

JAN-R. SIECKMANN
(ED.)

LA TEORÍA PRINCIPIALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

**Estudios sobre la teoría de los derechos
fundamentales de Robert Alexy**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

342.7
5571x

La colección *Filosofía y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento *Word* a la dirección de correo electrónico manuscritos@filosofiyderecho.es. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

En caso de ser aceptada la publicación del original, el autor deberá adaptarlo a los criterios de la colección, los cuales se pueden encontrar, en formato PDF, en la página web www.filosofiyderecho.es

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
N.º	DATA
920849	12/11/2013

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Jan-R. Sieckmann (ed.)

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ 91 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9768-835-2

Depósito legal: M-20396-2011

Fotocomposición: MEDIANIL COMPOSICIÓN, S. L.

Impresión: ELECE, INDUSTRIA GRÁFICA

c/ Río Tiétar, 24 - Algete (Madrid)

MADRID, 2011

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	15
INTRODUCCIÓN , por <i>Jan Sieckmann</i>	17
LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS , por <i>Jan Sieckmann</i>	27
1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO	28
1.1. Los principios como mandatos de optimización	29
1.2. Alternativas	31
1.3. Los principios como argumentos normativos	32
2. LA VALIDEZ JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LOS PRINCIPIOS IUS-FUNDAMENTALES	36
2.1. La validez moral de los principios	38
2.2. La validez jurídica de los principios	38
2.3. La validez jurídico-constitucional de los principios	41
2.3.1. Concepciones de la constitución	41
2.3.2. La validez de los principios en el modelo de vinculación constitucional	43
2.3.3. La validez de los principios en el modelo de primacía constitucional	45
3. CONCLUSIÓN	49
LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN RACIONAL EN EL DERECHO , por <i>Nils Jansen</i>	51
1. CONOCIMIENTO JURÍDICO	54
2. LA IDEA DE PONDERACIÓN	57

	Pág.
2.1. El concepto de principio jurídico	58
2.2. La conciliación de pretensiones contrapuestas	59
2.2.1. Decisión existencial	60
2.2.2. Negociaciones privadas y estándares neutrales	61
2.2.3. Eficiencia	63
2.2.4. Algunos resultados	64
2.3. Los fundamentos valorativos de la ponderación	65
3. CONCLUSIÓN	68
 ACIERTOS, ERRORES Y FALSO AUTOCONCEPTO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, por Ralf Poscher	 71
1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA ACERTADA CRÍTICA A LAS TEORÍAS POSITIVISTAS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO	72
2. EL ERROR DE TEORÍA DEL DERECHO: LA DISTINCIÓN ESTRUCTU- RAL ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS	77
3. LA RECAÍDA METODOLÓGICA: EL CONCEPTO DE REGLA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS	82
4. LA UBICACIÓN SISTEMÁTICA: LA TEORÍA DE LA ARGUMENTA- CIÓN	85
5. EL FALSO AUTOCONCEPTO: LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS COMO DOGMÁTICA	90
 DERECHOS DE DEFENSA COMO PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDA- MENTAL, por Martin Borowski	 93
1. LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS Y LA «TEORÍA PRINCIPIALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES»	94
1.1. La teoría de los principios en cuanto tal	95
1.2. La teoría principalista de los derechos fundamentales	96
1.2.1. Los derechos humanos como objeto de interpretación teoreti- co-principalista	97
1.2.2. La interpretación teórico-principalista	97
1.2.3. Acerca de la significación teórico-principalista de estructu- ras dogmáticas de derecho fundamental necesarias y meramen- te sugeridas	99
1.3. La teoría principalista de los derechos de defensa	100
2. LA TEORÍA PRINCIPIALISTA Y LA ESTRUCTURA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS DE DEFENSA	100
2.1. El esquema de restricción-límite y la limitación de los derechos de de- fensa	100

	Pág.
2.1.1. La relación entre los tres elementos del esquema de restricción-limitación	101
2.1.2. La limitación de derechos de defensa	102
2.1.3. La configuración de los derechos de defensa.....	103
2.2. La proporcionalidad en el examen de los derechos de defensa	105
2.3. Márgenes (<i>Spielräume</i>).....	106
2.4. Los derechos de protección como derechos subjetivos	108
2.5. El efecto protectorio formal de los derechos de defensa	109
2.6. La carga de demostración del titular del derecho fundamental en el caso de la libertad de creencia y de conciencia.....	110
2.7. Teorías del supuesto de hecho restringida y amplia.....	112
2.8. Ponderaciones de derechos fundamentales en el caso de asesinatos y torturas estatales.....	112
2.8.1. El examen bajo el supuesto de seguridad empírica	114
2.8.2. El examen bajo el supuesto de inseguridad empírica	115
2.8.3. La decisión del Tribunal Constitucional Federal sobre la inconstitucionalidad del art. 14, parágrafo 3, de la Ley de Seguridad Aérea (<i>Luftsicherheitsgesetz</i>).....	115
SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PROTECCIÓN , por <i>Robert Alexy</i>	119
1. LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	119
2. EL CONCEPTO DE DERECHO A ACCIONES POSITIVAS DEL ESTADO...	121
3. LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN Y EL PROBLEMA DE LA SOBRE-CONSTITUCIONALIZACIÓN	121
4. ALTERNATIVIDAD	122
5. LA CUESTIÓN MÁS SENCILLA: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA	123
5.1. Idoneidad y necesidad.....	124
5.2. Proporcionalidad en sentido estricto.....	124
6. LA CUESTIÓN MÁS DIFÍCIL: LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE PROTECCIÓN	128
7. MÁRGENES DE ACCIÓN	133
7.1. El margen de acción para la elección de medios	134
7.2. El margen de acción para la fijación de fines.....	134
LOS DERECHOS DE IGUALDAD COMO PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES , por <i>Lothar Michael</i>	137
1. INTRODUCCIÓN Y TESIS: LA IGUALDAD, LA JUSTICIA Y LOS PRINCIPIOS COMO UNA UNIDAD, NO COMO CONTRARIOS	137

	<u>Pág.</u>
2. INVENTARIO: LA DIVERSIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD	138
2.1. El principio general de igualdad	139
2.2. Principios especiales de igualdad	140
2.3. Garantía de libertades conforme al principio de igualdad	145
3. DERECHOS DE IGUALDAD COMO REGLAS	147
3.1. La prohibición de arbitrariedad y el sometimiento a la ley	147
3.2. Las llamadas prohibiciones absolutas de diferenciación	149
3.3. Fundamentación constitucional de las evaluaciones esquemáticas y globalizadoras	151
4. ESTRUCTURAS ARGUMENTATIVAS DE LA IGUALDAD GUIADAS POR PRINCIPIOS	151
4.1. El principio general de igualdad como principio de justicia suprapositivo	151
4.2. El principio general de igualdad como norma metodológica de los sistemas comparativos.....	153
4.3. La proporcionalidad como mandato de los principios de igualdad	153
4.4. Compensación y saldo de ventajas y desventajas	161
4.5. Un modelo principialista de intensidad de control en la relación entre los principios de libertad y de igualdad, así como entre los principios de igualdad entre sí.....	163
5. CONCLUSIÓN: EL GIRO FUNCIONAL DE LA INTERPRETACIÓN Y LA DOGMÁTICA	166
 SOBRE LA PROHIBICIÓN POR ACCIÓN INSUFICIENTE POR OMI- SIÓN O DEFECTO Y EL MANDATO DE PROPORCIONALIDAD, por Laura Clérico	 169
1. PLANTEO DEL PROBLEMA	169
2. EL EXAMEN DE IDONEIDAD: REGLAS Y ELEMENTOS	173
2.1. El examen de idoneidad en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos.....	173
2.2. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos	175
2.2.1. La relación medio-fin: las diferencias en las características de los elementos.....	176
2.2.2. Examen de idoneidad: doble exigencia de idoneidad en la prohibición por omisión o insuficiencia	178
2.3. La intensidad de aplicación de la regla de la idoneidad en el mandato de prohibición por exceso y de prohibición por omisión o insuficiencia: similitudes y diferencias	181

	Pág.
3. EL EXAMEN DEL MEDIO ALTERNATIVO: REGLAS Y ELEMENTOS...	185
3.1. El examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos	185
3.2. El examen del medio alternativo más idóneo en el examen de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto	188
3.3. La intensidad de la aplicación de la regla del medio alternativo en el mandato de prohibición por exceso y por omisión o insuficiencia: ¿similitudes y diferencias?	189
4. EL EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO: REGLAS Y ELEMENTOS.....	192
4.1. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto en la prohibición por exceso	192
4.1.1. La colisión y su solución sin ponderación	193
4.1.2. Entre el lado abstracto y el lado concreto de la ponderación.....	194
4.2. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia	199
5. LA TERCERA CONSTELACIÓN: LA PROHIBICIÓN DE ACCIÓN INSUFICIENTE COMO UNA PROHIBICIÓN DE REGRESIÓN ARBITRARIA...	203
6. CONCLUSIONES	205
 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿VARIABILIDAD DE SU ESTRUCTURA?, por Pavel Holländer	 207
1. De Forsthoff a Böckenförde: identidad o diversidad de la constitución y de la ley como objeto de interpretación.....	207
2. Principio de proporcionalidad como resultado del esfuerzo judicial en la aplicación de la constitución.....	210
3. Principio de proporcionalidad - formación doctrinal.....	212
4. Proporcionalidad y optimización: ¿identidad o no?.....	215
4.1. ¿Puede el Tribunal Constitucional revisar el porcentaje?.....	215
4.2. Contexto histórico europeo	218
4.3. Problema del funcionamiento de la teoría: ¿puede una excepción llevar a la modificación de la teoría?	219
 ¿ES LA PONDERACIÓN IRRACIONAL Y CONTRARIA AL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO? UNA DISCUSIÓN SOBRE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS EN EL CONTEXTO DE ESPAÑA, por Carlos Bernal Pulido	 223
1. INTRODUCCIÓN	223
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS	224
2.1. Las teorías de los derechos fundamentales en España.....	224
2.2. La recepción de la teoría de los principios en España	226

	Pág.
3. LAS OBJECIONES EN CONTRA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS...	228
3.1. La irracionalidad de la ponderación.....	228
3.1.1. La indeterminación conceptual.....	228
3.1.2. La incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los objetos que se ponderan	228
3.1.3. La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación...	229
3.1.4. La relación entre las objeciones en contra de la ponderación....	229
3.2. La teoría de los principios, la democracia y el Estado de derecho	229
3.2.1. La vulneración del principio democrático	230
3.2.2. La vulneración del principio del Estado de derecho.....	230
3.3. La teoría de los principios como un tipo de formalismo constitucional..	231
4. UNA DEFENSA DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS.....	232
4.1. La racionalidad de la ponderación	233
4.1.1. El rechazo de la pretensión de hiperracionalidad de la pondera- ción.....	233
4.1.2. Racionalidad teórica y práctica de la ponderación	234
4.2. El respeto de los márgenes semánticos de las disposiciones de derecho fundamental	237
4.3. Los límites epistémicos de los principios	239
TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, COMPETENCIAS PARA LA PONDE- RACIÓN Y SEPARACIÓN DE PODERES, por Virgilio Afonso da Silva...	243
1. INTRODUCCIÓN	243
2. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA: OBJECIONES FUNCIONALES CONTRA EL CONCEPTO DE MANDATO DE OPTIMIZACIÓN	244
3. LA CONSTITUCIÓN COMO MARCO	245
4. PRINCIPIOS FORMALES, PARIDAD Y DISCRECIONALIDAD LEGIS- LATIVA.....	247
4.1. Paridad como razón para discrecionalidades legislativas	249
4.2. Paridad y el papel de los principios formales	250
4.3. Ponderación entre principios formales y materiales	252
4.4. Estudio de caso I: incertidumbres empíricas	253
4.5. Paridad, ley epistémica de la ponderación e intensidad de control	255
4.6. Estudio de caso II: los derechos sociales	257
5. CONCLUSIÓN.....	259
LOS PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDAMENTAL EN INGLATERRA: PROPORCIONALIDAD Y COMPETENCIAS DE CONTROL JUDI- CIAL, por Julian Rivers	261

	Pág.
1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL	261
2. LA RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE R. ALEXY	264
3. EL DESARROLLO DE UN PRINCIPIO FORMAL GENERAL.....	267
3.1. Dos construcciones de la proporcionalidad	268
3.2. La intensidad del control judicial.....	269
4. SÍNTESIS	272
 MÁS ALLÁ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: EL PLURALISMO ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, por <i>Matthias Kumm</i>	273
1. LAS ESTRUCTURAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LOS ESTADOS UNIDOS.....	273
1.1. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad	274
1.2. Los derechos fundamentales como reglas	276
1.3. Los derechos fundamentales como principios: la crítica al principio de proporcionalidad	279
2. LA PRIORIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: TRES ESTRUCTURAS.....	280
2.1. Antiperfeccionismo: razones excluidas y « <i>rights as trumps</i> »	280
2.2. Anticolectivismo: presunciones fuertes y « <i>rights as shields</i> »	285
2.3. Anticonsecuencialismo: ¿consecuencias irrelevantes y prohibiciones fuertes de determinadas relaciones medio-a-fin?	288
2.3.1. Las restricciones deontológicas y el problema del tranvía	289
2.3.2. Significación para la estructura de los derechos fundamentales...	290
3. CONCLUSIÓN.....	295
 LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN COREA, por <i>Zoonil Yi</i>	297
1. INTRODUCCIÓN.....	297
2. DERECHO CONSTITUCIONAL.....	298
2.1. Teoría	298
2.2. Jurisprudencia constitucional.....	299
3. DERECHO ADMINISTRATIVO.....	300
4. PERSPECTIVAS	301
5. CONCLUSIÓN.....	302
 BIBLIOGRAFÍA.....	303