

Nota del traductor.....	15
<i>Gonzalo Villa Rosas</i>	
Presentación del autor a la primera edición en castellano	21
Introducción	23

PRIMERA PARTE

DERECHOS FUNDAMENTALES: SUPUESTO DE HECHO Y RESTRICCIONES

1. Derechos fundamentales: supuesto de hecho y ámbito de protección	43
1. La naturaleza de la distinción.....	43
1.1. Supuesto de hecho y protección	43
1.2. La distinción en la práctica: el supuesto de hecho de la libertad de expresión y su protección.....	45
2. La centralidad de la distinción	46
3. La distinción en el derecho comparado.....	49
4. Las tres etapas del control judicial constitucional	50
5. Los derechos absolutos	51
5.1. ¿Existen derechos fundamentales absolutos?	51
5.2. La jurisprudencia de los derechos absolutos.....	53
5.3. Los derechos absolutos se transforman en derechos relativos	55
6. Los derechos relativos	56
6.1. La naturaleza de los derechos fundamentales relativos	56
6.2. Limitaciones y restricciones.....	57
7. Los derechos fundamentales: ¿ <i>prima facie</i> o definitivos?	62
7.1. La presentación del problema.....	62
7.2. Los derechos fundamentales <i>prima facie</i> : la perspectiva de Alexy	62
7.3. Los derechos fundamentales definitivos que no pueden ser llevados a cabo.....	64
8. ¿Existe un derecho fundamental a cometer un delito proporcional?	66
8.1. ¿Un derecho fundamental a robar?.....	66
8.2. La crítica y una respuesta	68
2. La determinación del supuesto de hecho de los derechos fundamentales	69
1. El supuesto de hecho del derecho es determinado por la interpretación constitucional	69

1.1.	La interpretación constitucional.....	69
1.2.	La interpretación constitucional: una perspectiva generosa	94
2.	El supuesto de hecho de los derechos y el interés público.....	100
2.1.	El papel apropiado de las consideraciones acerca del interés público.....	100
2.2.	El interés público como parte de la proporcionalidad.....	101
3.	El supuesto de hecho de los derechos fundamentales y los derechos ajenos.....	106
3.1.	La función propia de las consideraciones relativas a los “derechos ajenos”	106
3.2.	Los “derechos ajenos” y el conflicto de derechos fundamentales	107
3.	Los derechos fundamentales en conflicto.....	109
1.	Resolviendo el conflicto constitucional en el nivel infraconstitucional	109
1.1.	Un modelo de conflicto constitucional.....	109
1.2.	Los conflictos entre los derechos fundamentales y el Estado de derecho	112
2.	El conflicto entre los derechos fundamentales compuestos por reglas.....	113
3.	El conflicto entre derechos fundamentales compuestos por principios	113
3.1.	El supuesto de hecho y la validez de los derechos en conflicto no se ven afectados	113
3.2.	El efecto sobre la realización de los derechos en conflicto	116
3.3.	La ponderación interpretativa entre derechos fundamentales compuestos por principios	118
3.4.	La validez constitucional.....	119
3.5.	Los derechos en conflicto que no tienen legislación que los implemente.....	120
3.6.	Los derechos en conflicto que conducen a un conflicto con la legislación que define su realización	122
4.	Un conflicto entre derechos cuando uno de ellos está compuesto por una regla y el otro por un principio	123
4.	La restricción de los derechos fundamentales.....	127
1.	La restricción y la modificación de los derechos	127
2.	La restricción a los derechos.....	129
2.1.	La intervención y la restricción a los derechos	129
2.2.	Las restricciones constitucionales mínimas	131
2.3.	Las restricciones secundarias.....	133
2.4.	La renuncia a los derechos fundamentales	134
5.	Las restricciones jurídicas de los derechos fundamentales	135
1.	El principio de legalidad.....	135
1.1.	La autoridad jurídica para restringir un derecho.....	135
1.2.	La cadena de autorizaciones	137
2.	Las restricciones legales.....	138
2.1.	La restricción legal expresa	138
2.2.	La restricción de acuerdo con la ley.....	139

3. El principio de legalidad y el <i>common law</i>	147
3.1. La constitución y el <i>common law</i>	147
3.2. El <i>common law</i> y la cláusula restrictiva	150

SEGUNDA PARTE

LA PROPORCIONALIDAD: FUENTES, NATURALEZA Y FUNCIÓN

6. La naturaleza y función de la proporcionalidad	159
1. La naturaleza de la proporcionalidad	159
1.1. La proporcionalidad y sus componentes.....	159
1.2. Los diversos métodos para la restricción de los derechos fundamentales	161
1.3. La “constitución silenciosa” y la restricción a los derechos	162
1.4. Las cláusulas restrictivas específicas.....	169
1.5. Las cláusulas restrictivas generales	170
1.6. Las cláusulas restrictivas híbridas.....	172
1.7. El régimen preferido: ¿las cláusulas restrictivas generales, específicas o híbridas?.....	173
2. La función formal de la proporcionalidad.....	174
2.1. La proporcionalidad en relación con la validez y la proporcionalidad en relación con el significado	174
2.2. La constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales a través de normas infraconstitucionales	176
2.3. La razón detrás de la relación jerárquica constitucional	177
2.4. El efecto de una norma constitucional sobre un derecho fundamental	181
2.5. La restricción de una norma de rango infraconstitucional a través de una norma de rango infraconstitucional	184
2.6. La restricción de una norma infraconstitucional a través de una norma del mismo nivel.....	186
3. El rol sustantivo de la proporcionalidad.....	191
3.1. Los derechos humanos y sus restricciones	191
3.2. La protección de los derechos humanos y el reconocimiento de la constitucionalidad de sus restricciones	195
3.3. Tanto el derecho como sus restricciones comparten la misma fuente	195
3.4. Los límites a las restricciones constitucionales	196
4. Las cláusulas restrictivas y la derogación	197
4.1. La naturaleza de la derogación	197
4.2. La relación entre las cláusulas restrictivas y la derogación	199
7. Los orígenes históricos de la proporcionalidad	205
1. La proporcionalidad: en la vida y en el derecho	205
1.1. Sobre los orígenes filosóficos de la proporcionalidad.....	205
1.2. La proporcionalidad y la Ilustración.....	206
1.3. La proporcionalidad como reacción contra el formalismo	207
1.4. La contribución de Carl Gottlieb Svarez	207

2. El desarrollo de la proporcionalidad en el derecho público alemán.....	208
2.1. La proporcionalidad en el derecho administrativo alemán entre 1800 y 1933.....	208
2.2. El desarrollo de la proporcionalidad en el derecho constitucional alemán de la segunda posguerra.....	209
3. La migración de la proporcionalidad del derecho alemán al derecho europeo	212
3.1. La migración jurídica europea.....	212
3.2. La proporcionalidad y la Convención Europea de los Derechos Humanos	213
3.3. La proporcionalidad en el derecho de la Unión Europea	215
4. Del derecho europeo al derecho de los estados de Europa occidental	217
5. Del derecho europeo al derecho de Canadá, Irlanda e Inglaterra.....	218
5.1. Canadá	218
5.2. Irlanda.....	221
5.3. El Reino Unido.....	222
6. De Canadá a Nueva Zelanda y Australia.....	224
6.1. Nueva Zelanda.....	224
6.2. Australia	226
7. De Canadá y Alemania a Sudáfrica.....	227
8. La proporcionalidad migra a Europa central y al este de Europa	228
9. La proporcionalidad migra a Asia y a América del Sur	230
9.1. Asia.....	230
9.2. América del Sur	231
10. La proporcionalidad y el derecho internacional de los derechos humanos	232
10.1. El derecho internacional y nacional de los derechos humanos.....	232
10.2. La proporcionalidad y la Declaración Universal de los Derechos Humanos	233
10.3. La proporcionalidad y el Derecho Internacional Humanitario	235
11. ¿Ha llegado la proporcionalidad a los Estados Unidos de América?.....	236
12. La proporcionalidad en Israel	238
8. Las fuentes jurídicas de la proporcionalidad	243
1. La proporcionalidad como un criterio para la realización de los derechos fundamentales.....	243
1.1. La necesidad de una consagración constitucional	243
1.2. La naturaleza de la consagración constitucional	245
2. La proporcionalidad y la democracia	246
2.1. La relación entre la democracia y la proporcionalidad: presupuestos básicos.....	246
2.2. Primer presupuesto: la democracia es un valor constitucional.....	246
2.3. Segundo presupuesto: la democracia incluye los derechos humanos	250
2.4. Tercer presupuesto: la democracia se basa en el balance entre los derechos fundamentales y el interés público	252

2.5. Cuarto presupuesto: la ponderación a través de las cláusulas restrictivas	253
2.6. Quinto presupuesto: las cláusulas restrictivas están basadas en proporcionalidad	255
2.7. Una evaluación de la democracia como fuente de proporcionalidad	258
3. La proporcionalidad y el Estado de derecho.....	259
3.1. El enfoque alemán	259
3.2. Primer presupuesto: el Estado de derecho es un valor constitucional	261
3.3. Segundo presupuesto: el Estado de derecho incluye los derechos humanos	262
3.4. Tercer presupuesto: el Estado de derecho se basa en una ponderación entre los derechos fundamentales y el interés público	264
3.5. Cuarto presupuesto: la ponderación se lleva a cabo a través de cláusulas restrictivas	265
3.6. Quinto presupuesto: las cláusulas restrictivas están basadas en la proporcionalidad.....	265
3.7. Una evaluación del Estado de derecho como una fuente de proporcionalidad	267
4. La proporcionalidad como una característica intrínseca al conflicto entre principios jurídicos.....	267
5. Proporcionalidad e interpretación.....	270
6. Resumen de las fuentes jurídicas: ¿es la proporcionalidad una necesidad lógica?.....	273

TERCERA PARTE

LOS COMPONENTES DE LA PROPORCIONALIDAD

9. El fin adecuado	277
1. El fin adecuado como un componente de la proporcionalidad.....	277
1.1. La naturaleza del fin adecuado y sus fuentes	277
1.2. El fin adecuado como un requisito mínimo	278
2. Los elementos del fin adecuado	282
2.1. El alcance del fin adecuado	282
2.2. Los componentes del fin adecuado.....	283
3. El contenido del fin adecuado y los valores democráticos del Estado.....	283
3.1. Los requerimientos mínimos de la democracia	283
3.2. Los valores democráticos pertinentes.....	285
3.3. Los criterios generales para la determinación del fin adecuado.....	289
3.4. Las categorías de los fines adecuados	292
4. La perentoriedad del fin adecuado	310
4.1. Los problemas con la perentoriedad	310
4.2. ¿Se requiere la “perentoriedad”?.....	310
4.3. Los criterios para la determinación de la perentoriedad	312
5. La identificación del fin adecuado.....	318

5.1. Los fines de las normas restrictivas	318
5.2. ¿El test subjetivo o el test objetivo?.....	319
5.3. La solución correcta para la identificación del fin adecuado.....	331
10. La conexión racional	337
1. La naturaleza del test de conexión racional	337
1.1. El contenido del test de conexión racional	337
1.2. La naturaleza de la conexión racional	338
1.3. La conexión racional y los medios “destinados a conseguir” el fin adecuado.....	340
1.4. La conexión racional y los medios arbitrarios	340
2. El test de conexión racional y la incertidumbre fáctica.....	341
2.1. El problema de la incertidumbre fáctica	341
2.2. La certeza de la conexión racional: el rechazo a los enfoques extremos.....	343
2.3. La determinación de la base fáctica necesaria para la existencia de la conexión racional.....	344
2.4. La conexión racional y la prueba del tiempo	345
2.5. La conexión racional: un test de un requisito mínimo	348
3. ¿Es esencial el test de conexión racional?.....	349
11. La necesidad.....	351
1. Las características del test de necesidad	351
1.1. El contenido del test de necesidad.....	351
1.2. La naturaleza del test de necesidad	354
1.3. Los elementos del test de necesidad.....	357
1.4. El test de necesidad y el nivel de abstracción del fin	365
2. Los medios “ajustados de manera estricta” para satisfacer los fines de la ley	367
2.1. Las metáforas del cañón y los gorriones.....	367
2.2. La inclusión excesiva.....	369
3. El test de necesidad: una evaluación.....	371
3.1. ¿“El corazón y el alma” del test de proporcionalidad?	371
3.2. La necesidad: un test importante.....	371
12. La proporcionalidad en sentido estricto (la ponderación)	375
1. Las características de la proporcionalidad en sentido estricto	375
1.1. El contenido del test	375
1.2. La naturaleza del test de proporcionalidad en sentido estricto	377
1.3. La relación adecuada: un test de ponderación.....	378
1.4. La singularidad del test	379
2. La regla de la ponderación.....	380
2.1. La importancia de la ponderación	380
2.2. Ponderación y validez	381
2.3. La naturaleza de la ponderación.....	383

2.4.	La ponderación se basa en la importancia de los beneficios y en la importancia de la prevención de la vulneración.....	384
3.	La regla básica de la ponderación.....	398
3.1.	Los elementos de la regla básica de la ponderación.....	398
3.2.	Los componentes de la regla básica de la ponderación y su justificación.....	399
3.3.	La balanza en equilibrio.....	401
3.4.	La regla básica de la ponderación y la ponderación específica.....	404
3.5.	La ponderación de principios.....	406
13.	La proporcionalidad y la razonabilidad.....	407
1.	De la razonabilidad a la proporcionalidad.....	407
2.	Los componentes de la proporcionalidad y de la razonabilidad.....	408
2.1.	Los componentes de la proporcionalidad.....	408
2.2.	Los componentes de la razonabilidad.....	408
3.	La relación entre la proporcionalidad y la razonabilidad.....	411
3.1.	El grado del detalle.....	411
3.2.	La ponderación.....	414
14.	La zona de la proporcionalidad: el legislador y el juez.....	417
1.	La aplicación de la proporcionalidad a las tres ramas del poder público: la cuestión del control judicial.....	417
1.1.	La proporcionalidad y las tres ramas del poder público.....	417
1.2.	La proporcionalidad, el control judicial y la democracia.....	419
1.3.	La proporcionalidad y la separación de poderes.....	422
2.	La discrecionalidad y los componentes de la proporcionalidad.....	438
2.1.	La decisión de legislar.....	438
2.2.	La determinación de los fines.....	439
2.3.	La elección de los medios legislativos.....	443
2.4.	El test de conexión racional.....	444
2.5.	El test de necesidad.....	445
2.6.	La proporcionalidad en sentido estricto (ponderación).....	451
3.	La zona de la proporcionalidad.....	453
3.1.	Su naturaleza.....	453
3.2.	La zona de la proporcionalidad: el legislador y el juez.....	455
4.	El margen de apreciación.....	456
4.1.	Su naturaleza.....	456
4.2.	El margen de apreciación y la zona de la proporcionalidad.....	458
15.	La proporcionalidad y los derechos fundamentales positivos.....	461
1.	Los derechos fundamentales positivos.....	461
1.1.	La naturaleza de los derechos fundamentales positivos.....	461
1.2.	Los derechos fundamentales positivos en el derecho comparado.....	462
1.3.	Las fuentes jurídicas de los derechos fundamentales positivos.....	464
1.4.	Los aspectos constitucionales positivos y los derechos fundamentales positivos.....	467

2. Los derechos fundamentales positivos y los componentes de la proporcionalidad.....	468
2.1. Los derechos positivos como derechos relativos.....	468
2.2. El componente del fin adecuado.....	470
2.3. El componente de la conexión racional.....	471
2.4. El componente de la necesidad.....	472
2.5. El componente de la proporcionalidad en sentido estricto.....	473
16. La carga de la prueba.....	475
1. Presentación de la cuestión.....	475
2. La carga de la prueba: los hechos y el derecho.....	476
3. La carga de persuasión y la carga de generar evidencia.....	477
4. La primera etapa del control constitucional: una restricción a un derecho fundamental.....	477
5. La segunda etapa del control constitucional: la justificación de la restricción a un derecho.....	479
5.1. Los elementos que constituyen la justificación de la restricción a un derecho.....	479
5.2. El análisis comparativo.....	480
6. La carga de persuasión durante la segunda etapa: sobre aquella parte que alega la existencia de una justificación de la restricción.....	483
6.1. La carga de persuasión y el estatus de los derechos humanos.....	483
6.2. El contraargumento: la presunción de constitucionalidad.....	484
7. La carga de generar evidencia durante la segunda etapa: sobre la parte que argumenta que la restricción está justificada.....	487
7.1. El enfoque básico.....	487
7.2. La carga durante la segunda etapa y el estatus de los derechos humanos.....	487
7.3. La carga de generar evidencia y la carga correspondiente a la afirmación acerca de la inexistencia de una alternativa menos restrictiva (test de necesidad).....	488
7.4. La carga de generar evidencia y la naturaleza única del proceso judicial en asuntos constitucionales.....	490

CUARTA PARTE

UNA EVOLUCIÓN DE LA PROPORCIONALIDAD

17. La importancia de la proporcionalidad.....	497
1. La proporcionalidad y su crítica.....	497
2. El énfasis en la necesidad de la justificación racional.....	498
3. La necesidad de una discrecionalidad estructurada.....	501
3.1. La importancia de una discrecionalidad estructurada.....	501
3.2. La transparencia.....	503
3.3. Las consideraciones apropiadas en el contexto adecuado.....	504
3.4. Un diálogo entre el poder legislativo y el poder judicial.....	505

4.	La proporcionalidad y las teorías acerca de los derechos humanos.....	508
4.1.	La proporcionalidad como recipiente de las teorías acerca de los derechos humanos	508
4.2.	La proporcionalidad y el liberalismo	509
5.	La proporcionalidad, la democracia y el control judicial	513
5.1.	La proporcionalidad y la democracia.....	513
5.2.	La proporcionalidad y el control judicial.....	514
5.3.	El enfoque de Kumm.....	516
5.4.	El enfoque de Beatty.....	517
18.	La crítica a la proporcionalidad y una réplica	523
1.	El alcance de las críticas a la proporcionalidad	523
2.	Las críticas internas	524
2.1.	La naturaleza de la crítica interna.....	524
2.2.	La falta de un estándar con base en el cual pueda evaluarse la proporcionalidad.....	524
2.3.	La falta de racionalidad.....	527
3.	La crítica externa	529
3.1.	Una discrecionalidad judicial demasiado amplia.....	529
3.2.	La protección insuficiente de los derechos fundamentales	530
4.	La falta de legitimidad judicial.....	533
4.1.	La naturaleza de la crítica.....	533
4.2.	Una réplica	534
19.	Las alternativas a la proporcionalidad	537
1.	Las alternativas no basadas en la categorización	537
1.1.	Los derechos absolutos.....	537
1.2.	La protección del núcleo del derecho fundamental.....	540
1.3.	El modelo dual	543
2.	Las alternativas basadas en la categorización	546
2.1.	La categorización dentro del discurso de los derechos humanos.....	546
2.2.	La naturaleza del pensamiento basado en categorías jurídicas.....	548
2.3.	Los derechos fundamentales basados en categorías del pensamiento.....	549
2.4.	La categorización y el modelo de dos etapas.....	552
2.5.	La categorización y la ponderación.....	553
2.6.	La categorización y los derechos humanos en el derecho constitucional estadounidense.....	554
20.	El futuro de la proporcionalidad.....	573
1.	Acerca de la necesidad de renovación.....	573
2.	El componente del fin adecuado - desarrollos futuros	574
2.1.	Los diferentes enfoques del fin adecuado.....	574
2.2.	El enfoque apropiado: la jerarquía de los derechos fundamentales con respecto a la importancia del fin	576

2.3. El fin adecuado y la protección de los derechos fundamentales.....	578
3. El componente de la conexión racional.....	584
4. El componente de la necesidad: desarrollos futuros.....	586
5. El componente de la proporcionalidad en sentido estricto: desarrollos futuros.....	587
5.1. La naturaleza de las fórmulas para la ponderación de principios.....	587
5.2. Las fórmulas para la ponderación de principios: un estudio comparativo	590
Tabla de convenios y documentos internacionales.....	595
Tabla de constituciones y leyes.....	597
Tabla de casos.....	599
Bibliografía.....	609
Índice analítico.....	647

www.librotecnia.cl