



El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional

Laura Clérico

DONACION
CLÉRICO, LAURA

Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	122.338
Ubicación	FS284



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Teudeba



PRÓLOGO ✓.....	15
AGRADECIMIENTOS	21
INTRODUCCIÓN	23
I. <i>La exigencia de una justificabilidad iusfundamental</i>	23
1. El contenido del examen de proporcionalidad en sentido amplio	25
2. La fundamentación del mandato de proporcionalidad en sentido amplio	26
3. El examen de la proporcionalidad como regla de segundo grado	29
II. <i>Las ideas centrales y el plan del trabajo</i>	31
1. Las ideas centrales	31
1.1 Estructura e intensidad de aplicación	31
1.2 Concepción formal, en el sentido de procedimental, del examen de proporcionalidad en sentido amplio	32
1.3 Incompletitud del examen de proporcionalidad en sentido amplio	32
2. Plan del trabajo	34
CAPÍTULO 1. La estructura del mandato de adecuación técnica (o idoneidad) en el derecho constitucional ✓.....	39
I. <i>Introducción</i>	39
II. <i>Estructura del mandato de adecuación técnica</i>	43
1. La determinación del fin (o de los fines).....	46
2. La búsqueda y elección del medio	54
2.1 La relación positiva entre medio y fin	56
2.2 Los diferentes aspectos de la relación positiva entre medio y fin	57
3. El mandato de idoneidad: ¿interpretación débil o fuerte de la relación positiva entre medio y fin?	59



4. Versión débil del examen de adecuación técnica y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal	61
4.1 Argumentos a favor de la versión débil	62
de la adecuación técnica	62
4.2 El fomento del fin a través del medio en el examen de adecuación técnica	64
4.2.1 La posibilidad abstracta de alcanzar el fin	65
4.2.2 El logro parcial del fin a través del medio escogido	67
4.2.3 La posibilidad abstracta del logro del fin en general	69
4.3 La intensidad de la aplicación de la regla de la idoneidad	70
5. Los efectos negativos de la implementación del medio: la restricción de los derechos fundamentales	78
III. Conclusiones del capítulo 1	82
Excurso	85
1. La (i)legitimidad del fin y del medio	85
2. Ilegitimidad como prohibición constitucional definitiva	85
2.1 Prohibiciones definitivas o prohibiciones prima facie	85
2.2 Ilegitimidad general o especial del fin o del medio	87
2.3 Hacia una garantía del contenido esencial (Wesensgehaltsgarantie) absoluta pero no esencialista como ejemplo de una prohibición general definitiva	87
2.4 Criterios para determinar el contenido esencial del derecho fundamental: la decisión del diario íntimo	91
3. La legitimidad del fin de acuerdo con el Art. 12 I LF	97
4. Conclusiones	99
CAPÍTULO 2. La estructura del examen del medio alternativo menos gravoso o menos lesivo	101 ✓
I. La relación medio-fin	101
1. La comparación del “medio con el medio”	101
2. El examen del medio alternativo menos gravoso según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal	102
II. Primer paso del examen del medio alternativo menos gravoso: la adecuación técnica del medio alternativo en comparación con el medio establecido	104
1. La búsqueda y elección del medio alternativo	105
2. El grado y la manera del fomento del fin a través del medio alternativo	107
3. Resultados de la aplicación de la regla de la igual adecuación técnica	111
III. Segundo paso del examen del medio alternativo menos gravoso: su determinación	113
1. El mandato del medio alternativo menos gravoso como fomento de evitación de la restricción del derecho fundamental o de otros principios constitucionales	115

2. Acerca de la necesidad de precisión de la regla del examen del medio alternativo menos gravoso en sentido estricto	117
2.1 Clasificación de los casos del examen del medio alternativo menos gravoso	117
2.1.1 Un caso claro con constelación simple	118
2.1.2 Un caso claro con constelación compleja	120
2.1.3 Un caso dudoso con constelación simple	122
2.1.4 Un caso dudoso con una constelación compleja	124
2.2 La regla del examen del medio alternativo menos gravoso y sus reglas complementarias	127
2.2.1 Reglas complementarias en relación con la determinación del alcance del medio menos gravoso	128
2.2.1.1 El alcance del medio menos gravoso con respecto a normas generales: la solución global	129
2.2.1.1.1 El argumento de las particularidades de la elaboración y determinación del derecho	130
2.2.1.1.2 El argumento de la perturbación de la adecuación técnica de la medida estatal	131
2.2.1.1.3 El argumento de la soportabilidad/exigibilidad (Zumutbarkeit) “general”	136
2.2.1.1.4 El argumento de la “cantidad o número” de casos ...	137
2.2.1.2 Puntos para retener	138
2.2.1.3 El alcance del medio menos gravoso en los actos individuales	140
2.2.2 Reglas complementarias en relación con la determinación de los afectados (perjudicados)	142
2.2.2.1 La elección del medio menos gravoso respecto de los afectados más perjudicados	142
2.2.2.2 La exigencia de igualdad como límite para la determinación de los afectados “protegidos”	143
2.2.3 Reglas complementarias en relación con el alcance de la competencia de control (Kontrollkompetenz) del Tribunal Constitucional Federal	147
2.2.4 Conclusiones intermedias	154
IV. Resultados del examen del medio alternativo menos lesivo	154
1. El examen del medio alternativo menos gravoso en casos “claros”	155
2. Examen del medio alternativo menos lesivo en sentido estricto en casos dudosos o difíciles	157
3. La realización del examen de proporcionalidad en sentido estricto a pesar de la “innecesariedad” del medio establecido	159
VI. Conclusiones	160

CAPÍTULO 3. La estructura del mandato de proporcionalidad en sentido estricto en el derecho constitucional 163

I. La regla de la proporcionalidad en sentido estricto	164
1. La formulación de la regla, tipos de casos	164
2. Diversas formulaciones, igual estructura: la ponderación, elementos	172
2.1 La ley de la colisión: cuando los derechos y los bienes constitucionales colectivos entran en tensión	175
2.2 La reformulación del resultado de la ponderación como regla	180
2.3 La importancia de los resultados de la ponderación como reglas para la reconstrucción del modelo de la ponderación	180
2.3.1 Un modelo de la ponderación orientado por reglas	180
2.3.2 El resultado-regla de la ponderación y la “universalización”	182
2.3.3 De cómo opera el resultado-regla de la ponderación y las excepciones de su aplicación a través de un ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional	183
2.3.4 Primer pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas: hacia una red de reglas-resultados de la ponderación en términos de relación de prioridad y de relación de posterioridad	188
2.3.5 Sobre la apertura de la red de reglas-resultados de las ponderaciones iusfundamentales	192
2.4 La ley de la ponderación: una cuestión de peso, de intensidad y de importancia	196
2.5 Puntos para retener y propuestas	197
3. Acerca de la precisión del modelo de la ponderación	200
3.1 “Nivel de la ponderación”, “nivel de las acciones”	200
3.2 Acerca de la interpretación de la ley de la ponderación	201
3.2.1 Sobre la aplicación descriptiva y normativa de la ley de la ponderación	201
3.2.2 Acerca de la interpretación de la ley de la ponderación	204
3.2.2.1 Interpretación lineal de la ley de la ponderación	204
3.2.2.2 Interpretación progresiva de la ley de la ponderación	205
3.3 Acerca de algunas otras clasificaciones de la ponderación	206
3.3.1 Ponderación abstracta, ponderación concreta	206
3.3.2 Ponderación individual, ponderación general	208
3.3.3 Ponderación negativa, ponderación positiva	209
3.3.3.1 Ponderación negativa	209
3.3.3.2 Ponderación positiva	211
3.3.3.3 Ponderación sin “mandatos de consideración” y ponderación con “mandatos de consideración”	214
3.3.3.4 Puntos para retener y propuestas	218
4. Segundo pilar del modelo de la ponderación orientado por reglas: Hacia una dogmática de reglas para la determinación de la intensidad de la restricción iusfundamental y la importancia de las razones justificatorias	220

4.1 Determinación del peso abstracto de los principios	221
4.1.1 Justificación del peso abstracto de los principios a través de la acumulación de principios	222
4.1.1.1 Acumulación de principios materiales	222
4.1.1.2 Acumulación de principios formales: justificación a través de decisiones existentes	224
4.2 Determinación abstracta y concreta del grado de realización y de restricción de los principios: criterio conceptual analítico, criterio empírico	227
4.2.1 Determinación de la intensidad de restricción a través de decisiones existentes referidas con la protección de la libertad artística	231
4.2.1.1 La determinación de la intensidad de la restricción	231
4.2.1.2 Acerca de la determinación del peso de la libertad de arte y de su restricción: <i>Werkbereich</i> (esfera de la obra), <i>Wirkbereich</i> (esfera de la acción, de la difusión)	235
4.2.1.3 Acerca de la determinación del peso de las razones justificatorias de la restricción	240
4.2.1.3.1 Exigencia de una restricción de gran importancia del derecho de la personalidad para justificar una limitación a la libertad de arte	240
4.2.1.3.2 Acerca de los criterios para determinar la presencia de una restricción importante del derecho de la personalidad	242
4.2.1.3.2.1 Pregunta negativa	242
4.2.1.3.2.2 Pregunta positiva	244
4.2.1.3.3 Ninguna consideración global: mandato de una ponderación cuidadosa, cautelosa	250
4.2.2 Puntos para retener	251
4.3 Conclusiones	253
II. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto y los derechos fundamentales	255
1. La ponderación de derechos fundamentales	255
1.1 Tres pasos para aclarar el estatus especial de los derechos fundamentales en la ponderación	256
1.2 Consecuencias para el procedimiento de la ponderación a causa del estatus especial de los derechos fundamentales	259
2. El modelo de la ponderación orientado por reglas y el principio de la concordancia práctica	265
2.1 La exigencia de la concordancia práctica según Hesse	265
2.2 Hacia la precisión de la tesis de la congruencia: la exigencia de la concordancia práctica como mandato de la solución intermedia: entre el mandato de la mejor solución y el mandato de la mera preponderancia	265
3. La prohibición de exigencia de lo insostenible como caso del examen de proporcionalidad	271
3.1 Constelaciones de casos relevantes en el examen de la prohibición de exigencia de lo insostenible	273

3.2 La reconstrucción de la prohibición de exigencia de lo insoponible como parte del examen de proporcionalidad en sentido estricto	276
3.3 La relevancia de la situación del afectado	278
3.4 Puntos para retener	285
<i>III. Resultados del examen de proporcionalidad en sentido estricto</i>	286
<i>IV. Conclusiones del capítulo 3</i>	288
Excurso. Algunas objeciones a la ponderación en el marco del examen de proporcionalidad en sentido estricto	294
1. El voto disidente de los jueces Mahrenholz y Böckenförde en la sentencia sobre la ley de reordenación de la objeción de conciencia (<i>Kriegsdienstverweigerungs-Neuordnungsgesetz</i>)	297
2. Voto concurrente de la jueza Graßhof en la sentencia en el caso "Cannabis"	307
3. Voto disidente de los jueces Klein, Winter y Kirchhof en el caso "Stasi-Spion" (espías de Stasi)	312
4. Conclusiones del excurso	315

CAPÍTULO 4. El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto 319 ✓

<i>I. Introducción y planteo del problema</i>	319
<i>II. El examen de idoneidad: reglas y elementos</i>	324
1. El examen de idoneidad en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos	324
2. El examen de la idoneidad en el mandato de prohibición por omisión o acción insuficiente: constelaciones, reglas y elementos	327
2.1 La relación medio-fin: las diferencias en las características de los elementos	328
2.2 Examen de idoneidad: doble exigencia de idoneidad en la prohibición por omisión o insuficiencia	332
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	336
<i>III. El examen del medio alternativo: reglas y elementos</i>	341
1. El examen del medio alternativo menos lesivo en el mandato de prohibición por exceso: reglas y elementos	341
2. El examen del medio alternativo más idóneo en el examen de la prohibición por omisión, insuficiencia o defecto	344
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?	347
<i>IV. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto: reglas y elementos</i>	351

1. El examen de la proporcionalidad en sentido estricto en la prohibición por exceso	351
1.1 La colisión y su solución sin ponderación	352
1.2 Entre el lado abstracto y el lado concreto de la ponderación	354
2. Examen de proporcionalidad en sentido estricto en el mandato de prohibición por omisión o insuficiencia	360
<i>V. Conclusiones</i>	366

Anexo: Tabla de reglas y orientaciones argumentativas ✓ 369

BIBLIOGRAFÍA 389 ✓

LISTA DE LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL

CONSTITUCIONAL FEDERAL (ALEMÁN) 405 ✓