

Derechos fundamentales, proceso y principio de la proporcionalidad

Profesor de la Facultad de
Derecho de la Universidad
Federal de Ceará (Brasil)

Willis Santiago Guerra Filho

1. *Introducción: dimensiones de los derechos fundamentales*

Los derechos fundamentales pueden ser estudiados desde muchas perspectivas. Esa multidimensionalidad sería una característica ya del propio modelo epistemológico más adecuado para investigarlos, como propone Robert Alexy, en su *Habilitationschrift* (tesis de libre-docencia) que versa sobre la teoría de los derechos fundamentales, dirigida por su profesor, Ralf Dreier. Tal modelo se considera tridimensional, y se puede ver como un intento de conciliar de modo productivo las tres principales corrientes del pensamiento jurídico, a saber, el positivismo normativista, el positivismo sociológico o realismo, y el *iusnaturalismo*.

La primera dimensión sobre la cual se deben realizar los estudios de la TDF es dicha "analítica", es aquella en la que se enmarca el aparato conceptual que se utilizará en la investigación,

en un trabajo de diferenciación entre las diversas figuras e institutos jurídicos situados en nuestro campo de estudio. Una segunda dimensión llamada "empírica", por ser aquella en la que se toman como objeto de estudio determinadas manifestaciones concretas del derecho, tal como aparecen no sólo en leyes y normas de la materia, sino también –y, principalmente–, en la jurisprudencia. Finalmente, la tercera dimensión es la "normativa", en la cual la teoría asume el papel práctico y deontológico que le está reservado, en el campo del derecho, convirtiéndose en lo que con mayor propiedad se llamaría doctrina, por ser una manifestación de poder, apoyada en un saber, con el compromiso de cubrir y ampliar, de modo compatible con sus matrices ideológicas, el orden jurídico estudiado.

Si consideramos inicialmente la dimensión analítica, en la que se han de elaborar precisiones conceptuales, para un trabajo verdaderamente constructivista, nos encontramos con la posibilidad –que revela, igualmente, una necesidad teórica– de situar los derechos fundamentales en varias dimensiones, cuando, entonces asumen connotaciones y una diversidad tal, que convierte recomendable distinguirlas, denominándolas de forma diferente.

Una primera de esas distinciones es aquélla entre "derechos fundamentales" y "derechos humanos". Desde un punto de vista histórico, o sea, en la dimensión empírica, los derechos fundamentales son, originalmente, derechos humanos. Sin embargo, estableciendo un corte epistemológico, para estudiar sincronicamente los derechos fundamentales, debemos distinguirlos, en cuanto son manifestaciones positivas del derecho, con aptitudes para la producción de efectos en el plano jurídico, de los llamados derechos humanos, en cuanto pautas ético-políticas, situados en una dimensión supra-positiva, deonticamente diversa de aquella en la que se sitúan las normas jurídicas –especialmente aquéllas de derecho interno–.

En el ámbito del propio derecho interno, hay que distinguir derechos fundamentales y "derechos de personalidad", porque son estos los derechos que se manifiestan en una dimensión privatista, en la que también se manifiestan los derechos fundamentales, pero de forma indirecta, refleja, como muestra la doctrina alemana de la eficacia de esos derechos ante terceros (*Drittwirkung*). Ya en una dimensión publicista, no hay que confundir derechos fundamentales con "derechos subjetivos públicos", pues si los primeros son derechos que los sujetos gozan ante el Estado, y son, por tanto, en ese sentido, derechos subjetivos públicos, no hay ahí una relación biunívoca, ya que no todo

derecho subjetivo público es derecho con la estructura constitucional de un derecho fundamental. Además de eso –y lo que es más importante–, como observamos al estudiar derecho constitucional alemán (v., por todos, el manual de Konrad Hesse, en vías de publicación entre nosotros), los derechos fundamentales no tienen solamente una dimensión *subjetiva*, sino también, otra, *objetiva*, en la que se habla de su “doble carácter”, preconizándose la figura del *status* como más adecuada que la del derecho subjetivo para categorizarlos. La dimensión objetiva es aquella en la que los derechos fundamentales se muestran como principios conformadores de la manera en cómo el Estado debe actuar y organizarse. En cuanto situación jurídica subjetiva el *status* sería la más adecuada de esas figuras porque es aquella a partir de la cual “brotan” las demás, condicionándolas. Más adelante, esa noción quedará aclarada, cuando se aborde un determinado derecho fundamental de naturaleza procesal que, además, es clásico: el derecho de acción.

Desde otro punto de vista se puede hablar de las dimensiones de los derechos fundamentales, como lo que se viene hablando en “generaciones” de esos derechos, distinguiendo la formación sucesiva de una primera, segunda, tercera y, para algunos, como nuestro profesor Paulo Bonavides, también, ahora, de una cuarta generación. La primera generación es aquella en la que aparecen las llamadas libertades públicas, “derechos de libertad” (*Freiheitsrechte*), que son derechos y garantías de los individuos en los que el Estado se guarda de interferir en una esfera jurídicamente intangible. Con la segunda generación surgen derechos sociales y prestaciones que da el Estado (*Leistungsrechte*) para suplir las carencias de la colectividad. Ahora en la tercera generación se conciben los derechos, cuyo sujeto no es el individuo ni la colectividad, sino el propio género humano, como es el caso del derecho a un medio ambiente sano y del derecho de los pueblos al desarrollo.

Que al contrario de “generaciones” es mejor hablar de “dimensiones de derechos fundamentales”, en ese contexto, no se justifica solamente por el preciosismo de que las generaciones anteriores no desaparecen con la aparición de las más nuevas. Más importante es que los derechos nacidos en una generación, cuando aparecen en un orden jurídico que, tras los derechos de la generación sucesiva, asumen otra dimensión, pues los derechos de generación más reciente se convierten en un presupuesto para entenderlos de una forma más adecuada –y, consecuentemente–, también para realizarlos mejor. Así, por ejemplo, el derecho individual de propiedad, en un contexto en el que se re-

conoce la segunda dimensión de los derechos fundamentales, únicamente puede ser ejercido si se observa su función social, y con la aparición de la tercera dimensión, observando de la misma manera su función ambiental.

2. Los derechos fundamentales procesales al contradictorio y de acción

Los derechos fundamentales poseen una dimensión procesal. Con eso, se quiere introducir una distinción que, como siempre, tiene dos polos. En uno de los polos se sitúa aquello que hay de procesal, que son derechos, materiales o formalmente, fundamentales.

Para entender bien el significado de la caracterización de esos principios procesales como principios constitucionales y como derechos fundamentales examinemos más de cerca dos de ellos. Por los motivos que paso a explicitar, tomemos el principio de lo contradictorio y el derecho de acción.

Primeramente, recordemos que hay en la más reciente doctrina italiana, posición sobre la naturaleza jurídica del proceso, desarrollada por los profesores de la Universidad de Roma N. Picardi y E. Fazzalari, según la cual el proceso no sería más que un procedimiento caracterizado por la presencia de lo contradictorio, esto es, en el cual necesariamente se debe buscar la participación de aquellos, cuya esfera jurídica puede conseguirse por el acto final de ese procedimiento¹.

En consonancia con esa noción, tenemos el inc. IV del art. 5 de nuestra Constitución, al determinar la observación de lo contradictorio en todo proceso judicial y *administrativo*. De ahí podemos afirmar que **no hay proceso sin respecto efectivo de lo contradictorio**, lo que nos hace asociar este principio a un principio informativo, precisamente a aquel *político*, que garantiza la plenitud del acceso a lo judicial. Importante, también, es percibir en el principio de lo contradictorio más que un principio (objetivo) de organización del proceso, judicial o administrativo, e, inmediatamente un principio de organización de un instrumento de actuación del Estado, o sea, un principio de organización del Estado. Se trata de un verdadero derecho fundamental procesal, en el que se puede hablar, con propiedad en derecho a lo contradictorio, o *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como hacen los alemanes².

Ahora dentro de aquello que puede considerarse el primer trabajo que explora en profundidad esa dimensión, a la vez tiempo

¹ Cfr. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, 4ª ed., Padua, 1986, págs. 77 y sigs.

² Cfr. v.g. recientemente, Waldner, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, Colonia / Berlín / Bon / Munic, 1989, y Willis S. Guerra Filho, *Die notwendige Streitgenossenschaft und die Gewährung des rechtlichen Gehörs Drittbetroffener bei Statusurteilen*, Bielefeld, 1994.

procesal y constitucional, el estudio de Eduardo Couture, *Las garantías constitucionales del proceso civil*³, aparece formulada una concepción sobre el derecho de acción como un derecho civil, el derecho de petición, que, tanto disuelve la aparentemente interminable disputa entre teorías abstractas y concretas sobre la naturaleza de acción –*el derecho es abstracto*, todo ciudadano lo posee, y está su ejercicio en una determinada acción, concretamente, vinculado a la atención de determinadas condiciones–⁴ como proporciona un punto de apoyo constitucional para la primera manifestación de lo contradictorio: la postulación de acuerdo con un derecho opuesto a otro. También, en el mismo estudio, el genial procesalista sudamericano trata la segunda manifestación más evidente del principio de lo contradictorio como apoyada en la tradición constitucional anglo-sajona por la cláusula del “debido proceso legal” (*due process of law*), que le garantiza la posibilidad al demandado de certificar la acción en curso (*notice*) y de ser escuchado ante el juez (*hearing*)⁵.

La tesis de Couture mereció amplia aceptación en el mundo ibérico⁶, al mismo tiempo que representa un raro ejemplo de penetración en Europa de ideas jurídicas nacidas en ese rincón del planeta, gracias a las exposiciones pronunciadas por el procesalista uruguayo en París, así como por la publicación del mencionado estudio en italiano y alemán, en los principales periódicos especializados en materia procesal en esos idiomas, la *Rivista di diritto processuale civile* y la *Zeitschrift für Zivilprozeß* (ZZP). Así es que, uno de los estudios señalados como pioneros en la investigación de las dos caras proceso/constitución, en la doctrina alemana, debido a Fritz Baur, trata del principio de lo contradictorio y el autor referido sobre el tema de la tutela constitucional del proceso es Couture⁷.

Por lo que parece, no obstante, el derecho de acción como derecho fundamental se comprendería mejor si lo entendiésemos como un *status*, una especie de aquella figura que P. Häberle denominó *status activus processualis*. De esa situación jurídica subjetiva básica, que es el *status*, derivan otras. En el caso del derecho de acción, además del derecho de petición, que no se ejerce ante órgano jurisdiccional, habría el “poder de acción”, que se ejerce, una vez atendidas determinadas condiciones, para postular en juicio un determinado derecho. De ese poder ahora resultaría otro, el “poder de recurrir”, y así sucesivamente.

³ Couture Eduardo, “La Constitución y el Proceso Civil”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. I, Buenos Aires, 1948, págs. 18 y sigs.

⁴ Cfr. Willis S. Guerra Filho, “Análise dos conceitos de ação, pretensão e direito material em face da prescrição”, en *Estudos Jurídicos* (Direito Civil, Teoria do Direito), Fortaleza, 1985, págs. 128 y 153.

⁵ Cfr. Couture, *id.*, *ib.*, pág. 59.

⁶ Cfr. V. Fairen-Guillén, “Acción”, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. II, Barcelona, 1950, págs. 197/198; H. Fix-Zamudio, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, Ciud. de Méjico, 1976, pág. 57.

⁷ Cfr. Baur, “Der Anspruch auf rechtliches Gehör”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1955, pág. 395, nota 5.

3. *El orden jurídico como un conjunto de reglas y principios*

Hasta aquí, estuvimos tratando sobre aspectos de uno de los lados de la distinción entre constitución y proceso. De otro lado, se tienen aspectos menos explorados teóricamente, pero se convierten siempre en más evidentes, en virtud del carácter fundamental del proceso para que se tengan derechos, y un orden jurídico digno de ese nombre. Esa vertiente se vuelve especialmente importante en el período histórico que atravesamos, el cual viene a llamarse "post moderno", pues careciendo aún de una denominación propia, se utiliza el término adulator del período inmediatamente anterior.

Desde el momento en que recibimos en Brasil una nueva Constitución, importa mucho discutir sobre lo que se llama Ley fundamental de un orden jurídico, dentro de una perspectiva también renovada. Cabe, entonces, buscar un entendimiento sobre esta cuestión básica que va más allá de aquello que tradicionalmente se estableció, desde la llegada del ideario constitucionalista, a comienzos de la edad moderna. La ambientación social en la que contemporáneamente se insertan las constituciones presenta un grado de complejidad tal, que resultan insuficientes las explicaciones clásicas de su naturaleza y significado. Ahora no llega con ver en una constitución el instrumento de defensa de los miembros de una sociedad política individualmente, delante del poder estatal, al conferir aquellos derechos fundamentales y organizar ese poder imponiéndole el respeto a una delimitación legal de áreas distintas de actuación, en forma de una tripartición de funciones.

Actualmente, una constitución no se destina a proporcionar un aislamiento del Estado frente a la sociedad civil, como en el principio del constitucionalismo moderno, con su ideología liberal. Muy al contrario, lo que se espera hoy de una constitución son líneas generales para guiar la actividad estatal y social, en el sentido de promover el bienestar individual y colectivo de los integrantes de la comunidad que soberanamente la establece.

A ese cambio en la función de las constituciones y del propio Estado, que a fin de cuentas es instaurado por ellas, y que resulta de la forma en cómo históricamente se desarrollaron las sociedades en las que aparecen, corresponden también, como no podía dejar de ser, modificaciones radicales en el plano jurídico. Las normas jurídicas que pasan a ser necesarias no poseen el mismo carácter de antes, con un sentido retrospectivo, cuando se destinaban básicamente a establecer una cierta conducta, de acuerdo con un padrón, en general fijado antes de esas normas

⁸ Para una concepción en la que la autonomía del ordenamiento jurídico no implique en sí misma la total desvinculación de la moral y de la política, consulte Habermas, "Wie ist Legitimität durch Legalität möglich?", en *KJ* (= Kritische Justiz) 20, 1987, págs. 1 y sigs. Para él fue un cambio en la conciencia moral de la era moderna que trajo la exigencia de la diferenciación entre normas (*rectius*: reglas), principios justificadores y procedimientos para examinar la adecuación de aquellas a esos últimos (pág. 6). La "moralidad" del derecho moderno, así como su "racionalidad" y "autonomía", no resultarían solamente del hecho de que exista la positividad de exigencias morales de racionalización en las constituciones, sino también, principalmente, de la circunstancia de que se instituyan procedimientos para (auto) regulación y (auto) control de la fundamentación del derecho, de acuerdo con esos padrones morales de racionalidad (págs 9 y sigs.). Base moral y política de los principios jurídicos, *i.e.* de la legitimidad del derecho, y su "procedimiento", se encuentran íntimamente relacionados, ahora que los valores legitimadores del mismo no se encontrarían propiamente en el contenido de sus normas, pero sí en el procedimiento de fundamentación de alguno de los posibles contenidos (págs 13 y sigs.)

y no, a partir de ellas, propiamente. A eso se unía la sanción, en principio negativa, -*i.e.*, una consecuencia desagradable- de ser infligidos por el Estado, en la hipótesis de que exista un incumplimiento de la prescripción normativa. La regulación que en el presente se le requiere al derecho asume un carácter finalístico y un sentido prospectivo, pues, para enfrentar la imprevisibilidad de las situaciones que van a ser reguladas -para lo que no sirve el esquema simple de asunción de hechos a una previsión legal abstracta anterior-, se necesita normas que determinen objetivos a alcanzar en un futuro, sobre las circunstancias que en ese momento se presenten.

De acuerdo con esto, se ha hablado bastante últimamente sobre la distinción entre normas jurídicas que se presentan como reglas y aquellas que asumen la forma de un principio. Las primeras poseen la estructura lógica que tradicionalmente se les atribuye a las normas del derecho, con la descripción (o "tipificación") de un hecho, lo que se añade a su cualificación prescriptiva, amparada en una sanción (o en la ausencia de ella, en el caso de la cualificación como "hecho permitido"). Ahora los principios fundamentales, igualmente dotados de validez positiva y de un modo general establecidos en la constitución, no aluden a un hecho específico, que pueda precisar con facilidad lo que ocurre, extrayendo la consecuencia prevista normativamente. Deben entenderse como indicadores de una opción por el favorecimiento de determinado valor, para tener en cuenta en la apreciación jurídica de una infinidad de hechos y situaciones posibles, juntamente con otras tantas de esas opciones, otros principios igualmente adoptados, que en determinado caso concreto pueden chocar unos con otros, cuando ahora no son, *in abstracto*, opuestos entre sí.

Los principios jurídicos básicos, dotados también de dimensión ética y política⁸, apuntan hacia la dirección que se debe seguir para tratar sobre cualquier suceso de acuerdo con el derecho en vigor, en caso de que éste no contenga una regla que la trate o que la discipline lo suficiente. La aplicación de esos principios, no obstante, supone un esfuerzo mucho mayor que el de la aplicación de las reglas, en el cual una vez verificada la identidad del hecho ocurrido con aquel previsto por alguna de ellas, no queda más que hacer, para saber el tratamiento que le dispensa el derecho. Ahora bien, para aplicar las reglas, es necesario que exista un procedimiento, por medio del cual se compruebe la sucesión de hechos sobre los cuales éstas incidirán. La necesidad de que se mantenga un procedimiento se vuelve aún más aguda cuando se trata de la aplicación de principios, pues ahí la

discusión gira menos en torno a los hechos que a los valores, lo que requiere un cuidado mucho mayor para llegar a una decisión fundamentada objetivamente.

Así las cosas, es de esperar que, en la medida en que aumenta la frecuencia con la que se recurre a principios para solucionar problemas jurídicos, aumenta también la importancia de aquella parte del derecho que se encarga de disciplinar los procedimientos, sin los cuales no se llega a un resultado aceptable, al utilizar un medio tan poco preciso y vago de ordenación de la conducta, como son los principios. Eso significa también que la determinación de lo que es conforme al derecho pasa a depender cada vez más de la situación concreta en la que surge ese problema, lo que beneficia formas de pensamiento pragmáticas, modificadas para orientar la acción (greg.: *pragma*) de aquéllos que están implicados en la toma de una decisión. Procedimientos son series de actos ordenados con la finalidad de propiciar la solución de cuestiones cuya dificultad e/o importancia requiere una extensión del decurso temporal, para que se consideren aspectos e implicaciones posibles.

De entre los procedimientos regulados por el derecho, se puede destacar aquéllos que envuelven la participación y la influencia de varios sujetos en la formación del acto final decisorio, reservándoles la denominación técnica de "proceso".

4. La relevancia del proceso como categoría jurídica

Hace relativamente poco tiempo que los estudiosos del derecho pasaron a dedicarle mayor atención a su aspecto procedimental, antes considerado como poseedor de una función subsidiaria en relación con las antedichas normas materiales, portadoras de las valoraciones y modelos de conducta, restando para las normas procedimentales el problema simplemente técnico de su realización. Autores de la fase tardía del pandectismo alemán, cuando ahora se inicia la ilación del derecho civil de base romana de una teoría general del derecho, proclaman en el último cuarto del siglo pasado la autonomía de la ciencia procesal y de su categoría fundamental, el proceso, entendido como relación jurídica de carácter público, caracterizada por la circunstancia de que se desarrolla en una extensión temporal con la concurrencia de un representante del Estado (el juez) y de los sujetos interesados en la decisión que al final se debería obtener como resultado (las partes)⁹. La importancia del procedimiento para el derecho se ve enfatizada en la influyente doc-

⁹ Cfr. Clóvis do Couto e Silva, "Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil e dans la procedure civile, (L'actualité de pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow)", en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14, 1985, págs. 243 y sigs. (esp. pág. 248), cuando señala la disposición de los juristas alemanes, en la segunda mitad del siglo XIX, de tratar de los conceptos generales en cuanto son parte integrante de una futura parte general del derecho civil. Por otro lado, no encuentra aceptación entre los procesalistas tedescos actuales el tipo de abordaje excesivamente abstracto y conceptualista, alejada de la realidad de los intereses concretamente envueltos en la determinación del sentido de normas y reglas procesales, tal como se practicó hasta mediados del siglo en curso en Alemania, y aún se practica bastante en los países latinos, por influencia de aquellos epígonos de un deseado procesalismo científico. Véase, programático, F. V. Hippel, "Zur «modernen, konstruktiven Epoche» der deutschen Prozessrechtswissenschaft", en *ZZP* (= *Zeitschrift für Zivilprozessrecht*) 65, 1952, págs. 424 y sigs., ahora también en la colección de ensayos del autor *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Frankfurt a/m., 1964, págs 357 y sigs. La paradoja de la Escuela histórica, en su fase tardía, dominada por el pandectismo de B. Windscheid, está en que se volvió hacia un análisis formalista del derecho positivo, desvinculándolo de condicionantes materiales de naturaleza histórica o política, es destacado por Böckenförde, *Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts*, Basel/Stuttgart, 1965, pág. 24,

passim; H.J. van Eikema Holmes, *Major Trends in the History of Legal Philosophy*, Amsterdam / New York / Oxford, 1979, págs. 192 y sigs.; F. Wieacker, "Pandektenwissenschaft und Industrielle Revolution", en *Id.*, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Francfort a. M., 1974, págs. 55 y sigs., (esp. pág. 61 y sigs).

¹⁰ Se reconoce de modo general que se le debe a Kelsen la introducción de una perspectiva dinámica en el estudio del derecho, tal como se encuentra en su *opus magnum*, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Wien, 1960 (reimp. 1967). El carácter "procedimentalista" de esa doctrina es referido por Luhmann, en *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied / Berlin, 1969, pág. 11, nota 2. Como se sabe, la obra de Kelsen se tradujo al portugués y se publicó en Coímbra bajo el título *Teoría (sic!) Pura del Derecho*, mientras que la de Luhmann, en *Legitimidade pelo Procedimento*, en traducción insatisfactoria, fue editada por la Universidad de Brasilia.

¹¹ Cfr. Goldschmidt, *ob. ult. cit.*, cuyo subtítulo es "Eine Kritik des prozessualen Denkens", donde el término "crítica" se debe entender en el sentido epistemológico kantiano.

trina "pura" de Kelsen, cuando propone que se estudie no sólo la estática jurídica, cuyo objeto son las normas, sino también la teoría dinámica, ocupada con la conducta regulada por esas normas, responsable por el proceso de aplicación y concomitante (auto)producción del derecho¹⁰. En la misma época, primeras décadas del siglo en curso, el procesalista James Goldschmidt realiza una "crítica del pensamiento procesal", y propone la consideración del proceso como momento regido por la dinámica inherente a esa noción misma, cuyo resultado puede perfectamente estar en desacuerdo con aquello que estática y abstractamente prevé el derecho material¹¹. Tal es la formulación de Niklas Luhmann, de la legitimidad obtenida a través del procedimiento, que hace dos décadas llamó la atención hacia la dimensión filosófica y política del fenómeno, en una investigación de carácter sociológico (que lo consideraba como objeto¹²).

El final de los años sesenta y principio de la década de setenta marca el advenio de una virtual renovación de los estudios de derecho procesal, cuando se pasa a enfatizar la consideración de origen constitucional de las reglas procesales básicas¹³. Proliferan entonces, los análisis de la conexión del proceso con la Constitución, al punto de considerar el derecho procesal como una especie de "derecho constitucional aplicado", como cierta obra formuló a la Corte Constitucional alemana. Hasta el momento, sin embargo, esos análisis se limitaron a experimentar esfuerzos en el sentido de realizar adaptaciones de la dogmática procesal a las exigencias de compatibilidad a los dictáme-

¹² Cfr. Luhmann, *ob. cit.*, otro sociólogo del derecho, menos conocido entre nosotros, discípulo, como el primero, de Arnold Gehler, que llama la atención para la función social y específicamente jurídica, de fundamental importancia, desempeñada por el procedimiento, es Helmut Schelsky. Para él, es de este último de donde resulta la racionalidad propia al derecho, que no es puramente cognitiva, sino orientada, pragmáticamente, hacia la conducta, pues para ella lo que importa no es la "verdad" (das >Wahre<), y si que se haga lo "cierto" (das >Richtige<) V. "Die juristische Rationalität", en Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980, págs. 34 y sigs., esp. págs. 35 y sigs.; *Id.*, "Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen", *JZ (= Juristen Zeitung)*, 13, 1979, págs. 410 y sigs., (esp. pág. 412). En ese aspecto, en el que subraya el carácter procedimental de la racionalidad jurídica, las ideas de Schelsky son corroboradas por aquella línea de pensamiento crítico, que él en vida tanto combatió, representada por Habermas (*cf. loc. ult. cit.*).

¹³ Un fruto típico de esa tendencia, en Italia, es obra de Nicoló Trocker, *Processo civile e costituzione. (Problemi di diritto tedesco e italiano)*, Milano, 1974. En Brasil, hay estudios en ese sentido, *v.g.*, de Ada Pellegrini Grinover. Las pesquisas reiteradas sobre el tema culminan con su promoción a raíz del VII Congreso Internacional del Derecho Procesal, en Wurzburg, RFA, el año de 1983, cuyas ponencias generales fueron publicadas en *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung (Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order)*, W. Habscheid (ed.), Bielefeld, 1983.

nes de nivel constitucional, relacionados directamente con el proceso, esto es, aquellas garantías del llamado "debido proceso legal": la independencia del órgano juzgador, el derecho de los interesados a tener acceso al juicio y a ser tratados con igualdad, etc. Inexplorada permanece aún la vía que puede llevar a un completo replanteamiento del modo de concebir el proceso al intentar estructurarlo de acuerdo con los imperativos de un Estado de derecho social y democrático, como actualmente se configuran las sociedades políticas consideradas más desarrolladas, ahora que se forma modernamente bajo la influencia de las ideologías de cuño liberal, a partir del siglo pasado, recibiendo después la influencia del autoritarismo predominante en el segundo cuarto del año en curso¹⁴.

5. La constitución como proceso

Lo que se pretende realizar a continuación, no dice al respecto tanto sobre la profundización de la relación del proceso con la constitución, sino que toca más de cerca el examen de la "otra cara de la moneda", es decir, la estrecha asociación entre Constitución y proceso hoy día, cuando ese se vuelve un instrumento imprescindible en la consecución de aquélla. Nos colocamos, así, delante de un movimiento duplo en sentidos opuestos, fundamentalmente, una materialización del derecho procesal, al estar condicionado a las determinaciones constitucionales, y, al mismo tiempo, una procedimentalización o "desmaterialización" del derecho constitucional, en la medida en que el proceso se muestre indispensable para la realización de la "Ley Mayor"-, después, también de las "menores" u ordinarias. Para aclarar este último aspecto se hacen las consideraciones que ahora se presentarán.

La propuesta que se pretende sustentar aquí es la de que la Constitución posee la naturaleza (también) de una ley procesal, así como reglas fundamentales del derecho procesal poseen estatuto constitucional y, después, son (también) de naturaleza material. Eso presupone, de inmediato, que se firme la distinción entre esos dos aspectos o *dimensiones* del derecho, el material y el procesal, teniendo presente que no se trata propiamente de diferenciar ramos de materia jurídica o de una división como la que separa el derecho público y el privado. Estamos, en verdad, delante de "nociones biunivocamente relacionales", que se conceptúan una en función de la otra, y se exigen mutuamente. Materiales son las normas, cuando refuerzan parámetros para realizar el control y ordenamiento de la conducta intersubjetiva

¹⁴ Cfr., sin embargo, Rudolf Wassermann, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses in sozialen Rechtsstaat*, Neuwied/Darmstadt, 1978, y K. E. Shonfeld, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten - Die Modifikation des Prozessrechts durch das Sozialstaatspostulat*, Francfort a.M./Bern, 1981.

¹⁵ Como acentúa Vittorio Denti, en "Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni", en *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto* (en honor de Bruno Paradisi), vol. II, Firenze, 1982, págs. 883 y sigs., "(L)a burocratizzazione della funzione giudiziaria risponde ad un programma politico di razionalizzazione del *modus operandi* degli organi giudiziari che è uno degli aspetti fondamentale dell'illuminismo e che, d'altronde, corrisponde al sorgere del diritto amministrativo in senso moderno, (...). Alla razionalizzazione dell'apparato amministrativo corrisponde, sul piano scientifico, l'elaborazione dell'apparato giudiziario corrisponde l'elaborazione della categoria del procedimento" (págs. 886/887). Más adelante, resalta que esa elaboración conceptual culmina en la "procesalización" de toda la actividad estatal. "Il massimo di razionalizzazione", continúa el, "é dato, infatti, dall'applicazione della categoria del «processo» a tutte le funzioni pubbliche, e quindi non soltanto alla funzione giudiziale, ma anche a quella amministrativa ed a quella legislativa", (pág. 890).

por el derecho, en cuanto normas procesales se ocupan directamente de esa realización, o sea, de la determinación de las condiciones para que esos parámetros se apliquen concretamente.

Viendo así las cosas, se considera que, desde una perspectiva formalista, según la cual lo que es propio de una Constitución sería el establecimiento de normas para la elaboración e identificación de otras normas de tipo jurídico basadas en ella, podemos perfectamente clasificar las normas "por naturaleza" tanto constitucionales como procesales. De hecho, todo el aspecto organizativo, la distribución de competencias y de poderes entre las diversas esferas estatales se reviste de un carácter procesal, al tratar sobre materia distinta de aquélla que se considera aquí de derecho material, ahora que no se impone directamente ningún padrón de comportamiento para ser asumido por los integrantes de la sociedad política. Por otro lado, no se puede dejar de considerar típicamente constitucional la fijación de ciertos modelos de conducta, por la atribución de derechos, deberes y garantías fundamentales, donde se va a encontrar la orientación para saber lo que se pretende conseguir con la organización delineada en las normas de procedimiento.

El vínculo que enlaza constitución y proceso, que en la época actual –como dijimos, ahora apellidada de "postmoderna"– se presenta muy pronunciado, y que es una consecuencia natural del *novum* histórico instaurado por la modernidad, en el terreno jurídico-social; la consagración de la victoria en la lucha por revolucionar la organización política a través de la redacción de un texto constitucional, *i.e.* "constitutivo" de una nueva orden jurídica, un fenómeno bicentenario. El movimiento histórico de positivación del derecho, desencadenado por la bancarrota de la autoridad basada en lo divino, que envuelve la formación de un aparato burocrático cada vez mayor para la aplicación de la orden jurídica. Tanto la legislación, como la Administración de la *res publica* y de la justicia, necesitan formas procedimentales, dentro de las cuales puedan actuar atendiendo a los nuevos padrones legitimadores del derecho, basados en la racionalidad y en el respecto al sujeto, portador de esa facultad¹⁵.

A la Constitución le compete, por lo tanto, fortalecer el fundamento último del ordenamiento jurídico, una vez desaparecida la creencia en la fundamentación "sobrenatural" de un derecho de origen divino, y también la confianza en la "naturalidad" del derecho, que no necesita convertirse en objetivo por la positivación, por auto-evidente al sujeto dotado de racionalidad. Los valores fundamentales, sobre los cuales se levanta aquel or-

denamiento, pasan a integrar ese mismo ordenamiento, cuando se inscriben en el Texto constitucional¹⁶. La consecución de esos valores, a su vez, requiere la intermediación de procedimientos, para que se tomen decisiones de acuerdo con ellos, siendo esos procedimientos, igualmente, establecidos con respecto a aquellos valores¹⁷. El proceso aparece, entonces, como respuesta a la exigencia de racionalidad, que caracteriza el derecho moderno¹⁸.

6. El papel del proceso en el orden jurídico

El cuadro que se acaba de esbozar revela la disposición actual, eminentemente "autopoiética", del derecho, como un sistema que regula su propia (re)producción, por medio de procedimientos que el mismo instaura¹⁹. Dentro de ese cuadro, no provoca sorpresa el énfasis que se le ha dado a la dimensión procesal del ordenamiento jurídico en recientes tratados teóri-

¹⁶ Cfr. Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*, Berlín, 1965, págs. 40 y sigs., texto y notas 6/7; págs. 74 y sigs., 182 sigs.

¹⁷ Cfr. David Resnick, "Due Process and Procedural Justice", en *NOMOS* (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy), 18, 1977, págs. 206 y sigs., (esp. págs. 217/219).

¹⁸ Cfr. Klaus Eder, "Prozedurale Rationalität", *ARSoz* (= Archiv für Rechtssoziologie), 7, 1986, pág. iss., bien como estudios críticos de Herbert Treiber, "Prozedurale Rationalität - eine verfahrenes Sache?", *ib.* págs. 243 y sigs., Karl-Heinz Ladeur, *id.*, págs. 265 y sigs., y Nikolaus Dimmel, *id. ib.*, págs. 274 y sigs.

¹⁹ La teoría de los sistemas autopoiéticos la desarrollaron inicialmente los biólogos chilenos Humberto R. Maturana, Francisco E. Varela e R. Uribe, en "Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterisation and a Model", *Bio System*, 5, 1974, págs. 1897 y sigs. Su generalización para los sistemas sociales se debe a Niklas Luhmann, que también la introduce en la teoría del derecho, elaborada también por Gunther Teubner, en su doctrina del "derecho reflexivo". Cfr. Teubner/Willke, *Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, *ARSoz*, 5, 1984, págs. 4 y sigs.; Teubner, "Reflexives Recht", *ARSP* (=Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie), 68, 1982, págs. 13 y sigs.; *id.*, "Das regulatorische Trilemma", *QUADERNI FIORENTINI*, 13, 1984, págs. 109 y sigs.; *id.*, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*, 17, 1983, págs. 239 y sigs., y *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Teubner (ed.), Berlín/New York, 1988, con contribuciones del propio Teubner, Luhmann e innumerables teóricos europeos de las más variadas nacionalidades y norteamericanos. Para una evaluación crítica, véase, e.g., Norbert Reich, "Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen Theorie von Gunther Teubner", en *FS* (= Festschrift für) RUDOLF WASSERMANN, Neuwied/Darmstadt, 1985, Erhard Blankenburg, "The Poverty of Evolutionism - A Critique of Teubners Case for «Reflexive Law»", *Law & Society Review*, 18, 1984, págs. 272 y sigs., Arthur J. Jacobson, "Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann", *Michigan Law Review*, 87, 1989, págs. 1647 y sigs., I. Maus, "Perspektiven «reflexiven Recht» en Kontext gegewärtiger Deregulierungstendenzen", *KJ*, 19, 1986, págs. 390 y sigs., y las contribuciones de R. Munch y P. Nahamowitz en *ARSoz.*, 6, 1985. Por último, de Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Francfort a. M., 1989.

cos²⁰, ahora que ante la calidad de los problemas con los que se encuentra la sociedad contemporánea, no se puede pretender encontrar en aquel ordenamiento pre-(e)scritas las soluciones, que sólo se encuentran realmente *ex post*. De la misma forma, no se muestra satisfactoria la dogmática jurídica tradicionalmente practicada, en la que se centra la atención predominantemente hacia los textos legales, para a partir de ellos reconstruir autorizadamente el sentido normativo. El objeto de la ciencia jurídica no sería propiamente normas, sino más bien los problemas que ellas tienen que solucionar²¹. Para ello, es

²⁰ Aquí, se tiene en mente, como ejemplo típico, además de la recientemente mencionada doctrina "autopoiética", la teoría procedimental de Wiethölter, sobre la cual nos detendremos en la conclusión del presente estudio. Para una tentativa reciente de reconsiderar la categoría de "sujeto de derecho" al incorporar elementos provenientes de ambas vertientes, consúltese Reiner Frey, *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie*, Berlín, 1989. También en el modelo desarrollado por K.-H. Lauer, con base en la idea de "evaluación" (de intereses) –en alemán, "Abwägung", se llega a un "procedimiento auto-referencial", que posibilita el (re)equilibrio y compatibilización de valores y comportamientos divergentes. Cfr. Ladeur, "Abwägung" - ein neues Rechtsparadigma", *ARSP* 69, 1983, págs. 463 y sigs., *id.* "Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie", *RECHTS THEORIE* 16, 1985, págs. 383 y sigs., cuyo texto en inglés viene publicado en *Autopoietic Law*, *cit.*, págs. 242 y sigs. No menos dependiente de la reflexión sobre el proceso de realización del derecho se muestra la concepción teleológica que propuso recientemente Ingo Mittenzwei, al revisar una antigua tradición filosófica a la luz de los nuevos avances en filosofía de la ciencia. Cfr. *Teleologische Rechtsverständnis*, Berlín, 1988. Por fin, es de mencionar el énfasis que en los últimos tiempos se le ha dado al estudio de los "procesos de ponderación" (*Abwägungsprozesse*) de los valores jurídicos en la teoría del derecho escandinava. Cfr. Torstein Eckhoff/Nils K. Sundby, *Rechtssysteme*, Berlín, 1988, págs. 105 y sigs., *passim*.

²¹ Un planteamiento en el que los problemas jurídicos, y no las normas, son claramente señalados como el objeto de la ciencia del derecho, aparece, sin que haya merecido la debida atención, en Max Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Basel, 1925, pág. 23 y sigs. Esa posición está bastante fortalecida con la predominancia del paradigma de la "jurisprudencia de los intereses" en la dogmática jurídica alemana, bien por la aparición de una teoría tópica del derecho, debida a Theodor Viehweg, que encierra la "introducción" de su "Topik und jurisprudentz" calificando la dogmática jurídica (*Jurisprudenz*) como "un procedimiento específico para suscitar problemas, y debe ese procedimiento entenderse como el objeto de la ciencia jurídica" (pág. 14 de la 5ª ed., München, 1974 - hay traducción brasileña del prof. Tércio Sampaio Ferraz, publicada en Brasilia por el Ministerio de Justicia). Cfr., a propósito, Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre*, 2ª ed., Tübingen, 1964, pág. 6, texto y nota 13, págs. 48 y sigs. Es importante también mencionar la influencia mutua que en ese aspecto se verifica entre la filosofía jurídica germánica y angloamericana, ahora que en la referida obra de ESSER, cuya importancia difícilmente se puede exagerar, se da la introducción de concepciones del realismo jurídico practicado en los EUA, como señala en su tesis doctoral Bernd H. Oppermann, *Die Rezeption des nordamerikanischen Rechtsrealismus durch die deutsche Topikdiskussion*, Francfort a.M., 1985, pág. 62, *passim*. Al mismo tiempo, el pensamiento de la segunda fase de Jhering, tal como aparece en "Der Zweck im Recht", de 1877 (hay trad. bras., publ. en Salvador, Ba., por la librería Progresso, en 1950, con el título *A evolução -sic- do Direito*), fue no sólo el punto de partida para la elaboración de la *Interessenjurisprudenz* por Philip Heck, como también ejerció una gran fascinación en los representantes de la *legal philosophy* realista

importante por encima de todo examinar las situaciones concretas en las que los intereses se manifiestan liados y (eventualmente) entran en conflicto. De ahí la importancia de normas procedimentales, que regulan la manera de atender a esos intereses, sin pretender determinar de antemano la solución que se va a dar.

La concepción de la orden constitucional como un proceso, en el que se incluyen los defensores de interpretaciones diversas en el momento de concretizarla, y no como orden ya establecida²², se muestra coincidente con aquella nueva orientación

y pragmática norteamericana, tales como Roscoe Pound. En ese sentido, Esser, loc. ult. cit. V. también Athanasios Gromitsaris, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Jhering. Eine Untersuchung der Grundlagen des deutschen Rechtsrealismus*, Berlín, 1989. Por otro lado, se puede señalar el "cambio" en el pensamiento iheringiano como resultado de una adhesión a la filosofía utilitarista inglesa, patrocinada por Jeremy Bentham, representada en Alemania por Eduard Beneke, cuyo principio ético fundamental recomienda que se decida sobre lo que es cierto de acuerdo con la "evaluación de los intereses" en cuestión. Cfr. Helmut Coing, "Benthams Bedeutung für die Entwicklung der Interessenjurisprudenz und der allgemeinen Rechtslehre", *ARSP* 54, 1968, págs. 69 y sigs., esp. 75 y sigs.; Mitzenzwei, *ob. cit.*, pág. 389 y sigs. Sobre la dimensión iusfilosófica del pensamiento benthamniano, extensamente, H.L.A. Hart, *Essays on Bentham*, Oxford, 1982. En apoyo a la tesis de la que son los problemas que a través de las normas del derecho se quieren resolver, y no esas normas en sí mismas, que constituyen el objeto de la ciencia jurídica, se puede, finalmente, invocar la opinión y autoridad de Karl Larenz, cuando considera la dogmática jurídica (*Jurisprudenz*) científica en la medida en que ella "problematiza" los textos jurídicos, cuestionando las diversas posibilidades de interpretación que ellos admiten. Cfr. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 4ª ed., Berlín/Heidelberg/New York, 1979, págs. 181 y sigs.

²² Häberle ve la constitución como un proceso, abierto a la participación pluralista de los representantes de las más diversas interpretaciones. Cfr. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und «prozessualen» Verfassungsinterpretation", *JZ*, 30, 1975, págs. 297 y sigs., ahora también en *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlín, 1978, págs. 155 y sigs., con un registro de la discusión suscitada por el artículo, recibido con entusiasmo por unos y repudiado por el positivismo constitucional, con Böckenförde al frente (págs 180 y sigs.). Consúltese también, en el mismo volumen, los estudios inéditos "Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess - ein Pluralismuskonzept", págs. 121 y sigs., y "Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung", págs. 182 y sigs., esp. págs. 189 y sigs. También en los EUA surgen al principio de la década pasada una serie de teorías constitucionales con carácter procesal, como son aquéllas de J. Choper, en *Judicial Review and National Political Process*, J. H. Ely, en *Democracy and Distrust*. Cfr. el resumen y examen crítico de R.D. Parker, "The past of Constitutional Theory - And Its Future", *Ohio State Law Journal*, 1981, págs. 223 y sigs., y la defensa de Habermas, *loc. cit.*, págs. 15 y sigs., que se alinea entre los simpatizantes de tales teorías, como muestra su estudio "Volksouveränität als Verfahren", *MERKUR* (Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken), 43, 1989, págs. 465 y sigs., esp. págs. 475 y sigs., ahora incluido en "Geltung und Faktizität". Otro filósofo de gran prestigio en la actualidad, que suscribiría la tesis en pauta, del carácter procedimental de la constitución, es John Rawls, que la concibe, idealmente, como un procedimiento abalizado por principios de justicia, en la cual se conformarían las fuerzas políticas, responsables de la producción legislativa. En sus propias palabras: "Ideally a just constitution would be a just procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome", *A Theory of Justice*, Oxford, 1972, pág. 197.

de la teoría del derecho. Otro aspecto de esa "procedimentalización" del derecho, o mejor, de la forma de concebirlo, sería su creciente "desjurisdificación" (*Entrechtlichung*), consecuencia paradójica de la maciza "jurisdificación" (*Verrechtlichung*) provocada por la modernización de la sociedad, y que hoy se vuelve inocua y antiproducente²³. La nueva Constitución brasileña revela muy bien, por ejemplo, la intención del legislador constituyente, de regular los más diversos sectores de la vida social, en lo que, por otra parte, procuró atender las expectativas de aquéllos que le invistieron de poder para elaborar el Texto constitucional. Le compete también al legislador ordinario viabilizar el cumplimiento de una serie de mandamientos constitucionales por medio de leyes complementarias. No se puede esperar, sin embargo, del engrosamiento de la legislación las esperadas soluciones para la compleja problemática nacional, pues decisivo permanecerá para siempre el proceso en el que se interpreta y aplica el derecho constitucional, a veces, en el límite, *contra legem*.

7. Proceso y teoría de la justicia

De lo expuesto, se entiende que las más diversas direcciones en teoría y filosofía del derecho estén apuntando 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 abalizarlos; justicia y racionalidad que, a su vez, el derecho habrá de alcanzar por medio de aquellos procedimientos. La cuestión de la justicia por ejemplo, sobre la cual volvieron a detenerse recientemente los filósofos, en el ámbito de una rehabilitación de la filosofía práctica, viene tratada en una de las más notorias doctrinas del momento, la del filósofo norteamericano John Rawls, como indisolublemente ligado al procedimiento de su realización, del que parte la idea, que va a buscar en Brian Barry, de una "Justicia procedimental" (*procedural justice*)²⁴. Esta puede presentarse bajo dos formas: una pura o perfecta, cuando se trata de un procedimiento por

²³ De una manera general, v. Michael Bock, *Recht ohne Mass: die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*, Berlín, 1988. La "paradoja" a que nos referimos es uno de los puntos inconsistentes que E. Blankenburg apunta en la teoría del derecho reflexivo de Teubner, en el estudio arriba referido (nota 12). Véase, sin embargo, la réplica de ese último, en el mismo *Law & Society Rev.*, 1984, págs. 191 y sigs., "Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg".

²⁴ Cfr. Barry, *Political Argument*, cap. VI, Londres, 1965, e Rawls, *ob. cit.*, págs. 83 y sigs.

así decirlo estrictamente técnico, como aquél de distribuir un bollo entre varias personas (el ejemplo es de Rawls), y otra imperfecta, que es aquélla revestida de mayor importancia práctica, de la cual los procesos judiciales (penal, civil, etc.) son un ejemplo típico²⁵. También la tematización del derecho natural, que hoy se coloca en un terreno menos jurídico, que moral, asume en la formulación de condiscípulos de Arthur Kaufmann, como Winifried Hassemer e Günter Ellscheid, un carácter eminentemente procesal, pues lo que importa no es tanto el establecimiento de principios con un contenido moral, sino el de principios procedimentales (*prozedurale Prinzipien*), para guiar interesados en hacer afirmaciones dotadas de ese contenido²⁶.

Así, tanto el iusnaturalismo, como aquella otra vía que tradicionalmente se le contrapone, por privilegiar el análisis del derecho tal como se presenta en cuanto dato positivo, *i.e.*, el llamado positivismo lógico, acaban entonces por consagrarse, actualmente, a los problemas en torno a la argumentación jurídica, ya que es ahí donde se define la cuestión de la justicia –enfaticada por los defensores de aquella primera vertiente–, como igualmente la cuestión de la racionalidad que más les interesa a los positivistas de los actos tratados para cumplir el derecho. Los estudiosos de tendencia analítica pasan entonces a ocuparse no sólo de las normas jurídicas que se enmarcan en el esquema

²⁵ En ese punto, se puede aprovechar para cuestionar la opinión, extremadamente difundida también en la procesalística brasileña, según la que el denominamiento procesal es un “instrumento eminentemente técnico” –las palabras son de Alfredo Buzaid, en el prefacio a *II proceso civile brasiliano*, N. Picardi/A. Giuliani (ed.), Rimini, 1988, pág. 1–, y el derecho procesal un “Derecho técnico”, como señalaba Friedrich Stein, en el prefacio a la 1ª ed. de su *Grundriß des Zivilprozessrechts und Konkursrechts* (1921). Con eso, se nota bien, no pretendió el autor del anteproyecto de nuestro CPC excluirlo de la dimensión axiológica, ya que él también lo concibe “empapado de principios rigurosamente éticos” (*id. ib.*, pág. 2), ni Stein, a su vez, dejó de entregarse a reflexiones de naturaleza iusfilosóficas, especialmente en lo que atañe a la naturaleza de la ejecución forzada, como recuerda Friedrich Weber, en *Methodik des Prozessrechts*, *STUDIUM GENERALE Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden*, 13, 1960, págs. 183 y sigs., 183, texto y nota 1. Por otra parte, es hoy indudable la influencia que la ideología ejerce sobre el proceso. Cfr. v.g., Ernst J. Cohn, “Zur Ideologie des Zivilprozessrechts”, en *Erinnerungsgabe für Grünhut*, Marburg, 1965, págs. 31 y sigs.; Dieter Leipold, “Zivilprozessrecht und Ideologie”, *JZ*, 37, 1982, págs. 441 y sigs.; 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, págs. 691 y sigs., y los estudios de Mauro Cappelletti, recopilados en *Processo e Ideologie*, Boloña, 1969.

²⁶ Una concepción procedimental del derecho natural la presentó Hassemer en el seminario que se realizó en el Curso de doctorado de la facultad de Derecho de la UFC, en 1984, cfr., de Ellscheid, “Das Naturrechtsproblem. Eine Systematische Orientierung”, en *Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. Kaufmann/W. Hassemer (ed.), 4ª ed., Heidelberg, 1985, págs. 125 y sigs., esp. págs. 158 y sigs.

"previsión normativa consecuencia jurídica", las llamadas "reglas", sino también de aquellas otras sobre las cuales se levanta el ordenamiento jurídico en su totalidad –sin, por eso, dejar de integrarlo–, que son sus principios fundamentales. Es en ese contexto en el 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 - Modell*)²⁷.

8. El fenómeno actual del procedimiento del derecho

Al concluir el presente ensayo, en el que se procuró indicar una nueva forma procesal de concebir la Constitución y los derechos fundamentales en ella consagrados, parece oportuno aludir a la concepción, desarrollada recientemente por el iusfilósofo francfurtiano Rudolf Wiethölter, para el cual el derecho, en su estado presente de desarrollo en las llamadas sociedades post-industriales, o sea, en la postmodernidad, 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 períodos inmediatamente anteriores e iniciales de la sociedad civil moderna, los cuales se definieron, en la teoría sociológica de Max Weber, por la tendencia a la formalización, del primero, y la materialización, en el segundo, que predomina en el derecho moderno. Eso significa que, en el momento en que se trataba de ponerle un fin a las formas de dominación feudales y absolutistas, se consideraba como función jurídica principal la garantía formal del respeto a la posición social de los individuos y a su posibilidad de libre actuación. A continuación, se da la suspensión de ese modelo político, por su incapacidad para suplir reclamos básicos de la colectividad, lo que lleva al uso del derecho para materializar ciertas exigencias sociales, realizando concretamente la igualdad básica de posiciones de los individuos, antes difícilmente presupuesta formalmente en ley. Sin embargo, así como el control realizado en aquel momento inicial a través de una intervención jurídica puntual, "mínima, provocó daños sociales insoportables, también la Administración constante y con el don de estar en todos los diversos sectores de la vida en sociedad, realizada para cumplir el programa político que se ofrecía como alternativa, acaba costándoles un sacrificio terrible de prerrogativas a los individuos, antes garantizadas, también mínima y formalmente. Ultrapasando los términos del dilema con que, entonces, nos encontramos, para el plano del derecho consti-

²⁷ Cfr., por último, de Alexy, "Rechtssystem und praktische Vernunft", *RECHTSTHEORIE*, 18, 1987, págs. 405 y sigs., esp. págs. 416 y sigs. Para una evaluación crítica del pensamiento del mismo A., v. Frank Scholderer, *Resenha de Theorie der Grundrechte*, *KJ*, 20, 1987, págs. 115 y sigs., y Ulrich Penski, "Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln – ihre Unterscheidung und das Problem der Positivität des Rechts–", *JZ* 44, 1989, págs. 105 y sigs. Para el lector que no domina el alemán, Alexy es uno de los autores incluidos en la compilación de *Derecho y Filosofía*, Garzon Valdés (trad. e ed.), Série "Estudios alemanes", Barcelona/Caracas, 1985, siendo su "Teoria dos Direitos Fundamentais" traducida al español.

tucional, se obtiene como resultado la aparición de una tensión entre aquellos derechos fundamentales que se pueden llamar tradicionales, centrados en la protección de una esfera de libertades civiles de los individuos, y, por otro lado, los derechos fundamentales previstos para asegurar la concretización de los objetivos de la colectividad. La decisión sobre cuál de los dos habrá de prevalecer no es posible que se tome antes de verificar las situaciones de lucha, de lo que resulta la inadecuación de normas generales y abstractas para regularlas. Lo que se precisa –y se puede–, entonces, hacer, es establecer procedimientos para poder llegar a esas decisiones, procedimientos esos que, naturalmente, deberán estar dotados de determinadas características para cumplir la función socio-política que asumen en ese contexto. La adopción de un procedimiento para tomar decisiones favorece el acatamiento y la aceptación de lo decidido tanto de aquéllos que participan de él, según la conocida tesis luhmanniana de la “legitimidad por el procedimiento”, como por los otros ausentes, desde que no se “cerró” la cuestión, dejándola abierta para decidir diferentemente en el futuro o en situaciones diversas. Es, por lo tanto, de fundamental importancia, al estructurar un procedimiento, que permita la integración del mayor número posible de puntos de vista de la cuestión que se va a decidir, y también que la decisión alcanzada pueda sufrir modificaciones, tras la experiencia adquirida al aplicarla.

Es importante, también, resaltar que la idea de proceduralización del derecho se encuentra situada en el ámbito de una teoría crítica (=filosofía) de la sociedad, con el aspecto que esa asume en el pensamiento de su más genuino representante actual, Jürgen Habermas²⁸. 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. Delante de la complejidad del mundo post(moderno), las mejores soluciones sólo aparecen cuando se procura colocar las opiniones divergentes en comunicación, partiendo de un consenso en torno a la posibilidad de llegar a un entendimiento mutuo. Para eso, no obstante, no se puede ahora partir de las ideas preconcebidas, que se les debe imponer a los demás. Lo mejor es dejar que la solución se muestre, pragmáticamente, en la situación comunicativa; y de antemano puede reflejarse sobre el procedimiento que se adopte, para llegar a soluciones que armonicen derechos individuales y colectivos, como los intereses públicos, con base en un principio de proporcionalidad.

²⁸ Cfr., por último, Wiethölter, “Proceduralization of the Category of Law”, en Ch. Joerges/D.M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989, págs. 501 y sigs.; *Id.*, “Ist unserem Recht der Prozess zu machen?”, en *FS Habermas*, Frankfurt a.M., 1989, págs. 833 y sigs.; G. Brüggemeier, “Der Rechtsbegriff in Habermas”, en *Theorie kommunikativen Handelns und die Prozeduralisierungskategorie bei R. Wietholter*, en *Id./Ch. Joerges* (eds.), “Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts”, *ZERP* (= Zentrum für Europäische Rechtspolitik), Materialien, 4, 1987, págs. 65 y sigs.; Habermas, “Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rodolf Wietholter”, *KJ* 22, 1989, págs. 138 y sigs., esp. 143 y sigs.; G. Martin/Heidemarie Renk/Margaretha Sudhof, “MaBstäbe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wietholters”, *ib.*, págs. 244 y sigs, esp. pág. 250.

9. Origen del principio de la proporcionalidad

La idea subyacente a la "proporcionalidad", *Verhältnismäßigkeit*, noción dotada actualmente de un sentido técnico en el derecho público y en la teoría del derecho germánicos, o sea, 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, apoyado en una constitución, en un documento formalizador del propósito de mantener el equilibrio entre los diversos poderes que forman el Estado y el respeto mutuo entre éste y aquellos individuos a él sometidos, a los que se les reconoce ciertos derechos fundamentales inalienables. Un marco histórico para el surgimiento de ese tipo de formación política se acostumbra a apuntar en la Magna Charta inglesa, de 1215, en la que se manifiesta con toda claridad la idea referida arriba, cuando establece: "El hombre libre no debe ser castigado por un delito menor, sino en la medida de ese delito, y por un grave delito debe ser castigado de acuerdo con la gravedad del delito". Esa especie de contrato entre la Corona y los señores feudales es el origen del *Bill of Rights*, de 1689 en el que entonces adquieren fuerza de ley los derechos frente a la Corona, extendidos ahora a los súbditos en su conjunto.

Para ese reconocimiento, el soporte doctrinario está fortalecido por los teóricos del derecho natural, con sus tesis sobre la libertad innata inherente 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. Característico del iusnaturalismo, de cuño racionalista, era la creencia en la existencia de principios generales deducibles de la naturaleza humana, en los cuales se debía basar la elaboración científica del derecho. Es así que en 1791 Svarez, en una conferencia pronunciada delante del rey de Prusia, Friederich Wilhelm, propone como principio fundamental del derecho público "que el Estado sólo esté autorizado a limitar la libertad de los individuos en la medida en que fuese necesario, para que se mantenga la libertad y seguridad de todos", de ahí deducía el principio fundamental del "derecho de policía" (*Polizei-Recht*), o, como hoy se diría, "derecho administrativo", "que solamente para evitarle un perjuicio de grandes proporciones a la sociedad civil, el cual se teme que ofenda la conciencia moral, o entonces la esperanza fundamentada de que se puede alcanzar un provecho considerable y duradero para todos, autorizaron al

Estado limitar la libertad natural de sus ciudadanos individuales a través de normas de policía²⁹.

En 1802, Von Berg emplea el término "*verhältnismässig*", "proporcional", al tratar sobre esa posibilidad de limitación de la libertad en virtud de la actividad policial, refiriéndolo a la indemnización de la víctima por el perjuicio sufrido. Es con el apoyo en Otto Mayer, sin embargo, que Wolzendorff denomina como "Principio de la proporcionalidad", "*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*", la "proposición de validez general" (*allgemeingültigen Satz*) que impide que la fuerza policial vaya más allá de lo que es necesario y exigible para la consecución de su finalidad³⁰.

Durante la primera mitad del siglo en curso, el principio que ahora tomamos en consideración fue tratado como concerniente también a la reglamentación de la actividad policial, destinado a evitar excesos en su práctica, lo que 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 término que incluye la actividad estatal como un todo e incluso la propia noción de "Estado de derecho", "*Rechtsstaat*", viene mencionada por primera vez en la obra que trata sobre esa materia³¹. Parece entonces probable que aquéllos que primero encontrasen el empleo de un principio de proporcionalidad en los asuntos de Estado ahora tuviesen en mente una aplicación incluyente, tal como hoy se proclama.

Ahora bien en el período en el que no se confundía el "*Polizeirecht*" con el derecho administrativo, sin embargo, sería injusto considerar que en su monografía sobre aplicación de la norma jurídica y proporcionalidad, de 1913, Walter Jellinek se hubiese limitado a tratar el problema refiriéndose al "derecho de la policía", o en lo máximo al proceso ejecutivo administrativo, como suele aparecer referido en monografías contemporáneas sobre el principio en tela de juicio³². En verdad, es de él el mérito de haber relacionado la proporcionalidad con el problema central del derecho administrativo, que es la arbitrariedad (*freies Ermessen*), considerando las cuestiones como dotadas de igual significación, una vez que las leyes no distinguen el poder arbitrario de la policía que poseen los demás órganos de la Administración³³. Con eso, se abre la posibilidad de ampliar la problemática hasta incluir las demás funciones estatales, ahora que al órgano judicial también le está vedada la arbitrariedad en la aplicación de la ley y el legislativo se encuentra igualmente sometido a un control en su actividad de produc-

²⁹ Vortrage über Recht und Staat von Carl Gottlieb Svarez, H. Conrad e G. Kleinheyder (ed.), Colonia, 1960, págs. 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 la medida en que fuese necesario y conveniente (*expedient*) al beneficio general de los ciudadanos (*public*). Apud Zippelius, *Staatslehre*, 4ª ed., Munic, 1973, pág. 169.

³⁰ Cfr. Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht)*, Köln (Carl Heymann), 1985, págs. 2 y sigs.

³¹ Cfr. Robert V. Mohl, *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I, 3ª ed., Tübingen, 1866, págs. 19 y sigs., esp. 41.

³² Así, en la monografía pionera de Rupprecht V. Krauss, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)*, Hamburgo, 1955, pág. 8, nota 35.

³³ Cfr. *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, pág. 89, cuando afirma que "como las leyes no hacen ninguna diferenciación entre la arbitrariedad de las autoridades policiales y cualquier otra arbitrariedad administrativa diferente, entonces el problema de la arbitrariedad es totalmente idéntico a la cuestión de la necesidad y conveniencia".

ción normativa, ya que se debe mantener dentro de los límites constitucionales. El modo en cómo se produjo la "proliferación" del uso de la *Verhältnismässigkeit* en el derecho de la Alemania Federal es el que a partir de ahora merece tratamiento aparte. Inicialmente, se va examinar la contribución dada por el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) junto con el desarrollo de la doctrina propia del período de la postguerra, que no procede de una sentencia sobre la mayor importancia de uno u otro en la configuración del principio de que se trata, teniendo en cuenta que, siempre hubo, eso sí, una constante interferencia de lado a lado.

10. *La dimensión constitucional del principio de la proporcionalidad*

La transposición del principio de proporcionalidad del campo del derecho administrativo hacia el plano constitucional con el que puede ser identificado en los más diversos sectores del derecho, se debe en gran parte a la posición que asumió el Tribunal Constitucional, en Alemania. Esa Corte Suprema, que está investida por esta Ley fundamental para velar por su cumplimiento y respecto, a partir de un determinado momento pasa a adquirir con frecuencia expresiones en su argumentación, que se asocian claramente al "pensamiento de proporcionalidad", tales como "excesivo" (*übertässig*), "inadecuado" (*unangemessen*), "necesariamente exigible" (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), hasta establecer de forma incisiva que el referido principio y la correlación "prohibición de exceso" (*Übermassverbot*), "en cuanto regla conductora que incluye toda la actividad estatal evolutiva del principio del Estado de derecho (*posee*) estructura constitucional³⁴. En decisión anterior, el *Verhältnismässigkeitsprinzip* ya se presentara como resultante "en el fondo, de la esencia de los propios derechos fundamentales", aumentando, de forma asimilable a la referida formulación clásica de Svarez, que se definía como una "expresión del deseo general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, con aspecto de poder público, que sólo puede estar limitada si eso fuese exigido para protección de intereses públicos³⁵".

La cuestión que así se presenta es la de cómo fundamentar mejor la inscripción de un principio de proporcionalidad en el plano constitucional: si lo deducimos de la opción por un Estado de derecho o, incluso mismo, de los propios derechos fundamentales, asume relevancia más doctrinaria, ya que en la práctica, a la luz de la reiterada jurisprudencia del Tribunal

³⁴ BverfGE 23, 133 (= *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 23, pág. 133).

³⁵ BverfGE 19, 348/349.

Constitucional, no queda duda en cuanto a su inserción en la "base" del ordenamiento jurídico, como se puede aludir de manera figurada a la Constitución. Además de eso, nuestro principio aparece relacionado con aquél que puede considerar el problema principal para que el Estado lo resuelva con la adopción de un régimen constitucional, principalmente, el de la relación entre él, la comunidad a ella sometida y los individuos que la integran, para ser regulado de forma equitativamente ventajosa en todas partes. Para que el Estado, en su actividad, atienda a los intereses de la mayoría, respetando los derechos individuales fundamentales, se hace necesario no sólo la existencia de normas para pactar esa actividad y que, en ciertos casos, ni incluso la voluntad de una mayoría puede derogar (Estado de derecho), sino también ha de reconocerse y echar mano de un principio regulativo para ponderar hasta qué punto se le va a dar preferencia a todo o a las partes (Principio de proporcionalidad), lo que también no puede ir más allá de un cierto límite, para no retirarle lo mínimo necesario a una existencia humana digna de ser llamada así³⁶.

El *Bundesverfassungsgericht* (abrev. BVerfG.) emplea entonces el principio que tratamos, con más frecuencia, para controlar la constitucionalidad de medidas ahora adquiridas por alguno de los demás poderes estatales, el ejecutivo y el legislativo, especialmente en lo que se refiere al respeto del derecho fundamental de los individuos. Entre tanto, sin embargo no exista ningún pronunciamiento expreso en ese sentido, se puede decir que la más alta Corte alemana se vale de lo que la doctrina apunta como la triple manifestación del "mandamiento de la proporcionalidad" (*Verhältnismässigkeitsgebot*), también llamado "prohibición de exceso" (*Übermassverbot*): "Adecuación" (*Geeignetheit*), "Exigibilidad" (*Erforderlichkeit*) y "Proporcionalidad en sentido estricto" (*Verhältnismässigkeit i.e.S.*). La primera decisión en la que se encuentra una clara y precisa formulación de ese pensamiento data del 16/3/1971, en el siguiente párrafo: "El medio empleado por el legislador debe ser adecuado y exigible, para que se pueda alcanzar el fin deseado; es exigible, cuando el legislador no pudo escoger otro igualmente eficaz, sino que sería un medio no-perjudicial o portador de una limitación menos perceptible a derecho fundamental"³⁷.

En resumen, puede decirse que una medida es adecuada, si alcanza el fin deseado, exigible, por causar el menor perjuicio posible y finalmente, proporcional en sentido estricto, si las ventajas que aportase superasen las desventajas.

Para que haya adecuación, lo que importa es la conformi-

³⁶ En la Constitución alemana, si tenemos en cuenta ese hecho, consagra el art. 19, 2ª parte, el principio segundo el cual los derechos fundamentales jamás deben ser ofendidos en su esencia (*Wesensgehaltsgarantie*). Exactamente es de esa norma de la que los autores como Lerche y Dürig deducen, a contrario sensu, la consagración del principio de la proporcionalidad por el derecho constitucional, pues implica en la aceptación de ofensa al derecho fundamental "hasta un cierto punto", la necesidad de un principio para establecer el límite que no se debe ultrapasar. Cfr. *BVerfGE* 34, 238.

³⁷ *BVerfGE* 30, 316.

³⁸ Cfr. *id. ib.*, pág. 263/264 y *E* 39, 210/211.

³⁹ *BVerfGE* 37, 21 y *E* 39, *loc. cit.* Anteriormente, *E* 21, 157 y *E* 30, 347.

⁴⁰ *BVerfGE* 28, 280.

⁴¹ BVerfGE 14, 114; 18, 363; 19, 347/348 y, especialmente, E 20, 157/158.

⁴² BVerfGE 221/222; 57, 356; 61, 135. V. también el "voto vencido", (*Sondervotum*), de Bohmer, E 49, 228 y sigs. que causó mucha perplejidad en la doctrina, al afirmar que en la ejecución forzada no se debe privilegiar arbitrariamente (*i.e.*, en toda y cualquier hipótesis) el acreedor, frente al deudor, y le corresponde siempre al Estado, también aquí, controlar la proporcionalidad de sus actos. Lo que resulta de la exigencia de observación del principio, por ejemplo, es una regla por la que un inmueble puede ser sacrificado para satisfacer un crédito solamente en último caso. Esa problemática fue objeto de comentario profesado por el eminente procesalista alemán Wolfgang Grunsky en un seminario de estudios realizado en la Universidad Federal del Ceará, en febrero de 1988, cuando entonces los debates evidenciaron, *e.g.*, la "desproporcionalidad", de una norma como aquella del art. 737, CPC, por la cual el deudor, para defenderse de una ejecución, a veces patentemente absurda, precisa comprometer su patrimonio, para oponer los embargos. El profesor tedesco, sin embargo, se afilió, a aquella oportunidad, a la corriente tradicional, y manifestó desconformidad con las nuevas ideas, recordando que también el acreedor posee el derecho fundamental a tener protegida su propiedad, (Cfr. NOMOS - *Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, ns. 7/8, 1988/1989, págs. 90 / 91). Favorable a la nueva orientación se muestra Eberhard Wieser, en artículos publicados en la ZfP, 98, 1985.

dad con el objetivo (*Zielkonformität*) y la "utilidad" para alcanzar el fin (*Zwecktauglichkeit*) de la medida. El BVerfG. reconoce, sin embargo, que el establecimiento de objetivos y de medios para alcanzarlos es un problema de política legislativa (o administrativa) que a él no le compete resolver, en substitución de las autoridades constitucionalmente competentes que se reserva para interferir sólo en casos excepcionales y extraños, en los que es patente su inadecuación y objetivamente inútil la medida, y es la evaluación hecha para convertirla claramente errónea y rechazable³⁸. La exigibilidad que acostumbra asociarse a la búsqueda del "medio más suave" (*milderes Mittel*) dentro de varios posibles, para alcanzar el fin buscado, en lo que se reconoce que hay gran margen de acción (*Handlungsspielraum*) y campo para la realización (*Gestaltungsbereich*) del legislador (y, después, también a la Administración pública)³⁹. La proporcionalidad en sentido estricto interesa en la correspondencia (*Angemessenheit*) entre medio y fin, lo que requiere el examen de cómo se estableció la relación entre uno y otro, con el "sopesamiento" (*Abwägung*) de su recíproca apropiación, colocando, de un lado, el interés en el bienestar de la comunidad, y de otro, las garantías de los individuos que la integran, con el fin de evitar el beneficio de uno en detrimento de otro⁴⁰.

En ese aspecto, vale añadir, con relación al control de medidas provenientes de la Administración pública, que por tratarse de una función estatal que se debe ejercer de acuerdo con las normas preexistentes, no es necesario discutir tanto sobre finalidad y objetivos "deseados", pero, si, ante todo, sobre la adecuación de aquellas medidas a tales propósitos, previstos normativamente. En el caso de que ellas impliquen limitación de derechos fundamentales, se debe verificar antes de nada si el acto administrativo no dejó de corresponder al sentido de la norma que debería realizarse concretamente⁴¹. Es que ese acto, así como las decisiones que provienen de lo judicial, se centra en la aplicación del derecho en situaciones individuales, no en que la importancia del empleo de la proporcionalidad sea tanto mayor, en la medida del margen de arbitrariedad dejada por el legislador para la evaluación de las autoridades administrativas (o del órgano judicial). Así, se comprende el desarrollo reciente de la jurisprudencia alemana en el sentido de controlar la proporcionalidad y la adecuación, de medidas judiciales en la ejecución civil⁴². 