

XV

SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PROCESO Y DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD PARA EL DERECHO ACTUAL*

.....

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (Fortaleza, Brasil).

1. El presente estudio parte de la constatación de que las direcciones más diversas en teoría y filosofía del derecho están apuntando, actualmente, en el sentido de una reflexión sobre los procedimientos a través de los cuales se realiza, con la preocupación de establecer parámetros de justicia y racionalidad para balizarlos, justicia y racionalidad que, a su vez, el derecho tendrá que atender por medio de aquellos procedimientos. La cuestión de la justicia, por ejemplo, por la cual volverán a discutir recientemente los filósofos, en el ámbito de una rehabilitación de la filosofía práctica, es tratada en una de las más importantes doctrinas del momento, la del filósofo norte-americano **John Rawls**, como indisolublemente ligada al procedimiento de su realización, donde la idea que va a buscar en **Brian Barry**, de una “Justicia Procedimental” (*procedural justice*).¹ Esta puede presentarse sobre dos formas: una pura o perfecta, cuando se trata de un procedimiento “estrictamente técnico”, como el de distribuir una tarta entre varias personas (el ejemplo es de **Rawls**), y otra imperfecta, que es la revestida de mayor importancia práctica, de la cual los procesos judiciales (penal, civil etc.) son un ejemplo.²

También la tematización del derecho natural, que hoy se coloca en un terreno menos jurídico, que moral, asume una formulación en los condiscípulos de **Arthur Kaufmann**, como **Winifried Hassemer** y **Gunther Ellscheid**, dotado de carácter eminentemente procedimental, pues para ellos lo que importa no es tanto establecer principios con un contenido moral, sino principios procedimentales (*prozedurale Prinzipien*), para guiar interesados en hacer asertivas dotadas de contenido iusnaturalista.³

Así es que, tanto el iusnaturalismo, como también aquella otra vía que tradicionalmente se le contrapone, por privilegiar el análisis del derecho tal como se presenta en cuanto dato positivo y el llamado positivismo lógico terminan por consagrarse, actualmente, a los problemas en torno de la argumentación jurídica. Ya que es allí donde se define tanto la cuestión de la justicia – enfatizada por los defensores de aquella primera vertiente –, como igualmente la cuestión de la racionalidad – la que más interesa a los positivistas – de los actos practicados para cumplir el derecho. Los estudiosos de tendencia analítica pasan así a ocuparse no sólo con las normas jurídicas que se encuadran en el esquema “previsión normativa/consecuencia jurídica”, las llamadas “reglas”, sino también con aquellas otras sobre las que se erige el ordenamiento jurídico en su totalidad - sin dejar de integrarlo -, que son sus principios fundamentales. Es en este contexto que se coloca la reciente doctrina de **Robert Alexy**, con su modelo de argumentación jurídica e interpretación constitucional basado en la distinción entre reglas, principios y procedimiento (*Regel/Prinzipien/Prozedur-Model*).

2. En este contexto, parece también oportuno aludir al concepto desenvuelto recientemente por el iusfilósofo de Frankfurt, **Rudolf Wiethölter**,⁴ según el cual el derecho, en su estadio presente, ingresa en una fase caracterizada por una necesidad de procedimentalización (*Prozeduralisierung*) en su modo de manifestarse. En ella se consumaría la superación dialéctica (*Aufhebung*) de los dos periodos inmediatamente anteriores – e iniciales – de la sociedad civil moderna, los cuales fueron definidos, en la teoría sociológica de **Max Weber**, por la

tendencia a la formalización, del primero, y materialización, en el segundo, que predomina en el derecho moderno. Esto significa que, en el momento en que se trataba de poner un fin a las formas de dominación feudales y absolutistas, se tienen como función jurídica principal la garantía formal del respeto a la posición social de los individuos y su posibilidad de libre actuación. En seguida, sobreviene la quiebra de este modelo político, por su incapacidad de suplir demandas básicas de la colectividad, lo que lleva al uso del derecho a materializar ciertas exigencias sociales, realizando concretamente la igualdad básica de posiciones de los individuos, antes apenas (pressu)puesta formalmente en la ley. Todavía, así como el control realizado en el momento inicial mediante una intervención jurídica puntual, mínima, provoca daños sociales insoportables, también a la administración constante y ubicua de los diversos sectores de la vida en sociedad, llevada a cabo para cumplir el programa político que se ofrecía como alternativa, termina costando un sacrificio abominable de prerrogativas de los individuos, antes garantizadas, aunque mínima y formalmente.

Traspolando los términos del dilema en el ámbito del derecho constitucional, da como resultado una tensión entre aquellos derechos fundamentales que se pueden llamar tradicionales, surgidos para la protección de una esfera de libertades civiles de los individuos y, de otro lado, los derechos fundamentales previstos para asegurar la concretización de objetivos de la colectividad. La decisión sobre cual de los dos debe prevalecer no puede ser tomada sin verificar previamente las situaciones de conflicto, en las que adviene la inadecuación de las normas generales y abstractas para regularlas. Lo que se precisa y se puede, entonces, hacer, es establecer procedimientos para que se llegue a estas decisiones, estos procedimientos que naturalmente, deberán ser dotados de determinadas características para cumplir la función socio-política que asumen en este contexto. La adopción de un procedimiento para tomar decisiones favorece el acatamiento y aceptación de lo decidido por los participantes en ello, según la conocida tesis luhmanniana de la “legitimidad por el procedimiento”, como por los otros, ausentes, desde que no se “cierra” la cuestión, dejándola abierta para ser decidida de manera diferente en el futuro, en situaciones diversas. Es de fundamental importancia, al estructurarse un procedimiento, que se le permita a la integración del mayor número posible de

puntos de vista sobre la cuestión a decidir, y también que la decisión alcanzada pueda sufrir modificaciones, ante la experiencia adquirida al aplicarla.

Otro aspecto de la “procedimentalización” del derecho sería su progresiva “desjurisdicción” (*Entrechtlichung*), consecuencia paradójica de la intensiva “jurisdicción” (*Verrechtlichung*), causada por la modernización de la sociedad, y que hoy se vuelve inocua y contraproducente.⁵ La nueva constitución brasileña, por ejemplo, revela eso muy bien, por el ánimo del legislador constituyente, de reglamentar los más diversos sectores de la vida social, para atender las expectativas de quien lo investió del poder para elaborar el texto constitucional. Cabe todavía al legislador ordinario hacer viable el cumplimiento de una serie de mandamientos constitucionales por medio de leyes complementarias. No espérese, todavía, de una “inflación legislativa” las soluciones definitivas para la compleja problemática nacional, pues siempre permanecerá decisivo el proceso en el que se interpreta y aplica el derecho constitucional – algunas veces, en el límite, *contra legem*.

También se tiene que resaltar que la idea de procedimentalización del derecho se encuentra situada en el ámbito de una teoría crítica (= filosofía) de la sociedad, como la que esta asume en el pensamiento de su representante actual, **Jürgen Habermas**.⁶ Se trata de un “camino del medio”, una vía más discreta, que se ofrece como alternativa a los proyectos grandiosos, con sus promesas de tener la fórmula de resolución de todos los problemas. Ante la complejidad del mundo (pos-)moderno, las mejores soluciones sólo aparecen cuando se busca colocar las opiniones divergentes en comunicación, partiendo de un consenso en torno a la posibilidad de llegar a un entendimiento mutuo; por ello no se puede partir de ideas preconcebidas, con la pretensión de imponerlas a los demás. Lo mejor para hacer es dejar que la solución se muestre, pragmáticamente, en la situación comunicativa; y de antemano se puede reflejar sobre el procedimiento a ser empleado para llegar a soluciones que armonicen derechos individuales y colectivos, bien como los intereses públicos, en base en el principio de proporcionalidad.

3. La idea subyacente a la “proporcionalidad” (*Verhältnismässigkeit*), noción dotada actualmente de un sentido técnico en el derecho público y

teoría del derecho germánico, es decir, la de una limitación del poder estatal en beneficio de la garantía de integridad física y moral de los que le están subrogados, se confunde en su origen, como es fácil percibir, con el nacimiento del moderno Estado de derecho, respaldado en una constitución, en un documento formalizador del propósito de mantenerse el equilibrio entre los diversos poderes que forman el Estado y el respeto mutuo entre éste y aquellas personas sometidas a ello, a quien son reconocidos ciertos derechos fundamentales inalienables. Un marco histórico para el surgimiento de este tipo de formación política se acostumbra apuntar en la Magna Charta inglesa de 1215, en la cual aparece mencionada, cuando establece: “El hombre libre no debe ser punido por un delito menor, sino en la medida de este delito, de acuerdo con su gravedad”. Esta especie de contrato entre la corona y los señores feudales es el origen del “*Bill of Rights*”, de 1689, donde entonces adquieren fuerza de ley los derechos frente a la corona, extendidos ahora a los súbditos en su conjunto.

Para este reconocimiento, el soporte doctrinario viene de los teóricos del derecho natural, con sus tesis sobre la libertad innata a los individuos y su igualdad entre sí, de las cuales resultan los derechos humanos fundamentales, reconocidos en la “*Declaration of Rights*” americana, de 1776, y en la “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*”, francesa, de 1789.

Característica del iusnaturalismo, de fondo racionalista, como es sabido, era la creencia en la existencia de principios generales deductibles de la naturaleza humana, en los cuales se debía basar la elaboración científica del derecho. Es así que, en 1791, **Svarez**, en conferencia proferida delante del Rey de Prusia, **Friederich Wilhelm**, propone como principio fundamental del derecho público “que el Estado solamente esté autorizado a limitar la libertad en la medida que sea necesaria para garantizar la seguridad fundamental del Derecho de Policía (*Polizeirecht* o, como hoy se diría, “Derecho Administrativo”); que apenas para evitar un perjuicio de grandes proporciones a la sociedad civil, lo cual se teme venga a ofender la conciencia moral, o la esperanza fundamentada de poderse alcanzar una ventaja considerable y duradora para todos, autorizan al Estado limitar la libertad natural de sus ciudadanos individuales a través de normas de policía”.⁷ En 1802, **von Berg** emplea el término “*verhältnismässig*”, “proporcional”, al tratar de esa posibilidad de

limitación de libertad en virtud de la actividad policial, refiriéndolo a la indemnización de la víctima por el perjuicio sufrido. Es con apoyo en **Otto Mayer**, todavía, que **Wolzenhoff** denomina de “principio de proporcionalidad”, “*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*”, la proposición de validez general (*allgemeingültigen Satz*) que prohíbe a la fuerza policial ir mas allá de lo necesario y exigible para la consecución de su finalidad.⁸

Durante la primera mitad del siglo en curso el principio que ahora tomamos en consideración fue tratado como pertinente sólo a la reglamentación de la actividad policial, destinado a evitar excesos en su práctica, lo cual no es sorprendente, teniendo en cuenta su formulación originaria en el tratamiento de esa materia, como acabamos de verificar. Por otro lado, no se puede olvidar que primitivamente “*Polizei*”, “policía”, es el término definitorio de la actividad estatal como un todo, e incluso la propia noción de “Estado de Derecho”, “*Rechtsstaat*”, es mencionada por la primera vez en obra tratando de esa materia.⁹ Parece probable que aquéllos que primero atinaran para el empleo de un principio de proporcionalidad en los asuntos del Estado ya intencionaban una aplicación amplia, tal como hoy se preconiza.

Ya en el periodo en que no más se confundía el “*Polizeirecht*” con el Derecho Administrativo, sería injusto considerar que en su monografía sobre la aplicación de la norma jurídica y la proporcionalidad, de 1913, **Walter Jellinek**, esté limitándose a tratar el problema refiriéndolo al “Derecho de la Policía”, o, al máximo, al proceso ejecutivo administrativo, como es costumbre aparecer referido en monografías contemporáneas sobre el principio en cuestión.¹⁰ Verdaderamente, es de él el mérito de haber relacionado la proporcionalidad con el problema central del Derecho Administrativo, i.e., la discrecionalidad (*freies Ermessen*), considerando las cuestiones dotadas de igual significado, una vez que las leyes no distinguen el poder discrecional de la policía de aquel de los demás órganos de la administración.¹¹

Con esto se abre la posibilidad de extender la problemática hasta incluir las demás funciones estatales, ya que al órgano judicial también es vedada la arbitrariedad en la aplicación de la ley y el legislativo se encuentra igualmente sometido a un control en su actividad de producción normativa, ya que se debe mantener

dentro de los límites constitucionales. El modo como se dió la “proliferación” del uso de la *Verhältnismässigkeit* en el Derecho de Alemania Federal es lo que a partir de ahora merece tratamiento separado. Para eso se va a examinar la contribución dada por el Tribunal Constitucional alemán (*Bunderverfassungsgericht*), acompañado de cerca en su desarrollo por el desenvolvimiento de la doctrina en el periodo de segundo pos-guerra.

4. La transposición del principio de la proporcionalidad del campo del derecho administrativo para el plano constitucional, de donde puede venir a ser identificado en los más diversos sectores del derecho, se debe en gran parte a las posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional, en Alemania. Esta corte suprema, investida que está por la Ley Fundamental de la tarea de velar en último grado por su cumplimiento y respeto, a partir de un determinado momento, pasa a referir con frecuencia expresiones en su argumentación, que se asocian claramente al “pensamiento de la proporcionalidad”; expresiones tales como “excesivo” (*Übermässig*), “inadecuado” (*unangemessen*), “necesariamente exigible” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), hasta establecer de forma incisiva que el referido principio y la correlata “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*), en cuanto “regla conductora de toda la actividad estatal deducida del principio del Estado de derecho (posee) estructura constitucional”.¹² En decisión anterior, el *Verhältnismässigkeitsprinzip* ya fue presentado como resultante “en el fondo de la esencia de los propios derechos fundamentales”, argumentando, de forma asimilable a la referida doctrina clásica de *Svarez*, que se trata de una “expresión del anhelo general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, ante el poder público, que sólo puede ser limitado si eso es exigido para protección de intereses públicos”.¹³

La cuestión es como fundamentar mejor la inscripción de un principio de proporcionalidad en el plano constitucional, sea deduciéndose de la opción por un Estado de derecho, sea de los propios derechos fundamentales, asume relevancia más doctrinaria, ya que, en la práctica, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional no deja duda en cuanto a su inserción en la “base” del ordenamiento jurídico, como se puede referir de manera figurada a la constitución. Además de eso, nuestro principio aparece relacionado con aquel que se puede

considerar el problema principal a ser resuelto con la adopción de un régimen constitucional por el Estado: aquello del relacionamiento entre él, la comunidad sometida a ello y las personas que la componen, problema a ser resuelto – y regulado por el derecho – de forma equitativamente ventajosa para todas las partes. Para que el Estado, en su actividad, atienda a los intereses de la mayoría, respetando los derechos individuales fundamentales, es necesario no sólo la existencia de normas para demarcar esa actividad – y que, en ciertos casos, ni por voluntad de una mayoría pudiese derogar (Estado de derecho) –, sino también se ha de reconocer y aplicar un principio regulativo para ponderar hasta que punto dar preferencia al todo o a las partes (principio de proporcionalidad), con lo que también no se puede ir más allá de un cierto límite, para no retirar el mínimo necesario a una existencia humana digna de ser llamada así.¹⁴

El *Bundesverfassungsgericht* (abrev. *BVerfG*) emplea el principio tratado, con más frecuencia, para controlar la constitucionalidad de medidas ya tomadas por alguno de los demás poderes estatales, el ejecutivo y el legislativo – especialmente en el que se refiere al respeto de un derecho fundamental de los individuos. Se puede decir que la más alta corte alemana se vale de lo que la doctrina apunta como la tríplice manifestación del “mandamiento de la proporcionalidad” (*Verhältnismässigkeitsgebot*), también llamado “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*): “adecuación” (*Geeignetheit*), “exigibilidad” (*Erforderlichkeit*) y “proporcionalidad en sentido estricto” (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinn*). La primera decisión en que se encuentra una clara y precisa formulación de este pensamiento es de 16.3.1971, en el siguiente pasaje: “El medio empleado por el legislador debe ser adecuado y exigible para que sea alcanzado el fin buscado. El medio es adecuado, cuando con su auxilio se puede promover el resultado deseado, es exigible cuando el legislador no pudiera escoger otro igualmente eficaz, pues sería un medio no -prejudicial o portador de una limitación menos perceptible al derecho fundamental”.¹⁵

Resumidamente se puede decir que una medida es adecuada si cumple su finalidad, exigible por causar el menor perjuicio posible y, finalmente, proporcional en sentido estricto, si las ventajas que traerá superan las desventajas.

Para haber adecuación, lo que importa es la

conformidad con el objetivo (*Zielkonformität*), es la “prestabilidad” para alcanzar el fin (*Zwecktauglichkeit*) de la medida. El *BVerfG* reconoce que el establecimiento de objetivos y de medios para alcanzarlos es un problema de política legislativa (o administrativa), que no cabe a él resolver en substitución de las autoridades constitucionalmente competentes, reservándose para interferir sólo en casos excepcionales y no comunes, donde es patente su inadecuación y objetivamente imprestable la medida, siendo la evaluación realizada para volverla claramente errónea y refutable.¹⁶

La exigibilidad acostumbra a estar asociada a la búsqueda del “medio más suave” (*mildeste Mittel*) dentro de varios posibles, para alcanzar el fin buscado, en el que se reconoce que hay un margen de acción (*Handlungsspielraum*) y campo para realización (*Gestaltungsbereich*) al legislador (y también a la Administración pública).¹⁷ La proporcionalidad en sentido estricto importa en la correspondencia (*Angemessenheit*) entre medio y fin, lo que requiere un examen de como se estableció la relación entre uno y otro, con el “sopesamiento” (*Abwägung*) de su recíproca apropiación, colocando de un lado el interés y el bienestar de la comunidad y de otro lado las garantías de los individuos que la integran, a fin de evitar beneficios excesivos de uno respecto al otro.¹⁸

En este particular, se debe destacar, con relación al control de medidas provenientes de la Administración Pública, que por tratarse de una función estatal siendo ejercida en obediencia a normas preexistentes, no hay tanto que discutir sobre finalidad y objetivos “deseados”, pero sí, por encima de todo, sobre la adecuación de aquellas medidas a tales propósitos, previstos normativamente. Caso de que las mismas supongan limitaciones de derechos fundamentales, se debe verificar antes que nada si el acto administrativo no dejó de corresponder al sentido de la norma que debería realizar concretamente.¹⁹ Es que este acto, así como las decisiones provenientes del poder judicial, se vuelven para la aplicación del derecho en situaciones individuales, en que la importancia del empleo de la proporcionalidad será tanto mayor, en la medida del margen de discrecionalidad dejada por el legislador para la evaluación de las autoridades administrativas (o del órgano judicial). Así, se comprende el desenvolvimiento reciente de la jurisprudencia alemana en el sentido

de controlar la proporcionalidad y adecuación de medidas judiciales en la ejecución civil.²⁰

Así es que se vuelve admisible y también necesaria la atribución de competencia al Estado para tutelar primordialmente el interés público, hacer la debida demarcación de la esfera hasta donde van los intereses particulares y comunitarios para lo que inevitablemente se restringirán derechos fundamentales, para asegurar la mayor eficacia de los mismos, visto que no podrían todos, concretamente, ser atendidos absoluta y plenamente.²¹ Es en esta dimensión, objetiva, que aparecen principios como los de la isonomía y proporcionalidad, engranajes esenciales del mecanismo político-constitucional de acomodación de los diversos intereses en juego, en dicha sociedad, y, luego, indispensables para garantizar la preservación de los derechos fundamentales, donde se incluyen la categoría equiparable de las “garantías fundamentales”.²²

Con **Larenz**, se puede decir que, partiendo de la isonomía en sentido estricto, en cuanto afirmación de la igualdad formal de todos ante la ley, se atribuye derechos civiles y políticos, en cuanto a la distribución de los deberes y cargas correlatas se debe hacer obedeciendo la “igualdad relativa a la proporcionalidad”.²³ El mismo autor, con todo, destaca que hay un sentido propio en que se puede hablar de un principio de proporcionalidad como diferente del principio de igualdad, en cuanto “prohibición de exceso”,²⁴ como nos referíamos más atrás. En su acepción propia, tal como lo concebimos, el principio de proporcionalidad aparece como más importante que la isonomía, incluso si son ambos presupuestos de la propia existencia, jurídico-positiva, de derechos fundamentales, pues en cuanto esta determina, abstractamente, la extensión a todos de estos derechos, es la aplicación de aquél que permite, concretamente, la distribución compatible de los mismos derechos.²⁵

De lo expuesto hasta aquí, se espera haber puesto con suficiente evidencia la íntima conexión entre el principio de proporcionalidad y el concepto anteriormente expuesto del orden jurídico como un conjunto de principios y reglas, a que se agregan procedimientos. Es en los principios que acostumbran a venir consagrados – o “declarados”, si se quiere hacer una concesión a la filosofía iusnaturalista de los derechos humanos – los derechos fundamentales. Como asevera **R. Alexy**, atribuir el carácter de principio a las

normas jurídicas implica lógicamente el reconocimiento de aquel principio mayor, de proporcionalidad, y viceversa.²⁶ Es este principio el que permite hacer la ponderación o sopesamiento (*Abwägung*, *Balancing*) de los diversos principios y derechos fundamentales, así como de los intereses y bienes jurídicos en que se expresan, cuando se encuentran en estado de contradicción, solucionándola de forma que maximiza el respeto a todos los envueltos en el conflicto. El principio en cuestión comienza por ser una exigencia cognitiva de elaboración racional del derecho – y merece recordar la sinonimia y origen común, en la matemática de los términos “razón” (lat. *ratio*) y “proporción” (lat. *proportio*) –, lo que explica la circunstancia de ello remitir a uno de los cánones de la interpretación constitucional, aquélla a que se debe recurrir cuando el empleo de la hermeneútica jurídica tradicional no ofrece un resultado constitucionalmente satisfactorio: el principio de la “concordancia práctica”.²⁷

Así es que el principio de proporcionalidad, en su triple manifestación, trae una referencia extremadamente abstracta, la hipótesis de hecho, que en verdad serían “hechos normativos”, pues no se subsumiría a ello hechos directamente, pero sí a otras normas, tanto

subsumen, propiamente, los hechos. Entonces, de la misma forma como los principios para ser aplicados y, luego, para mostrarse válidos, necesitan de reglas que les “densifique” (**Gomes Canotilho**), ellas también, por su propia naturaleza, o mejor, por el estado de colisión potencial en el cual se encuentran, van a implicar la aplicación del principio de proporcionalidad. Esa aplicación va a requerir un conflicto actual entre principios para que se configure la hipótesis “fático-normativa” prevista en el principio de la proporcionalidad; y aplicación en (y del) derecho, como sabemos, requiere procedimientos.

Si quisiéramos concebir un modelo de ordenamiento jurídico a partir del expuesto hasta ahora, ese sería un modelo con tres niveles, donde en un primer nivel se tendrían normas con la estructura de reglas, en que se daría la descripción jurídica de la realidad; en el segundo nivel se tendría ya las normas que son principios, consagrando los valores jurídicamente relevantes en el ordenamiento jurídico; y hay un tercer nivel, que se sitúa ya en otra dimensión, a ser postulada, donde se tienen los procedimientos de aplicación y (auto)producción del derecho.²⁸

aquellas que son principios, como las reglas, que concretan tales principios, en las cuales se

Notas

* Agradezco a Mariona y Marc García Solé por la colaboración inestimable en la tarea de traducción de este texto del portugués al español.

1. Cf. BARRY: *Political Argument*, London, 1965, cap. VI, y RAWLS, op. cit., pp. 83ss.
2. En este punto, se puede aprovechar para cuestionar la opinión, extremadamente difundida aún en una procesualística actualizada como es la brasileña, según la cual el ordenamiento procesal es un “instrumento eminentemente técnico” - la expresión es de ALFREDO BUZAI, autor del proyecto del Código Procesal Civil vigente, en su “exposición de motivos”, ahora presentado como prefacio a *II Processo Civile Brasileiro*, N. PICARDI/A. GIULIANI (ed.), Rimini, 1988, p. 1. Que el derecho procesal sería un “Derecho técnico”, lo postulaba ya FRIEDRICH STEIN, en el prefacio a la 1ª ed. de su *Grundrißes des Zivilprozessrechts und Konkursrechts* (1921). Con defender esa idea, no pretendió el autor del proyecto de nuestro CPC excluir el proceso de la dimensión axiológica, ya que lo concibe “permeable a principios rigurosamente éticos” (id. ib., p. 2). Tampoco STEIN, en su turno, abandonó por completo las reflexiones iusfilosóficas, especialmente sobre la naturaleza de la ejecución forzosa, como recuerda FRIEDRICH WEBER, en *Methodik des Prozessrechts*, in *STUDIUM GENERALE* (Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden), n. 13, 1960, pp. 183ss., 183, texto y nota 1. Por otro lado, es hoy indudable la influencia que la ideología ejerce sobre el proceso. Cf., v.g., ERNST J. COHN, Zur Ideologie des Zivilprozessrechts, in Erinnerungsgabe für Grünhut, Marburg, 1965, pp. 31ff.; DIETER LEIPOLD, Zivilprozessrecht und Ideologie, JZ, 37, 1982, pp. 441ss.; TARELLO, L'opera di Giuseppe Chiovenda nel Crepuscolo dello Stato Liberale, in Id. (ed.), *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, T. III, vol. I, Bologna, 1973, pp. 691ss.; MAURO CAPPELLETTI, *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969.
3. Una concepción procedimental del Derecho Natural fue presentada por HASSEMER en el seminario que impartió en el Curso de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará, en 1984. Cf., de ELLSCHEID, Das Naturrechtsproblem. Eine Systematische Orientierung, in *Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. KAUFMANN/W HASSEMER (ed.), 4ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 125ss., esp. pp. 158ss.
4. Cf., por último, WIETHÖLTER: Proceduralization of the Category of Law, in Ch. JOERGES/D. M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989, pp. 501ss.; Id., *Ist unserem Recht der Prozess zu machen?*, in FS Habermas, Frankfurt a. M., 1989, pp. 833ss.; G. BRÜGGEMEIER: Der Rechtsbegriff in Habermas' Theorie des kommunikativen Handelns und die Prozeduralisierungskategorie bei R. Wiethölter, in Id./Ch. JOERGES (eds.): *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, ZERP (= Zentrum für Europäische Rechtspolitik), Materialien, 4, 1987, pp. 65ss.; G. MARTIN/HEIDEMARIE RENK / MARGARETHA SUDHOF, *Maßstabe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters*, KJ, n. 22, 1989, pp. 244ss., esp. p. 250.
5. De un modo general, v. MICHAEL BOCK: *Recht ohne Mass: die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*, Berlin, 1988. La “paradoja” a que nos reportamos es uno de los puntos inconsistentes que E. BLANKENBURG indica en la teoría del derecho reflexivo de TEUBNER, en el estudio arriba indicado (nota 20). Véase, otrosí, la réplica de este último, en el mismo *Law & Society Rev.*, 1984, pp. 191ff., *Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*.
6. Cf. HABERMAS: *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, KJ, n. 22, 1989, pp. 138ss., esp. 143ss..
7. *Vorträge über Recht und Staat von CARL GOTTLIEB SVAREZ*, H. CONRAD y G.

- KLEINHEYER (eds.), Köln, 1960, pp. 486/487. En la misma época escribía BLACKSTONE en sus Comentarios, en Inglaterra, que la libertad natural no debería ser limitada por ley sino en cuanto fuese necesario y conveniente (*expedient*) al beneficio general de los ciudadanos (*public*). *Apud* ZIPPELIUS, *Staatslehre*, 4ª ed., München, 1973, p. 169.
8. Cf. MICHAEL JAKOBS: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht)*, Köln (Carl Heymann), 1985, pp. 2ss.
 9. Cf. ROBERT v. MOHL: *Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I, 3ª ed., Tübingen, 1866, pp. 19ss., esp. 41.
 10. Así, en la monografía pionera de RUPPRECHT v. KRAUSS: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)*, Hamburg, 1955, p. 8, nota 35.
 11. Cf. *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmässigkeitserwägung (zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen). Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung*. Reimpresión de la ed. orig., de 1913, Aalen, 1964, p. 89, cuando asevera que “como las leyes no hacen ninguna diferenciación entre discrecionalidad de las autoridades policiales y otra discrecionalidad administrativa cualquiera, entonces el problema de la discrecionalidad es totalmente idéntico a la cuestión de la necesidad y conveniencia”.
 12. BVerfGE 23, 133 (= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vol. 23, p. 133).
 13. BVerfGE 19, 348/349.
 14. En la constitución alemana, teniendo en cuenta este hecho, consagra el art. 19, 2ª parte, el principio según el cual los derechos fundamentales jamás deben ser ofendidos en su esencia (*Wesensgehaltsgarantie*). Exactamente de esa norma es que los autores como LERCHE y DÜRIG deducen, *a contrario sensu*, la consagración del principio de la proporcionalidad por el derecho constitucional, pues esa garantía implica la aceptación de ofensa a derechos fundamentales solamente “hasta un cierto punto”, donde la necesidad de ese principio para establecer el límite que no se debe sobrepasar. Cf. BVerfGE 34, 238.
 15. BVerfGE 30, 316.
 16. Cf. id. ib., p. 263/264 y E 39, 210/211.
 17. BVerfGE 37, 21 y E 39, loc. cit. Anteriormente, E 21, 157 y E 30, 347.
 18. BVerfGE 28, 280.
 19. BVerfGE 14, 114; 18, 363; 19, 347/348 y, especialmente, E 20, 157/158.
 20. BVerfGE 221/222; 57, 356; 61, 135. V. todavía el “voto vencido” (*Sondervotum*) de BOHMER, E 49, 228ss., que causó mucha perplejidad en la doctrina, al afirmar que en la ejecución forzosa no se debe privilegiar arbitrariamente (i.e., en toda y cualquier hipótesis) el acreedor, frente al deudor, debiendo siempre al Estado, también en esos casos, controlar la proporcionalidad de sus actos. Lo que resulta de la exigencia en la observancia del principio, por ejemplo, es una regla de que bienes inmuebles sean sacrificados para satisfacer un crédito apenas en el último caso. Esta problemática fue objeto de ponencia del eminente procesalista alemán WOLFGANG GRUNSKY en seminario realizado en la Universidad Federal de Ceará (Fortaleza, Brasil), en febrero de 1988, cuando entonces los debates evidenciaron, e.g., la “desproporcionalidad”, de una norma como aquélla del art. 737, CPC brasileño, por la cual el deudor, para defenderse de una ejecución, a veces patentemente absurda, precisa comprometer su patrimonio, para oponer los embargos. El profesor alemán, todavía, se afilió, en aquella oportunidad, a la corriente tradicional, manifestando su descontento con las nuevas ideas, recordando que también el acreedor posee el derecho fundamental a tener protegida su propiedad (cf. NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, ns. 7/8, 1988/1989, pp. 90/91). Favorable a la nueva orientación se muestra EBERHARD WIESER, en trabajos publicados en la ZZP, n. 98, 1985.

21. Cf. K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14a. ed., Heidelberg, 1984, n. 290, p. 118, y J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, p. 148, donde se lee que “los poderes públicos tienen el deber de respetar los derechos fundamentales, pero también los de intervenir para condicionarlos, garantizar y restringir cuando se vuelve necesario para salvaguardar los valores de intereses comunitarios”.
22. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a propósito, se refiere al principio de igualdad teniendo por objetivo “propiciar la garantía individual”, y, adelante, que la “isonomía se consagra como el mayor de los principios garantizadores de derechos individuales”. Cf. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2a. ed., São Paulo, 1993, pp. 23 y 45. PAULO BONAVIDES, por su turno, en su *Curso de Direito Constitucional*, 4a. ed., São Paulo, 1993, después de avalar el entendimiento de que el principio de la proporcionalidad sería de aquellos “más fáciles de comprender que de definir” (p. 356), le atribuye la naturaleza, primero, de un principio general de derecho y específicamente, de Derecho Constitucional; después en el plano positivo, sería el una garantía fundamental, o sea, no “un derecho de libertad, pero sí un derecho que protege la libertad” (p. 364).
23. Cf. *Derecho Justo*, trad. LUIS DIEZ-PICAZO, Madrid, 1990, p. 141.
24. Cf. id. ib., p. 144.
25. Principios, a la diferencia de las reglas, como acentúa DWORKIN, se presentan, en determinadas situaciones de conflicto entre sí, como siendo unos más importantes que los otros, por tener esta “dimensión de peso (relativo)” (*dimension of weight*), debido a la cual tiene sentido preguntarse, en esas situaciones, que principio tiene más peso, es más importante para que pueda prevalecer. Cf. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1978, pp. 26/27. Cuando se dice que el principio de la proporcionalidad es más importante que el de isonomía es lo mismo que considerarlo, abstractamente, el más importante de todos, por ser la expresión objetiva de esta dimensión de todo y cualquier principio.
26. Cf. ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 100. V. tb. PAULO BONAVIDES, op. ult. cit., p. 365.
27. Cf. K. HESSE, op. cit., pp. 19 y segs.; J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, 4a. ed., Coimbra, 1989, p. 162 y segs.; WILLIS S. GUERRA FILHO: *A Interpretação Especificamente Constitucional*, in RPGE-Ce (Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará), n. 10, 1993, pp. 105 e segs. V. tb. BONAVIDES, ib., cap. 11, n. 9 (“Es el principio de la proporcionalidad un principio de interpretación?”), pp. 344 y segs. Ya el Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO refiere el principio de la igualdad como un principio también de interpretación. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989, cap. 31, n. 4, p. 242.
28. Sobre el papel destacado de los procedimientos en el sistema jurídico cf. R. ALEXY: *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in RECHTSTHEORIE, n. 18, Berlin, 1987, pp. 405 ss., y KARL-HEINZ LADEUR: *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Berlin, 1992. Que el ordenamiento jurídico no puede ser visto como un sistema apenas estático de normas que regulan conductas, mas también dotado de otra dimensión, dinámica, en que se tienen conductas produciendo normas, de acuerdo con normas, ya aparece evidenciado en la llamada Teoría Pura del Derecho. La doctrina kelseniana, por consecuencia, ya presentaba esta conotación “procedimentalista”, como bien acentúa otro gran responsable para la entronización definitiva de la categoría del procedimiento en el centro de las preocupaciones en teoría del derecho: NIKLAS LUHMANN. Cf. *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969, p. 11, nota 2. De este mismo autor, sobre la importancia del procedimiento, refiriéndose, aún, al significado capital que el asume más recientemente en la filosofía jurídica de HABERMAS y otros frankfurtianos, cf. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 344, 345 y 558. Anteriormente, cf. *Rechtssoziologie*, vol. I, Reinbek bei Hamburg, 1972, p. 142. Ya para concebirse el derecho, como LUHMANN, en cuanto

sistema “autopoiético”, esto es, que se auto-produce, tenemos que verlo “como constituyendo un verdadero sistema de acción (o conductual - *Handlungssystem*), más que un

mero sistema simbólico”. GUNTHER TEUBNER: *O Direito como Sistema Autopoiético*, trad. J. E. ANTUNES, Lisboa, 1993, p. 39.