

ÍNDICE

17 PRÓLOGO

María Elósegui Itxaso

23 PRESENTACIÓN

Juan-Luis Gómez Colomer

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

Robert Alexy

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

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

Comentario a la Ponencia del Dr. Robert Alexy

Gregorio Robles Morchón

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

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

71 LA PONDERACIÓN EN LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA DEL DERECHO

Martin Borowski

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

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

Comentario a la Ponencia del Dr. Martin Borowski
Ignacio Torres Muro

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

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

Ralf Poscher

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

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

Comentario a la Ponencia del Dr. Ralf Poscher

Fernando Lousada Arochena

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

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

María Elósegui Itxaso

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

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

Comentario a la Ponencia de la Dra. María Elósegui Itxaso

María José Roca Fernández

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

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

Carsten Bäcker

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

229 TODO EXCESO ES INSANO, TAMBIÉN PARA EL DERECHO

Comentario a la Ponencia del Dr. Carsten Bäcker

José Antonio Seoane Rodríguez

- 230 I. LA FÓRMULA DE RADBRUCH
- 233 II. LA FÓRMULA DE RADBRUCH Y LA FÓRMULA DE ALEXY
- 236 III. LA FÓRMULA DE RADBRUCH SEGÚN CARSTEN BÄCKER
- 238 IV. VALORACIÓN CRÍTICA
 - 238 1. Gustav Radbruch
 - 240 2. Robert Alexy
 - 243 3. Carsten Bäcker
- 245 V. TRES ARGUMENTOS FINALES
 - 245 1. Más allá del legalismo: constitucionalización y superación del marco del Estado
 - 246 2. La positividad del Derecho
 - 246 3. Validez, vigencia y eficacia

ANEXO

PONENCIAS EN ALEMÁN / REDEBEITRÄGE AUF DEUTSCH

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

Robert Alexy

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

271 DIE ABWÄGUNG IM STUFENBAU DES RECHTS

Martin Borowski

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

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

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

Ralf Poscher

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

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

María Elósegui Itxaso

- 334 I. EINLEITUNG

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

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

Carsten Bäcker

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