

# ÍNDICE

	Pág.
<b>PRÓLOGO</b> .....	15
<b>INTRODUCCIÓN</b> , por <i>Jan Sieckmann</i> .....	17
<b>LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS</b> , 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
<b>LOS FUNDAMENTOS NORMATIVOS DE LA PONDERACIÓN RACIONAL EN EL DERECHO</b> , por <i>Nils Jansen</i> .....	51
1. CONOCIMIENTO JURÍDICO.....	54
2. LA IDEA DE PONDERACIÓN .....	57

	<u>Pág.</u>
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
<b>ACIERTOS, ERRORES Y FALSO AUTOCONCEPTO DE LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, por Ralf Poscher.....</b>	<b>71</b>
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
<b>DERECHOS DE DEFENSA COMO PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDA- MENTAL, por Martin Borowski.....</b>	<b>93</b>
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 principialista de los derechos fundamentales .....	96
1.2.1. Los derechos humanos como objeto de interpretación teoréti- co-principialista .....	97
1.2.2. La interpretación teórico-principialista.....	97
1.2.3. Acerca de la significación teórico-principialista de estructu- ras dogmáticas de derecho fundamental necesarias y meramen- te sugeridas.....	99
1.3. La teoría principialista 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
<b>SOBRE LA ESTRUCTURA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE PROTECCIÓN</b> , 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
<b>LOS DERECHOS DE IGUALDAD COMO PRINCIPIOS IUSFUNDAMENTALES</b> , 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
 <b>SOBRE LA PROHIBICIÓN POR ACCIÓN INSUFICIENTE POR OMI- SIÓN O DEFECTO Y EL MANDATO DE PROPORCIONALIDAD, por Laura Clérico.....</b>	
	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
<b>EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: ¿VARIABILIDAD DE SU ESTRUCTURA?, por Pavel Holländer .....</b>	<b>207</b>
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
<b>¿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 .....</b>	<b>223</b>
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

	<u>Pág.</u>
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
<b>TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS, COMPETENCIAS PARA LA PONDE- RACIÓN Y SEPARACIÓN DE PODERES, por <i>Virgilio Afonso da Silva</i>...</b>	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
<b>LOS PRINCIPIOS DE DERECHO FUNDAMENTAL EN INGLATERRA: PROPORCIONALIDAD Y COMPETENCIAS DE CONTROL JUDI- CIAL, por <i>Julian Rivers</i> .....</b>	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
<b>MÁS ALLÁ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: EL PLURALISMO ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL DE LOS ESTADOS UNIDOS, por Matthias Kumm .....</b>	<b>273</b>
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
<b>LA TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS EN COREA, por Zoonil Yi .....</b>	<b>297</b>
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
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>303</b>

## PRÓLOGO

La teoría de los derechos fundamentales es un tema tan crucial como controvertido que se ubica en la frontera entre la dogmática constitucional y la teoría del derecho. Debido a la expansión de los Estados constitucionales democráticos y al desarrollo de sistemas europeos e internacionales de protección de los derechos fundamentales y los derechos humanos, la búsqueda de principios y modelos generales de protección iusfundamental ha cobrado todavía mayor importancia. Con su *Teoría de los derechos fundamentales*, Robert ALEXY sentó las bases de una teoría principialista de los derechos fundamentales que ha encontrado una gran aceptación y que, pese a haber recibido también numerosas críticas, constituye, por su solidez teórica y reconocimiento internacional, el referente más adecuado para la discusión sobre una teoría general de los derechos fundamentales. La teoría de los principios de ALEXY fue objeto de unas jornadas que tuvieron lugar en la Universidad de Bamberg durante los días 23 y 24 de febrero de 2006. El propósito de las jornadas fue debatir si, y en qué medida, la teoría principialista ofrece el marco idóneo para elaborar una teoría y una dogmática general de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de los sistemas jurídicos nacionales. Los trabajos reunidos en este volumen abordan esta cuestión tanto en su aspecto sistemático como desde el punto de vista del derecho comparado, y presentan propuestas para continuar el desarrollo de la teoría de los principios, aunque también críticas y objeciones en su contra. Quisiera agradecer a la Sociedad Alemana de Investigación (*Deutsche Forschungsgemeinschaft*) el generoso apoyo prestado para la celebración de dichas jornadas, a la editorial Marcial Pons, a los directores de la colección «Filosofía y Derecho» y a Carlos Bernal Pulido el haber hecho posible esta publicación, así como a Daniel Oliver-Lalana su ayuda en el proceso de edición.

Jan-R. SIECKMANN  
Buenos Aires, agosto de 2010