

CONTENIDO

ESTUDIO INTRODUCTORIO

IDEAS CONSTITUCIONALES PARA LATINOAMERICA: REFLEXIONES A PARTIR DE LAS PROPUESTAS DE AHARON BARAK 19

CAPÍTULO PRIMERO

PROPORCIONALIDAD 35

I. La distinción entre el ámbito de un derecho constitucional y su limitación 38

A. Ámbito y limitación 38

B. El ámbito del derecho constitucional y la colisión de derechos 39

C. El rol de la proporcionalidad 40

D. Las fuentes legales de la proporcionalidad 41

II. Los elementos de la proporcionalidad 42

A. Comentarios iniciales 42

B. Objetivo legítimo 45

C. Conexión racional 45

D. Necesidad 46

E. Proporcionalidad stricto sensu: ponderación 47

1. La importancia social del objetivo y de evitar la limitación del derecho constitucional 47

2. La regla de la ponderación 49

3. Desarrollo del elemento de la proporcionalidad stricto sensu (ponderación) 51

III. La zona de la proporcionalidad 52

A. Legislador y juez 52

B. La zona de la proporcionalidad y el margen de apreciación 53

IV. Evaluando la proporcionalidad 54

A. La importancia de la proporcionalidad 54

B. Críticas a la proporcionalidad y respuestas 56

C. Alternativas a la proporcionalidad 60

1. Proporcionalidad determinada por legislador 60

2. La categorización estadounidense 61

CAPÍTULO SEGUNDO

SOBRE LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES 65

I. Distinciones fundamentales: el ámbito del derecho y su protección 67

II. Distinciones fundamentales: principios y reglas 70

III. Distinciones fundamentales y conflictos entre derechos constitucionales 71

IV. Conflictos entre derechos constitucionales formulados como reglas 73

V. Colisiones entre derechos constitucionales formulados como principios 75

A. El ámbito de los derechos no cambia 75

B. Resolución del conflicto a nivel subconstitucional 76

C. El conflicto entre normas formuladas como principios y el Estado de Derecho 79

D. El conflicto entre un derecho constitucional formulado Como una regla y un derecho constitucional formulado como un principio en lugar de una conclusión 80

CAPÍTULO TERCERO

DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DERECHO PRIVADO 83

I. Presentación del problema 85

II. Los cuatro modelos 87

A. El modelo de la aplicación directa 87

B. El modelo de no-aplicación 90

C. La aplicación a través de la rama judicial 92

D. El modelo de aplicación indirecta 94

III. Los modelos de aplicación indirecta en acción 98

A. Los derechos constitucionales como valores objetivos 98

B. El primer canal de aplicación: la interpretación del derecho privado 99

1. Los aspectos objetivos de los derechos constitucionales y la interpretación del derecho privado 99

2. La interpretación de conceptos válvula 101

a. Interpretación a la luz del aspecto objetivo de los derechos constitucionales 101

b. Política pública 102

c. La buena fe 103

3. La interpretación del derecho privado y su validez 104

C. El segundo canal de aplicación: solución negativa y laguna 105

1. El silencio del derecho privado 105

2. Solución negativa 105

3. Lagunas 106

D. El tercer canal de aplicación: la creación de nuevo derecho privado 107

1. Legislación nueva y el desarrollo del derecho común 107

2. Legislación nueva 107

3. El desarrollo del derecho común 108

4. La proporcionalidad de la legislación nueva y el desarrollo del derecho común 109

5. Legislación nueva y el desarrollo del derecho común-discreción u obligación 109

a. Derechos negativos y derechos positivos 109

b. Satisfacer el deber en los derechos positivos 112

IV. La aplicación indirecta en Israel 113

Conclusión 115

CAPÍTULO CUARTO

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL 119

I. La singularidad de una constitución y cómo esto afecta a la interpretación 121

A. La constitución como una norma superior (o supernorma) 121

1. La singularidad de una constitución y la interpretación teleológica 122
2. Interpretación teleológica de una constitución:
derecho comparado 122
- II. El lenguaje de una constitución 123
- A. "Generalizaciones majestuosas" 123
- B. Lenguaje constitucional y estructura constitucional 125
- C. El doble rol del lenguaje en la interpretación constitucional 126
- III. El propósito subjetivo de una constitución 127
- A. Su esencia 127
- B. Sus fuentes: el texto como un todo 128
- C. Sus fuentes: historia constitucional 129
- IV. La finalidad objetiva de una constitución 129
- A. Su esencia 129
- B. Los niveles de abstracción de la finalidad objetiva 130
- V. Fuentes de la finalidad objetiva 130
- A. Fuentes internas: la constitución como un todo y la búsqueda de la coherencia constitucional 130
- B. Fuentes externas: historia posterior a la promulgación 132
- C. Fuentes externas: jurisprudencia constitucional 133
- D. Fuentes externas: valores fundamentales 134
- E. Fuentes externas: derecho comparado 136
- VI. La finalidad última de una constitución 138
- A. ¿Cómo se determina la finalidad última? 138
- B. La perspectiva de la interpretación teleológica 139
- C. El propósito subjetivo de una constitución no es decisivo 141
- D. El propósito objetivo y la protección del individuo 145

E. 'Constitución viva' y 'árbol vivo' 145

F. Interpretación con una visión amplia 146

G. La discreción judicial en la determinación de la finalidad última de una constitución 148

CAPÍTULO QUINTO

SOBRE LAS IMPLICACIONES CONSTITUCIONALES Y LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL 151

I. Presentación del problema 153

II. El modelo interpretativo 157

A. Extraer el significado jurídico del significado lingüístico 157

B. El significado expreso 157

C. El significado implícito 159

1. Significado indirecto 159

2. El significado implícito y la estructura constitucional 160

3. La base jurídica para la implicación constitucional 162

a. El significado del silencio constitucional 162

b. Significado constitucional implícito y texto constitucional 164

c. Características de la norma constitucional implícita 164

III. Ejemplos de implicación constitucional 166

A. Implicación de valores constitucionales 166

B. Implicación de derechos constitucionales 167

C. Cláusula limitativa implícita 168

D. Revisión judicial implícita 169

E. Cláusulas pétreas implícitas 170

IV. La implicación constitucional y los sistemas de interpretación 171

A. Sistemas de interpretación 171

- B. Implicación constitucional e intencionalismo 172
- C. Implicación constitucional y originalismo 173
- D. Implicación constitucional e interpretación teleológica 174
- V. Implicación constitucional y pragmática 171
 - A. Semántica y pragmática 171
 - B. La pragmática de Grice 176
 - C. Pragmática e interpretación constitucional 177
- Conclusión 180

CAPÍTULO SEXTO

ACTIVISMO Y AUTORRESTRICCIÓN 183

- I. Definición de los términos 181
 - A. La necesidad de una definición 185
 - B. Únicamente relevantes cuando existe discreción judicial 186
 - C. Liberal versus conservador 187
 - D. El activismo y la autorrestricción son dos extremos de un espectro 187
 - E. Los términos dependen del contexto social y de la cultura jurídica 188
- II. Algunas definiciones y sus críticas 188
 - A. Bork 188
 - B. Posner 189
 - C. Canon 190
 - D. Roach 191
- III. Definición de activismo y autor restricción 192
 - A. Definición de los términos de acuerdo a sus objetivos 192
 - B. La definición de activismo y de autorrestricción 192
 - C. Exhaustividad 193
 - D. El problema de la legitimidad judicial 193

E. Activismo, autorrestricción, y el punto de vista personal de un juez 194

F. Relación con políticas públicas establecidas en el pasado 195

G. Sistemas de interpretación 195

H. Precedente 197

I. Los medios disponibles para un juez 197

J. No hay activismo total ni autorrestricción total 198

IV. La deseabilidad del activismo o de la autorrestricción 200

A. Activismo, autorrestricción, y el rol del juez 200

B. Cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad 201

C. La protección de la constitución y sus valores 202

D. Nuevos medios 203

CAPÍTULO SEPTIMO

DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DE TERROR: UNA PERSPECTIVA JUDICIAL 205

I. El rol del juez: proteger la democracia 207

II. La batalla contra el terror - conforme a derecho 210

III. La necesidad de una perspectiva ponderada 211

IV. El caso de Israel 216

V. La revisión judicial de la lucha contra el terror 219

CAPÍTULO OCTAVO

SOCIEDAD, DERECHO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA 227

I. Sobre la sociedad 229

II. Sobre el derecho 230

III. Sobre la administración de la justicia 231

A. Al decidir sobre controversias 231

B. Legislación judicial 232

C. Discreción judicial 233

D. Sobre el rol de un juez 236

IV. Sobre la realización del rol judicial 239

A. La legitimidad de los medios 239

B. Sobre la interpretación 240

C. Sobre la ponderación 246

D. Sobre la justiciabilidad 251

E. Sobre la legitimación activa 253

F. El derecho comparado 255

V. Sobre filosofía judicial y jurídica 257

Comentarios finales 259

CAPÍTULO NOVENO

LA PROTECCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA 261

I. La lucha por la democracia 263

II. ¿Qué es la democracia? 266

A. La esencia de la democracia 266

III. Democracia formal y supremacía legislativa 269

A. Democracia formal y elecciones 269

B. Elecciones democráticas y partidos no democráticos 270

IV. Supremacía legislativa 274

A. Democracia sustantiva 275

V. La separación de poderes 277

A. La separación de poderes como columna vertebral de la democracia 277

B. La relación entre una rama y sus funciones 278

C. La no intervención en el ejercicio de la discrecionalidad 280

VI. Controles y equilibrios 281

A. La separación de poderes, controles y equilibrios 281

VII. Equilibrios 282

VIII. Controles 282

IX. ¿Está constitucionalizada la separación de poderes? 285

X. El rol del juez en la protección de la separación de poderes 286

XI. La separación de poderes y las interpretaciones legislativas 288

XII. La separación de poderes y la protección de la jurisdicción de las cortes 289

XIII. La separación de poderes y la competencia para interpretar 289

A. Diferentes modelos de separación de poderes 290

XIV. Democracia y el Estado de Derecho (rule of law) 291

A. La naturaleza del Estado de Derecho 291

B. El Estado de Derecho, no el gobierno de hombres o mujeres 293

C. El aspecto formal del Estado de Derecho 293

D. El concepto jurisprudencial del Estado de Derecho 294

E. El concepto sustantivo del Estado de Derecho 295

F. El Estado de Derecho y el rol del juez 296

XV. Principios fundamentales 297

A. Democracia y principios fundamentales 297

B. ¿Cuáles son los principios fundamentales? 298

C. Las fuentes de los principios fundamentales 299

D. Nuevos y antiguos principios fundamentales 299

E. El estatus y el peso de los principios fundamentales 301

F. Tolerancia 303

G. Buena fe 304

H. La justicia 306

XVI. Razonabilidad 307

A. ¿Qué es la razonabilidad? 307

XVII. La zona de la razonabilidad 311

A. Orden público 313

XVIII. Independencia del poder judicial 314

A. Democracia e independencia judicial 314

B. Independencia personal 316

C. Independencia institucional 318

XIX. Derechos humanos 319

A. Derechos humanos y democracia 319

B. El ámbito de los derechos y sus limitaciones 320

C. Dignidad humana 322

XX. Crítica y respuesta 326

A. La crítica 326

B. El rol del juez como creador del derecho común 326

C. El rol del juez como intérprete de la constitución y la ley 327

D. El rol del juez y la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes 328

CAPÍTULO DÉCIMO

DIGNIDAD HUMANA: EL VALOR CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL 335

I. El significado constitucional de la dignidad humana 337

II. La dignidad humana como valor constitucional 337

A. La dignidad humana como un valor constitucional expreso o implícito 337

B. El rol de la dignidad humana como valor constitucional 338

C. El significado de la dignidad humana como valor constitucional 339

III. Dignidad humana como derecho constitucional 342

A. Reconocimiento de la dignidad humana como un derecho constitucional 342

B. El contenido del derecho constitucional a la dignidad humana: el ámbito del derecho a la dignidad humana 344

1. El ámbito del derecho humano a la dignidad humana 344

2. El caso estándar: una superposición entre el derecho y el valor de la dignidad humana 345

3. El caso especial de la dignidad humana como derecho constitucional en la Ley Fundamental de Alemania 347

4. El área cubierta por el derecho a la dignidad humana 348

a. El área cubierta y el problema de la superposición parcial 348

b. El área exclusivamente cubierta por el derecho a la dignidad humana 349

5. Superposición complementaria entre el derecho constitucional a la dignidad humana y otros derechos constitucionales 354

6. Superposición conflictiva (colisión) entre el derecho constitucional a la dignidad humana y otros derechos constitucionales 356

Conclusión 358

CAPÍTULO UNDÉCIMO

LA FUNCION DE LA DIGNIDAD HUMANA COMO VALOR CONSTITUCIONAL 361

I. Tres roles de la dignidad humana como valor constitucional 363

II. La dignidad humana Como valor constitucional que establece una base para todos los derechos 364

III. El rol interpretativo de la dignidad humana como valor constitucional 365

A. Un rol interpretativo general 365

B. Un rol interpretativo particular: interpretación del derecho a la dignidad humana 371

IV. La dignidad humana Como valor constitucional en la limitación de los derechos constitucionales 372

CAPÍTULO DUODECIMO

TRES MODELOS PARA DETERMINAR EL CONTENIDO DEL VALOR CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD HUMANA 375

I. Modelos teológicos, modelos filosóficos y modelos constitucionales 377

II. Modelos teológicos 377

III. Modelos filosóficos 378

A. Evaluación de los modelos filosóficos 378

B. Kant y la dignidad humana 380

C. Dworkin y la dignidad humana 382

D. Dignidad humana: Margalit y Statman 382

IV. Los modelos constitucionales 384

A. Características de los modelos constitucionales 384

1. Un enfoque interpretativo con visión amplia 384

2. Interpretación del valor constitucional de la dignidad humana y los derechos constitucionales con enfoque amplio 386

3. La multiplicidad de modelos constitucionales 387

B. El contenido del valor constitucional de la dignidad humana 388

1. La dignidad humana como la humanidad de la persona como ser humano 388

2. La humanidad de la persona como ser libre 391

3. La humanidad de la persona como autonomía de la voluntad 393

4. La humanidad de la persona como rechazo a considerarla solo como un medio 394

5. La humanidad en el marco de una sociedad 395

6. La humanidad de la persona y la raza humana 396

C. Críticas al modelo constitucional de humanidad 397

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

LA DIGNIDAD HUMANA COMO DERECHO CONSTITUCIONAL 401

I. Reconocimiento constitucional 403

- A. Reconocimiento expreso de un derecho constitucional a la dignidad humana 403
- B. Reconocimiento de un derecho constitucional a la dignidad humana por implicación 405
- C. Reconocimiento de la dignidad humana como derecho constitucional para resolver una laguna en una constitución 406
 - 1. La laguna 406
 - 2. ¿Una laguna en una constitución? 407
- II. El contenido del derecho constitucional: la realización del valor constitucional 409
 - A. El enfoque general 409
 - B. El caso particular de la Ley Fundamental Alemana 410
- III. Interpretación constitucional teleológica y dignidad humana 413
 - A. Interpretación con una visión amplia 413
 - B. Una visión amplia no es una visión sin límites 414
 - C. Interpretación teleológica de la dignidad humana y limitación de otro derecho 414
 - D. Interpretación teleológica de la dignidad humana y la limitación de los intereses públicos 415
 - E. Críticas a mi propuesta y respuesta 419

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA DIGNIDAD HUMANA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL ISRAELÍ 423

- I. El rasgo normativo de la dignidad humana 425
 - A. Artículos 2 y 4 de la ley fundamental 425
 - B. La dignidad humana como derecho relativo 426
 - C. La dignidad humana no es un derecho eterno 429
 - 1. La ausencia de una cláusula de eternidad expresa 429
 - 2. ¿Existe una cláusula de eternidad implícita? 429
 - D. Dignidad humana como valor supremo 431
 - E. El área cubierta por la dignidad humana como derecho constitucional 432

II. Los derechos-hijos de la dignidad humana 434

A. El derecho a la personalidad 434

B. El derecho a la subsistencia humana digna 435

C. El derecho a la reputación 439

D. El derecho a la vida familiar 439

E. El derecho a la igualdad 442

F. El derecho a la libertad de expresión 443

G. El derecho a la libertad de conciencia y de credo 443

H. El derecho a la libertad de movimiento 446

I. El derecho a la educación 446

J. El derecho al empleo 447

K. El derecho a un debido proceso 448

III. La titularidad del derecho fundamental 449

A. El titular del derecho a la dignidad humana 449

1. La persona 449

2. Los grupos 451

3. La corporación 452

B. El sujeto pasivo 453

IV. Aplicación temporal 454

A. Aplicación activa de la ley fundamental 454

B. Una anomalía normativa 454

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES 457

I. Presentación del problema 459

II. Derecho comparado 460

- A. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Turquía 460
- B. Enmiendas inconstitucionales a la constitución de India 463
- C. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Austria 466
- D. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Alemania 467
- E. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Estados Unidos 469
- F. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Irlanda 47T
- G. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Brasil 471
- H. Disposiciones constitucionales expresas sobre la revisión judicial de la constitucionalidad de una enmienda constitucional 471
- III. Lecciones desde el derecho comparado 472
- IV. Estándares substantivos para enmendar la constitución 477
- V. Enmiendas constitucionales inconstitucionales en Israel 480

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

CARACTERÍSTICAS DE LA DISCRECIÓN JUDICIAL 485

- I. Obstáculos para la comprensión de la discreción judicial 487
- II. La discreción judicial definida 491
 - A. Libertad de elección: discreción amplia y discreción restringida 492
 - B. La discreción judicial y la comunidad jurídica 493
 - C. Resumen: la zona de legitimidad formal 496
- III. El objeto de la discreción judicial 496
 - A. El hecho, la aplicación de una norma y la norma misma 496
 - B. La discreción judicial y los hechos 497
 - C. Discreción judicial y la aplicación de una norma 498
 - D. Discreción judicial y la norma en cuestión 500
 - E. La distinción entre los diversos objetivos de la discreción judicial 50 I
- IV. El ámbito de la discreción judicial 502

- A. Discreción limitada y discreción absoluta 502
- B. La discreción judicial nunca es absoluta 503
- C. La discreción judicial como discreción limitada 505
- D. Discreción judicial limitada: limitaciones procesales 507
- E. Discreción judicial limitada: limitaciones sustantivas (razonabilidad) 509
- V. El problema: ¿existe la discreción judicial? 513
 - A. Cada problema jurídico tiene una solución legal 513
 - B. Las normas jurídicas que rigen al juez 513
 - C. Crítica al enfoque de Dworkin: la discreción judicial existe 516
- VI. Discreción judicial, ¿en cada caso? 519
 - A. El problema 519
 - B. Discreción judicial en cada caso 520
 - C. Los casos fáciles 522
 - D. Casos intermedios 525
 - E. Los casos difíciles 526
 - F. Discreción judicial, ¿en cuántos casos? 527
 - G. La distinción entre los tres tipos de casos 528
 - H. Una mirada retrospectiva 529