

LA SEPARACIÓN DEL “ÁMBITO DE PROTECCIÓN” RESPECTO
DE LAS “RESTRICCIONES” EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.
UNA DISCUSIÓN DE LA DOGMÁTICA ALEMANA*
*SEPARATION OF “PROTECTION SCOPE” REGARDING THE
“RESTRICTIONS” IN FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS.
A DISCUSSION OF THE GERMAN LEGAL DOCTRINE*

Arnulfo Daniel MATEOS DURÁN**

RESUMEN: Los derechos fundamentales son parte esencial de las democracias constitucionales hoy día; sin embargo, la protección y garantía de los derechos fundamentales por parte del Estado no es una tarea sencilla, ya que sus órganos democráticos y operadores jurídicos enfrentan cada vez más retos. Por ello, la dogmática de los derechos fundamentales juega un papel importante al ofrecer herramientas para una mayor comprensión tanto de la función como de la estructura y las dinámicas de los derechos. Así, este texto busca ofrecer un pequeño esbozo de la discusión relativa a la relación entre lo que protege un derecho y las razones que justifican una restricción de dicha protección. Esta diferenciación es necesaria, pues gracias a ella, no solamente se pone en el centro de la discusión el papel del legislador como primer configurador y garante de los derechos fundamentales, sino que, además, es un requisito necesario para figuras jurídicas relevantes, como el examen de proporcionalidad.

ABSTRACT: Fundamental rights are essential part of current constitutional democracies; however, the protection and guarantee of fundamental rights by the State is not an easy task, since the democratic bodies of the State and the legislators face every time more challenges. Therefore, the legal doctrine of the fundamental rights play an important role since they offer tools for a greater understanding of the function, structure and dynamics of rights. Among the diverse items to discuss, this text attempts to offer a small portrait of the discussion regarding the relationship between what protects a rights and those reasons justifying the restriction of said protection. This differentiation is necessary since by it not only is the role of the legislator as first drafter and guarantor of the fundamental rights set at the center of the discussion, but also, it is a necessary requirement for relevant legal concepts, such as the analysis of proportionality.

Palabras claves: derechos fundamentales; restricciones, ámbito de protección, proporcionalidad.

Keywords: Fundamental Rights, Restrictions, Protection Scope, Proportionality.

* Artículo recibido el 6 de marzo de 2018 y aceptado para su publicación el 10 de julio de 2018.

** ORCID: 0000-0002-2874-5288. Doctorando en la Universidad de Heidelberg (Alemania). Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; *Legum Magister* en la Universidad de Heidelberg. Correspondencia: Wilhelm-Blum-Str. 8, C.P. 69120, Heidelberg, Baden-Württemberg, Alemania. Correo electrónico: arnumat03@gmail.com.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XLIX, núm. extraordinario, 2019, pp. 277-298.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La distinción entre “ámbito de protección” y “restricción”*. III. *“Teoría interna” de los derechos fundamentales*. IV. *Las “restricciones immanentes” de los derechos fundamentales*. V. *La “teoría externa” de los derechos fundamentales*. VI. *La importancia de ambas teorías para el estudio de los derechos fundamentales*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que el 29 de mayo de 1949 entró en vigor la Ley Fundamental de Bonn en Alemania, la jurisprudencia y la academia han tenido, hasta el día de hoy, un papel importante en la construcción de una robusta dogmática del derecho constitucional alemán. Este desarrollo ha tocado distintas aristas, resultado de los diversos problemas y cuestiones que ofrece la Ley Fundamental en su papel de norma suprema del ordenamiento jurídico alemán. Sin embargo, de entre todos estos temas esenciales sobresale el papel de la dogmática de los derechos fundamentales. El debate dentro de la jurisprudencia y la literatura ha girado en torno a distintos puntos, ya sea la función que juegan los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico, o la forma más adecuada de coordinar la efectiva garantía de los derechos frente a las demandas emanadas de los órganos democráticos.

La importante función de los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico regulado por la Ley Fundamental es indudable. Esto es en parte un subproducto de la posguerra, en especial como respuesta a los crímenes de lesa humanidad cometidos durante el régimen del nacionalsocialismo y la posterior guerra. La Ley Fundamental de 1949 está imbuida de una fuerte protección de los derechos fundamentales frente a cualquier forma de poder que haga peligrar su satisfacción. Esto es fácilmente perceptible al dar un vistazo al artículo 1o. párrafo 3, de la Ley Fundamental, artículo que coloca a la dignidad humana como el valor supremo del ordenamiento jurídico alemán, valor que incluso forma parte de los elementos esenciales contenidos en la cláusula pétrea del artículo 79 párrafo 3 de la Ley Fundamental.

La historia de la dogmática de los derechos fundamentales en Alemania no ha sido solamente una historia de decisiones trascendentes y de obras científicas profundas, sino también una narrativa de la función y la estructura de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales pueden ser considerados como uno de los más grandes triunfos de los movimientos liberales a finales del siglo XVIII, que tuvieron como mayores efigies las revoluciones americana y francesa.¹ Siendo el *Bill of Rights* de Virginia el primer catálogo de derecho positivo de los derechos fundamentales.² Lo que en un momento se consideraron como potestades negativas de los individuos frente al monopolio del poder del Estado moderno,³ ahora no solamente cuenta con dicho carácter, sino que comprenden un entramado mucho más complejo, siendo actualmente los derechos fundamentales espejos que reflejan las demandas de los individuos dentro de las democracias constitucionales modernas.⁴

Los derechos fundamentales, como formas institucionalizadas de los derechos humanos,⁵ contienen un significado profundo que dificulta su aplicación al momento de ser interpretados. La complejidad inherente de los derechos humanos es resultado de su desarrollo constante en el tiempo.⁶

¹ Cfr. Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013, pfo. 19, p. 6.

² *Ibidem*, p. 6, pfo. 20.

³ *Ibidem*, pp. 22 y 23, relativo al *status negativus* de los derechos fundamentales.

⁴ Cfr. Rawls, John, *Justice as Fairness*, Massachusetts-Londres, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001, p. 37.

⁵ En este sentido, cuando hablamos de los derechos fundamentales nos referimos a las formas de derecho positivo que adquieren los derechos humanos dentro de un ordenamiento jurídico, carácter que permite que puedan ser aplicados y garantizados por los órganos del Estado. Siegfried König explica de forma clara la distinción entre los conceptos de derecho fundamental y derecho humano: “Los derechos humanos son preexistentes al Estado, por así decirlo, son demandas y normas de derecho natural, los derechos fundamentales son derechos positivizados con el mismo contenido, es decir, los derechos fundamentales constituyen la institucionalización de los derechos humanos. Los derechos fundamentales son por lo mismo la conversión legal de una demanda normativa en nombre de los derechos humanos, o mejor dicho, los derechos humanos son positivizados en forma de derechos fundamentales y por ello son protegidos con vinculatoriedad jurídica”. König, Siegfried, *zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes-Locke-Kant*, Friburgo-Munich, Alber-Reihe, Praktische Philosophie, 1994, pp. 33 y 34. trad. libre.

⁶ Respecto al profundo carácter histórico y político de los derechos fundamentales como derechos humanos institucionalizados, véase Lohmann, Georg, “Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig? – Eine Skisse”, *MenschenRechtsZentrum*, Postdam, Studien zu Grund- und Menschenrechten, núm. 11, pp. 5 y ss.

La dogmática alemana emanada de la Ley Fundamental es rica en debates emblemáticos relativos a las distintas posiciones relacionadas con el papel y función de los derechos fundamentales; por mencionar algunos ejemplos, encontramos las distintas opiniones en torno a la justificación del carácter objetivo de los derechos,⁷ o la proporcionalidad de medidas estatales de intervención en la esfera de protección de los derechos fundamentales.

De entre estas relevantes discusiones, quisiéramos hablar en este trabajo del debate referente a la separación del ámbito de protección de los derechos fundamentales respecto de las restricciones o límites de su eficacia. Dicha discusión es importante, porque no solamente justificó el uso de una visión estructural de los derechos fundamentales, sino además dicho debate modificó la forma de examinar la constitucionalidad de normas o actos sujetos de control. Esta modificación es particularmente importante en el caso de los *derechos de defensa*, que comúnmente son considerados libertades negativas del individuo frente al Estado.⁸

En este trabajo no es posible mostrar la totalidad de la discusión y todos aquellos distintos puntos de vista relativos al tema. Por el contrario, el objetivo del artículo es el de ser un breve esbozo de las posiciones relevantes de esta discusión. Actualmente la mayoría de la literatura acepta la separación del ámbito de protección respecto de las restricciones;⁹ sin embargo, esto no fue así en un inicio. Gracias a esta distinción son posibles otras formas de acercamiento frente a las distintas dinámicas que presentan los derechos fundamentales; de particular mención tenemos al examen de proporcionalidad.

⁷ Véase Pieroth, Bodo y Schlink, *Grundrechte. Staatsrecht...*, cit., p. 26, pfo. 94.

⁸ Se considera dentro de la dogmática alemana que los derechos fundamentales pueden presentar diversas funciones, por lo que se clasifican en derechos de defensa (*Abwehrrechte*), derechos de prestación (*Leistungsrechte*), que se subdividen en derechos de proceso y de organización (*Verfahren- und Organisationsrechte*), y los derechos de igualdad (*Gleichheitsrechte*). En cada uno de estos derechos fundamentales se realiza un examen de constitucionalidad con distintas preguntas, que apelan a la naturaleza de la función del derecho en cuestión. Cfr. Borowski, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007, p. 209.

⁹ Incluso en la literatura suiza es considerada tal separación como necesaria. Cfr. Céline, Martin, *Grundrechtskollisionen*, Basilea, Helbing Lichtenbahn, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, núm. 76, 2007, pp. 51 y ss.; Müller, Jörg Paul, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berna, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1982, p. 103.

Teniendo en cuenta lo anterior, y para lograr un mejor entendimiento del problema, mostraremos los argumentos principales presentados por las distintas partes dentro del debate. Por un lado, tenemos a quienes consideran que una separación del ámbito de protección y las restricciones no es posible, porque los derechos no son limitables, y por el otro, aquellos que defienden la necesidad de separar dichas esferas como una posible solución a los casos de concurrencia o colisión de derechos fundamentales. Los primeros se consideran como defensores de una “teoría interna”, mientras que los segundos apelan por una “teoría externa”.¹⁰ También encontramos el caso de aquellos que defienden la existencia de “restricciones inmanentes” de los derechos fundamentales.

Pero antes de entrar en la discusión es necesario esclarecer algunos conceptos, en particular los relativos a lo que se entiende por “ámbito de protección” y “restricciones” dentro de la dogmática alemana de los derechos fundamentales.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE “ÁMBITO DE PROTECCIÓN” Y “RESTRICCIÓN”

El concepto de “ámbito de protección” (*Schutzbereich*) de un derecho fundamental hace referencia a “qué” es lo que protege la norma jurídica que contiene un derecho humano.¹¹ Al ser los derechos fundamentales la forma jurídica (es decir, derecho positivo) de los derechos humanos, cuenta la norma jurídica con una hipótesis, que cumpliéndose los requisitos en el caso concreto, deviene por ello el efecto jurídico contenido en dicha nor-

¹⁰ Respecto a este punto, es necesario remarcar que el uso de estos conceptos dentro de estas dos posiciones no es unánime, por ello muchas veces se utilizan de manera poco sistemática los términos de “teoría interna”, “teoría externa”, “restricciones inmanentes”. En palabras de Martin Borowski: “En la literatura de la dogmática de los derechos fundamentales ha aumentado el uso de los conceptos de “teoría interna” y “externa”, sin embargo esto no constituye la regla. Solamente en pocos trabajos se encuentran claras distinciones teóricas estructurales, generalmente se presupone una estructura fundamental determinada sin mayor profundización. En tanto se encuentren declaraciones relativas a la estructura, impera un uso irreflexivo de los conceptos “intervención”, “teoría externa”, “teoría interna”, “restricción inmanente”, “límite inmanente” y “similares”. Borowski, Martin, *Grundrechte...*, cit., p. 39, trad. libre.

¹¹ *Ibidem*, p. 236; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1994, pp. 273 y ss.

ma. Al referirnos a los requisitos contenidos en la norma jurídica, hacemos mención a lo que se conoce como el “supuesto de hecho” (*Tatbestand*) de la norma jurídica.¹²

En el caso de los derechos fundamentales, tratándose de derechos de defensa, cuando un acto cumple con los requisitos contenidos en el supuesto de la norma jurídica, esto implica que la garantía de protección de la Constitución es aplicable, y por ello el acto o norma impugnado pierde validez jurídica, por lo que la norma en la que se funda dicho acto debe ser derogada, el “bien” constitucional, reparado.¹³ Esta característica es considerada como una forma de libertad negativa frente a la esfera del poder del Estado.¹⁴

Los derechos fundamentales como normas jurídicas cuentan con un rango especial en las democracias constitucionales, generalmente rango constitucional, por lo que cumplen un papel de control respecto de las normas inferiores, que en la mayoría de los casos implica en los hechos una delimitación del área de decisión del legislador nacional.¹⁵ Por ello, el efecto de vinculación con el que cuenta es enorme, puesto que las normas constitucionales no solamente determinan las funciones y competencias de los órganos del Estado, sino además establecen los procesos de producción normativa y funcionan igualmente como límites materiales respecto al contenido de dichas normas.¹⁶ En este sentido, los derechos fundamentales, como normas constitucionales, a su vez constituyen límites materiales al legislador cuando éste determina el contenido de las normas. Los derechos fundamentales son límites al poder de decisión del legislador, pero a su vez constituyen mandatos de cumplimiento para él mismo, es decir,

¹² Relativo la relación entre “ámbito de protección” y “supuesto de hecho”, véase, Alexy, Robert, *op. cit.*, pp. 273 y ss.

¹³ En este punto hay que recalcar que en el caso de los derechos de defensa existe una diferencia entre lo que un derecho fundamental protege *prima facie* y lo que efectivamente protege al aplicarse las restricciones. *Ibidem.*, p. 274. Esto se verá más adelante en el texto.

¹⁴ Cfr. Piero, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht...*, *cit.*, p. 25, págs. 91 y ss.

¹⁵ En palabras de Christian Bumke: “Por ello tampoco se agota el derecho de defensa en una limitación del Estado. En cambio, el derecho de defensa dirige la actividad estatal y actúa sobre todo el ordenamiento jurídico”. Bumke, Christian, *Der Grundrechtsschutz*, Baden-Baden, Nomos, 1998, p. 64, trad. libre.

¹⁶ Schuppert, Gunnar Folke y Bumke, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 36 y ss.

el legislador es el principal objeto de control del derecho constitucional, pero al mismo tiempo es su principal garante.¹⁷ Teniendo en cuenta lo anterior, es común que las normas que protegen los derechos fundamentales otorguen al legislador áreas de decisión a su favor o que en ciertos casos la protección del derecho fundamental sea limitada por otros derechos fundamentales de terceros; a estas limitaciones se les conoce como “restricciones constitucionales”.¹⁸

Las restricciones, como mencionamos anteriormente, son formas externas de delimitar el ámbito de protección de los derechos, por lo que pueden considerarse como herramientas que modulan la protección de los derechos fundamentales.¹⁹

En este sentido, la forma en que ambos conceptos se relacionan es de suma importancia, sobre todo al momento de determinar lo que protege o no un derecho, ya sea que ambos conceptos se consideren un solo objeto o que se manejen como esferas independientes que hagan necesario un estudio pormenorizado de cada una. Teniendo claro ambos conceptos podemos ahora continuar con la presentación de los distintos puntos de vista relativos a explicar cómo debe ser la relación entre ambos conceptos.

III. “TEORÍA INTERNA” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

De acuerdo con esta teoría, al examinarse si un derecho fundamental es aplicable a un caso concreto solamente hay un objeto de estudio, es decir, el derecho con su contenido determinado.²⁰ El derecho se encuentra desde un inicio limitado por sus restricciones internas, lo que quiere decir que la posición jurídica del mismo no puede ser restringida. El ámbito de

¹⁷ Relativo a esta problemática dentro del sistema alemán, véase Bumke, Christian, *Der Grundrechtsvorbehalt...*, cit., pp. 40 y ss.

¹⁸ Respecto al efecto vinculante de los derechos fundamentales hacia el legislador y los demás poderes estatales, véase Bumke, Christian, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 49 y ss. Christian Bumke da la siguiente definición de “restricciones”: “Cada norma jurídica, fundada en una reserva de ley, que esté de acuerdo con el principio de proporcionalidad y que observe los requisitos del plan de garantía, puede —de manera temporal— ser clasificada como una restricción de un derecho fundamental”. Bumke, Christian, *Der Grundrechtsvorbehalt...*, cit., p. 65.

¹⁹ Relativo a esto véase con mayor detalle, Wülfing, Thomas, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981.

²⁰ Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte...*, cit., pp. 250 y ss.

protección y las restricciones son un mismo objeto, que es determinado por el contenido del derecho fundamental; en otras palabras, el derecho en “sí mismo” determina su protección por la “naturaleza de la cosa que protege”.²¹ Al determinarse los límites al derecho no se hace referencia a éstos como un elemento externo al ámbito de protección, sino que el derecho fundamental determina su contenido y límite propio sin necesidad de apelar a elementos externos. Esta teoría evita la ambivalencia: ámbito de protección/restricción.²² Es por eso que el examen de control de constitucionalidad consiste en una sola fase, a diferencia de la “teoría externa”, que cuenta con dos.²³ En esta teoría el examen de constitucionalidad consiste en verificar si un derecho fundamental protege un acto que se considera que cae dentro del “contenido aparente” del derecho fundamental. El examen busca comprobar si el acto en cuestión realmente forma parte del “contenido verdadero” del derecho fundamental, si es el caso, entonces el efecto de protección del derecho fundamental, debe aplicarse.²⁴

Si bien podría encontrarse una similitud de la distinción entre el “contenido aparente” y el “contenido verdadero” con la “teoría externa”, por consistir en una separación entre lo que puede proteger un derecho respecto de lo que realmente protege, este no es el caso dentro de la “teoría interna”, ya que el “contenido aparente” no tiene ningún efecto jurídico.²⁵ En otras palabras, quien se encuentre dentro del “contenido aparente” no puede apelar a la protección efectiva del derecho fundamental, solamente hasta que se pruebe que el caso estudiado forma parte del “contenido verdadero”.²⁶ Esto se debe a que la “teoría interna” defiende la imposibilidad de restringir derechos, lo que implica que esta teoría niega la existencia de casos donde se presume colisión de ámbitos de protección; es decir, dos normas que sean aplicables a un mismo acto, pero con efecto jurídico

²¹ Borowski, Martin, *Grundrechte...*, cit., p. 37; Haverkate, Görg, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Munich, Mohr Siebeck, 1983, p. 97 (nota 126).

²² Lawrence, Christian, *Grundrechtsschutz technischer Wandel und Generationenverantwortung. Verfassungsrechtliche Determinanten des “Restrisikos” der Atomkraft*, 1989, p. 99.

²³ *Idem*.

²⁴ Cfr. Müller, Friedrich, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, núm. 102, 1969, pp. 26 y ss.

²⁵ Cfr. Borowski, Martin, *Grundrechte...*, cit., p. 38.

²⁶ *Idem*.

contrario. Estas colisiones no serían posibles bajo la “teoría interna”.²⁷ Lo anterior se debe a que el “contenido verdadero” de los derechos fundamentales en colisión determinaría cuál de las dos normas sería aplicable, puesto que la otra solamente constituiría un caso de “contenido aparente”.

Entre los autores que defienden una “teoría interna” de los derechos fundamentales encontramos a Peter Häberle y Friedrich Müller.²⁸ Para Häberle las *reservas de ley* contenidas en los derechos fundamentales constituyen los requisitos de validez y normatividad de los derechos fundamentales; el legislador está obligado a configurar los derechos fundamentales a través de la ley, de tal modo que la aplicación de un derecho fundamental es delimitado por medio de la ley.²⁹ Para él, el legislador juega un rol esencial en la garantía de los derechos fundamentales, puesto que es el único que puede lograr la concretización del contenido del derecho,³⁰ contenido que está determinado por el concepto del derecho fundamental.³¹ En este sentido, la ley traza los límites de los derechos fundamentales, por lo que la separación entre ámbito de protección y restricciones es innecesaria.³²

Los argumentos a favor de una visión más restrictiva del ámbito de protección de los derechos por lo general van encaminados a defender la unidad del ordenamiento constitucional, apelando a que el sistema jurídico puede en la mayor medida posible resolver los casos de tensión entre

²⁷ *Ibidem*, p. 39.

²⁸ También en la literatura suiza encontramos autores que defienden una “teoría interna” de los derechos fundamentales, por ejemplo, Marcel Bolz, quien señala: “Un dualismo del derecho fundamental con las restricciones constitucionales o derechos limitables es, según mi opinión, para ser rechazado. Decisivo es el derecho fundamental con su contenido determinado”. Bolz, Marcel, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991, pp. 226 y 227, trad. libre.

²⁹ Cfr. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2a. ed., Heidelberg, C. F. Müller, 1972, pp. 56 y ss.; Van Nieuwland, Herwig, *Darstellung und Kritik der Theorien der Immanenten Grundrechtsschranken*, Göttingen, Disertación para la obtención del grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georg-August, 1981, pp. 52 y 53.

³⁰ En palabras de Peter Häberle: “El legislador, el cual concreta los límites inmanentes de los derechos fundamentales, no afecta a los derechos fundamentales, no los relativiza tampoco, en cambio los reafirma y asegura, o más bien, los «determina»”. Häberle, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des..., cit.*, p. 57.

³¹ *Idem*.

³² Van Nieuwland, Herwig, *Darstellung und Kritik der Theorien..., cit.*, p. 52.

el contenido y aplicación de las distintas normas constitucionales sin la necesidad de apoyarse en criterios o valores morales.³³

Autores como Friedrich Müller son escépticos del uso de la ponderación como método de solución de colisiones entre ámbitos de protección de derechos fundamentales. Para Müller, una interpretación correcta de las normas jurídicas ofrece una mejor solución para el caso concreto, ya que el contenido de la norma y sus límites son un solo objeto,³⁴ por lo que propone un método, que consiste en determinar si en el caso concreto se presenta una de las formas “típicas” de ejercicio, organización y estado del objeto del derecho fundamental demandado.³⁵ La “formas normales” de ejercicio del derecho surgen de la interpretación objetiva del contenido del derecho fundamental, y no de consideraciones hipotéticas de lo que hubiera querido el legislador.³⁶

La “teoría interna” de los derechos fundamentales es comúnmente defendida por aquellos autores que buscan evitar el uso del examen de proporcionalidad, o más específicamente, la proporcionalidad en *sentido estricto* (comúnmente llamada “ponderación”) para resolver las colisiones de derechos fundamentales.³⁷

Un concepto dogmático generalmente empleado por los defensores de la “teoría interna” de los derechos fundamentales es el de las “restricciones inmanentes” de los derechos fundamentales. Sin embargo, dicho concepto no solamente puede encuadrarse en la “teoría interna”, sino

³³ Cfr. Müller, Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990, p. 18.

³⁴ Cfr. Müller, Friedrich, *Freiheit der Kunst...*, *cit.*, pp. 22 y ss.

³⁵ *Ibidem*, p. 64; Lawrence, Christian, *Grundrechtsschutz technischer Wandel...*, *cit.*, p. 104.

³⁶ Cfr. Müller, Friedrich, *ibidem*, pp. 64 y ss.

³⁷ El separar el ámbito de protección respecto de las restricciones en los derechos fundamentales, tiene como consecuencia que se abra la puerta al uso de valores éticos, vaciarían el efecto de los derechos fundamentales; en palabras de Marcel Bolz: “Al separarse el objeto de protección y las restricciones de los derechos fundamentales de manera indisoluble en distintos elementos estructurales, yace entonces, según mi opinión, tendencialmente el peligro de que las garantías constitucionales (el objeto de protección, es decir, los derechos fundamentales “en sí”) sean elevadas a un ámbito altamente ético, espiritual y “puro”, lo que podría encaminar a una “inflación de las demandas constitucionales... Los derechos fundamentales se transformarían, en última instancia, en declaraciones y proclamaciones bonitas, a las cuales les faltaría una relación con los demás valores constitucionales, y que finalmente perderían efecto y contorno”. Bolz, Marcel, *Das Verhältnis von Schutzobjekt...*, *cit.*, pp. 227 y 228, trad. libre.

que también puede presentar ciertos rasgos de la “teoría externa”. Esto merece a continuación una mayor profundización.

IV. LAS “RESTRICCIONES INMANENTES” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Como bien señala Martín Borowski, el uso del concepto de “restricciones inmanentes” es empleado desde distintas perspectivas; sin embargo, todas ellas tienen en común que la función de las “restricciones inmanentes” consiste en negar la protección definitiva ofrecida por un derecho fundamental.³⁸ Asimismo, señala que la forma de identificar dichas restricciones cambia de autor a autor.³⁹ Por ejemplo, Hans-Ulrich Gallwas utiliza la categoría de “abuso del derecho” como criterio para delinear el ámbito de protección de los derechos fundamentales.⁴⁰ Por “abuso del derecho” Gallwas entiende las formas de ejercicio de un derecho fundamental, que aparentemente se mueven dentro de la apariencia jurídica del derecho, pero no del contenido jurídico de una norma.⁴¹ Estas formas aparentes son una función ilegal del derecho, ya que no puede existir un “actuar sin derecho”.⁴² Teniendo en cuenta lo anterior, estamos ante un “abuso del derecho fundamental” cuando la realización de una libertad entra en conflicto con un interés de un tercero y este último es considerado de mayor prioridad, por estar protegida por un “valor constitucional alto” o una “idea preconstitucional”.⁴³ Estos “intereses prioritarios públicos” apelan a valores metaconstitucionales.⁴⁴

³⁸ Borowski, Martín, *Grundrechte...., cit.*, pp. 40 y ss.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Van Nieuwland, Herwig, *Darstellung und Kritik der Theorien...., cit.*, pp. 68 y 69.

⁴¹ Gallwas, Hans-Ulrich, *Der Mißbrauch von Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967, p. 11.

⁴² *Idem.* Un estudio más pormenorizado de la teoría del abuso del derecho, véase, Van Nieuwland, Herwig, *Darstellung und Kritik der Theorien...., cit.*, pp. 68 y ss.

⁴³ Gallwas, Hans-Ulrich, *Der Mißbrauch von...., cit.*, p. 35.

⁴⁴ Respecto a este punto, Herwig van Nieuwland subraya el problema de estas categorías: “Gallwas presenta por el contrario una amplia paleta de supuestos bienes constitucionales de aseguramiento y los hace pasar por restricciones inmanentes de los derechos fundamentales. Por lo que yace una “Constitución adicional”, que ignora la substancia normativa de la Constitución escrita y por ello hace peligrar la seguridad jurídica”. Van Nieuwland, Herwig, *Darstellung und Kritik der Theorien...., cit.*, p. 78.

Por su parte, algunos autores, como Albert Bleckmann, consideran peligroso el uso de conceptos como “abuso del derecho” dentro de las teorías inmanentes. Bleckmann señala que dentro de los criterios propuestos por las teorías inmanentes se utiliza de manera recurrente el criterio social, es decir, la existencia de una “idea de valores dentro de una comunidad”.⁴⁵ Aquellos actos que sean catalogados como “socialmente sin valor” se consideran formas de “abuso del derecho fundamental” y, por ende, no serían protegidos por la norma constitucional.⁴⁶ Bleckmann critica dicha concepción, puesto que hace la extensión de los derechos dependiente de los valores de la mayoría, logrando de esta manera eliminar parte de la garantía de los derechos fundamentales.⁴⁷ Por último, subraya que las teorías inmanentes no dan solución a los conflictos originados por la colisión de derechos fundamentales con intereses de terceros.⁴⁸

Por su parte, Martin Borowski hace hincapié en que el punto decisivo que distingue toda esta diversidad de posiciones consiste en si las “restricciones inmanentes” constituyen un límite al ámbito de protección del derecho fundamental o si son una reducción de un contenido más extensivo del mismo.⁴⁹ En el primer grupo se encuentran aquellas posiciones que emplean las “restricciones inmanentes” desde la determinación del ámbito de protección del derecho fundamental, lo que estructuralmente sería de una “teoría interna”. Dicho grupo también puede ser subdividido en el caso de si a las “restricciones inmanentes” del ámbito de protección también les es posible aplicarles otras “restricciones” externas, punto que implicaría hablar de una “teoría externa”. El segundo grupo lo forman aquellos autores que postulan el uso de las “restricciones inmanentes” en la etapa de las “restricciones”. Este segundo grupo no se diferencia estruc-

⁴⁵ Bleckmann, Albert, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Carl Heymanns, 1979, p. 228.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 229.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Respecto a este punto, Bleckmann dice lo siguiente: “¿Protege, por ejemplo, el artículo 5o. pfo. III de la Ley Fundamental (derecho a la libertad artística) al trompetista que practica con la trompeta a todo volumen a las 3 de la mañana, por lo que todos los vecinos no pueden dormir? ¿Protege la libertad artística al pintor que dibuja en un lienzo robado? En mi opinión, estos problemas no deberían ser resueltos por las restricciones internas, sino por las restricciones externas; de lo contrario, el policía estaría interviniendo en derechos sin ningún fundamento legal”. *Ibidem*, pp. 229 y 230.

⁴⁹ *Cfr.* Borowski, Martin, *Grundrechte...*, *cit.*, p. 41.

turalmente de la “teoría externa”, sin embargo, la diferencia respecto de la “teoría externa” consiste en que hay razones que justifican restricciones “internas” y otras en favor de restricciones “externas”; empero, al final de los hechos se trata de restricciones externas.⁵⁰

Las distintas formas que pueden tomar las “restricciones inmanentes” hace poco claro su uso, puesto que en algunos casos se confunden con los supuestos de las teorías “interna” y “externa”. Por esta razón, Martin Borowski subraya que el concepto de “restricción inmanente” debe ser remplazado por otros conceptos de la dogmática de los derechos fundamentales.⁵¹

V. LA “TEORÍA EXTERNA” DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La “teoría externa” de los derechos fundamentales parte de la distinción de “ámbito de protección” y “restricción”. Para esta teoría, existe una diferencia entre la protección *prima facie* que ofrece un derecho fundamental y la “efectiva garantía” del mismo.⁵² En otras palabras, el ámbito de protección establece los actos que caen dentro de la esfera de protección del derecho fundamental, mientras que las restricciones delimitan o contornean dicha protección, dependiendo del tipo de restricción que contenga la norma y de los bienes constitucionales en colisión dentro del caso concreto.⁵³ Para que se determine la “garantía efectiva” de un derecho fundamental debe existir una “intervención” (una medida estatal)⁵⁴ en el ámbito de protec-

⁵⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Cfr. Huster, Stefan, *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993, pp. 88 y 89. En palabras de Lübke-Wolf: “El ámbito de protección contenido en la garantía de libertad del derecho fundamental es el área que despliega una función de protección, es decir, dentro de ésta se encuentra conectada la autorización de intervenciones con distintos requisitos formales (forma de ley o fundado en la ley) y de contenido material (aquí se encuentra la exigencia de la proporcionalidad). La garantía efectiva de protección es por el contrario aquella área, en la que cualquier intervención significaría una violación del derecho fundamental, o sea, aquella parte del ámbito de protección para la cual los requisitos de intervención en el ámbito de protección no son satisfechos”. Lübke-Wolf, Getrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988, p. 26

⁵³ Cfr. Borowski, Martin, *Grundrechte...*, *cit.*, pp. 34 y 35;

⁵⁴ Respecto al debate de si solamente los derechos fundamentales pueden ser afectados por el Estado o si es posible que también particulares los afecten y por ello puedan ser su-

ción.⁵⁵ La constitucionalidad de dicha “intervención” se determina por los requisitos establecidos en las “restricciones” de la norma constitucional. Dichos requisitos establecen los contornos de la protección *prima facie* del derecho fundamental. Este proceso por lo tanto requiere de dos etapas, como bien señala Céline Martin: “El ámbito de protección establece el supuesto de hecho del derecho fundamental, las restricciones limitan esta protección constitucional desde afuera, reducen posteriormente el derecho fundamental”.⁵⁶

La distinción entre el “ámbito de protección” y las “restricciones” permite que cada uno de los dos objetos pueda ser estudiado de manera separada y puedan establecerse distintas dinámicas en cada uno. Asimismo, la distinción entre estos dos ámbitos implica necesariamente hacer uso de un esquema determinado para el examen de los derechos fundamentales, en el caso de los derechos de defensa, que sea acorde con dicha dinámica y que sería el siguiente: “Ámbito de protección-Intervención-Restricción”.⁵⁷ Esto es de suma importancia, pues la separación entre estas esferas fundamentales constituye un requisito importante para el uso

jetos de control constitucional (Drittwirkung), es una discusión muy amplia que no puede ser manejada aquí. Relativo a este tema véase, Borowski, Martin, “Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte”, en Sandkühler, Hans (ed.), *Menschenrechte in die Zukunft denken*, Baden-Baden, Nomos, 2009, pp. 109-126.

⁵⁵ En palabras de Martin Borowski: “...uno puede distinguir entre el «derecho en sí mismo» (derecho *prima facie* o el derecho en sí) y el «derecho limitado» (derecho definitivo o derecho irreductible). El «derecho limitado» es lo que queda del «derecho en sí mismo» después de que la limitación ha sido aplicada”. Borowski, Martin, «Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union», *Legisprudence*, Oxford, Hart, 2007, vol. I, núm. 2, p. 202, trad. libre.

⁵⁶ Céline, Martin, *Grundrechtskollisionen...*, cit., p. 53.

⁵⁷ Holoubek, Michael, “Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas“, *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Viena, Boorgerb, 1994, p. 64. Martin Borowski ejemplifica dicho examen de la siguiente forma: “Cuando (Sx y Ex) y no VRx, entonces Rx”. Por “x” se hace referencia a una actividad, un estado o una posición jurídica; “Sx” se refiere a que “x” es un bien jurídico protegido por el derecho de defensa; “Ex” significa la medida estatal que interviene en el bien jurídico “x”; “VRx” que dicha intervención es constitucionalmente justificada, y “Rx” que el efecto jurídico de la norma es aplicado. *Cfr.*, Borowski, Martin, *Grundrechte...*, cit., pp. 235 y 236.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional, IJJ-UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 277-298.

del examen de proporcionalidad en *stricto sentido* (ponderación),⁵⁸ ya que la separación permite modular el efecto de los derechos fundamentales, es decir, del ámbito de protección de la norma constitucional, por medio del uso de las restricciones aplicadas al caso concreto, cuando se determina la “garantía efectiva”.⁵⁹ Lo anterior resulta útil cuando las restricciones son intereses o derechos de terceros; no por nada autores como Albert Bleckmann consideran a la “teoría externa” como el modelo correcto para la solución de dichas colisiones.⁶⁰ Por último, en la “teoría externa” las restricciones son estudiadas de manera más profunda, puesto que dentro del examen de proporcionalidad puede variar su efecto, ya que dependiendo del caso y del derecho concreto pueden estar las restricciones fundadas en esferas de decisión en manos del legislador, determinadas por la norma constitucional.⁶¹

Según Robert Alexy, dicha separación es consecuencia del carácter de las normas, que pueden presentar la naturaleza de principios o reglas.⁶² Asimismo, señala que las “restricciones” son fundamentalmente otras normas que limitan posiciones *prima facie*.⁶³ Esto sucede cuando la realización del contenido del objeto optimizable de una norma o la meta de optimización de un principio protegido por un derecho fundamental es debilitada por una norma que en el caso concreto cuenta con mejores argumentos que justifican un debilitamiento del ámbito de protección del derecho fundamental.⁶⁴

⁵⁸ Relativo a la conexión intrínseca entre las restricciones y la proporcionalidad, véase, Borowski, Martín, “Limiting Clauses: On the Continental...”, *cit.*, p. 204.

⁵⁹ En este punto vale la pena señalar que existen dos teorías respecto a si el ámbito de protección del derecho fundamental debe ser interpretado de manera amplia o de manera estrecha. Dichas posiciones son defendidas por las teorías del supuesto de hecho “amplia” y “estrecha”. Véase más al respecto, Alexy, Robert, *Theorie der...*, *cit.*, pp. 278 y ss.

⁶⁰ En palabras de Albert Bleckmann: “La solución de conflictos con terceros es llanamente una cuestión de los límites externos de los derechos fundamentales, en la cual todas las garantías legales deben ser intervenidas”. Bleckmann, Albert, *Allgemeine Grundrechtslehre...*, *cit.*, p. 230, trad. libre.

⁶¹ Wülfing, Thomas, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und...*, *cit.*, p. 20.

⁶² *Cfr.* Alexy, Robert, *Theorie der...*, *cit.*, pp. 87 y ss.

⁶³ *Ibidem*, pp. 254 y ss. En este mismo sentido, Bolz, Marcel, *Das Verhältnis von Schutzobjekt...*, *cit.*, p. 81.

⁶⁴ Borowski, Martín, *Grundrechte...*, *cit.*, p. 140.

En este caso los derechos fundamentales, al contar con el carácter de principios, permiten que el efecto de las normas pueda ser graduado, sin que esto signifique que la norma que no se aplique pierda su validez jurídica.⁶⁵ Lo anterior es importante, sobre todo en los casos donde existen antinomias entre normas constitucionales.⁶⁶ Esto resulta ser de gran utilidad para justificar límites en aquellos derechos fundamentales que no contienen una restricción textual o “reserva de ley”.⁶⁷

Entre las restricciones que limitan la protección *prima facie* de un derecho fundamental encontramos por excelencia la “reserva de ley”. Una separación del ámbito de protección respecto de las restricciones permite considerar a la “reserva de ley” como un área de decisión en manos del legislador para configurar la protección de los derechos fundamentales.⁶⁸ Sin embargo, como ya se señaló, también otros derechos fundamentales de terceros o bienes constitucionales en colisión pueden constituir restricciones del ámbito de protección de los derechos fundamentales.⁶⁹

VI. LA IMPORTANCIA DE AMBAS TEORÍAS PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Teniendo presentes los argumentos principales defendidos por la “teoría interna” y la “teoría externa” relativos a la dinámica entre el ámbito de protección y las restricciones, podemos hacernos una idea de qué es lo que implica decantarse por alguna estas dos teorías. La “teoría interna” busca reducir o eliminar totalmente los casos de colisiones de ámbitos de protección entre derechos constitucionales dentro del ordenamiento jurídico, al limitar la esfera de protección de los derechos fundamentales. Falla, sin embargo, en justificar criterios certeros para establecer los límites internos de dichos derechos. Asimismo, esta teoría no puede explicar las distintas

⁶⁵ Véase, Alexy, Robert, *Theorie der..., cit.*, pp. 78 y 79.

⁶⁶ La posibilidad de conflictos entre ámbitos de protección aumenta en el caso de un supuesto de hecho amplio; sin embargo, dicha posición presenta la ventaja de ofrecer una mayor protección del derecho fundamental. *Cfr.*, Borowski, Martin, *Die Glauben- Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 229 y 617.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 617.

⁶⁸ *Cfr.*, Wülfing, Thomas, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und..., cit.*, p. 21.

⁶⁹ Esto es particularmente importante en el caso de derechos fundamentales que no contienen restricciones expresas o reserva de ley.

dinámicas de los derechos fundamentales con sus respectivas limitaciones internas (por ejemplo, la reserva de ley) y su relación con otros derechos fundamentales y bienes constitucionales.

Si bien es cierto que la “teoría externa” es criticada, no por el hecho de si la justificación de la restricción es necesaria o no, sino de cuál es la extensión de la misma.⁷⁰ La “teoría externa” posibilita la solución de antinomias constitucionales a través de la proporcionalidad, por medio de una ponderación de los derechos de terceros y otros bienes constitucionales que entren en conflicto con las libertades de los individuos, permitiendo de esta forma buscar un compromiso entre los intereses en conflicto, y al mismo tiempo atiende a las características del caso concreto.

Las ventajas de la “teoría externa” son decisivas para autores como Michael Kloepfer, para quien los supuestos de hecho y las restricciones son elementos estructurales fundamentales del sistema alemán.⁷¹ Para él, la garantía y la limitación son formas de construcción de la seguridad constitucional de las libertades individuales frente a los poderes estatales.⁷² Sin embargo, los conflictos entre los intereses del individuo frente a las metas de la colectividad en manos del Estado pueden presentar distintas dinámicas dependiendo de los derechos fundamentales y de los bienes constitucionales en colisión. Es por ello que Michael Kloepfer considera que una separación en etapas es un modelo adecuado para el estudio de los derechos fundamentales y dogmáticamente correcto. En palabras de Martin Kloepfer:

La interpretación constitucional sobre las etapas del supuesto de hecho del derecho fundamental, las restricciones constitucionales y los límites de las restricciones (Schranken-Schranken),⁷³ hace la subsunción más comprensible y medible, encamina, sin embargo, a una disciplina y completitud de la argu-

⁷⁰ Cfr. Eckhoff, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Carl Heymann Verlag KG, 1992, p. 19.

⁷¹ Kloepfer, Michael, “Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts — Dargestellt am Beispiel der Menschenwürde—”, en Starck, Christian (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, p. 405.

⁷² *Idem*.

⁷³ Cuando se hace referencia al concepto de *Schranken-Schranken* se habla de los límites contenidos en la norma constitucional que aplican al legislador cuando interviene en el ámbito de protección del derecho fundamental. Estas restricciones se encuentran en la

mentación constitucional, por medio de un orden sistemático y escalonado, para el avance de la comprensión constitucional... Típicamente en la interpretación del supuesto de hecho son ensanchados fuertemente los aspectos a favor del individuo, mientras que en la interpretación de las restricciones se encamina a un fuerte bien general o intereses de tercero en colisión. A través de un escalonamiento, de un paso tras otro, de los dos puntos de vista de interpretación, puede proporcionarse una considerada compensación de ambos.⁷⁴

Del mismo modo, Stefan Huster subraya que la “teoría externa” presenta de forma más transparente los argumentos a favor y en contra de los intereses de libertad del individuo y los bienes constitucionales en colisión.⁷⁵ El disponer del esquema propuesto por la “teoría externa” para el examen de los derechos fundamentales resulta muy beneficioso en el desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales, pues dicha distinción logra un mejor manejo y estudio de los derechos fundamentales por parte tanto de los órganos jurisdiccionales como del legislador y de la propia academia. En palabras de Klaus Stern:

Una clara distinción del ámbito de protección constitucional y sus límites, incluyendo la posibilidad de limitar, así como de sus restricciones ya trazadas, no es solamente una expresión de una limpieza dogmática, sino también es de gran significado para el manejo, sobre todo del legislador y la jurisdicción constitucional, de los derechos fundamentales. Una clara delimitación de estas tres categorías lleva consigo esencialmente hacia un balance interno de la preservación, por una parte, de los bienes constitucionales protegidos en la norma constitucional, y por el otro, de sus límites a la luz del bien común.⁷⁶

Y remata diciendo lo siguiente: Por esto tiene validez la declaración que hizo Martin Kloepfer hace 25 años, que este tema concierne a “las estructuras fundamentales de nuestro orden constitucional” y “a las for-

misma norma que protege el derecho fundamental. *Cfr.* Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht...*, *cit.*, p. 68, pfs. 285 y 286.

⁷⁴ Kloepfer, Michael, “Grundrechtstatbestand und...”, *cit.*, p. 407, trad. libre.

⁷⁵ Huster, Stefan, *Rechte und Ziele...*, *cit.*, pp. 88 y 89.

⁷⁶ Stern, Klaus, “Die Grundrechte und ihre Schranken”, en Badura, Peter y Dreier, Horst (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, t. 2, p. 2, trad. libre.

mas de construcción de la protección constitucional de las libertades individuales frente a las demandas de los poderes estatales”.⁷⁷

Esta separación también puede verse dentro de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional Alemán, como bien señala Martin Borowski, desde el caso de la “negativa de servicio militar obligatorio”.⁷⁸ Del mismo modo, podemos observar que varios autores utilizan dicho esquema al momento de estudiar los derechos de defensa contenidos en la Ley Fundamental alemana.⁷⁹

VII. CONCLUSIONES

Consideramos que este breve vistazo a una de las discusiones dogmáticas más relevantes dentro de la literatura alemana puede ser de utilidad para el estudio de los derechos fundamentales en otros ordenamientos jurídicos. Si bien es claro que cada sistema jurídico presenta rasgos que lo hacen distinto de los demás, lo cierto es que podemos observar en varios sistemas nacionales la incorporación de figuras jurídicas externas. Un ejemplo claro lo constituye el uso del examen de proporcionalidad por parte de algunas cortes constitucionales del mundo, así como en el derecho internacional.⁸⁰

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos que otros sistemas nacionales pueden beneficiarse de este debate, puesto que supone el uso de un modelo dogmático de los derechos fundamentales que ha sido delineado y criticado por distintos puntos de vista, y que puede resumirse bajo el siguiente esquema: “Ámbito de protección-Intervención-Restricción”. Como ya se señaló, este modelo permite analizar los derechos fundamentales de defensa desde una visión estructural, que puede dar cabida a un mejor desarrollo del debate relativo a la protección de los derechos fun-

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Cfr. BVerfGE 28, 243; de manera más profunda, véase, Borowski, Martin, *Die Glaubens...*, *cit.*, pp. 505 y ss. Lo que no significa que el Tribunal Federal Constitucional Alemán no haya empleado criterios de la teoría interna. Relativo a esto, véase, Van Nieuwland, Herwig, *op. cit.*, pp. 102 y ss.

⁷⁹ Cfr. Céline, Martin, *op. cit.*, pp. 51 y ss.; Bleckmann, Albert, *Darstellung und Kritik der Theorien...*, *cit.*, p. 227.

⁸⁰ Cfr., Peters, Anne, “Verhältnismäßigkeit als Globales Verfassungsprinzip”, en Baade, Björnstjern *et al.* (eds.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Munich, Mohr Siebeck, 2016, pp. 1-18.

damentales dentro del ordenamiento jurídico de un país. Una perspectiva estructural de los derechos fundamentales puede ser de gran utilidad hoy en día, donde no sólo nos encontramos frente a colisiones entre derechos fundamentales de la Constitución nacional, sino que el efecto del derecho internacional de los derechos humanos trae consigo nuevos retos, que hacen necesario desarrollar una robusta dogmática de los derechos fundamentales.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1994.
- BLECKMANN, Albert, *Allgemeine Grundrechtslehre*, Colonia, Berlín, Bonn, Munich, Editorial Carl Heymanns, 1979.
- BOLZ, Marcel, *Das Verhältnis von Schutzobjekt und Schranken der Grundrechte*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1991.
- BOROWSKI, Martin, “Die Drittwirkung vor dem Hintergrund der Transformation moralischer Menschenrechte in Grundrechte”, en SANDKÜHLER, Hans (ed.), *Menschenrechte in die Zukunft denken*, Baden-Baden, Nomos, 2009.
- BOROWSKI, Martin, *Die Glauben- Gewissensfreiheit des Grundgesetzes*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- BOROWSKI, Martin, *Grundrechte als Prinzipien*, 2a. ed., Baden-Baden, Nomos, 2007.
- BOROWSKI, Martin, “Limiting Clauses: On the Continental European Tradition of Special Limiting Clauses and the General Limiting Clause of Art 52(1) Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *Legisprudence*, Oxford, Hart, 2007, vol. I, núm. 2.
- BUMKE, Christian, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.
- BUMKE, Christian, *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, Nomos, 1998.
- CÉLINE, Martin, *Grundrechtskollisionen*, Basilea, Helbing Lichtenbahn, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, núm. 76, 2007.
- ECKHOFF, Rolf, *Der Grundrechtseingriff*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, Carl Heymann Verlag KG, 1992.
- GALLWAS, Hans-Ullrich, *Der Mißbrauch von Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1967.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. extraordinario, 2019, pp. 277-298.

- HÄBERLE, Peter, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 2a. ed., Heidelberg, C.F. Müller, 1972.
- HAVERKATE, Görg, *Rechtsfragen des Leistungsstaats*, Munich, Mohr Siebeck, 1983.
- HOLOUBEK, Michael, “Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas”, *Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft*, Viena, Boorgerb, 1994.
- HUSTER, Stefan, *Rechte und Ziele*, Berlín, Duncker & Humblot, 1993.
- KLOEPFER, Michael, “Grundrechtstatbestand und Grundrechtsschranken in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts —Dargestellt am Beispiel der Menschenwürde—”, en STARCK, Christian (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976.
- KÖNIG, Siegfried, *Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes-Locke-Kant*, Friburgo, Munich, Alber-Reihe, Praktische Philosophie, 1994.
- LAWRENCE, Christian, *Grundrechtsschutz technischer Wandel und Generationenverantwortung. Verfassungsrechtliche Determinanten des “Restrisikos” der Atomkraft*, Berlín, Duncker & Humblot, 1989.
- LOHMANN, Georg, “Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig? – Eine Skisse”, *MenschenRechtsZentrum*, Postdam, Studien zu Grund- und Menschenrechten, núm. 11.
- LÜBBE-WOLF, Getrude, *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1988.
- MÜLLER, Friedrich, *Die Positivität der Grundrechte*, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.
- MÜLLER, Friedrich, *Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik*, Berlín, Duncker & Humblot, núm. 102, 1969.
- MÜLLER, Jörg Paul, *Elemente einer schweizerischen Grundrechtstheorie*, Berna, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1982.
- NIUWLAND, Herwig van, *Darstellung und Kritik der Theorien der Immanenten Grundrechtsschranken*, Göttingen, disertación para la obtención del grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georg, agosto de 1981.
- PETERS, Anne, “Verhältnismäßigkeit als Globales Verfassungsprinzip”, en BAADE, Björnstjern *et al.* (eds.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Munich, Mohr Siebeck, 2016.

- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller, 2013.
- RAWLS, John, *Justice as Fairness*, Massachusetts-London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2001.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke y BUMKE, Christian, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000.
- STERN, Klaus, “Die Grundrechte und ihre Schranken”, en BADURA, Peter y DREIER, Horst (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, t. 2.
- WÜLFING, Thomas, *Grundrechtliche Gesetzesvorbehalte und Grundrechtsschranken*, Berlín, Duncker & Humblot, 1981.