

Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales

Autor: Ignacio Rodríguez Fernández

Editorial Marcial Pons /2022

www.librotecnia.cl

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN. EL SACRIFICIO DE DERECHOS. UNA TEORÍA ...	19
I. ALGUNOS INTERROGANTES INICIALES	19
II. EL PERSONALISMO. UN DERECHO DE LA LIBERTAD	20
III. EL TRANSPERSONALISMO. UN DERECHO DE LA NECESIDAD ...	21
IV. EL CRITERIO DIFERENCIADOR: EL PRINCIPIO ORIGINARIO DE ORDENACIÓN JURÍDICA	22
V. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: UN PERSONALISMO MODERADO	23
VI. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS EN EL MARCO DE LA DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	24
VII. PLAN DE LA OBRA.....	26
VIII. AGRADECIMIENTOS.....	27

PARTE HISTÓRICA

CAPÍTULO I. EL PERSONALISMO MODERADO. LA AFIRMACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEL PODER SACRIFICIAL EN LA ESCOLÁSTICA ESPAÑOLA	31
I. INTRODUCCIÓN	31
II. UN PENSAMIENTO DE CORTE CONSTITUCIONAL: EL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO DEL PODER. LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL SOBERANO	34
1. La obra de vanguardia de los juristas medievales	34

	Pág.
2. La sistematización moderna del pensamiento constitucional medieval: la escolástica española.....	37
3. Los daños ilícitamente causados por el poder soberano	39
4. El dominio eminente del príncipe: el problema de los daños sacrificiales	44
III. DOS TEORÍAS DEL DAÑO SACRIFICIAL	46
1. El problema del poder sacrificial del soberano: los límites de la especulación medieval.....	46
2. Las dos formas de bien común y el poder de injerencia sacrificial: el pensamiento de Francisco Suárez	47
2.1. La conexión entre la doctrina política del bien común y el poder sacrificial del soberano. La obra de Francisco Suárez.....	47
2.2. La democracia como forma originaria de gobierno. El contrato de mandato entre gobernantes y gobernados	49
2.3. El poder del soberano	50
2.4. El poder sacrificial: el soberano como supremo administrador de todos los bienes	52
3. El salto argumentativo de Fernando Vázquez de Menchaca.....	54
3.1. Los dos requisitos legitimadores del poder sacrificial	54
3.2. El sustrato de las tesis de Vázquez de Menchaca: la derogabilidad singular del Derecho natural y la indemnizabilidad del daño sacrificial	57
IV. LA REDUCCIÓN DE LA TEORÍA DEL DAÑO SACRIFICIAL A UN INSTITUTO INSUFICIENTE: LA EXPROPIACIÓN FORZOSA.....	60
1. La influencia de Vázquez de Menchaca en el iusnaturalismo posterior .	60
2. La expropiación forzosa del liberalismo revolucionario.....	62
V. BREVE CONCLUSIÓN	63
 CAPÍTULO II. LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO: LAS DOCTRINAS RADICALMENTE PERSONALISTAS	 65
I. INTRODUCCIÓN	66
II. DOS VÍAS DE NEGACIÓN DEL SACRIFICIO DE DERECHOS: EL CONTRACTUALISMO LOCKEANO Y LA DOCTRINA KANTIANA DEL DERECHO	68
1. El sustrato común de las doctrinas radicalmente personalistas.....	68
2. La vía contractualista de John Locke	70
3. La doctrina kantiana del Derecho	75
3.1. La noción kantiana de Derecho	75
3.2. Los derechos y su protección jurídica	77

4. La coacción jurídica legítima: el estado de necesidad y la acción social del poder público como anomalías	79
III. EL DERRUMBE DEL PERSONALISMO RADICAL. LA CRÍTICA DECIMONÓNICA AL KANTISMO Y AL CONTRACTUALISMO	82
1. La reacción anticontractualista y antikantiana del siglo XIX	82
2. Crítica al kantismo y reacción antirrevolucionaria	83
3. Crítica al contractualismo y nuevo paradigma empirista. El momento del positivismo	89
IV. BREVE CONCLUSIÓN	92
CAPÍTULO III. DEL SACRIFICIO A LA DELIMITACIÓN DE DERECHOS. EL FUNCIONALISMO	95
I. INTRODUCCIÓN: EL PARADIGMA FUNCIONALISTA	95
II. LA INVERSIÓN POSITIVISTA DEL PROBLEMA DEL PODER	97
1. La nueva perspectiva sobre el problema del poder	97
2. La teoría positivista decimonónica y la doble naturaleza del Estado... ..	98
3. El Estado como fin en sí mismo en cuanto condición de existencia del Derecho. El trasfondo hobbesiano del positivismo	102
III. LA RUPTURA DEL DIQUE POSITIVISTA	106
1. Del positivismo al funcionalismo	106
2. <i>Civitas dei versus civitas diaboli</i> . La pugna entre el Estado y la sociedad	109
3. La subordinación del individuo a los fines superiores de la sociedad. El Estado puramente social	113
IV. EL FUNCIONALISMO MODERADO Y LA NEGACIÓN DEL SACRIFICIO NORMATIVO DE DERECHOS: LA HUELLA DE IHERING	118
1. Ihering y la función social de los derechos. La idea de la «delimitación» normativa del derecho individual de acuerdo con su utilidad	118
2. La agresión al derecho ya delimitado. La cláusula implícita de «necesidad» social	125
V. BREVE CONCLUSIÓN	128
CAPÍTULO IV. LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	129
I. INTRODUCCIÓN	130

	Pág.
II. LA TEORÍA ESTATALISTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO TRÁNSITO AL FUNCIONALISMO	133
1. Un nominalismo sin personas	133
1.1. La perspectiva materialista de la libertad natural: un permiso puramente negativo.....	133
1.2. El nuevo iusnaturalismo: Thomas Hobbes	134
1.3. La democratización de la visión hobbesiana: la voluntad general de Jean-Jacques Rousseau	137
2. El <i>iuspositivismo</i> y los derechos como creación del poder en función de un <i>interés general</i>	140
2.1. Dos clases de derecho subjetivo	140
2.2. Libertad natural y derecho subjetivo privado	141
2.3. Los derechos subjetivos públicos	142
2.4. Derechos subjetivos públicos e interés general	143
2.5. Los cuatro <i>status</i> que gradúan la personalidad	144
2.6. El <i>status</i> negativo. Los derechos fundamentales como reservas de ley	146
3. El <i>iuspositivismo</i> como tránsito a una dogmática constitucional funcionalista	147
III. LA FUNCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	148
1. La dinámica libertad-intervención como último rastro del derecho originario de libertad	148
2. Un nuevo paradigma de unidad: el influjo institucionalista	149
3. La nueva hermenéutica de los derechos fundamentales	155
4. Las garantías institucionales como protección constitucional de un orden jurídico objetivo	157
5. La ponderación como técnica de integración material a través de los derechos fundamentales	161
IV. BREVE CONCLUSIÓN	164
 CAPÍTULO V. LOS LIBERTARIOS CONTRA EL SACRIFICIO DE DERECHOS. LA ACTUALIZACIÓN DEL IDEARIO RADICALMENTE PERSONALISTA	 169
I. INTRODUCCIÓN	170
II. LA DIMENSIÓN UTÓPICA DEL LIBERTARIANISMO. EL ESTADO DE NATURALEZA COMO ALTERNATIVA AL PODER PÚBLICO.....	173
1. El libertarianismo como personalismo radical. Una perspectiva histórica.....	173
2. La visión anarquista. El libertarianismo contra el contrato social	176
3. La utopía anarcolibertaria. La reivindicación del estado de naturaleza...	181
4. El estado de naturaleza y el libre mercado de la seguridad y la justicia.	184

III. UNA ACTUALIZACIÓN DEL PARADIGMA CLÁSICO. ROBERT NOZICK Y EL ESTADO PROTECTOR COMO ESTADO MÍNIMO.....	187
1. La variante de Nozick: el proceso de «mano invisible» de constitución del Estado mínimo.....	187
2. Los derechos procesales del estado de naturaleza y la constitución del Estado mínimo	193
3. El Estado mínimo de Nozick como producto de una operación típicamente sacrificial de derechos (<i>Estado social protector</i>)	196
4. Estado mínimo y justicia distributiva.....	198
IV. LA CLÁUSULA SOCIAL COMO DISPOSICIÓN ORIENTADA AL INCREMENTO DE LA RIQUEZA PREVIA. UN NUEVO CONTRACTUALISMO.....	203
1. Más allá del Estado protector. La teoría de los <i>takings</i> de Richard A. Epstein.....	203
2. La faz utilitarista del nuevo contractualismo y la cláusula constitucional de Estado democrático	205
V. BREVE CONCLUSIÓN	210

PARTE CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO VI. LA FUNDAMENTALIDAD DE LOS DERECHOS Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES DE SU RESTRICCIÓN. ESTRUCTURA GENERAL DE LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES	213
I. INTRODUCCIÓN	213
II. LOS RASGOS DE LA FUNDAMENTALIDAD. PREMISAS BÁSICAS DE UNA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES	217
1. Los rasgos de la fundamentalidad y la peculiar estructura de las normas de derecho fundamental	217
2. La inexistencia de límites o restricciones que sean inmediatamente deducibles de normas sin aplicabilidad directa	221
3. La imposibilidad de seguir una teoría absoluta sobre la garantía de contenido esencial	224
4. Precisiones terminológicas previas	225
III. LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES. PLANTEAMIENTO GENERAL	227
1. La estructura tripartita de la teoría de las restricciones	227
2. Crítica a la estructura trifásica alexiana	229
3. La textura abierta y flexible de las normas de derecho fundamental y la técnica de ponderación	232
4. Una estructura tripartita más allá del plano metodológico.....	237
IV. CONCLUSIÓN. PLAN DE DESARROLLO DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES	239

CAPÍTULO VII. LAS TRES FASES DE LA RESTRICCIÓN	241
I. LA POSICIÓN ORIGINARIA DEL DERECHO FUNDAMENTAL	241
1. Introducción	241
2. Posición originaria y normas permisivas	243
2.1. Los permisos en positivo (Francisco Suárez)	243
2.2. El permiso fuerte (Georg H. von Wright)	245
2.3. La libertad protegida (Robert Alexy)	248
3. La estructura de la norma de derecho fundamental que fija la posición originaria	250
3.1. La posición libre como supuesto de hecho de normas de mandato	250
3.2. La estructura de la norma de derecho fundamental que establece la posición originaria	251
II. LAS RESTRICCIONES DE LA POSICIÓN ORIGINARIA	253
1. La restricción del derecho fundamental como supresión (parcial) de la protección conferida a la posición originaria	253
2. La restricción de derechos fundamentales como efecto de una norma de competencia	254
2.1. Competencia y contenido de derechos	254
2.2. Competencia y restricción de derechos	256
3. La proporcionalidad como técnica de restricción o injerencia	257
4. Configuración y restricción de derechos fundamentales	259
5. La suspensión de derechos fundamentales como inversión puntual de la dinámica libertad-restricción	263
III. LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES	264
1. La cláusula de contenido esencial como protección de los contenidos y no como contenido protegido	264
2. El contenido esencial y la prohibición de instrumentalización	268
IV. CONCLUSIÓN. LA ESTRUCTURA TRIPARTITA DE LA TEORÍA GENERAL DE LAS RESTRICCIONES Y LA GARANTÍA DE CONTENIDO ESENCIAL COMO <i>RESTRICCIÓN DE LAS RESTRICCIONES</i>	272
 CAPÍTULO VIII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS DAÑOS SACRIFICIALES	 275
I. INTRODUCCIÓN. EL PROBLEMA SACRIFICIAL EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO	275
II. EL DAÑO SACRIFICIAL: CRITERIOS DE IDENTIFICACIÓN	279
1. Los rasgos característicos del sacrificio de derechos en el marco de la teoría de las restricciones	279

2. Daño sacrificial y cláusula social	281
3. Daño sacrificial y compensación implícita	284
III. EL DAÑO SACRIFICIAL Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LOS PODERES PÚBLICOS	288
1. Volviendo a los orígenes	288
2. La responsabilidad objetiva. Visión general desde la óptica de un Estado social de Derecho	295
3. El daño sacrificial estricto (cierto) y su equidistribución (directa o indirecta)	297
4. El daño sacrificial relativo (hipotético) y su equidistribución (directa o indirecta). La responsabilidad por riesgo	300
5. La tipología particular de riesgo sacrificial: su carácter extraordinario e instrumental	302
EPÍLOGO. LA TEORÍA DEL SACRIFICIO DE DERECHOS Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL	305
I. EL SACRIFICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES: VOLVIENDO AL INICIO	305
1. El sacrificio de derechos.....	305
2. El derecho fundamental a la vida y el llamado «procedimiento <i>renegade</i> »	308
2.1. Un caso de escuela: la Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006	308
2.2. Pequeño excuso sobre la alternativa española.....	310
3. Las vacunaciones forzadas o fuertemente incentivadas	312
4. La prisión provisional seguida de absolución	314
II. LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS RESTRICCIONES SACRIFICIALES.....	317
1. El concepto de restricción sacrificial y su relación conflictiva con la idea de dignidad	317
2. Tres modelos de tratamiento jurídico-constitucional del problema sacrificial	318
III. LA TEORÍA DE LAS RESTRICCIONES COMO MARCO CONCEPTUAL	320
1. Hacia un replanteamiento general de la teoría de las restricciones de los derechos fundamentales.....	320
2. La vinculación inmediata de los derechos fundamentales	322
3. La prevención frente a los límites inmanentes y los conceptos deónticos débiles	324
4. La teoría de las restricciones como teoría externa	325

IV. LAS RESTRICCIONES DE TIPO SACRIFICIAL.....	327
1. La resistencia de los derechos fundamentales frente a la intervención legislativa. Reconsideración de la garantía del contenido esencial.....	327
2. El papel de la indemnización	329
3. La delimitación de las restricciones sacrificiales	330
4. Un modelo de tratamiento legal: el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.....	332
BIBLIOGRAFÍA.....	335

www.librotecnia.cl