85-113. Milano: Giuffrè.

Nozick, R. 2005. *Anarchy, State, and Utopia* (1974), trad. it. *Anarchia, stato e utopia*. Milano: il Saggiatore.

Pace, A. 1993. Diritti "fondamentali" al di là della costituzione? *Politica del diritto* 1, 3-11.

\_\_\_\_\_. 2001. Metodi interpretativi e costituzionalismo. *Quaderni costituzionali* 1: 35-62.

\_\_\_\_\_. 2007. Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori. En *Interpretazione costituzionale*, ed. G. Azzariti, 83-113. Torino: Giappichelli.

Pedriani, F. 2013. *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*. Bologna: Bononia U.P.

Pettit, P. 1999. Republican Freedom and Contestatory Democratization. En *Democracy's Value*, eds. I. Shapiro y C. Hacker-Cordon, 163-90. Cambridge: Cambridge U.P.

\_\_\_\_\_. 2000. Democracy, Electoral and Contestatory. En *Designing Democratic Institutions*, eds. I. Shapiro y S. Macedo, NOMOS XLII. New York: New York U.P.

Pildes, R. 1994. Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law. *Hastings Law Journal* 45: 711-51.

\_\_\_\_\_. 2002. The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing. *Review of Constitutional Studies - Revue d'études constitutionnelles* 6: 179-212.

Pino, G. 2007. La "lotta per i diritti fondamentali" in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico. En *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, eds. I. Trujillo y F. Viola, 109-41. Bologna: il Mulino

\_\_\_\_\_. 2008. Il linguaggio dei diritti. *Ragion pratica* 31: 393-409.

\_\_\_\_\_. 2009. Principi e argomentazione giuridica. *Ars Interpretandi*: 131-58.

\_\_\_\_\_. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*. Bologna: il Mulino.

\_\_\_\_\_. 2013a. Norma giuridica. En *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, eds. G. Pino, A. Schiavello y V. Villa, 144-83. Torino: Giappichelli.

- \_\_\_\_\_. 2013b. Crisi dell'età dei diritti? *Etica & Politica* XV, 1: 87-119.
- \_\_\_\_\_. 2014. Proporzionalità, diritti, democrazia. En *Il principio di proporzionalità nel prisma dell'ordinamento giuridico*, eds. V. Manes y G. Scaccia. Torino: Giappichelli (in corso di stampa).
- Pintore, A. 2010. Le due torri. Diritti e sicurezza ai tempi del terrore (2008). En *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, 144-145. Pisa: ETS.
- Prieto Sanchís, L. 2004. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*: 47-72.
- Raz, J. 1975. *Practical Reason and Norms*. Oxford: Oxford U.P.
- Rivers, J. 2006. Proportionality and Variable Intensity of Review. *Cambridge Law Journal* 65, 1: 174-207.
- Scalia, A. 1989. The Rule of Law as a Law of Rules. *University of Chicago Law Review* 56: 1175-88.
- Schauer, F. 2004. The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience. *Harvard Law Review* 117, 6: 1765-1809.
- \_\_\_\_\_. 2005. "Freedom of Expression Adjudication in Europe and the United States: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture". En *European and US Constitutionalism*, ed. G. Nolte. Cambridge: Cambridge U.P.
- Schiavello, A. 2013. La fine dell'età dei diritti. *Etica & Politica* XV, 1: 120-45.
- Stone Sweet, A. y J. Matthews. 2008. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47: 73-165.
- Tancredi, A. 2006. L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria. *Rivista di diritto internazionale* 3: 643-92.
- Tsakyrakis, S. 2009. Proportionality: An Assault on Human Rights?. *I-CON International Journal of Constitutional Law* 7, 3: 468-93.
- Tuzet, G. 2008. Le conseguenze dei diritti. *Ragion pratica* 31: 375-91.
- Waldron, J. 1999. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford U.P.
- Webber, G. 2009. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge U.P.
- \_\_\_\_\_. 2010. Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence* 23: 179-202
- Weinrib, L. 2007. The Postwar Paradigm and American Exceptionalism. En *Migration of Constitutional Ideas*, ed. S. Choudhry, 83-113. Cambridge: Cambridge U.P.
- Zaccaria, G. 1998. Precomprensione, principi e diritti nel pensiero di Josef Esser, *Ragion pratica* 11: 137-56.
- Zagrebelsky, G. 2008. *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: il Mulino.