

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

(3.^a edición)

Prólogo de

JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES

Madrid, 2007

INDICE

	<i>Págs.</i>
PRÓLOGO DE JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO	23
PREFACIO A LA TERCERA EDICIÓN	31
PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN	35
PROEMIO	37
INTRODUCCIÓN	41
I. PRECISIÓN CONCEPTUAL	41
II. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	43
1. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO EUROPEO	44
2. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO ESPAÑOL	57
III. FINALIDAD Y OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	62
1. FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	62
2. HIPÓTESIS CENTRAL DE LA INVESTIGACIÓN	70
3. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	75
IV. ESTRUCTURA DE LA INVESTIGACIÓN	77
PRIMERA PARTE	
LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CRÍTICA	
CAPÍTULO PRIMERO.—LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	81
I. LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ..	81
1. EL DERECHO FUNDAMENTAL EN SENTIDO LATO	81
2. LAS DISPOSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL	82
3. LAS NORMAS DE DERECHO FUNDAMENTAL	83
4. LAS POSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL O LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN SENTIDO ESTRICTO	85
II. LA ESTRUCTURA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	90
1. DEFINICIÓN	90
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	93

	Págs.
III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO ESTRUCTURAL PARA LA CONCRECIÓN Y LA FUNDAMENTACIÓN DE LAS NORMAS ADSCRITAS DE DERECHO FUNDAMENTAL	103
1. LA INDETERMINACIÓN NORMATIVA DE LAS DISPOSICIONES DE DERECHO FUNDAMENTAL	103
1.1. <i>La indeterminación semántica en sentido estricto</i>	106
1.2. <i>La indeterminación sintáctica</i>	109
1.3. <i>La indeterminación estructural</i>	110
1.4. <i>La redundancia</i>	111
1.5. <i>La indeterminación pragmática</i>	113
2. LA DIFERENCIA ENTRE LAS NORMAS IUSFUNDAMENTALES DIRECTAMENTE ESTATUIDAS, ADSCRITAS E INDIVIDUALES	114
2.1. <i>Las normas iusfundamentales directamente estatuidas</i>	115
2.2. <i>Las normas adscritas de derecho fundamental</i>	116
2.2.1. La existencia de las normas adscritas de derecho fundamental	116
2.2.2. La concreción y la actualización de las normas adscritas de derecho fundamental	119
2.2.3. Sobre el <i>status</i> de las normas adscritas	125
2.2.4. El deber de fundamentación correcta de la validez de las normas adscritas	130
2.2.5. La función del principio de proporcionalidad	133
2.3. <i>Las normas individuales de derecho fundamental</i>	135
3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	138
3.1. <i>Los casos fáciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes</i>	140
3.2. <i>Los casos difíciles de derecho fundamental en el control de constitucionalidad de las leyes</i>	147
IV. LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EJEMPLIFICADA EN UN CASO DIFÍCIL	152
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO PRIMERO	162
CAPÍTULO SEGUNDO.—LAS OBJECIONES A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	163
I. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO UN CRITERIO IRRACIONAL Y SUBJETIVO	164
1. LA FALTA DE PUNTOS DE REFERENCIA PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	165
1.1. <i>Exposición de la crítica</i>	165
1.2. <i>Valoración de la crítica</i>	170

	Págs.
2. LA FALTA DE CLARIDAD CONCEPTUAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	178
2.1. <i>Exposición de la crítica</i>	178
2.2. <i>Valoración de la crítica</i>	180
3. EL ARGUMENTO DE LA INCONMENSURABILIDAD	182
3.1. <i>Exposición de la crítica</i>	182
3.2. <i>Valoración de la crítica</i>	184
4. LAS DIFICULTADES PARA IDENTIFICAR LOS DERECHOS Y BIENES OBJETO DE LA PONDERACIÓN	189
4.1. <i>Exposición de la crítica</i>	189
4.2. <i>Valoración de la crítica</i>	193
5. LA OBJECCIÓN DE LA INEVITABLE JURISPRUDENCIA DEL CASO CONCRETO	194
5.1. <i>Exposición de la crítica</i>	194
5.2. <i>Valoración de la crítica</i>	196
II. LA CARENCIA DE LEGITIMIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA APLICAR EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	199
1. EXPOSICIÓN DE LA CRÍTICA	199
1.1. <i>La crítica de E. Forstboff</i>	200
1.2. <i>La crítica de T. Alexander Aleinikoff</i>	202
2. VALORACIÓN DE LA CRÍTICA	205
2.1. <i>Excursus. De la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional a la racionalidad de la interpretación constitucional</i>	213
2.1.1. El problema de la racionalidad de las decisiones del Tribunal Constitucional en la discusión entre Schmitt y Kelsen	213
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	216
2.1.2.1. Un control de constitucionalidad restringido a la vigilancia de los procedimientos democráticos	218
2.1.2.2. Una concepción material del control de constitucionalidad de las leyes	220
2.1.2.3. El problema de la delimitación funcional del control de constitucionalidad de las leyes en la doctrina española	226
2.1.3. La racionalidad como sucedáneo de la objetividad en el control constitucional de las leyes	238

	Págs.
2.1.3.1. Sobre el concepto de racionalidad.....	239
2.1.3.2. Los criterios de la racionalidad práctica y de la racionalidad teórica en la interpretación constitucional	244
2.1.4. Conclusión del excursus	252
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO SEGUNDO	253

SEGUNDA PARTE

LOS CRITERIOS ALTERNATIVOS AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

CAPÍTULO TERCERO.—LOS CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS MATERIALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

257

I. LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

259

1. LA TESIS BÁSICA DE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

260

2. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA LIBERAL

260

3. ALGUNOS DESARROLLOS DOGMÁTICOS SOBRE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

265

3.1. *La concepción liberal de los derechos fundamentales descrita por C. Schmitt*

265

3.2. *La teoría de las libertades básicas de Rawls*

278

3.2.1. Planteamiento general

278

3.2.2. La lista de las libertades básicas

281

3.2.3. La prioridad de las libertades básicas

282

3.2.4. El carácter absoluto de las libertades básicas y su regulación

287

3.2.5. Crítica de la concepción de las libertades básicas de Rawls

293

4. LA INSUFICIENCIA DE LA TEORÍA LIBERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS PRINCIPALES APORTES

303

II. LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

313

1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

314

2. TESIS CENTRAL DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

319

3. REPERCUSIONES DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA EN LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR

320

	Págs.
3.1. <i>La estructura de las posiciones jurídicas adscritas a los derechos fundamentales democráticos</i>	320
3.2. <i>Las posiciones democráticas adscritas a otros derechos fundamentales</i>	337
3.3. <i>¿Son restringibles los derechos fundamentales democráticos?</i>	342
4. CRÍTICA DE LA TEORÍA DEMOCRÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	349
III. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO SOCIAL	352
1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS	352
2. REPERCUSIONES DE LA TEORÍA DEL ESTADO SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	362
2.1. <i>Las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación</i>	362
2.2. <i>Las normas adscritas que estatuyen los derechos de prestación</i>	365
2.2.1. Las normas adscritas a las disposiciones de los derechos fundamentales de prestación	367
2.2.1.1. Las disposiciones iusfundamentales de prestación como fuente de normas programáticas	368
2.2.1.2. Las normas iusfundamentales de prestación como normas de fines del Estado	374
2.2.1.3. Las normas iusfundamentales de prestación como mandatos objetivos	380
2.2.1.4. Las normas iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas definitivas	387
2.2.1.5. Las normas iusfundamentales de prestación como normas que estatuyen posiciones jurídicas <i>prima facie</i>	395
2.2.2. Las normas de prestación adscritas a derechos fundamentales democráticos y de libertad	396
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO TERCERO	402
CAPÍTULO CUARTO.—LOS CRITERIOS PROVENIENTES DE LAS TEORÍAS ESTRUCTURALES DE LA VINCULACIÓN DEL LEGISLADOR A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	405
I. LAS TEORÍAS DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	406
1. LA TEORÍA ESPACIAL-ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL	409

	Págs.
2. LA TEORÍA MIXTA DEL CONTENIDO ESENCIAL	426
3. LA TEORÍA TEMPORAL-ABSOLUTA DEL CONTENIDO ESENCIAL	439
II. LAS TEORÍAS INTERNAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	448
1. LA TEORÍA DEL ANÁLISIS DEL ÁMBITO NORMATIVO DE FR. MÜLLER ..	449
2. LA TEORÍA INTERNA DEFENDIDA POR I. DE OTTO	453
3. LA TEORÍA INTERNA PROPUGNADA POR J. HABERMAS	459
4. CRÍTICA A LA TEORÍA INTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ...	464
4.1. <i>La comparación entre la teoría interna y la teoría del principio de proporcionalidad</i>	464
4.1.1. Los fundamentos filosóficos y políticos de las teorías interna y externa	472
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	477
4.1.3. La posibilidad de establecer cargas de argumentación, desde la perspectiva de las teorías interna y externa	483
4.2. <i>La comparación entre la aplicación del principio de proporcionalidad y la teoría de la norma adecuada de K. Günther</i>	485
4.3. <i>El empleo del principio de proporcionalidad y el carácter deóntico de los derechos fundamentales</i>	488
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO CUARTO	492

TERCERA PARTE

STATUS, FUNDAMENTO Y ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

I. LA RACIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	495
1. LA RACIONALIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	495
2. LA RACIONALIDAD DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	496
II. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA PARA CONFIGURAR LA CONSTITUCIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	498
CAPÍTULO QUINTO.—STATUS JURÍDICO Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	505
I. EL STATUS JURÍDICO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	506

	Págs.
1. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO	508
2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LOS LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	523
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO ESTRUCTURAL PARA LA DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VINCULANTE PARA EL LEGISLADOR	539
3.1. <i>El desempeño del principio de proporcionalidad como criterio en el control de constitucionalidad de las leyes</i>	539
3.1.1. El principio de proporcionalidad como argumento estructural para la fundamentación externa de la premisa mayor de las sentencias de constitucionalidad	542
3.1.2. Las diferencias entre el principio de proporcionalidad y otros conceptos que intervienen en la fundamentación externa de la premisa mayor	544
3.1.2.1. El principio de proporcionalidad y los cánones tradicionales de la interpretación jurídica ...	544
3.1.2.2. El principio de proporcionalidad y los principios específicos de la interpretación constitucional	554
3.1.2.3. El principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial	566
3.1.2.4. El principio de proporcionalidad y la ponderación	569
3.2. <i>El principio de proporcionalidad y la diferencia entre las reglas y los principios</i>	575
3.2.1. La distinción entre reglas y principios	575
3.2.1.1. La distinción entre reglas y principios en la teoría de Dworkin	576
3.2.1.2. La distinción entre reglas y principios en la teoría de Alexy	578
3.2.2. Reglas, principios, derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad	582
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	590
3.2.3.1. ¿Cuándo una norma es una regla y cuándo una norma es un principio?	590
3.2.3.2. Los casos en que debe aplicarse el principio de proporcionalidad	594
3.2.3.3. Los subprincipios de la proporcionalidad como reglas	597

	Págs.
II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	599
1. LA FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CARÁCTER JURÍDICO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	601
2. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL VALOR JUSTICIA DEL ART. 1.1 CE	605
3. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO DEL ART. 1.1 CE	606
4. FUNDAMENTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD DEL ART. 9.3 CE	608
CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO QUINTO	611
CAPÍTULO SEXTO.—LA ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	617
I. LOS PRESUPUESTOS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	620
1. LA ADSCRIPCIÓN <i>PRIMA FACIE</i> DE UNA NORMA O DE UNA POSICIÓN A UNA DISPOSICIÓN DE DERECHO FUNDAMENTAL	621
1.1. Definición	621
1.2. Los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i>	622
1.2.1. La fuente de los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i>	622
1.2.2. La fundamentación analítica de los argumentos interpretativos para la adscripción <i>prima facie</i>	630
1.3. Los criterios metodológicos para la adscripción <i>prima facie</i>	636
1.4. El concepto de norma <i>iusfundamental</i> <i>prima facie</i>	643
1.5. Los límites de la adscripción <i>prima facie</i>	651
1.5.1. Los límites semánticos de las disposiciones de derecho fundamental	651
1.5.2. Las restricciones directamente constitucionales impuestas a los derechos fundamentales	660
1.6. Consecuencias de la adscripción <i>prima facie</i>	662
2. LA INTERVENCIÓN LEGISLATIVA EN UN DERECHO FUNDAMENTAL	663
2.1. Precisión conceptual	663
2.1.1. Antecedentes históricos del concepto de intervención en un derecho fundamental	664
2.1.2. El concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental	667

	Págs.
2.1.3. Tipos de intervenciones legislativas en los derechos fundamentales	672
2.2. Posibilidad de aplicar el concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental en el Derecho constitucional español	675
2.2.1. La terminología de la Constitución	675
2.2.2. Intervención, limitación y delimitación legislativa de los derechos fundamentales	676
2.2.3. Intervención, regulación y desarrollo legislativo de los derechos fundamentales	680
2.2.4. La intervención legislativa en los derechos fundamentales y su configuración	687
2.2.5. Intervención, restricción y vulneración de un derecho fundamental	691
II. LA ESTRUCTURA DE LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD	692
1. EL SUBPRINCIPIO DE IDONEIDAD	693
1.1. Definición	693
1.2. La legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental	694
1.2.1. Definición de la legitimidad del fin legislativo ..	696
1.2.2. Diferentes tipos de fines que pueden fundamentar la intervención legislativa	706
1.2.3. La determinación del fin mediato y del fin inmediato de la intervención legislativa	718
1.3. La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato	723
1.3.1. Definición	724
1.3.2. Estructura argumentativa	730
1.3.3. Perspectiva e intensidad del examen de idoneidad	734
2. EL SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD	740
2.1. Definición	740
2.2. Estructura argumentativa del subprincipio de necesidad	742
2.2.1. La elección de los medios alternativos	742
2.2.2. El análisis de la idoneidad equivalente o mayor de los medios alternativos	744
2.2.3. La búsqueda de un medio más benigno con el derecho fundamental afectado	748
2.3. Perspectiva e intensidad del examen de necesidad	758

	<u>Págs.</u>
3. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	763
3.1. <i>Definición</i>	763
3.2. <i>Estructura argumentativa</i>	765
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	765
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	768
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	769
3.2.1.2.1. Criterios que operan en el nivel analítico-normativo	769
3.2.1.2.1.1. Criterios comunes al derecho fundamental y al fin legislativo	771
3.2.1.2.1.2. Criterios relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental	776
3.2.1.2.2. Criterios que operan en el nivel empírico	779
3.2.1.2.2.1. Criterios que se aplican en relación con el derecho fundamental y con el fin legislativo	780
3.2.1.2.2.2. Criterios que se aplican exclusivamente en relación con el fin legislativo	783
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	783
3.2.2. La construcción de la relación de precedencia condicionada entre los principios que se ponderan	786
3.2.2.1. Estructura de la argumentación	786
3.2.2.2. Cargas de la argumentación	795
3.2.3. El resultado: la construcción de una regla de precedencia condicionada	798
3.3. <i>Perspectiva e intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto</i>	800
4. LA DESPROPORCIÓN POR PROTECCIÓN DEFICIENTE	806

	<u>Págs.</u>
CONCLUSIÓN GENERAL	813
BIBLIOGRAFÍA	815
ABREVIATURAS	879
ABREVIATURAS DE LAS PUBLICACIONES CITADAS	881