

CONTENIDO

ABREVIATURAS 13

NOTA A LA EDICIÓN PERUANA 17

NOTA PRELIMINAR..... 21

PRIMERA PARTE:

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
DE LAS LEYES Y EN EL DERECHO PENAL**

CAPÍTULO I

**LA CONSOLIDACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
COMO HERRAMIENTA ARGUMENTATIVA EN EL CONTROL DE
CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES 33**

1. Génesis y evolución del principio de proporcionalidad..... 35

2. Función del principio de proporcionalidad en la argumentación
constitucional..... 49

 2.1. El principio de proporcionalidad como “límite de los límites” a los
 derechos fundamentales 51

 2.2. El principio de proporcionalidad como estructura argumentativa para
 fundamentar la premisa mayor del juicio de constitucionalidad de las
 leyes que intervienen en derechos fundamentales..... 57

 2.2.1. La estructura del juicio de constitucionalidad de las leyes que
 intervienen en derechos fundamentales 58

 2.2.2. Las dificultades para fijar la premisa mayor y la necesidad de
 concretar normas adscritas de derecho fundamental 59

| | |
|--|----|
| 2.2.3. La fundamentación de las normas adscritas como condición de su validez | 67 |
| 2.2.4. El papel del principio de proporcionalidad en la fundamentación de las normas adscritas de derecho fundamental..... | 72 |

CAPÍTULO II

FUNDAMENTOS PARA LA APLICACIÓN

| | |
|--|-----------|
| DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD | 79 |
|--|-----------|

| | |
|--|-----|
| 1. Principio de proporcionalidad y Estado constitucional..... | 83 |
| 1.1. La Constitución-procedimiento | 85 |
| 1.2. La Constitución-programa | 89 |
| 1.3. La Constitución-marco..... | 94 |
| 2. Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales..... | 109 |
| 2.1. Estructura de las normas de derecho fundamental: los derechos fundamentales como principios | 110 |
| 2.1.1. La tesis de la vinculación conceptual necesaria entre principios y máxima de proporcionalidad | 112 |
| 2.1.2. Los principios como “mandatos de optimización” | 114 |
| 2.1.3. Dos objeciones contra el concepto de “mandato de optimización” | 120 |
| 2.1.3.1. ¿Mandatos de optimización u objetos de un mandato de optimización? | 120 |
| 2.1.3.2. No todos los principios son mandatos de optimización | 122 |
| a. La distinción entre principios en sentido estricto y directrices | 122 |
| b. La réplica de Alexy..... | 128 |
| i. El carácter “todo o nada” de los principios en sentido estricto | 129 |
| ii. La prevalencia de los derechos individuales sobre los bienes colectivos | 131 |
| 2.1.4. Una propuesta de interpretación de la tesis de los principios como mandatos de optimización..... | 133 |
| 2.1.4.1. La “graduabilidad” de los principios | 135 |
| 2.1.4.2. La configuración abierta de los principios | 136 |
| 2.1.4.3. La idea de mandato de optimización como convención interpretativa | 138 |
| 2.2. Dos concepciones acerca de los derechos: “conflictivismo” vs. “coherentismo” | 144 |

| | |
|---|-----|
| 2.2.1. Una concepción “conflictivista” de los derechos | 144 |
| 2.2.1.1. Los derechos fundamentales como un entramado de principios y reglas..... | 145 |
| 2.2.1.2. Una teoría amplia del supuesto de hecho iusfundamental..... | 146 |
| 2.2.1.3. Una teoría externa de los límites..... | 147 |
| 2.2.1.4. La determinación del contenido definitivo de los derechos como el resultado de un balance de razones y contrarrazones..... | 148 |
| 2.2.2. Una visión “coherentista” de los derechos fundamentales | 154 |
| 2.2.2.1. Los derechos fundamentales como reglas..... | 155 |
| 2.2.2.2. Una teoría estrecha del supuesto de hecho iusfundamental..... | 156 |
| 2.2.2.3. Una teoría interna de los límites | 158 |
| 2.2.2.4. La determinación del contenido de los derechos como el resultado de su “correcta” interpretación | 162 |
| a. La interpretación estricta de los derechos | 165 |
| b. El establecimiento de una jerarquía incondicionada entre los derechos..... | 167 |
| 2.2.3. ¿Por qué resulta preferible una concepción “conflictivista” de los derechos?..... | 171 |

CAPÍTULO III

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHO PENAL 185

| | |
|---|-----|
| 1. El principio de proporcionalidad de las penas | 186 |
| 1.1. Proporcionalidad de las penas en abstracto y en concreto | 189 |
| 1.2. Proporcionalidad de las penas y justificación del derecho penal..... | 194 |
| 1.2.1. Proporcionalidad de las penas y retribución | 197 |
| 1.2.2. La teoría del “justo merecimiento” de Andrew von Hirsch..... | 205 |
| 1.2.3. Proporcionalidad de las penas y prevención general | 213 |
| 1.2.4. Proporcionalidad de las penas y utilitarismo garantista | 231 |
| 2. Proporcionalidad en sentido amplio..... | 243 |
| 2.1. El principio de proporcionalidad en la doctrina penal | 244 |
| 2.2. Una propuesta de definición de los contenidos del principio de proporcionalidad en materia penal..... | 250 |
| 2.3. El principio de proporcionalidad como criterio de validez y como criterio de justificación externa de la ley penal..... | 260 |

| | |
|---|-----|
| 2.3.1. Diferencias derivadas del margen de acción estructural | 267 |
| 2.3.2. Diferencias derivadas del margen de acción epistémico..... | 270 |

SEGUNDA PARTE:

UN MODELO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES
DESDE LA PERSPECTIVA DE LA “PROHIBICIÓN DE EXCESO”

CAPÍTULO IV

PRESUPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD:
LA EXISTENCIA DE UNA COLISIÓN ENTRE PRINCIPIOS.....

| | |
|--|-----|
| 1. Razones <i>prima facie</i> en contra de la constitucionalidad: la existencia de una intervención legislativa en un derecho fundamental..... | 281 |
| 1.1. Concepto de intervención legislativa en un derecho fundamental | 282 |
| 1.2. La adscripción <i>prima facie</i> de la posición afectada a una disposición de derecho fundamental..... | 285 |
| 1.2.1. La base de la adscripción <i>prima facie</i> : las disposiciones de derecho fundamental..... | 286 |
| 1.2.2. Estructura de la adscripción <i>prima facie</i> | 290 |
| 1.2.3. Los límites de la adscripción <i>prima facie</i> | 293 |
| 1.3. Intervención en derechos fundamentales mediante la definición del tipo penal..... | 297 |
| 1.3.1. ¿Un derecho general de libertad? | 299 |
| 1.3.2. El abuso de derecho como límite a la adscripción <i>prima facie</i> | 310 |
| 1.4. Intervención en derechos fundamentales mediante la determinación legal de la pena | 316 |
| 1.4.1. Penas privativas de libertad..... | 320 |
| 1.4.2. Penas privativas de derechos | 328 |
| 1.4.3. La pena de multa | 335 |
| 1.4.4. La pena como expresión de reproche y su efecto estigmatizador sobre el condenado..... | 336 |
| 1.4.5. Problemas específicos de la adscripción <i>prima facie</i> en el caso de la norma de sanción | 343 |
| 2. Razones <i>prima facie</i> a favor de la constitucionalidad: la existencia de un fin legítimo..... | 346 |
| 2.1. El problema de los fines | 347 |

| | |
|--|-----|
| 2.1.1. La protección de bienes jurídicos como fin de las normas penales | 349 |
| 2.1.2. La determinación del bien jurídico protegido por las normas penales | 359 |
| 2.2. La legitimidad constitucional del fin | 361 |
| 2.2.1. La protección exclusiva de derechos fundamentales | 362 |
| 2.2.2. La protección de bienes jurídicos constitucionales | 374 |
| 2.2.3. La protección de bienes jurídicos no proscritos por la Constitución | 378 |
| 2.2.3.1. Ilegitimidad como prohibición definitiva del fin legislativo | 382 |
| 2.2.3.2. La “relevancia social” del bien jurídico | 387 |
| 2.3. Clasificación de los fines legislativos | 391 |
| 2.3.1. El contenido de los fines | 391 |
| 2.3.2. La jerarquía formal de los fines | 396 |
| 2.3.3. La disociación entre fines mediatos e inmediatos de la intervención penal | 399 |

CAPÍTULO V

LOS SUBPRINCIPIOS DE LA PROPORCIONALIDAD 407

| | |
|---|-----|
| 1. Subprincipio de idoneidad | 407 |
| 1.1. Idoneidad, ¿máxima o mínima? | 408 |
| 1.2. La importancia de las premisas empíricas en el juicio de idoneidad | 412 |
| 1.3. Idoneidad de la norma de conducta: principio de lesividad | 415 |
| 1.3.1. Posibilidades de control constitucional en materia de lesividad de la prohibición | 425 |
| 1.4. Idoneidad de la norma de sanción: la eficacia preventiva del derecho penal | 430 |
| 1.4.1. Eficacia, ¿en qué sentido? | 431 |
| 1.4.2. Eficacia instrumental y eficacia simbólica | 433 |
| 1.4.3. Validez y eficacia como éxito | 437 |
| 1.4.4. La falta de certeza empírica sobre la eficacia preventiva del derecho penal | 440 |
| 1.4.5. Posibilidades de control constitucional en materia de eficacia preventiva de la norma de sanción | 449 |
| 2. Subprincipio de necesidad | 454 |

| | |
|---|-----|
| 2.1. Estructura argumentativa | 455 |
| 2.1.1. Búsqueda de medios alternativos..... | 455 |
| 2.1.2. Examen del grado de idoneidad de los medios | 457 |
| 2.1.3. Búsqueda del medio más benigno | 462 |
| 2.2. La insuficiencia del subprincipio de necesidad como criterio de decisión | 467 |
| 2.3. Necesidad de la norma de conducta: principio de fragmentariedad | 471 |
| 2.4. Necesidad de la norma de sanción: principio de subsidiariedad | 480 |
| 2.4.1. Búsqueda de alternativas al derecho penal: subsidiariedad externa | 483 |
| 2.4.1.1. Medidas de naturaleza no sancionadora | 483 |
| 2.4.1.2. Sanciones no penales | 488 |
| a. Sanciones civiles: el ejemplo del derecho al honor | 490 |
| b. Sanciones administrativas | 494 |
| 2.4.2. Búsqueda de penas alternativas: subsidiariedad interna | 507 |
| 2.4.3. Problemas específicos asociados al juicio de necesidad de la norma de sanción | 514 |
| 3. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto | 520 |
| 3.1. La atribución del peso a los principios que intervienen en la ponderación | 522 |
| 3.1.1. Intensidad de la afectación / satisfacción de los principios en el caso concreto..... | 527 |
| 3.1.1.1. Criterios para determinar la intensidad de la afectación de los derechos fundamentales por la intervención penal | 527 |
| 3.1.1.2. Criterios para determinar la intensidad de la satisfacción del principio que respalda la intervención | 534 |
| 3.1.2. Peso abstracto | 536 |
| 3.1.3. Seguridad de las premisas empíricas | 549 |
| 3.1.4. La “fórmula del peso” | 555 |
| 3.2. La comparación del peso de los principios en juego y el establecimiento de una relación de precedencia condicionada | 562 |
| 3.3. La formulación de una regla que expresa el resultado de la ponderación | 569 |

CAPÍTULO VI

PRESUPUESTOS DE UN MODELO EXIGENTE DE CONTROL

DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES PENALES 577

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | Tres niveles de intensidad en el control de constitucionalidad de las leyes: el modelo alemán..... | 578 |
| 1.1. | Control de evidencia..... | 578 |
| 1.2. | Control de justificabilidad..... | 580 |
| 1.3. | Control material intensivo..... | 581 |
| 2. | Intensidad del control de constitucionalidad de las leyes penales en la jurisprudencia constitucional española..... | 585 |
| 3. | Lineamientos para un modelo exigente de control de constitucionalidad de las leyes penales..... | 597 |
| 3.1. | Cargas de argumentación y de prueba..... | 601 |
| 3.2. | Perspectivas <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> | 609 |
| 3.3. | Respaldo de las premisas empíricas..... | 618 |
| 3.4. | Grado de certeza de las premisas empíricas..... | 631 |

CONCLUSIONES.....685

BIBLIOGRAFÍA 677

www.librotecnia.cl