

# **LOS PRINCIPIOS Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.**

**Homenaje a Robert Alexy  
en su 70 Aniversario**

MARÍA ELÓSEGUI ITXASO (Coordinadora)

# ÍNDICE

## **17 PRÓLOGO**

*María Elósegui Itxaso*

## **23 PRESENTACIÓN**

*Juan-Luis Gómez Colomer*

## **27 UN CONCEPTO NO POSITIVISTA DE DERECHO FUNDAMENTAL. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y MORAL**

*Robert Alexy*

- 28 I. INFRAMORALIZACIÓN Y SUPRAMORALIZACIÓN
- 29 II. ELEMENTOS BÁSICOS DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS
- 34 III. LA DOBLE NATURALEZA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- 39 IV. FÓRMULA DEL PESO Y ARGUMENTACIÓN

## **47 EL CONCEPTO NO-POSITIVISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y MORAL**

Comentario a la Ponencia del Dr. Robert Alexy

*Gregorio Robles Morchón*

- 48 I. INTRODUCCIÓN
- 48 II. UN POCO DE DERECHO COMPARADO

56	III. LAS TESIS DE ALEXY
57	IV. ALGUNAS AMBIGÜEDADES O VAGUEDADES
59	V. ¿QUÉ POSITIVISMO?
61	VI. DERECHO Y MORAL. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA COMO ARGUMENTACIÓN MORAL
62	VII. DERECHO Y JUEGO
63	VIII. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO SON PRINCIPIOS SINO DERECHOS SUBJETIVOS
65	IX. DERECHOS HUMANOS, DERECHOS MORALES, DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHOS SUBJETIVOS
66	X. CONCLUSIONES

## **71 LA PONDERACIÓN EN LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL DERECHO**

*Martin Borowski*

72	I. INTRODUCCIÓN
76	II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA SEGÚN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO
78	1. Las jerarquías típicas de los órdenes jurídicos modernos
82	2. Condición y derogación
84	3. Creación de derecho y aplicación del derecho
85	4. La interpretación y concreción del derecho
86	III. LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA PONDERACIÓN EN LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS
86	1. La diferenciación entre reglas y principios
88	2. Principios materiales y formales
90	3. La ley de colisión
90	4. Las leyes de la ponderación y la fórmula del peso
91	IV. ACERCA DE LA RECONSTRUCCIÓN DE LA PONDERACIÓN EN LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA
91	1. Acerca de la “ <i>estructura jerárquica iuspositivista</i> ” y el “ <i>argumento de principios no iuspositivista</i> ”
94	2. Acerca del rechazo de la ponderación por parte de Kelsen
95	3. La concreción del derecho mediante la ponderación
96	4. La distribución de la ponderación entre varios niveles jerárquicos
99	5. La ponderación auténtica y no auténtica
100	V. CONCLUSIÓN

**101 PONDERACIÓN DE DERECHOS Y ESTRUCTURA  
JERÁRQUICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO.  
LA PERSPECTIVA ESPAÑOLA**

Comentario a la Ponencia del Dr. Martin Borowski

*Ignacio Torres Muro*

- 102 I. INTRODUCCIÓN
- 102 II. LA COMPATIBILIDAD ENTRE PONDERACIÓN  
Y JERARQUÍA “*AL HISPÁNICO MODO*”
- 104 III. LA PONDERACIÓN EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA
- 108 IV. LA PONDERACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA  
CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA
- 110 V. CONCLUSIONES

**111 TEORÍA DE UN FANTASMA:  
LA BÚSQUEDA INFRUCTUOSA DE LA TEORÍA  
DE LOS PRINCIPIOS POR SU OBJETO**

*Ralf Poscher*

- 112 I. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO EN LA TEORÍA  
DE LOS PRINCIPIOS
- 119 II. LA OBJECCIÓN DE LA SUPERFLUIDAD
- 123 1. La tesis de la posibilidad
- 124 a) *Lectura reconstructiva*
- 127 b) *Lectura constructiva*
- 128 2. La tesis de la necesidad
- 129 a) *El argumento de la normatividad*
- 131 b) *El argumento de la colisión*
- 134 III. LA OBJECCIÓN DE LA EXISTENCIA
- 136 IV. POR QUÉ LOS MANDATOS DE OPTIMIZACIÓN EN LA  
TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS SON INSUFICIENTES
- 139 V. EL BUEN SENTIDO DEL DISCURSO SOBRE LOS  
PRINCIPIOS JURÍDICOS

## **143 ACERCA DE LA CRÍTICA DE RALF POSCHER A LAS TESIS DE ROBERT ALEXY**

Comentario a la Ponencia del Dr. Ralf Poscher

*Fernando Lousada Arochena*

- 145 I. UNA APROXIMACIÓN GENERAL A LAS CRÍTICAS  
DOCTRINALES A LAS TESIS DE ALEXY
- 147 II. UN APUNTE SOBRE LAS CRÍTICAS PREVIAS DE POSCHER  
A LAS TESIS DE ALEXY
- 148 III. LA CRITICA ESENCIAL DE POSCHER A ALEXY: SOBRE LA  
SUPERFLUIDAD DE LOS PRINCIPIOS Y SU (IN)EXISTENCIA
- 153 IV. ALGUNAS REFLEXIONES DESDE LA EXPERIENCIA PERSONAL

## **157 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN ROBERT ALEXY Y LOS ACOMODAMIENTOS RAZONABLES EN LA SENTENCIA EWEIDA CONTRA REINO UNIDO DEL TEDH**

*María Elósegui Itxaso*

- 158 I. INTRODUCCIÓN
- 162 II. PARALELISMO ENTRE EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE  
Y LA DOCTRINA ALEMANA SOBRE EL PRINCIPIO DE  
PROPORCIONALIDAD Y LA PONDERACIÓN SEGÚN ALEXY
- 167 III. LA NOVEDAD DE LA SENTENCIA EWEIDA: EL  
ACOMODAMIENTO RAZONABLE
- 169 IV. LOS HECHOS DEL CASO
- 171 V. LOS ARGUMENTOS DEL GOBIERNO BRITÁNICO Y DEL TEDH
- 173 VI. PROPORCIONALIDAD ENTRE LOS FINES DE LA COMPAÑÍA Y  
LOS MEDIOS EMPLEADOS
- 176 VII. EL DERECHO A MANIFESTAR LAS CREENCIAS COMO  
DERECHO DEL INDIVIDUO EN EL LUGAR DE TRABAJO
- 180 VIII. BIBLIOGRAFÍA

**187 LUCES Y SOMBRAS EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TEDH SOBRE EL ART. 9 DEL CONVENIO**

Comentario a la Ponencia de la Dra. María Elósegui Itxaso

*María José Roca Fernández*

- 188 I. INTRODUCCIÓN
- 189 II. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, ¿ES SEPARABLE DEL MARGEN DE APRECIACIÓN?
- 192 III. EL ACOMODAMIENTO RAZONABLE, ¿ES LA ÚNICA SOLUCIÓN CORRECTA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE DERECHOS FUNDAMENTALES?
- 192 1. El acomodamiento razonable no exime al juez del cumplimiento de los criterios interpretativos de la ley dentro de su propio ordenamiento
- 196 2. El acomodamiento razonable y el margen de discrecionalidad de los Estados
- 197 IV. LA OPTIMIZACIÓN DENTRO DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD O DEL ACOMODAMIENTO RAZONABLE
- 200 V. CONSIDERACIONES FINALES
- 202 VI. BIBLIOGRAFÍA

**207 LEY Y JUSTICIA EN CONFLICTO. LA FÓRMULA DE RADBRUCH EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL**

*Carsten Bäcker*

- 208 I. LA FÓRMULA DE RADBRUCH
- 211 II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL
- 212 1. Injusticia nacionalsocialista
- 217 2. La sentencia de los centinelas del muro
- 218 a) *Restricción de la prohibición de retroactividad*
- 220 b) *La justicia como argumento*
- 222 III. ¿UNA RESPUESTA A LA CUESTIÓN DEL POSITIVISMO?
- 225 IV. BIBLIOGRAFÍA

## **229 TODO EXCESO ES INSANO, TAMBIÉN PARA EL DERECHO**

Comentario a la Ponencia del Dr. Carsten Bäcker

*José Antonio Seoane Rodríguez*

230 I. LA FÓRMULA DE RADBRUCH

233 II. LA FÓRMULA DE RADBRUCH Y LA FÓRMULA DE ALEXY

236 III. LA FÓRMULA DE RADBRUCH SEGÚN CARSTEN BÄCKER

238 IV. VALORACIÓN CRÍTICA

238 1. Gustav Radbruch

240 2. Robert Alexy

243 3. Carsten Bäcker

245 V. TRES ARGUMENTOS FINALES

245 1. Más allá del legalismo: constitucionalización y superación  
del marco del Estado

246 2. La positividad del Derecho

246 3. Validez, vigencia y eficacia

# **ANEXO**

## **PONENCIAS EN ALEMÁN / REDEBEITRÄGE AUF DEUTSCH**

### **251 EIN NICHTPOSITIVISTISCHER GRUNDRECHTSBEGRIFF. ZUM VERHÄLTNIS VON PRINZIPIENTHEORIE, GRUNDRECHTEN UND MORAL**

*Robert Alexy*

- 252 I. UNTERMORALISIERUNG UND ÜBERMORALISIERUNG
- 253 II. GRUNDELEMENTE DER PRINZIPIENTHEORIE
- 253 1. Regeln und Prinzipien
- 254 2. Verhältnismäßigkeit
- 256 3. Gewichtsformel
- 258 III. DIE DOPPELNATUR DER GRUNDRECHTE
- 258 1. Positivistische und nichtpositivistische Grundrechtskonzeptionen
- 258 2. Menschenrechte als moralische Rechte
- 259 3. Drei Einwände gegen die Doppelnaturthese
- 263 IV. GEWICHTSFORMEL UND ARGUMENTATION
- 263 1. Kalkulation und Argumentation
- 264 2. Die Argumentationsthese
- 267 3. Vernünftige Nichtübereinstimmung

### **271 DIE ABWÄGUNG IM STUFENBAU DES RECHTS**

*Martin Borowski*

- 276 I. DIE GRUNDZÜGE DES STUFENBAUS DES RECHTS  
NACH DER REINEN RECHTSLEHRE
- 278 1. Die typischen Stufen in modernen Rechtsordnungen
- 282 2. Bedingung und Derogation
- 284 3. Rechtserzeugung und Rechtsanwendung
- 284 4. Interpretation und Konkretisierung des Rechts
- 285 II. DIE GRUNDZÜGE DER PRINZIPIENTHEORETISCHEN  
ABWÄGUNG
- 286 1. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien
- 287 2. Materielle und formelle Prinzipien
- 289 3. Das Kollisionsgesetz
- 290 4. Die Abwägungsgesetze und die Gewichtsformel



- 290 III. ZUR REKONSTRUKTION DER ABWÄGUNG IM STUFENBAU
- 291 1. Zum „rechtspositivistischen Stufenbau“ und dem „nichtpositivistischen  
Prinzipienargument“
- 293 2. Zu Kelsens Ablehnung der Abwägung
- 294 3. Die Konkretisierung des Rechts durch Abwägung
- 295 4. Die Verteilung der Abwägung über mehrere Stufen
- 299 5. Authentische und nicht authentische Abwägung
- 299 IV. ERGEBNIS

**301 THEORIE EINES PHANTOMS.  
DIE ERFOLGLOSE SUCHE DER PRINZIPIENTHEORIE  
NACH IHREN GEGENSTAND**

*Ralf Poscher*

- 302 I. DER PRINZIPIENBEGRIFF DER PRINZIPIENTHEORIE
- 309 II. DER ÜBERFLÜSSIGKEITSEINWAND
- 313 1. Die Möglichkeitsthese
- 314 a) *Rekonstruktive Lesart*
- 318 b) *Konstruktive Lesart*
- 319 2. Notwendigkeitsthese
- 320 a) *Das Normativitätsargument*
- 321 b) *Das Kollisionsargument*
- 324 III. DER EXISTENZEINWAND
- 327 IV. WARUM OPTIMIERUNGSgebOTE DER PRINZIPIENTHEORIE  
NICHT AUSREICHEN
- 330 V. DER GUTE SINN DER REDE VON RECHTSPRINZIPIEN

**333 DAS VERHÄLTNISSMÄSSIGKEITSPRINZIP NACH ALEXY  
UND DIE VERHÄLTNISSMÄSSIGEN ANPASSUNGEN  
IN DER ENTSCHEIDUNG DES EUROPÄISCHEN  
GERICHTSHOFS FÜR MENSCHENRECHTE (EGMR)  
IM FALL *EWEIDA* UND ANDERE GEGEN DAS  
VEREINIGTE KÖNIGREICH**

*María Elósegui Itxaso*

- 334 I. EINLEITUNG

- 338 II. PARALLELEN ZWISCHEN DER VERHÄLTNISSMÄSSIGEN ANPASSUNGEN UND DER DEUTSCHEN LEHRE ZUM GRUNDSATZ DER VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT UND ABWÄGUNG NACH ALEXY
- 343 III. DIE NEUHEIT DES URTEILS EWEIDA: DIE VERHÄLTNISSMÄSSIGE ANPASSUNG
- 345 IV. DER SACHVERHALT
- 349 V. DIE ARGUMENTE DER BRITISCHEN REGIERUNG UND DES EGMR
- 351 VI. DIE VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT ZWISCHEN DEN ZIELEN DES UNTERNEHMENS UND DEN ANGEWENDETEN MASSNAHMEN
- 353 VII. DAS RECHT AUF ÖFFENTLICHES RELIGIONSBEKENNTNIS ALS INDIVIDUALRECHT AM ARBEITSPLATZ
- 358 VIII. BIBLIOGRAFIE

**367 GESETZ UND GERECHTIGKEIT IM KONFLIKT DIE RADBRUCHSCHE FORMEL IN DER RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS**

*Carsten Bäcker*

- 368 I. DIE RADBRUCHSCHE FORMEL
- 371 II. DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS
- 372 1. Nationalsozialistisches Unrecht
- 378 2. Der Mauerschützenbeschl
- 379 a) *Die Einschränkung des Rückwirkungsverbots*
- 381 b) *Gerechtigkeit als Argument*
- 382 III. EINE ANTWORT AUF DIE POSITIVISMUSFRAGE?
- 386 IV. LITERATUR