

**Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales:
Una perspectiva desde el derecho público común europeo**

Fernández Nieto, Josefa. Dykinson S.A. y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, 681 páginas.
Patricio Masbernat Muñoz
páginas 375 - 379

**PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DERECHOS
FUNDAMENTALES: UNA PERSPECTIVA DESDE EL
DERECHO PÚBLICO COMÚN EUROPEO.**

Fernández Nieto, Josefa. Dykinson S.A. y Servicio de Publicaciones
de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, 681 páginas.

Patricio Masbernat Muñoz*

Como lo destaca su autora, este libro analiza los problemas teóricos y prácticos que plantean tanto la teoría de los límites de los derechos fundamentales como el principio de proporcionalidad en la realidad de la protección de los derechos fundamentales. Usa este lenguaje para enfatizar que lo que hoy se encuentra en juego no es el reconocimiento y garantía sino la vigencia efectiva y realización de estos derechos, los que producen inevitables conflictos en la práctica.

Con toda probabilidad, gran parte de la cada vez más nutrida academia chilena no sólo conoce el tema de que esta obra trata, sino además algunos otros libros referidos a estas cuestiones, como el de Carlos Bernal Pulido¹.

Pero qué es lo que tiene de diferente esta obra de aquellas otras anteriormente escritas, y cuáles son las razones por la cual merece ser leída.

En primer término, se trata de una obra más actualizada. Es sabido que el conocimiento universal se duplica cada vez más rápido, y lo mismo sucede con el Derecho, lo que se ve claramente en la constante evolución de las decisiones judiciales y en las constantes novedades en configuración del sistema jurídico por parte de los legisladores. Además de ello, su enfoque es algo diferente, ya que intenta ampliar su mirada hacia una perspectiva más europea y no

* Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Magíster en Derecho por la Universidad de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; Profesor de la Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: pmasbernatt@utalca.cl.

¹ *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

sólo local, haciéndose cargo tanto de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español (y las naturales referencias a su similar alemán) como también del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por otro lado, creo necesario enfatizar que este libro merece ser leído por un público más amplio que el constituido por constitucionalistas o iusfilósofos (que son quienes tradicionalmente se vinculan a estas materias), puesto que a todos los juristas les corresponde abordar, en general, los problemas de la construcción del orden jurídico, la interpretación y aplicación de las normas y su crítica; y, en particular, los mecanismos de solución de conflictos entre derechos o entre ellos y bienes constitucionalmente protegidos. Esto es, v.g., lo que permite determinar los alcances de la potestad tributaria en el ámbito del Derecho Tributario², o la de la potestad regulatoria en la esfera del Derecho Económico.

La obra está dividida en seis partes y además de unas conclusiones: la primera parte se refiere a los límites de los derechos fundamentales; la segunda, al principio de reserva legal en la regulación de los derechos fundamentales; la tercera, a los parámetros constitucionales e interpretación y aplicación de los límites de los derechos fundamentales; la cuarta, al concepto, fundamento y naturaleza del principio de proporcionalidad; la quinta, al control de la observancia del principio de proporcionalidad; la sexta, a la protección de los derechos fundamentales y al principio de proporcionalidad vinculado a algunos de ellos.

Se trata de una obra que entrega una muy buena comprensión de los extremos envueltos en el amplio y complejo problema abordado, y lo contextualiza adecuadamente. Por ello su extensión puede ser juzgada como justa, aunque se trate de un libro materialmente extenso.

En forma breve y simplificada, daré noticia de algunas de las tesis principales sustentadas por la autora.

La exposición, de modo resumido, del principio de proporcionalidad queda planteado a través de los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, respectivamente, en cuanto a que la evaluación de una medida restrictiva de los derechos fundamentales exige comprobar si ella contribuye a conseguir el objetivo propuesto; si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito; y si la misma es equilibrada por derivarse de ella más ventajas o beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores constitucionales en conflicto.

Todos los principios y valores constitucionales necesitan del principio de proporcionalidad

² Masbernat Muñoz, Patricio, "Garantías constitucionales del contribuyente: crítica al enfoque de la doctrina nacional", *Ius et Praxis*, 2002.

**Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales:
Una perspectiva desde el derecho público común europeo**

Fernández Nieto, Josefa. Dykinson S.A. y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, 681 páginas.

y de la técnica de la ponderación. La extensión de sus posibilidades fácticas se determinan a través de los juicios de idoneidad y necesidad; y sus posibilidades jurídicas se determinan a través de la ponderación o juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Para la autora, el principio de proporcionalidad se vincula a muchos otros principios y valores constitucionales, y en definitiva, siguiendo sus palabras, encarna una idea elemental de justicia material, cual es, la proscripción de todo sacrificio de la libertad que sea inútil, innecesario y desproporcionado.

De lo que se trata, entonces, es de reconocer varios hechos.

Primero, que la Constitución reconoce y protege no sólo múltiples y diferenciados derechos, sino también múltiples y diferenciados bienes y valores.

Segundo, que los derechos, valores y bienes constitucionalmente reconocidos y protegidos inevitablemente colisionan por cuanto, como Fernández pone de relieve, los derechos fundamentales presentan una condición limitada (defiende la idea de los “límites inmanentes”) e integrada entre los mismos, y se refieren a ámbitos vitales o relaciones sociales que tienen lugar en el mismo plano de convivencia.

Tercero, que hay que encontrar una solución a dichos conflictos. Debe quedar al descubierto, a juicio de la autora, una relación condicionada de preeminencia referida al caso concreto, ya que no existe una jerarquía abstracta entre los indicados derechos, valores y bienes. En tal sentido, su tesis aboga no por una proporcionalidad clásica de costes-beneficios, sino por un parámetro de ponderación constitucional; y que éste sea entendido como un canon de control constitucional autónomo con base en y exigido por la Constitución, que se identifica con el contenido esencial de los derechos.

Fernández, sobre la base de la idea de los “límites inmanentes” como elementos estructurales de los derechos, enfatiza que no sólo es exigible una ponderación en abstracto de los derechos, bienes o valores constitucionales en conflicto (producido *en el momento normativo*, por los órganos que participan en el proceso legislativo) sino también una ponderación en concreto por parte de la Administración y los Tribunales considerando una base legal, de ser necesario, que les permita limitar el derecho fundamental en cuestión con el fin de preservar otros derechos, bienes o valores constitucionales preponderantes. Es decir, el principio de proporcionalidad (y la existencia de “límites inmanentes” de los derechos) exige que el legislador deje al aplicador de la norma legal habilitante un margen de ponderación.

Esto es de suma importancia. No porque se intente omitir un debate, como usualmente sucede en nuestro medio, dejará de existir un problema que requiere ser resuelto. Aunque se subraye la importancia y necesidad de respetar el “principio de reserva legal en la limitación o

delimitación de los derechos”, en la práctica los jueces y la Administración limitan y delimitan los derechos, con o sin ley habilitante. Y, en nuestro medio, el recurso de protección no es un instrumento idóneo para resolver el problema (en España el recurso de amparo tampoco resuelve el problema, aun considerando su mucho mayor perfección técnica e institucional y sus enormes diferencias cualitativas con el recurso de protección), por muchas razones, todas ellas debidamente documentadas, entre las que puedo mencionar: su extrema casuística y su carácter de “justicia de cadí” (que benevolentemente se le denomina “justicia de equidad”); las limitaciones estructurales derivadas de su normativa reguladora; una razón práctica, derivada de su muy escasa admisión a tramitación y aún menor probabilidad de ser estimado en el fondo; y un problema de cultura jurídica, derivado de los graves defectos dogmáticos del debate judicial y de las sentencias derivadas de éstos y de las limitaciones de la argumentación jurídica en nuestro medio. El problema se resuelve, entonces, por vías de carácter institucional más complejas que el recurso de protección, esto es, que respondan adecuadamente a la complejidad del problema que se requiere enfrentar.

Como he descrito en algún otros lugares, los problemas de las limitaciones a los derechos fundamentales no se resuelven sólo con el principio de reserva de ley³ (o con constructos doctrinarios arcanos tales como la idea de “orden público económico”, en el ámbito de regulaciones de mercado o del derecho a emprender⁴), ya que con o sin él, se presentan problemas que deben ser resueltos por quien esté a cargo del asunto (y en muchos casos lo está un órgano de la Administración del Estado o un tribunal, y eso lo vemos todos los días) y no es posible que exista una ley para resolver todos y cada uno de los casos concretos. Esto parece llevarnos a un problema sin solución, a un callejón sin salida. Pero esa apreciación es errada o es sólo aparente si observamos cuál es la razón del problema y de qué modo es posible resolverlo de modo sistémico (de manera tal de respetar la unidad del sistema jurídico, evitando su disociación).

La solución (o al menos un enfoque absolutamente razonable) viene dada por la tesis de los “límites inmanentes” de los derechos, la que hace referencia a aquellos límites (en palabras de la autora) derivados de la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales u otros bienes constitucionalmente protegidos. Los límites pueden estar establecidos por la reserva de limitación prevista en la propia Constitución; o en ausencia de tal reserva, pueden ser impuestos para preservar otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos.

³ Masbernat, Patricio, y Masbernat, Karen, “La doctrina nacional relativa al derecho constitucional a desarrollar actividades económicas: ensayo de una revisión”. *Actas de las II Jornadas de Derecho de la Empresas*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2005.

⁴ Masbernat Muñoz, Patricio, Hurtado Contreras, José Tomás, “Crítica al concepto de orden público económico”, *Revista de Derecho Público*, 2005.

**Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales:
Una perspectiva desde el derecho público común europeo**

Fernández Nieto, Josefa. Dykinson S.A. y Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2008, 681 páginas.

Los límites inmanentes de los derechos y el espacio que en este contexto tendría el principio de reserva de ley son cuestiones que la autora a su vez vincula al doble contenido de los derechos fundamentales (las denominadas faz objetiva y faz subjetiva de ellos). Esto conduce a fenómenos tales como el “efecto irradiación” y la eficacia frente a terceros (horizontal). Frente a estas realidades, Fernández defiende la tesis de que los derechos fundamentales, en cuanto *principios*, constituyen “mandatos de optimización” (y por cierto que se hace cargo de la opinión contraria de Habermas), realizables en la medida de lo posible, de lo que se deriva su fuerza expansiva; y, en cuanto *normas*, los derechos obligan a una realización mínima, tienen un “umbral de satisfacción” vinculante. Ahora, todos los derechos (valores y bienes) constitucionales tienen esta entidad, lo que lleva a que deban ser ponderados entre ellos en cada situación particular.

La labor que corresponde al Legislador y al Tribunal Constitucional es ardua, pero también lo es la que corresponde a la administración y al juez ordinario. Sus decisiones implicarán muchas veces limitar o delimitar derechos fundamentales (me refiero a esta categoría entendida de modo genuino y razonable en términos de dogmática jurídica, y no a través del prisma que nuestro medio le ha dado al derecho de propiedad), y en todos estos casos sobre estos órganos pesa el deber de debida justificación de sus decisiones. Y en todos estos casos, además, debe estar presente el principio de proporcionalidad y la técnica de la ponderación (al menos, conforme al actual estado del arte en el Derecho Comparado).



Exigencias en la presentación de los manuscritos

Normas Generales

- Los manuscritos pueden ser presentados en cualquier época del año.
- Las colaboraciones deben estar escritas en idioma castellano, en páginas tamaño carta, a espacio sencillo, y letra Times New Roman 12.
- Todas las colaboraciones podrán ser remitidas de dos formas: en una copia impresa dirigida a Revista Ius et Praxis, Universidad de Talca, 2 Norte 685, Talca, acompañándola de una copia electrónica en CD (en Word); o bien adjuntando la colaboración al correo electrónico de Ius et Praxis revista-praxis@utalca.cl.
- Las colaboraciones serán revisadas en primer lugar en el cumplimiento de las normas editoriales por parte de la Dirección de la Revista. No existiendo observaciones en ese aspecto, se procederá a someter la colaboración al proceso de revisión.
- Luego de evaluados los trabajos recibidos y de subsanadas por el autor las observaciones que se hicieren en el proceso de revisión, se procederá a su publicación en el plazo más breve posible, decidiendo la Dirección de la Revista la composición definitiva de los respectivos volúmenes. Los originales recibidos no serán devueltos.
- Los autores tendrán derecho a un ejemplar de la revista y al número de separatas de sus trabajos que determine el Comité Editorial.

Normas sobre Artículos de Doctrina

- Los artículos deben ser originales, referidos a un estudio o investigación de interés en el mundo jurídico, que esté terminado o cuyo avance permita la comunicación de sus resultados. Aunque Ius et Praxis considera artículos de diversa extensión, se prefieren trabajos concisos.
- Para facilitar el proceso de revisión anónima por pares académicos, solicitamos confinar a una primera página separable del texto principal el nombre del autor, grado académico, dirección postal, correo electrónico, afiliación institucional, información bibliográfica, agradecimientos y toda otra información que pueda revelar la identidad del autor.
- Cada artículo que se presente a Ius et Praxis deberá estar encabezado por un resumen de no más de 300 palabras, escrito en castellano e inglés. También deberá ir en ambos idiomas el título del artículo.
- Cada artículo además debe contener, escrito en castellano e inglés, tres palabras claves o descriptores generales de la materia tratada, a efectos de facilitar su búsqueda y recuperación en bases bibliográficas electrónicas.
- Las notas y citas bibliográficas deberán colocarse a pie de cada página, utilizando letra Times New Roman 10. Las notas y citas estarán construidas de la siguiente forma: apellidos en minúscula, salvo las primeras letras de nombres y apellidos que deben ir en mayúscula, o las iniciales, título del libro en cursiva, editorial, lugar de la impresión (en castellano),

año de publicación y número de página (s) citada (s), en ese mismo orden. Si se trata de una publicación periódica o de una parte de un libro, el nombre del artículo o parte del libro deberá ir entre comilla, y el nombre de la publicación periódica o libro en cursivas. La cita de un libro se completará según lo señalado arriba, y la de una revista con la indicación del volumen, tomo, número o fascículo (año), y cuando corresponda número de página (s). Si se trata de artículos en publicaciones electrónicas, al final de la cita se agregará En: localización en Internet [visitado el dd/mm/aa].

Ejemplos:

- *Para citar un libro:*

¹ Llanos Mansilla, Hugo, *Teoría y práctica del Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 134.

Cita siguiente:

Llanos, *Teoría*, cit. nota n. 1, p. 134.

- *Para citar un capítulo de un libro:*

² Cançado Trindade, Antonio, “La interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, Ed. IIDH, San José, Costa Rica, 1993, p. 240.

Cita siguiente:

Cançado, “La interacción”, cit. nota n. 2, p. 240.

- *Para citar un artículo de una publicación periódica:*

³ Bidart Campos, Germán. “El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia Argentina* 6148, 1999, p. 20.

Cita siguiente:

Bidart, “El valor”, cit. nota n. 3, p. 20.

-
- *Para citar un artículo de una publicación electrónica:*

⁴ Carnevali, Raúl. “Criterios para la punición de la tentativa en el delito de hurto a establecimientos de autoservicio. Consideraciones político criminales relativas a la pequeña delincuencia patrimonial”, *Política Criminal* N°1, Año 2, 2006, p. 12. En: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_2.pdf [visitado el 28.02.2008].

Cita siguiente:

Carnevali, “Criterios”, cit. nota n. 3, p. 1.