

CARLOS BERNAL PULIDO

# EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El principio de proporcionalidad como criterio  
para determinar el contenido de los derechos  
fundamentales vinculante para el legislador

*Prólogo de*

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2005

# INDICE

	<i>Págs.</i>
PRÓLOGO DE JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO .....	23
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN .....	31
PROEMIO .....	33
INTRODUCCIÓN .....	37
I. PRECISIÓN CONCEPTUAL .....	37
II. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	39
1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO EUROPEO .....	40
2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL .....	53
III. FINALIDAD Y OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN .....	58
1. FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN .....	58
2. HIPÓTESIS CENTRAL DE LA INVESTIGACIÓN .....	66
3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN .....	71
IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN .....	73
PRIMERA PARTE	
LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CRÍTICA	
CAPÍTULO PRIMERO.—LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	77
I. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..	77
1. EL DERECHO FUNDAMENTAL EN SENTIDO LATO .....	77
2. LAS DISPOSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL .....	78
3. LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL .....	79
4. LAS POSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL O LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SENTIDO ESTRICTO .....	81
II. LA ESTRUCTURA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	86
1. DEFINICIÓN .....	86
2. LA FUNDAMENTACIÓN INTERNA Y EXTERNA DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES QUE SE LLEVA A CABO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	89

	<u>Págs.</u>
III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO ESTRUCTURAL PARA LA CONCRECIÓN Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS NORMAS ADSCRITAS DE DERECHO FUNDAMENTAL .....	99
1. LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL .....	99
1.1. <i>La indeterminación semántica en sentido estricto</i> .....	102
1.2. <i>La indeterminación sintáctica</i> .....	105
1.3. <i>La indeterminación estructural</i> .....	106
1.4. <i>La redundancia</i> .....	107
1.5. <i>La indeterminación pragmática</i> .....	109
2. LA DIFERENCIA ENTRE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS, ADSCRITAS E INDIVIDUALES .....	110
2.1. <i>Las normas iusfundamentales directamente estatuidas</i> .....	111
2.2. <i>Las normas adscritas de derecho fundamental</i> .....	112
2.2.1. La existencia de las normas adscritas de derecho fundamental .....	112
2.2.2. La concreción y la actualización de las normas adscritas de derecho fundamental .....	115
2.2.3. Sobre el status de las normas adscritas .....	121
2.2.4. El deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas .....	126
2.2.5. La función del principio de proporcionalidad ...	129
2.3. <i>Las normas individuales de derecho fundamental</i> .....	131
3. EL AMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD ....	134
3.1. <i>Los casos fáciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes</i> .....	136
3.2. <i>Los casos difíciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes</i> .....	143
IV. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EJEMPLIFICADA EN UN CASO DIFÍCIL .....	148
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO PRIMERO .....	158
CAPÍTULO SEGUNDO.—LAS OBJECIONES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	159
I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UN CRITERIO IRRACIONAL Y SUBJETIVO .....	160
1. LA FALTA DE PUNTOS DE REFERENCIA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	161
1.1. <i>Exposición de la crítica</i> .....	161
1.2. <i>Valoración de la crítica</i> .....	166

ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
2. LA FALTA DE CLARIDAD CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	174
2.1. <i>Exposición de la crítica</i> .....	174
2.2. <i>Valoración de la crítica</i> .....	176
3. EL ARGUMENTO DE LA INCONMENSURABILIDAD .....	178
3.1. <i>Exposición de la crítica</i> .....	178
3.2. <i>Valoración de la crítica</i> .....	180
4. LAS DIFICULTADES PARA IDENTIFICAR LOS DERECHOS Y BIENES OBJETO DE LA PONDERACIÓN .....	185
4.1. <i>Exposición de la crítica</i> .....	185
4.2. <i>Valoración de la crítica</i> .....	189
5. LA OBJECCIÓN DE LA INEVITABLE JURISPRUDENCIA DEL CASO CONCRETO ....	190
5.1. <i>Exposición de la crítica</i> .....	190
5.2. <i>Valoración de la crítica</i> .....	192
II. LA CARENCIA DE LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	195
1. EXPOSICIÓN DE LA CRÍTICA .....	195
1.1. <i>La crítica de E. Forsthoff</i> .....	196
1.2. <i>La crítica de T. Alexander Aleinikoff</i> .....	198
2. VALORACIÓN DE LA CRÍTICA .....	201
2.1. <i>Excursus. De la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional a la racionalidad de la interpretación constitucional</i> .....	209
2.1.1. El problema de la racionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional en la discusión entre Schmitt y Kelsen .....	209
2.1.2. El problema de la racionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional en la discusión sobre los límites funcionales de la Jurisdicción Constitucional ....	212
2.1.2.1. Un control de constitucionalidad restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos .....	214
2.1.2.2. Una concepción material del control de constitucionalidad de las leyes .....	216
2.1.2.3. El problema de la delimitación funcional del control de constitucionalidad de las leyes en la doctrina española .....	222
2.1.3. La racionalidad como sucedáneo de la objetividad en el control constitucional de las leyes .....	234

	<i>Págs.</i>
2.1.3.1. Sobre el concepto de racionalidad .....	235
2.1.3.2. Los criterios de la racionalidad práctica y de la racionalidad teórica en la interpretación constitucional .....	240
2.1.4. Conclusión del excursus .....	248
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO SEGUNDO .....	249

SEGUNDA PARTE

LOS CRITERIOS ALTERNATIVOS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

CAPÍTULO TERCERO.—LOS CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS MATERIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	253
I. LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	255
1. LA TESIS BÁSICA DE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	256
2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA LIBERAL .....	256
3. ALGUNOS DESARROLLOS DOGMÁTICOS SOBRE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	261
3.1. <i>La concepción liberal de los derechos fundamentales descrita por C. Schmitt</i> .....	261
3.2. <i>La teoría de las libertades básicas de Rawls</i> .....	274
3.2.1. Planteamiento general .....	274
3.2.2. La lista de las libertades básicas .....	277
3.2.3. La prioridad de las libertades básicas .....	278
3.2.4. El carácter absoluto de las libertades básicas y su regulación .....	283
3.2.5. Crítica de la concepción de las libertades básicas de Rawls .....	289
4. LA INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS PRINCIPALES APORTES .....	299
II. LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	309
1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	310
2. TESIS CENTRAL DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	315
3. REPERCUSIONES DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR .....	316

ÍNDICE

	Págs.
3.1. <i>La estructura de las posiciones jurídicas adscritas a los derechos fundamentales democráticos</i> .....	316
3.2. <i>Las posiciones democráticas adscritas a otros derechos fundamentales</i> .....	333
3.3. <i>¿Son restringibles los derechos fundamentales democráticos?</i> .....	338
4. CRÍTICA DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	345
III. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL .....	348
1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS .....	348
2. REPERCUSIONES DE LA TEORÍA DEL ESTADO SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	358
2.1. <i>Las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación</i> .....	358
2.2. <i>Las normas adscritas que estatuyen los derechos de prestación</i> .....	361
2.2.1. Las normas adscritas a las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación .....	363
2.2.1.1. Las disposiciones iusfundamentales de prestación como fuente de normas programáticas .....	364
2.2.1.2. Las normas iusfundamentales de prestación como normas de fines del Estado .....	370
2.2.1.3. Las normas iusfundamentales de prestación como mandatos objetivos .....	376
2.2.1.4. Las normas iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas definitivas .....	383
2.2.1.5. Las normas iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas <i>prima facie</i> .....	391
2.2.2. Las normas de prestación adscritas a derechos fundamentales democráticos y de libertad .....	392
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO TERCERO .....	398
CAPÍTULO CUARTO.—LOS CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS ESTRUCTURALES DE LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	401
I. LAS TEORÍAS DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	402
1. LA TEORÍA ESPACIAL-ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL .....	405

	<u>Págs.</u>
2. LA TEORÍA MIXTA DEL CONTENIDO ESENCIAL .....	422
3. LA TEORÍA TEMPORAL-ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL .....	435
II. LAS TEORÍAS INTERNAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	444
1. LA TEORÍA DEL ANÁLISIS DEL ÁMBITO NORMATIVO DE FR. MÜLLER ..	445
2. La TEORÍA INTERNA DEFENDIDA POR I. DE OTTO .....	449
3. LA TEORÍA INTERNA PROPUGNADA POR J. HABERMAS .....	455
4. CRÍTICA A LA TEORÍA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ...	460
4.1. <i>La comparación entre la teoría interna y la teoría del principio de proporcionalidad</i> .....	460
4.1.1. Los fundamentos filosóficos y políticos de las teorías interna y externa .....	468
4.1.2. La argumentación en el enjuiciamiento de las leyes de intervención en los derechos fundamentales, desde la óptica de las teorías interna y externa .....	473
4.1.3. La posibilidad de establecer cargas de argumentación, desde la perspectiva de las teorías interna y externa .....	479
4.2. <i>La comparación entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la teoría de la norma adecuada de K. Günther</i> .....	481
4.3. <i>El empleo del principio de proporcionalidad y el carácter deóntico de los derechos fundamentales</i> .....	484
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO CUARTO .....	488

TERCERA PARTE

STATUS, FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

I. LA RACIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	491
1. LA RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	491
2. LA RACIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	492
II. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA CONFIGURAR LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	494
CAPÍTULO QUINTO.—STATUS JURÍDICO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	501
I. EL STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	502

## ÍNDICE

	Págs.
1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO .....	504
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	519
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO ESTRUCTURAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR .....	535
3.1. <i>El desempeño del principio de proporcionalidad como criterio en el control de constitucionalidad de las leyes</i> .....	535
3.1.1. El principio de proporcionalidad como argumento estructural para la fundamentación externa de la premisa mayor de las sentencias de constitucionalidad.	538
3.1.2. Las diferencias entre el principio de proporcionalidad y otros conceptos que intervienen en la fundamentación externa de la premisa mayor .....	540
3.1.2.1. El principio de proporcionalidad y los cánones tradicionales de la interpretación jurídica ...	540
3.1.2.2. El principio de proporcionalidad y los principios específicos de la interpretación constitucional .....	550
3.1.2.3. El principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial .....	562
3.1.2.4. El principio de proporcionalidad y la ponderación .....	565
3.2. <i>El principio de proporcionalidad y la diferencia entre las reglas y los principios</i> .....	571
3.2.1. La distinción entre reglas y principios .....	571
3.2.1.1. La distinción entre reglas y principios en la teoría de Dworkin .....	572
3.2.1.2. La distinción entre reglas y principios en la teoría de Alexy .....	574
3.2.2. Reglas, principios, derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad .....	578
3.2.3. La distinción entre reglas y principios y el principio de proporcionalidad como criterio para la determinación del contenido de los derechos fundamentales .....	586
3.2.3.1. ¿Cuándo una norma es una regla y cuándo una norma es un principio? .....	586
3.2.3.2. Los casos en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad .....	590
3.2.3.3. Los subprincipios de la proporcionalidad como reglas .....	593

	<u>Págs.</u>
II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	595
1. LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CARÁCTER JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES .....	597
2. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL VALOR JUSTICIA DEL ART. 1.1 CE .....	601
3. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO DEL ART. 1.1 CE .....	602
4. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DEL ART. 9.3 CE .....	604
CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO QUINTO .....	607
CAPÍTULO SEXTO.—LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	613
I. LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD .....	616
1. LA ADSCRIPCIÓN <i>PRIMA FACIE</i> DE UNA NORMA O DE UNA POSICIÓN A UNA DISPOSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL .....	617
1.1. <i>Definición</i> .....	617
1.2. <i>Los argumentos interpretativos para la adscripción prima facie</i> .....	618
1.2.1. La fuente de los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i> .....	618
1.2.2. La fundamentación analítica de los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i> .....	626
1.3. <i>Los criterios metodológicos para la adscripción prima facie</i> .....	632
1.4. <i>El concepto de norma iusfundamental prima facie</i> .....	639
1.5. <i>Los límites de la adscripción prima facie</i> .....	647
1.5.1. Los límites semánticos de las disposiciones de derecho fundamental .....	647
1.5.2. Las restricciones directamente constitucionales impuestas a los derechos fundamentales .....	656
1.6. <i>Consecuencias de la adscripción prima facie</i> .....	658
2. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN UN DERECHO FUNDAMENTAL .....	659
2.1. <i>Precisión conceptual</i> .....	659
2.1.1. Antecedentes históricos del concepto de intervención en un derecho fundamental .....	660
2.1.2. El concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental .....	663

	<u>Págs.</u>
2.1.3. Tipos de intervenciones legislativas en los derechos fundamentales .....	668
2.2. <i>Posibilidad de aplicar el concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental en el Derecho constitucional español</i> .....	671
2.2.1. La terminología de la Constitución .....	671
2.2.2. Intervención, limitación y delimitación legislativa de los derechos fundamentales .....	672
2.2.3. Intervención, regulación y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales .....	676
2.2.4. La intervención legislativa en los derechos fundamentales y su configuración .....	683
2.2.5. Intervención, restricción y vulneración de un derecho fundamental .....	687
II. LA ESTRUCTURA DE LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD .....	688
1. EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD .....	689
1.1. <i>Definición</i> .....	689
1.2. <i>La legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental</i> .....	690
1.2.1. Definición de la legitimidad del fin legislativo ..	692
1.2.2. Diferentes tipos de fines que pueden fundamentar la intervención legislativa .....	702
1.2.3. La determinación del fin mediato y del fin inmediato de la intervención legislativa .....	714
1.3. <i>La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato</i> .....	719
1.3.1. Definición .....	720
1.3.2. Estructura argumentativa .....	726
1.3.3. Perspectiva e intensidad del examen de idoneidad .....	730
2. EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD .....	736
2.1. <i>Definición</i> .....	736
2.2. <i>Estructura argumentativa del subprincipio de necesidad</i> ....	738
2.2.1. La elección de los medios alternativos .....	738
2.2.2. El análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos .....	740
2.2.3. La búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado .....	744
2.3. <i>Perspectiva e intensidad del examen de necesidad</i> .....	754

	Págs.
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO .....	759
3.1. <i>Definición</i> .....	759
3.2. <i>Estructura argumentativa</i> .....	761
3.2.1. La determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin legislativo .....	761
3.2.1.1. Niveles en que se determina la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del fin legislativo .....	764
3.2.1.2. Criterios para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y de la realización del fin legislativo en los niveles analítico-normativo y empírico .....	765
3.2.1.2.1. Criterios que operan en el nivel analítico-normativo .....	765
3.2.1.2.1.1. Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo .....	767
3.2.1.2.1.2. Criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental .....	771
3.2.1.2.2. Criterios que operan en el nivel empírico .....	775
3.2.1.2.2.1. Criterios que se aplican en relación con el derecho fundamental y con el fin legislativo .....	776
3.2.1.2.2.2. Criterios que se aplican exclusivamente en relación con el fin legislativo .....	778
3.2.1.2.3. El carácter <i>prima facie</i> de los criterios para la determinación de la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del fin legislativo .....	779
3.2.2. La construcción de la relación de precedencia condicionada entre los principios que se ponderan .....	782
3.2.2.1. Estructura de la argumentación .....	782
3.2.2.2. Cargas de la argumentación .....	791
3.2.3. El resultado: la construcción de una regla de precedencia condicionada .....	793
3.3. <i>Perspectiva e intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto</i> .....	795
4. LA DESPROPORCIÓN POR PROTECCIÓN DEFICIENTE .....	800

## ÍNDICE

	<u>Págs.</u>
CONCLUSIÓN GENERAL .....	807
BIBLIOGRAFÍA .....	809
ABREVIATURAS .....	869
ABREVIATURAS DE LAS PUBLICACIONES CITADAS .....	871