

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

Cuarta edición (actualizada)



Universidad Externado de Colombia

CONTENIDO

PRÓLOGO	23
PREFACIO A LA CUARTA EDICIÓN	31
PREFACIO A LA TERCERA EDICIÓN	39
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN	43
PROEMIO	47
INTRODUCCIÓN	51
I. Precisión conceptual	51
II. Antecedentes del principio de proporcionalidad	54
1. Génesis y evolución del principio de proporcionalidad en el Derecho público europeo	55
2. Génesis y evolución del principio de proporcionalidad en el Derecho público español	69
III. Finalidad y objeto de la investigación	75
1. Finalidad de la investigación	75
2. Hipótesis central de la investigación	85
3. Delimitación del objeto de la investigación	91
IV. Sobre la estructura de la investigación	93
PRIMERA PARTE	
LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CRÍTICA	97
CAPÍTULO PRIMERO	
LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	99
I. La estructura de los derechos fundamentales	100
1. El derecho fundamental en sentido lato	100

2.	Las disposiciones de derecho fundamental	101
3.	Las normas de derecho fundamental	102
4.	Las posiciones de derecho fundamental o los derechos fundamentales en sentido estricto	104
II.	La estructura del control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos fundamentales	111
1.	Definición	111
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	114
III.	El principio de proporcionalidad como criterio estructural para la concreción y la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental	126
1.	La indeterminación normativa de las disposiciones de derecho fundamental	126
1.1.	La indeterminación semántica en sentido estricto	130
1.2.	La indeterminación sintáctica	134
1.3.	La indeterminación estructural	135
1.4.	La redundancia	136
1.5.	La indeterminación pragmática	138
2.	La diferencia entre las normas iusfundamentales directamente estatuidas, adscritas e individuales	139
2.1.	Las normas iusfundamentales directamente estatuidas	141
2.2.	Las normas adscritas de derecho fundamental	142
2.2.1.	La existencia de las normas adscritas de derecho fundamental	142
2.2.2.	La concreción y la actualización de las normas adscritas de derecho fundamental	146
2.2.3.	Sobre el <i>status</i> de las normas adscritas	153
2.2.4.	El deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas	159
2.2.5.	La función del principio de proporcionalidad	163
2.3.	Las normas individuales de derecho fundamental	166
3.	El ámbito de aplicación del principio de proporcionalidad	169

3.1. Los casos fáciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes	172
3.2. Los casos difíciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes	180
IV. La función del principio de proporcionalidad ejemplificada en un caso difícil	186
Conclusión del capítulo primero	198

CAPÍTULO SEGUNDO

LAS OBJECIONES A LA APLICACIÓN

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	201
I. El principio de proporcionalidad como un criterio irracional y subjetivo	203
1. La falta de puntos de referencia para la aplicación del principio de proporcionalidad	204
1.1. Exposición de la crítica	204
1.2. Valoración de la crítica	211
2. La falta de claridad conceptual del principio de proporcionalidad	220
2.1. Exposición de la crítica	220
2.2. Valoración de la crítica	223
3. El argumento de la inconmensurabilidad	226
3.1. Exposición de la crítica	226
3.2. Valoración de la crítica	228
4. Las dificultades para identificar los derechos y bienes objeto de la ponderación	234
4.1. Exposición de la crítica	234
4.2. Valoración de la crítica	240
5. La objeción de la inevitable jurisprudencia del caso concreto	240
5.1. Exposición de la crítica	240
5.2. Valoración de la crítica	243
II. La carencia de legitimidad del Tribunal Constitucional para aplicar el principio de proporcionalidad	246
1. Exposición de la crítica	246
1.1. La crítica de E. Forsthoﬀ	247
1.2. La crítica de T. Alexander Aleinikoff	250
2. Valoración de la crítica	254
2.1. <i>Excursus</i> . De la legitimidad de la jurisdicción constitucional a la racionalidad de la interpretación constitucional	264

2.1.1.	El problema de la racionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional en la discusión entre C. Schmitt y H. Kelsen	264
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	268
2.1.2.1.	Un control de constitucionalidad restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos	270
2.1.2.2.	Una concepción material del control de constitucionalidad de las leyes	273
2.1.2.3.	El problema de la delimitación funcional del control de constitucionalidad de las leyes en la doctrina española	280
2.1.3.	La racionalidad como sucedáneo de la objetividad en el control constitucional de las leyes	294
2.1.3.1.	Sobre el concepto de racionalidad	296
2.1.3.2.	Los criterios de la racionalidad práctica y de la racionalidad teórica en la interpretación constitucional	301
2.1.4.	Conclusión del <i>excursus</i>	312
	Conclusión del capítulo segundo	314

SEGUNDA PARTE

LOS CRITERIOS ALTERNATIVOS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	317
---	-----

CAPÍTULO TERCERO

LOS CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS

MATERIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	321
--	-----

I.	La teoría liberal de los derechos fundamentales	325
1.	La tesis básica de la teoría liberal de los derechos fundamentales	325
2.	Fundamentos filosóficos de la teoría liberal	326
3.	Algunos desarrollos dogmáticos sobre la teoría liberal de los derechos fundamentales	332
3.1.	La concepción liberal de los derechos fundamentales descrita por C. Schmitt	332

3.2.	La teoría de las libertades básicas de J. Rawls	347
3.2.1.	Planteamiento general	347
3.2.2.	La lista de las libertades básicas	352
3.2.3.	La prioridad de las libertades básicas	353
3.2.4.	El carácter absoluto de las libertades básicas y su regulación	359
3.2.5.	Crítica de la concepción de las libertades básicas de Rawls	366
4.	La insuficiencia de la teoría liberal de los derechos fundamentales y sus principales aportes	379
ii.	La teoría democrática de los derechos fundamentales	392
1.	Fundamentos filosóficos de la teoría democrática de los derechos fundamentales	393
2.	Tesis central de la teoría democrática de los derechos fundamentales	400
3.	Repercusiones de la teoría democrática en la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador	400
3.1.	La estructura de las posiciones jurídicas adscritas a los derechos fundamentales democráticos	400
3.2.	Las posiciones democráticas adscritas a otros derechos fundamentales	421
3.3.	¿Son restringibles los derechos fundamentales democráticos?	428
4.	Crítica de la teoría democrática de los derechos fundamentales	437
iii.	La teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social	441
1.	Fundamentos filosóficos	441
2.	Repercusiones de la teoría del Estado Social en el ámbito de los derechos fundamentales	453
2.1.	Las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación	454
2.2.	Las normas adscritas que estatuyen los derechos de prestación	457
2.2.1.	Las normas adscritas a las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación	459
2.2.1.1.	Las disposiciones iusfundamentales de prestación como fuente de normas programáticas	460

2.2.1.2.	Las normas iusfundamentales de prestación como normas de fines del Estado	468
2.2.1.3.	Las normas iusfundamentales de prestación como mandatos objetivos	476
2.2.1.4.	Las normas iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas definitivas	485
2.2.1.5.	Las normas iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas <i>prima facie</i>	496
2.2.2.	Las normas de prestación adscritas a derechos fundamentales democráticos y de libertad	497
	Conclusión del capítulo tercero	504

CAPÍTULO CUARTO

	LOS CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS ESTRUCTURALES DE LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	509
I.	Las teorías del contenido esencial de los derechos fundamentales	511
	1. La teoría espacial-absoluta del contenido esencial	514
	2. La teoría mixta del contenido esencial	536
	3. La teoría temporal-absoluta del contenido esencial	552
II.	Las teorías internas de los derechos fundamentales	564
	1. La teoría del análisis del ámbito normativo de Fr. Müller	565
	2. La teoría interna defendida por I. de Otto y Pardo	570
	3. La teoría interna propugnada por J. Habermas	578
	4. Crítica a la teoría interna de los derechos fundamentales	584
	4.1. La comparación entre la teoría interna y la teoría del principio de proporcionalidad	584
	4.1.1. Los fundamentos filosóficos y políticos de las teorías interna y externa	595
	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	600

4.1.3. La posibilidad de establecer cargas de argumentación, desde la perspectiva de las teorías interna y externa	608
4.2. La comparación entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la teoría de la norma adecuada de K. Günther	610
4.3. El empleo del principio de proporcionalidad y el carácter deóntico de los derechos fundamentales	615
Conclusión del capítulo cuarto	620

TERCERA PARTE

STATUS, FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	623
I. La racionalidad y el principio de proporcionalidad	625
1. La racionalidad del principio de proporcionalidad	625
2. La racionalidad de la aplicación del principio de proporcionalidad	626
II. La competencia legislativa para configurar la Constitución y el principio de proporcionalidad	629

CAPÍTULO QUINTO

STATUS JURÍDICO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	639
I. El <i>status</i> jurídico del principio de proporcionalidad	642
1. El principio de proporcionalidad como principio general del Derecho	643
2. El principio de proporcionalidad como límite de los límites a los derechos fundamentales	662
3. El principio de proporcionalidad como criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador	682
3.1. El desempeño del principio de proporcionalidad como criterio en el control de constitucionalidad de las leyes	683
3.1.1. El principio de proporcionalidad como argumento estructural para la fundamentación externa de la premisa mayor de las sentencias de constitucionalidad	686

3.1.2.	Las diferencias entre el principio de proporcionalidad y otros conceptos que intervienen en la fundamentación externa de la premisa mayor	689
3.1.2.1.	El principio de proporcionalidad y los cánones tradicionales de la interpretación jurídica	689
3.1.2.2.	El principio de proporcionalidad y los principios específicos de la interpretación constitucional	701
3.1.2.3.	El principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial	716
3.1.2.4.	El principio de proporcionalidad y la ponderación	720
3.2.	El principio de proporcionalidad y la diferencia entre reglas y principios	727
3.2.1.	La distinción entre reglas y principios	727
3.2.1.1.	La distinción entre reglas y principios en la teoría de R. Dworkin	728
3.2.1.2.	La distinción entre reglas y principios en la teoría de R. Alexy	731
3.2.2.	Reglas, principios, derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad	736
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	746
3.2.3.1.	¿Cuándo una norma es una regla y cuándo una norma es un principio?	746
3.2.3.2.	Los casos en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad	751
3.2.3.3.	Los subprincipios de la proporcionalidad como reglas	755
ii.	Fundamento constitucional del principio de proporcionalidad	758
1.	La fundamentación del principio de proporcionalidad en el carácter jurídico de los derechos fundamentales	760
2.	Fundamentación del principio de proporcionalidad en el valor justicia del art. 1.1. CE	765

3. Fundamentación del principio de proporcionalidad en el principio del Estado de Derecho del art. 1.1. CE	766
4. Fundamentación del principio de proporcionalidad en el principio de interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE	769
Conclusiones del capítulo quinto	772

CAPÍTULO SEXTO

LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	779
---	-----

I. Los presupuestos de la aplicación del principio de proporcionalidad	785
1. La adscripción <i>prima facie</i> de una norma o de una posición a una disposición de derecho fundamental	786
1.1. Definición	786
1.2. Los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i>	787
1.2.1. La fuente de los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i>	787
1.2.2. La fundamentación analítica de los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i>	797
1.3. Los criterios metodológicos para la adscripción <i>prima facie</i>	805
1.4. El concepto de norma iusfundamental <i>prima facie</i>	814
1.5. Los límites de la adscripción <i>prima facie</i>	823
1.5.1. Los límites semánticos de las disposiciones de derecho fundamental	823
1.5.2. Las restricciones directamente constitucionales impuestas a los derechos fundamentales	834
1.6. Consecuencias de la adscripción <i>prima facie</i>	837
2. La intervención legislativa en un derecho fundamental	838
2.1. Precisión conceptual	838
2.1.1. Antecedentes históricos del concepto de intervención en un derecho fundamental	839
2.1.2. El concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental	843
2.1.3. Tipos de intervenciones legislativas en los derechos fundamentales	849

2.2.	Posibilidad de aplicar el concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental en el Derecho constitucional español	853
2.2.1.	La terminología de la Constitución	853
2.2.2.	Intervención, limitación y delimitación legislativa de los derechos fundamentales	855
2.2.3.	Intervención, regulación y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales	859
2.2.4.	La intervención legislativa en los derechos fundamentales y su configuración	868
2.2.5.	Intervención, restricción y vulneración de un derecho fundamental	872
ii.	La estructura de los subprincipios de la proporcionalidad	874
1.	El subprincipio de idoneidad	875
1.1.	Definición	875
1.2.	La legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental	875
1.2.1.	Definición de la legitimidad del fin legislativo	878
1.2.2.	Diferentes tipos de fines que pueden fundamentar la intervención legislativa	891
1.2.3.	La determinación del fin mediato y del fin inmediato de la intervención legislativa	906
1.3.	La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato	912
1.3.1.	Definición	913
1.3.2.	Estructura argumentativa	920
1.3.3.	Perspectiva e intensidad del examen de idoneidad	926
2.	El subprincipio de necesidad	932
2.1.	Definición	932
2.2.	Estructura argumentativa del subprincipio de necesidad	935
2.2.1.	La elección de los medios alternativos	935
2.2.2.	El análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos	937
2.2.3.	La búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado	942

2.3. Perspectiva e intensidad del examen de necesidad	955
3. El principio de proporcionalidad en sentido estricto	962
3.1. Definición	962
3.2. Estructura argumentativa	963
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	964
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	967
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	969
3.2.1.2.1. Criterios que operan en el nivel analítico-normativo	969
3.2.1.2.1.1. Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo	971
3.2.1.2.1.2. Criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental	977
3.2.1.2.2. Criterios que operan en el nivel empírico	981
3.2.1.2.2.1. Criterios que se aplican en relación con el derecho fundamental y con el fin legislativo	982
3.2.1.2.2.2. Criterios que se aplican exclusivamente en relación con el fin legislativo	985
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	986

3.2.2. La construcción de la relación de precedencia condicionada entre los principios que se ponderan	990
3.2.2.1. Estructura de la argumentación	990
3.2.2.2. Cargas de la argumentación	1015
3.2.3. El resultado: la construcción de una regla de precedencia condicionada	1018
3.3. Perspectiva e intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto	1021
4. La desproporción por protección deficiente	1027
CONCLUSIÓN	1035
ABREVIATURAS	1037
REFERENCIAS	1041