

**El control constitucional al
legislativo. Una mirada desde la
teoría del estado social, el
principio de proporcionalidad
y el principio de prohibición
de protección deficiente**

Eduardo José Talavera Carrascal

EL CONTROL CONSTITUCIONAL AL LEGISLATIVO. UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA DEL ESTADO SOCIAL, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE PROTECCIÓN DEFICIENTE

AUTOR: Eduardo José Talavera Carrascal

DIRECCIÓN: edjotala@yahoo.es

FECHA DE RECEPCIÓN: Noviembre 11 de 2008-11-28

RESUMEN: El artículo corresponde a ponencia presentada el día 10 de noviembre de 2008 en de la UNAB en el evento "Foro sobre Control de Constitucionalidad", organizado por el semillero de investigación Hermes del Centro de investigaciones Sociojurídicas.

PALABRAS CLAVE: Control constitucional, principio de proporcionalidad, Razonabilidad Judicial, Criterios de Valoración, Estado de Derecho, Estado Constitucional, Neoconstitucionalismo, Teorías de la Argumentación, Derechos Fundamentales, Contenido Esencial de los Derechos, Optimización de los Derechos, Ponderación, Juicio de Necesidad, Juicio de Idoneidad, Juicio de Finalidad, Juicio de Adecuación, Teorías Materiales de los Derechos Fundamentales, Derecho a la Igualdad, Principio de Protección Deficiente.

ABSTRACT: Presentation presented on November 10, 2008 in the audience D10 of the UNAB in the event " Forum on Control of Constitutionality ", organized by the seedbed of investigation(research) Hermes of the Center of investigations Sociojurídicas.

KEY WORDS: Constitutional control, beginning of proportionality, Razonabilidad Judicial, Criteria of Valuation, Constitutional state, Constitutional State, Neoconstitucionalismo, Theories of the Argumentation, Fundamental Laws, Essential Content of the Laws, Optimization of the Laws, Praise, Judgment of Need, Judgment of Suitability, Judgment of Purpose, Judgment(Reason) of Adequacy, Material Theories of the Fundamental Laws, Law to the Equality, Beginning of Deficient Protection.

El control constitucional al legislativo. una mirada desde la teoría del estado social, el principio de proporcionalidad y el principio de prohibición de protección deficiente

Eduardo José Talavera Carrascal¹

 Que la historia del constitucionalismo es la historia de la expansión de la esfera de los derechos es prácticamente un tópico sin discusión. En efecto, a los derechos de libertad de las primeras constituciones del siglo XVIII se amplió el abanico al derecho de huelga y los derechos sociales en las constituciones del siglo XX, y ahora a los nuevos derechos a la paz, al medio ambiente, a la información y otros que a pesar de no estar constitucionalizados, son objeto de fuerte reivindicación (entre nosotros es paradigmático el moviendo social a favor de la fundamentalización del derecho al agua) Como dice L. Ferrajoli², la historia del constitucionalismo no es una historia teórica, sino social y política pues “ninguna de las generaciones de los derechos ha caído del cielo, sino todas han sido conquistadas por otras tantas generaciones de movimientos de lucha y revuelta: primero liberales, luego socialistas, feministas, ecologistas y pacifistas”.

Si la constante del constitucionalismo es esta expansión, la pregunta para efectos de este escrito es, ¿Cuál es la garantía para que estos derechos, viejos o nuevos, no sean un mero enunciado retórico? Ahora, si se tiene en cuenta que generalmente los Gobiernos eluden sus compromisos apoyándose en que las necesidades de la población en un país como el nuestro son prácticamente infinitas y que los recursos son muy escasos, se concluye que la intervención de los jueces en casos concretos tiene plena justificación. El problema es, ¿Cómo articular el principio de la soberanía popular con lo que se ha llamado el principio de la soberanía de la

1 Director del Grupo de Investigación “Academo” de Uniciencia, Decano de la Facultad de Derecho de Uniciencia, seccional Bucaramanga

2 FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, en “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos”, edición de CARBONELL, Miguel; editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 71 a 73.

Constitución?, es decir, cual es el ámbito concreto de actuación de los Tribunales Constitucionales, como órganos compuestos por funcionarios de origen no popular y que por tanto deben basar sus decisiones en razones de principio y no de política, frente a un órgano que representa la soberanía popular y por tanto, puede tomar decisiones con base en principios y en políticas, en razones de conveniencia y oportunidad.

La anterior tensión sin duda tiene varias aristas y visiones y no pretendo en este escrito abordarlas en su conjunto. Lo que me propongo es estudiar la capacidad de rendimiento del denominado principio de proporcionalidad para fundamentar correctamente la intervención del juez constitucional en zonas sensibles de la orbita del legislador.

La tesis que pretendemos dilucidar es que ningún derecho fundamental tiene una zona que no pueda ser restringida por el legislador y a su vez que dicha zona sea factible identificarla a priori y de manera abstracta. Si esto es así, ¿ello significaría que el legislador, como legislador natural de la Constitución, carta abierta para regularla? Desde luego que esto no es así ya que la Corte Constitucional cumple con su función de ser el “límite de los límites”, el problema es determinar el punto (tal vez exacto no sea posible) de articulación del control constitucional con el principio democrático, sobre todo en áreas de claro y tradicional dominio del parlamento, como por ejemplo en el tema de los derechos sociales en donde se discute arduamente su justicialidad. Este escrito busca, entonces, entrar en esta discusión para indagar cómo operaría la Teoría del Estado Social (como teoría material de fundamentación de normas iusfundamentales) frente a la vinculación o no del legislador en materia de derechos fundamentales y los sociales. Se establecerá que esta teoría material (así como todas las demás teorías materiales) por si solas no son suficientes para determinar el sentido y el alcance de las normas y posiciones iusfundamentales, con lo cual es necesario acudir a criterios estructurales como lo es el principio de proporcionalidad, tanto en su versión como principio de prohibición del exceso (para derechos de defensa), como principio de prohibición de protección deficiente (derechos sociales como posición prima facie).

Para tal efecto, a continuación se trabajará en dos sentidos, que se pueden formular en forma de dos preguntas: 1) ¿Cómo opera el control de constitucionalidad de las leyes que involucran derechos fundamentales?; 2) ¿Qué es el principio de proporcionalidad, cual es su estructura y su dinámica como criterio estructural de fundamentación correcta iusfundamental, y que variación presenta según sean derechos de defensa o derechos sociales?.

1. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES.

En el control de constitucionalidad de las leyes relativas a los Derechos Fundamentales se habla de dos situaciones: a) un *control formal*, consistente en analizar si la ley cumple con las exigencias de competencia y procedimientos establecidos en la Constitución; por otra parte, b) un *control de carácter material* que implica el juicio relativo a la pregunta ¿la ley acata el derecho fundamental que, por así decirlo, está reglamentando? Y, ¿Cómo se sabe si la ley respeta dicho derecho?, ¿Cuál es el criterio? Pues bien, en primer lugar tener presente que las decisiones judiciales no son decisiones de autoridad como en un momento dado lo puede ser una ley o un acto administrativo, de conformidad con lo que se estime conveniente y oportuno de acuerdo al mandato popular. Las sentencias, tienen como lo señala Wroblewski³, una fundamentación *interna* y otra *externa*. La primera se deduce del andamiaje argumentativo que construye el juez para convertir una norma general (la premisa normativa) en una norma particular (el fallo) y generalmente tiene la estructura silogística⁴. La segunda, sería el razonamiento que permite determinar las distintas premisas que componen la fundamentación interna⁵ y es en este campo de la fundamentación

3 WROBLEWSKI, Jerzy, “Legal Decision and its Justification”, en “Meaning and Truth in Judicial Decision”, editado por AULIUS Armio, Helsinki, jurídica, 1979, p. 60. En este punto resulta pertinente el artículo de ANA LAURAN NETTEL, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, Isonomía, Número 5, octubre 1996, en donde a partir de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, concluye que el estudio del contexto sociológico de la construcción del conocimiento en la argumentación jurídica de la decisión judicial, consiste en estudiar la racionalidad que está implícita en los estilos de pensamiento de los jueces, y esto es importante no solamente para describirlos y después predecirlos, sino sobre todo, como propuso Alf ROSS, para compararlos y después criticarlos, pág. 117.

4 En donde la premisa mayor es general establecida como fuente formal del derecho, la premisa menor es el juicio que hace el juzgador sobre los supuestos de hecho de la norma y que se suponen contenidos en el expediente del caso; y la conclusión, sería la norma particular contenida en el fallo y que se deducen de las premisas mayor y menor.

5 Para una explicación detallada de los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica bajo la distinción de la justificación interna y externa ver la conocida obra de Robert ALEXY “Teoría de la Argumentación Jurídica” con la traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp 213 a 240. Igualmente y sobre la especial dinámica de la estructura que tiene la fundamentación interna y externa de las sentencias de control de constitucionalidad de las leyes ver a Carlos BERNAL PULIDO, “El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales”, CEPC, 3ª Edición 2007, pag. 93 y ss. Por ahora es resulta pertinente destacar que uno de los elementos más complicados de la fundamentación externa en este tipo de providencias tiene que ver con la fundamentación de la premisa mayor, ya que la cuestión es saber qué es justamente lo que manda la norma iusfundamental en su forma imperativa; es decir, la Corte Constitucional debe señalar cual es el deber ser contenido en la norma contentiva de una derecho fundamental y que le impone al legislador una prohibición o un mandato, indicando desde luego los argumentos que respalden dicha interpretación.

externa- donde juega un papel importante el principio de proporcionalidad, vale decir, dicho principio tiene un rol importante en la concreción y fundamentación de la norma de derecho fundamental aplicable al caso.

LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Uno de los tópicos en el discurso iusfundamental es que interpretar un derecho fundamental no es lo mismo que interpretar una ley, pues esta, en la mayoría de las veces, tiene una concreción de la cual carecen las normas fundamentales, las cuales están redactadas en clave de principios, muy abstractos y cargados ideológicamente. El asunto es, ¿Qué significa lo anterior frente a la posibilidad de controlar racionalmente las decisiones judiciales relativas a los derechos fundamentales? Para dar una respuesta a esta pregunta, Alexy⁶ propone distinguir entre la *base*⁷ y el *proceso* de la argumentación. La base de la argumentación de un derecho fundamental se logra con las siguientes palabras claves: “la ley”, “el precedente” y “la dogmática”⁸. Para efectos de nuestro ensayo nos interesa solo la tercera palabra, es decir la dogmática, que se convierte en la tercera pieza de la base de la argumentación de derecho fundamental. Esta dogmática, como se explica en la cita, tiene varias dimensiones y la que nos interesa es la normativa, que se expresa a través de varias teorías, también llamadas “teorías materiales de los derechos fundamentales”. Se pregunta, entonces, ¿de qué manera articular dichas teorías como base para la argumentación de derecho fundamental, con el texto mismo de la Constitución, la voluntad del constituyente y los precedentes constitucionales? Al respecto acogemos la tesis de Alexy⁹, quien sostiene que en cuanto una teoría general normativa de los derechos fundamentales, una teoría material de los derechos fundamentales es sólo posible en la forma de una teoría de los principios.

E. W. Böckenförde, tratadista alemán punto de referencia obligado en este tema, distingue cinco tipos de teorías materiales de derechos

6 ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, 2ª Edición, traducción y estudio introductorio de BERNAL PULIDO, Carlos; ediciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pag. 489 y ss.

7 Una cosa es con base en que se argumenta y otra el procedimiento mediante el cual se argumenta.

8 Una teoría jurídica acerca de los derechos fundamentales, en tanto que es una teoría de un ordenamiento jurídico de un país determinado, es una teoría dogmática. Alexy en este punto distingue tres dimensiones de una dogmática jurídica: i) dimensión analítica, que trata de explorar conceptual y sistemáticamente el derecho válido; ii) una dimensión empírica, que permite describir y pronosticar la praxis judicial, y iii) la dimensión normativa, que va más allá de las dos anteriores y en donde básicamente se responde la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. Esta última dimensión es la que exploramos en este trabajo de investigación.

9 ALEXY, Robert, “Teoría de los ...” Op. cit., pp. 496 y 497.

fundamentales: 1) La teoría liberal (del Estado de derecho burgués); 2) La teoría institucional; 3) La axiológica; 4) la democrática funcional; 5) la teoría de los derechos fundamentales del Estado social. Por su parte, Alexy y Bernal Pulido, agrupan la anterior clasificación en tres: La liberal, la democrática y la del Estado Social.

Como lo hemos indicado, el objetivo puntal de este escrito es mirar la capacidad de rendimiento del principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos prestacionales y bajo los principios del Estado Social enunciado en el preámbulo constitucional, y esto bajo el supuesto o la intuición, que la tendencia de nuestra Corte Constitucional en esta materia es privilegiar dicha formula social. Por esta razón, de las anteriores teorías sólo tomaremos la quinta, es decir la teoría de los derechos fundamentales del Estado Social.

LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES BAJO LA TEORIA DEL ESTADO SOCIAL.

PUNTO DE PARTIDA (fundamentos filosóficos). Se señala que esta teoría tiene dos puntos de partida: por una parte, las consecuencias derivadas de la teoría liberal de los DF y de la peculiar organización de la libertad en el Estado burgués; y por otro lado, “la sustitución, provocada por el desarrollo social general, del espacio vital dominado de autarquía individual por el espacio vital de relaciones y prestaciones sociales efectivas”¹⁰. Ambos factores colaboraron (y siguen colaborando) para que la realización de las garantías de la libertad no se dieran para un gran número de personas, y terminaran convirtiéndose en formulas teóricas vacías. En efecto, como se sabe¹¹, el Estado como Estado Social tuvo su causa en diversos eventos y

10 BÖCKENFÖRDEN, Op. cit., pp. 63 y 64.

11 El “descubrimiento” de la ineptitud del mercado para cumplir las promesas del bienestar social; un nuevo modelo de pensamiento político que comenzó a reclamar la igualdad real como premisa para ejercer la libertad; la pauperización de grandes sectores de la sociedad demostrando que las condiciones dignas no era un dato preexistente en la sociedad y mucho menos un atributo del cosmos que pudiera lograrse por obra y gracia de la mano invisible del mercado, etc. Esta transformación del Estado se comienza a fraguar en la Constitución de México de Querétaro de 1917 y en la de Weimar de 1919, después de la segunda guerra mundial se consolida en la inclusión del principio del Estado Social en las constituciones italiana y francesa y en la Ley Fundamental de Bonn, y en Colombia en la Constitución de 1991. La propuesta, como lo indicaba Heller, consistía “en salvar el Estado de Derecho inyectándole contenidos sociales., haciéndolo competente para intervenir en la economía, dotándolo de tareas tendientes a conseguir la igualdad de la sociedad, la humanización del trabajo y la prosperidad general” (citado Bernal, p.351). Ver: HELLER, H. ¿Estado de derecho o dictadura?; y sobre todo GARCIA PELAYO, M. “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, ed. Alianza, Madrid, 1978, pag. 26 y ss.; BERNAL PULIDO, C. “El principio de ...”, Op. cit., pag 348 y ss.

circunstancias sociales, económicos y culturales en los países europeos desde la revolución industrial que conducen a perfilar la idea de bien común como la garantía del individuo al mayor espacio posible de autonomía privada, a una idea del bien común entendido como principio de solidaridad.

CONCEPTO DE PERSONA.- Filosóficamente hablando y desde el ángulo que nos interesa para nuestro escrito, el concepto de persona de esta teoría es determinante para la interpretación de los derechos fundamentales. Comparemos¹² teorías: i) Teoría Liberal (visión de Rawls): los caracteres esenciales de toda persona son sus capacidades para definir su propia noción del bien (autonomía privada, vinculada a la libertad negativa); ii) Teoría democrática (Habermas): el rasgo de la persona que más debe tenerse presente en el ámbito constitucional es su capacidad de discernimiento de acuerdo a sus implícitas facultades de comunicación; iii) Teoría del Estado Social: la persona, por antonomasia, es un sujeto titular de necesidades básicas que, en todo caso, deben ser cubiertas.

A partir del concepto de persona como titular de necesidades básicas se habla de una fundamentación independiente de los derechos prestacionales y de una fundamentación instrumental de los derechos prestacionales. En la primera (Tugendhat)¹³, los derechos prestacionales son fines en si mismos y no meramente presupuestos; en la segunda, son medios indispensables para el ejercicio de las libertades o derechos políticos. Esta segunda es la que ha prevalecido en la doctrina actual, por ejemplo, para Alexy¹⁴, el argumento más importante a favor de los derechos prestacionales es un argumento de libertad.

Como se intuye, la gran repercusión de la teoría del Estado social en el ámbito de los derechos fundamentales consiste en la consagración de los derechos prestacionales en las Constituciones de los países. Ahora, no pretendemos abordar en este corto ensayo el sin número de aristas¹⁵ que

12 BERNALPULIDO, Op. cit., pp. 351 y 352.

13 TUGENDHAT, Ernst. "Lecciones de ética", ed, Geodisa, Barcelona, 1997. Para este autor, quien defiende la tesis según la cual, desde una perspectiva moral imparcial debe haber derechos sociales fundamentales, lo cual es muy relevante para los sistemas constitucionales modernos, ver el estudio sobre las ventajas y desventajas de esta tesis en ARANGO, Rodolfo, "El concepto de derechos sociales fundamentales", ed. Legis, 1ª edición, Bogota 2005, pp. 275 a 288.

14 "...su punto de partida son dos tesis: la primera es: la libertad jurídica para hacer u omitir algo, sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor... La segunda tesis es: bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un <<ámbito vital dominado por ellos>>, sino que depende esencialmente de actividades estatales". ALEXY, Op. cit., pp 446 y 447.

15 Por ejemplo, los derechos sociales como derechos subjetivos; la estructura de los derechos sociales y sobre todo la justicialidad de dichos derechos; temas todos ellos de obligatorio agotamiento para una, al

tiene el tema de los derechos prestacionales vistos como derechos sociales fundamentales, solo nos ocuparemos sobre el grado de vinculación que estos tienen para el legislador, es decir, ¿de que manera le resulta o no obligatorio al parlamento ocuparse, positiva o negativamente (deber de acción o abstención), de los derechos sociales fundamentales?

Si en las teorías liberales y democráticas la tesis mayoritaria¹⁶ señala que los derechos de libertad o los políticos irradian posiciones inderrotables y absolutas, no sucede lo mismo con los derechos sociales en donde se presenta una álgida disputa sobre el sentido y alcance de dichos derechos frente al legislador.

Las distintas tesis son las siguientes:

- 1) **Las disposiciones iusfundamentales de prestación solo son fuentes de normas programáticas.** Esto implica que, ni siquiera prima facie, las disposiciones de prestación son vinculantes para el legislador como sujeto pasivo de la prestación pues estas sólo cumplen con una función de fuente de inspiración política y su única consecuencia es que sirven de expediente para justificar las restricciones legislativas a la libertad.
- 2) **Como normas de fines del Estado.** Se entiende que los derechos prestacionales tienen la *estructura de programación final*. Las llamadas normas de “programación final”, a diferencia de las *normas condicionales* (que son las típicas del derecho), prescriben al Estado el deber de alcanzar un fin determinado, pero no el camino o los medios para ello. Esto significa que la Constitución establece el fin pero deja abierta la discusión acerca de los medios más idóneos y la oportunidad en el terreno de la política, escenario natural donde se mueve el legislativo. A diferencia de la anterior posición, el legislador sí está vinculado por la obligación de perseguir los fines constitucionales de los derechos prestacionales, así tenga libertad sobre los medios y la oportunidad de llevarlos a la práctica. Igualmente se ha señalado como ventaja de esta concepción, frente a la anterior, que de una forma u otra el legislador tiene el deber de adoptar medidas para hacer efectivos los fines prestacionales constitucionales, con lo cual el principio de la inactividad total legislativa sería incompatible con la constitución.

menos somera, comprensión de los mismos, pero que como lo indicamos, excede los límites de espacio de esta ponencia.

16 Tesis que no comparte Bernal Pulido, para quien estas normas y posiciones solo tienen una validez prima facie.

3) Como mandatos objetivos. Esta tesis, sostenida por Böckenförde, establece que los derechos prestacionales se concretan normativamente en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos tanto al legislativo como a la Administración. Ahora, debido a la indeterminación propia de estos derechos y la necesidad de respetar las competencias legislativas, las normas que emanan de los derechos prestacionales dan lugar a posiciones jurídicas que tienen solo dos elementos: i) el sujeto pasivo (el Legislador y la Administración) y ii) un objeto (la prestación); pero, no tienen un sujeto activo (titular de un derecho subjetivo que sea correlato de la prestación exigible judicialmente). Dado que la pretensión constitucional de los derechos de prestación es tan general, no es posible deducirse por vía de interpretación pretensiones concretas en cabeza de un titular¹⁷. Por esto, igualmente, las pretensiones sociales de prestación añadidas a los derechos fundamentales de libertad se reducen en realidad a mandatos jurídicos objetivos dirigidos al legislador y a la Administración, a <<derechos fundamentales medida>>, tal y como lo ha dicho P. Häberle y lo ha enfrentado el Tribunal Constitucional Federal alemán haciendo de tripas corazón¹⁸. Sin embargo, lo anterior según lo indica Böckenförde- no significa en modo alguno que los derechos sociales queden normativamente en simples proposiciones programáticas políticas y no vinculantes, ya que sí existe una vinculación efectiva que consiste en tres cosas: 1) El fin. Los fines (al igual que la concepción de los fines) se sustraen al legislador, de manera que este no puede escoger sus fines; 2) “Es inadmisibles la inactividad y la desatención evidente y grosera del fin o del programa por parte de los órganos del Estado” y; 3) “Una protección frente a una supresión definitiva o frente a una reducción que traspase los límites hacia la desatención grosera del fin”.

4) Las normas iusfundamentales de prestación como normas que instituyen posiciones jurídicas definitivas. Cuando se dice que las normas iusfundamentales de prestación estatuyen posiciones definitivas, lo que se está planteando es que son irrestringibles, que no ceden ante ninguna otra razón que se pueda invocar en su contra. Esto implica dos

¹⁷ Dice Böckenförde que “De que forma hay que realizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda, mediante la construcción y distribución de viviendas construidas y mantenidas por el Estado, mediante una fijación estatal de precios de las viviendas o en el marco del mercado libre de viviendas a través de la concesión de subsidios de alquiler, ... si la provisión de vivienda debe redundar en beneficio de todos los ciudadanos o sólo de los más necesitados, hay que resolver de entrada todo esto para crear una pretensión jurídica concreta del particular, determinada en su presupuesto, en su contenido y en su alcance”. ¹⁸ BÖCKENFÖRDE, E. “Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución”, en “Escritos sobre derechos fundamentales”, Op. cit. Pág.77.

elementos: el carácter irrestringible y un sujeto activo dotado de derechos y prestaciones. Acá esta la novedad frente a las anteriores teorías.

Para esta teoría de los enunciados de los DP se deriva con certeza un deber legislativo de satisfacer la prestación establecida o el fin constitucional tipificado; esto implica, a su vez, que a dichos enunciados se puede adscribir diversas posiciones jurídicas, que son, por lo menos las siguientes: a) Algunas obligaciones de abstención; b) El derecho en contra de la extrema inactividad de legislativo; c) Los derechos de igual participación en los *derechos prestacionales derivados*; d) El derecho a la satisfacción de un mínimo existencial; y e) El derecho al no retroceso social.

Entonces, los derechos prestacionales le impondrían al parlamento el deber de legislar para obtener los medios tendientes a satisfacerlos, y se tiene además que este deber es correlativo por lo menos a dos (2) derechos subjetivos que se le atribuyen al individuo: a) El derecho de obtener del legislador (al menos) un grado mínimo de actividad legislativa y, b) El derecho a que la legislación establezca las condiciones idóneas a recibir un mínimo existencial. Ahora, correlativamente, está prohibida (1) la inactividad legislativa y (2) la desatención del mínimo existencial. La vulneración de esta dos, tiene como consecuencia la inconstitucionalidad por omisión¹⁹.

5) Los derechos sociales como derechos prima facie. Según esta concepción, propuesta por Alexy y Borowski²⁰, se tiene que los derechos sociales, antes de fijarle posiciones definitivas al legislador, se concretan más bien en posiciones prima facie. Es decir, los enunciados de los derechos sociales dan lugar a normas y posiciones en primera instancia, y como tal pueden ser restringidos o limitados por el legislador, siempre y cuando sea una restricción o limitación proporcionada. En otras palabras, dichas restricciones/limitaciones del legislador solo valdrán en la medida que sean proporcionadas, de manera tal que el principio de

Böckenförde hace referencia la sentencia del TCF 33, 303, en donde se indica que la Constitución turca ha resultado de forma clara y concisa, pues una vez establecidos varios artículos de derechos sociales y mandatos de actuación, se al final de los mismos, en el artículo 53, que: “El Estado sólo llevará a cabo sus tareas para la consecución de los objetivos sociales y económicos expuestos en esta parte, en la medida en que lo permitan el desarrollo económico y los recursos financieros de los que pueda disponer”, p. 80.

19 Ver acá a GOMES CANOTILHO, “Dirieto Constitucional e teoria de la Constituzao. Sobre el derecho esencial de los Derechos Sociales, ver a PRIETO SANCHIS “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial” (en REVISTA DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, Número 22 de 1995).

20 BOROWSKI, Martín. “La restricción de los derechos fundamentales”, en Revista Española de Derecho Constitucional, año 20, Núm. 59, mayo agosto de 2000, pag. 20 y ss.

proporcionalidad actuaría como un criterio definitorio de legitimidad constitucional de la intervención legislativa en materia iusfundamental social²¹.

Del relato anterior se sigue, entonces, que no hay una zona de los derechos iusfundamentales de prestación que no pueda ser intervenida por el legislador y que pueda ser identificada previamente y en abstracto. Y es acá donde actúa el principio de proporcionalidad, pues este serviría como criterio definitorio de la vinculación que emana de los derechos prestacionales al legislador. Veamos, entonces a continuación y con cierto detalle en dicho principio instrumental de interpretación de los derechos fundamentales, en especial los sociales.

2. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA PRETENSION DE CORRECCION DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES.

Las sentencias de constitucionalidad se conciben como unas piezas especiales de argumentación jurídica que exigen, para ser tenidas como correctas por las partes y la comunidad a la cual están dirigidas, estar correctamente justificadas. Y esto es así, entre otras razones, por que cada vez que la Corte Constitucional aplica los Derechos Fundamentales para resolver un caso cuya solución no está explícita o directamente determinada en la Constitución lo que hace es establecer previamente su contenido normativo, proceso este que la doctrina especializada llama la *concreción del derecho fundamental*. Ahora, dicha concreción debe estar correctamente fundamentada, y a esto se le conoce como la *Pretensión de Corrección*. De esta pretensión se deriva el *deber de fundamentación correcta* en virtud del cual emerge, como un argumento teleológico, que toda concreción de los Derechos Fundamentales será reconocida con mayor facilidad como una decisión correcta y como una decisión susceptible de ser fundamentada, si en la sentencia se ofrecen razones correctas o argumentos interpretativos acertados que le sirven de respaldo. Y, ¿Cómo se llega a un razonamiento correcto o un argumento interpretativo acertado? Justamente el Principio de Proporcionalidad es hoy en día el principal criterio para la concreción y la fundamentación de las *normas adscritas*²² de derecho fundamental. Veamos sus principales aristas:

21 En Alemania, indica Bernal Pulido, este tipo de análisis recibe el nombre de “prohibición de protección deficiente” y su estructura es muy similar al principio de proporcionalidad que se aplica para el control de las intervenciones legislativas en los derechos de defensa (principio de “prohibición del exceso”). Op. cit., pág. 392.

22 Carlos Bernal Pulido, siguiendo la doctrina alemana y española, nos habla de tres clases de normas que son decisivas para determinar la función del principio de proporcionalidad: 1) Normas directamente

HISTORIA ANTECEDENTES. El principio de proporcionalidad en Colombia tiene su nacimiento formal con la T-422/92 y como quiera que la misma Corte Constitucional desde su inicio relacionó este principio con la lógica antiformalista, sería normal que se piense que estamos frente a una institución novísima, o al menos postmoderna. Ello en parte es así, sin embargo como lo señala Bernal Pulido²³, el principio de proporcionalidad no es un concepto que se inventó en la segunda mitad del siglo XX. En efecto, sus primeras raíces están en la filosofía práctica de la Grecia clásica que analizaba la relación proporcional entre el medio y el fin y que luego se traslada al ámbito jurídico romano y de ahí en la edad moderna se enlaza con el contractualismo iusnaturalista de la ilustración con dos ideas esenciales de la fundación del Estado: i) En toda asociación política al hombre se le debe reconocer la libertad de comportarse de acuerdo a su propio criterio y elegir sus finalidades particulares; y ii) La intervención del Estado en esta esfera individual solo puede ejercerse en caso necesarios y con la magnitud imprescindible para satisfacer los derechos de los demás. Lo normal es la libertad y lo excepcional es la intervención estatal. Por otra parte, hay quien sitúa los antecedentes del principio de proporcionalidad en la tradición anglosajona con el “*due process of law*” (debido proceso legal) en los Estados Unidos, en donde pasa por distintos modelos históricos²⁴ hasta ser reconocido como garantía constitucional por la Corte Suprema.

estatuidas: estas son las normas que expresan el significado literal de las disposiciones de derecho fundamental y estas se originan como resultado de la traducción a términos prescriptivos o de deber ser, “el nexo entre una disposición y su norma directamente estatuida es, por decirlo, de traducción automática”; 2) Sucede que las normas directamente estatuidas rara vez son aptas para ser utilizadas como premisa mayor para fundamentar el control constitucional de las leyes, pues son muy abstractas y generales. Por ello, el Tribunal Constitucional se ve en la necesidad de concretar una norma más específica que cumpla, al mismo tiempo, dos exigencias: a) Que se pueda fundamentar a partir de la disposición fundamental o su equivalente deóntico (que es la norma directamente estatuida aplicable) y b) que tenga directa relación con el objeto del caso concreto, es decir, con la norma legislativa que se está controlando. Acá es cuando se habla de “normas adscritas”. “En otros términos, cada vez que la decisión acerca de la constitucionalidad de una ley no se derive de una norma directamente estatuida, para resolver el caso, el Tribunal Constitucional deberá concretar una norma adscrita contradictoria o idéntica a la ley”. Desde otra perspectiva, el profesor LOPEZ MEDINA, nos habla de “normas controlantes del caso”. 3) El tercer tipo de normas son las “normas individuales de derecho fundamental” que serían las normas contenidas en la parte resolutive de las sentencias de constitucionalidad que versan sobre derechos fundamentales. BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad...”, Op. cit., pp. 110 a 134.

23 BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad...”, Op. cit. pág. 39 y ss.

24 Juan Cianciardo nos habla de siete modelos históricos: 1. Predominio de las ideas liberales de Locke y Montesquieu con un intenso control del poder federal y la positivización del Bill of Rights, sancionada en 1791 con las diez primeras enmiendas; 2) Tras la Guerra Civil y mediante la Enmienda XIV, caracterizado por la defensa a ultranza de la libertad de contratación y la propiedad; 3° y 4°) Hacia 1830: protección de los derechos individuales frente a la opresión de las mayorías; 5) 1935: caracterizado como el de las “libertades preferidas” (“un conjunto de derechos que no sólo exigen la más alta protección estatal, sino que también resisten la más mínima de las intromisiones de regulación”); 6) El

Posteriormente, continua Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad se desarrolla notablemente en el Derecho de Policía de Prusia y de ahí se expande en el Derecho público europeo hasta convertirse, desde el final de la segunda guerra mundial hasta nuestros días, en un criterio para fundamentar las decisiones de control de las actuaciones del gobernante, especialmente cuando estas son el producto del ejercicio de poderes discrecionales. En ese sentido puede afirmarse que el Tribunal Constitucional alemán²⁵ ha sido precursor en la aplicación de este principio y a pesar de las agudas críticas que ha recibido, su jurisprudencia ha sido orientadora para los Tribunales Constitucionales italiano, el francés, el portugués, el austriaco, el húngaro, el checo, el esloveno, el de Estonia y, desde luego, el español.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SUS SUBPRINCIPIOS.

El principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), o la máxima de razonabilidad como la llama Juan Cianciardo, es un concepto unitario que articula tres juicios o subprincipios o exigencia que tienen que superarse conjunta y articuladamente²⁶ para obtener una decisión judicial correctamente justificada: 1) Juicio de adecuación; 2) Juicio de necesidad y 3) Juicio de proporcionalidad *stricto sensu*.

JUICIO DE ADECUACION. El primer juicio que se le hace a una medida que intervenga un derecho fundamental es, por una parte que esta tenga un fin

reconocimiento de las libertades preferidas a todos los ciudadanos sin distinciones (equal protection) y; 7) Un modelo subsidiario de “justicia estructural” que pretende reconectar los derechos individuales con las instituciones estatales.

25 Bernal Pulido informa que la celebre sentencia de las farmacias (BverfGE 7, 377) inaugura la tendencia de que el principio de proporcionalidad es la piedra angular de la fundamentación de las decisiones de control de constitucionalidad sobre los actos que intervienen los derechos fundamentales. El caso consistió en que el gobierno de Oberbayern consideró que la creación de una nueva farmacia en el lugar que le solicitaba un ciudadano no estaba exigida por el interés público y antes, al contrario, restringía en un porcentaje del 40% los beneficios económicos de las farmacias existentes en el lugar. El ciudadano recurre esta decisión por que consideraba que se le lesionaba su libertad de elección profesional. El Tribunal Constitucional analizó el fin de la medida restrictiva del derecho fundamental y sostuvo que cuanto mayor sea la afectación de la orbita individual mayor debe ser el interés público que la justifique. Igualmente señaló que la esfera individual sólo puede ser restringida con el medio más benigno y además enuncio la teoría de los niveles de intervención del legislativo. Cita de BERNAL PULIDO, Carlos. “El principio de proporcionalidad...”. Op.cit., pp. 50 y 51.

26 Indica el tratadista mexicano Rubén Suárez Gil que se ha discrepado de la opinión de que estos criterios o juicios son subprincipios de la proporcionalidad lato sensu y se afirma que esta en realidad se trata de una yuxtaposición de principios diversos, posición esta que parece ser la que se acoge la jurisprudencia mexicana. SUAREZ GIL, Rubén. “El principio de proporcionalidad”, ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pág. 38.

constitucional, legítimo, sano, bueno (para usar palabras caseras, como lo diría López Medina); y por otra parte, que la medida sea adecuada (idónea) para alcanzar el fin propuesto. Así y para efectos prácticos, en realidad el juicio de adecuación comprenden dos tipos de análisis: uno, calificando la legitimidad del fin de la medida y otro, calificando la capacidad de la medida para producir el fin trazado.

ANÁLISIS DEL FIN DE LA MEDIDA. El análisis del fin de la medida que interviene un derecho fundamental reviste varias complejidades para determinar hasta donde puede llegar la Corte estudiando el fin del legislador, a saber: En primer lugar, se dice que: 1) Debe existir un fin. Ahora, ciertamente se podría alegar que toda actuación lleva un fin y exigirlo sería vacío, sin embargo, lo que se quiere decir es que están desterradas las medidas que se hacen por mero capricho del príncipe, simplemente por que él así lo quiere; 2) Como ya se dijo, el fin debe ser constitucional y; 3) Como ha profundizado el Tribunal Constitucional español, el fin debe ser socialmente relevante.

Sobre la constitucionalidad del fin es necesario tener presente que se excluye como legítimo todo fin que esté prohibido por la Constitución, pero ¿que pasa cuando el legislador cabalga sobre un fin que no está prohibido clara y expresamente en la Constitución? Este fin, *prima facie*, debe tenerse por legítimo, pues aplicaría el conocido principio de “*libertad de configuración legislativa*” o la “*discrecionalidad administrativa*”, que a su vez son principios constitucionales.

Ahora, ¿el fin debe ser exclusivamente social?; ¿podría regularse razonablemente el derecho de un particular y por tanto estaríamos en presencia de un interés particular? En principio, una intervención en los derechos fundamentales se hace sólo por razones sociales, públicas, de interés social, sin embargo se sostiene que aplica también un interés particular que despierta el derecho de un particular, si este se apoya en normas constitucionales, las cuales *per se* constituyen, por su calidad de derechos fundamentales, en un interés público. En segundo lugar también se discute como manejar los casos en que el legislador manifieste o haga implícito un fin determinado (función declarada) y realmente busca otro (función real). Se dice²⁷ que, en el presupuesto que sea relativamente fácil probar la función real, es necesario tener en cuenta tanto lo uno como lo otro, pero con prevalencia de la verdadera intención.

27 CIANCIARDO, Op. .cit. pp. 64 y 65.

LA CAPACIDAD DE LA MEDIDA. Como indicamos, esta es la otra cara del juicio o subprincipio de adecuación. La medida debe tener la capacidad o la potencialidad de alcanzar el fin propuesto. Se descartan las medidas inanes, fatuas, gratuitas, aquellas que se toman y no sirven, no logran el cometido, las que se lleva el aire, como se diría popularmente. Esto exige que quien va intervenir un derecho fundamental lo haga con un pronóstico claro de éxito y no se aventura a ver que sale. Ahora, claro que ello no está ordenando que se tenga el cien por cien del resultado querido, pero sí la medida debe pasar por el matiz de la eficacia (“*capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española) de una manera plausible y con base en criterios serios de análisis de resultados directos y colaterales.

Sobre este aspecto del juicio de adecuación la discusión más importante que se presenta es cuando juzgar la capacidad de la medida: a) Retrotraer su idoneidad al momento de dictar la medida (*adecuación ex ante*) o; b) Situarse al tiempo de la producción de los efectos de la medida (*adecuación ex post*). Juan Cianciardo nos plantea cuatro hipótesis y sus resultados: 1) M (la medida) es adecuada *ex ante* y adecuada *ex post*.; 2) M es adecuada *ex ante* y inadecuada *ex post*; 3) M es inadecuada *ex ante* a inadecuada *ex post*; 4) M es inadecuada *ex ante* y adecuada *ex post*. 1 y 3: No presentan problema. Sobre 2 y 4 se presenta el debate sobre la conveniencia de un juicio *ex ante*, ya que no sería razonable pedirle al legislador que prevea todas las circunstancias y factores que confluyen al éxito o al fracaso de una medida. Es lo que los alemanes llamarían “el derecho del legislador a equivocarse en el pronóstico”. Claro, es fácil juzgar en frío sobre los resultados. Con todo, parece que en el universo de los casos descritos, las soluciones permiten formular una regla única: “... sea como sea *M ex ante*, será adecuada si lo es a *posteriori* ... En suma la medida debe ser adecuada al momento de producirse el examen de constitucionalidad, ni antes ni después, y, por tanto, la única regla es la adecuación a *posteriori*”²⁸.

Ahora, ¿hasta que punto los jueces están en capacidad de emitir un juicio de idoneidad en asuntos que revisten un alto grado técnico? ¿Cómo puede un juez, por preparado que sea, rebatir los argumentos técnico científicos de todo un equipo ministerial de doctores en economía empeñados en el éxito de una medida, por ejemplo, que conjugaría una crisis financiera? La respuesta a esta cuestión está a medio camino entre dos mandatos contrapuestos en donde se debe buscar un equilibrio: por una parte, lo imperativo del control de constitucionalidad parece conducir a que los jueces

28 CIANCIARDO, Op.cit., pp. 74 y 75.

necesariamente se le deben medir a un análisis técnico científico; pero por otra parte, el principio de la declaración de inconstitucionalidad como ultima ratio (se debe declarar la constitucionalidad en los casos dudosos), parece indicar que al ejecutivo y al legislativo se le debe otorgar un amplio margen de alegación y en, en caso de duda, se les debe respaldar la idoneidad defendida²⁹.

JUICIO DE NECESIDAD. El juicio de necesidad consiste en evaluar hasta que punto la medida adoptada es indispensable, necesaria, lo que a lo postre lleva a determinar si dentro del abanico de posibles medidas alternativas esta es la menos gravosa o restrictiva del derecho fundamental que se quiere intervenir. Mientras el anterior juicio, el de adecuación (idoneidad) se refiere a la *eficacia*, este el de necesidad se relaciona con el de *eficiencia* (lograr el resultado con el menor costo posible). De los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad *latu sensu*, este de la necesidad es el más polémico toda vez que coloca al juez en los terrenos propios de los funcionarios de elección popular³⁰ que sí pueden basar sus decisiones en argumentos de conveniencia y oportunidad, con lo cual la Corte sería una especie de “*superlegislatura*”. Así como se ha alzado varias voces para eliminar este juicio, también se han elaborado varios argumentos que lo defienden, por ahora y básicamente por las limitaciones de espacio propias de este ensayo, basta con indicar nuestra posición intermedia al respecto: su eliminación absoluta es tan inconveniente como su uso absoluto e indiscriminado.

JUICIO DE PROPORCIONALIDAD (STRICO SENSU). El tercer juicio o subprincipio del principio de proporcionalidad en *latu sensu*, es la proporcionalidad en *strictu sensu* y fiel a su significado hace referencia al equilibrio que debe guardar los efectos que produce la medida que interviene el derecho fundamental para compensar o equilibrar las ventajas con los sacrificios que se producen con esta medida. Se trata de establecer una *relación razonable* entre estos dos extremos, es un *balance entre costos y beneficios* como se diría en Francia o el *balancing test* del derecho norteamericano.

29 Ibidem, p.75

30 Sea pertinente recordar la conocida tesis de Ronald Dworkin separando los principios de las policies (políticas), en el sentido que los primeros son estándares que buscan proteger un derecho individual; mientras los segundos son estándares que buscan proteger un objetivo colectivo. A los jueces les estaría vedado tomar sus decisiones con base en políticas pues su justificación no depende del provecho que la comunidad obtenga de su existencia, sus razones son de consistencia jurídica y moral. En cambio, los funcionarios de elección sí pueden basar sus decisiones tanto en razones de principio como de políticas.

Aunque algunos opinan que este subprincipio es el que menos disputas presenta en la doctrina y la jurisprudencia, su planteamiento al estar enfocado a la ponderación conlleva una gran cantidad de problemas. La ley de la ponderación, como la define Robert Alexy se puede expresar en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro”³¹. Así, la proporcionalidad en estricto sentido al encontrarse bajo la tola de la ponderación presenta, como indicamos, varias objeciones: La primera objeción rechaza la idea de que la ponderación sea un procedimiento racional, se dice que se trata de una figura retórica que disfraza niveles de subjetividad ilimitada. Una segunda objeción, de mayor fondo, la plantea Habermas³² quien sostiene que la aproximación podenderativa coloca a la regulación jurídica por fuera de la esfera definida por conceptos como *bueno y malo, correcto o incorrecto*, para colocarla dentro la esfera definida por conceptos como *adecuado e inadecuado* y como *discreción*. Por ello, la “ponderación de valores” sí puede orientar un juicio en cuanto su *resultado*, pero no puede *justificar* ese resultado. Frente a esta aguda crítica, de tan denso autor, Robert Alexy propone lo que denomina la “*estructura de la ponderación*” que nos sirve, además, para saber como operaría en la práctica el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido:

La ley de la ponderación se puede fragmentar en tres etapas: 1) En la primera etapa se establecen los grados de insatisfacción o detrimento de un primer principio; en la 2) se establece la importancia de satisfacer el principio opuesto; y en la 3) se establece si la importancia de satisfacer el segundo principio justifica el detrimento o la satisfacción del primer principio.

Ahora, dice Alexy³³, si no es posible formular juicios racionales sobre, i) la intensidad de interferencia; ii) los grados de importancia y iii) la relación entre los dos anteriores; las objeciones de Habermas sí estarían justificadas.

La proporcionalidad así entendida como ponderación, enfrenta entonces, otra objeción de fondo y es la jerarquización de los bienes enfrentados. Y esta valorización enfrenta el problema de la “relación estructural entre las

31 ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en “Jueces y ponderación argumentativa”, ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, 1ª edición 2006, pp.2 y 3.

32 HABERMAS, Jürgen. “Facticidad y validez”, editorial Trotta, Madrid 1998, pág. 256. Op. Cit. ALEXY, R. Op. cit., p.3.

cualidades reales del objeto sobre el que recae, la aprehensión del sujeto que necesariamente la realiza y el ambiente físico y cultural en que ésta se da³⁴. Es, la conjunción de tres elementos: objetivo, subjetivo y circunstancial.

Sobre esta jerarquización las alternativas serían las siguientes: 1) Establecer a priori una jerarquía objetiva de valores; 2) Una simple ponderación para ser aplicada a cada caso en forma subjetiva y prácticamente *al tanteo*; 3) Una apreciación razonable, una solución prudencial, razonable de los conflictos entre los bienes y valores³⁵. Solución esta última a la que parece llevar el “mandato de optimización de los derechos fundamentales” (Optimierungsgebot) y otros principios constitucionales.

3. LA PROHIBICION DE PROTECCION DEFICIENTE COMO UN TIPO DE ANALISIS DE PROPORCIONALIDAD ESPECIAL PARA LOS DERECHOS SOCIALES VISTOS COMO DERECHOS PRIMA FACIE.

Frente a los derechos sociales vistos como derechos prima facie se ha indicado que el individuo tiene prima facie (“a primera vista”) un derecho no a un mínimo sino a todos los medios materiales que sean necesarios para el cabal disfrute de sus i) libertades, ii) derechos políticos, y iii) cubrimiento de necesidades básicas; pero esto no es exigible al Estado de manera definitiva, si existen otros principios constitucionales o limitaciones legítimas que se lo impidan. Y, ¿Cómo se demuestra esto? Con una especial versión del principio de proporcionalidad denominada “*prohibición de protección deficiente*”, la cual siguiendo una estructura similar al principio de proporcionalidad en su versión de prohibición del exceso. La prohibición de protección deficiente reviste las siguientes particularidades³⁶: 1) El objeto del control no son las actuaciones legislativas o administrativas, sino las omisiones legislativas o administrativas, ya sean parciales o totales. 2) En cuanto al subprincipio de idoneidad: una omisión es inconstitucional, cuando no esté justificada para favorecer un fin (legislativo-administrativo) legítimo, lo cual significa que no es viable una no satisfacción caprichosa de los derechos sociales. 3) En cuanto el subprincipio de necesidad: Una omisión

33 ALEXY, R., Op. cit., pág. 5.

34 SUAREZ GIL, Rubén. “El principio de proporcionalidad”, ediciones Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pág. 25.

35 Ibidem, pp. 27 y 28.

36 BERNAL PULIDO, Carlos. “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria”, en Discusiones (publicaciones periódicas U. de Alicante), número 4º, año 2004, pág 143 y ss.

estatal será inconstitucional en caso de existir otra omisión u otra medida que favorezca el fin constitucional en igual o mayor medida, pero un grado de protección mayor del derecho social (M1 protege DS en 70% y favorece FC en 40% - M2 protege favorece FC en 70%, pero protege DS en 75%). 4) En cuanto el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido: la omisión estatal será inconstitucional cuando el beneficio para el fin constitucional sea menor al grado en que no se realiza el derecho social (FC: 30%, ODS: 70%). Y finalmente, 5) La duda o la falta de certeza de las premisas fácticas, favorecen al legislador; con lo cual es cierta forma se estaría respetando el margen de acción del legislativo propio del principio democrático.

BIBLIOGRAFIA.

ALEXY, Robert. “Jueces y ponderación argumentativa”, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, México, 1ª edición 2007, 124 p.

ARANGO, Rodolfo. “¿Hay respuestas correctas en el derecho?”, ediciones Siglo del Hombre Editores, Uniandes, 1ª edición, 1999, Bogotá, Colombia, 177 p.

ARANGO, Rodolfo. “El concepto de derechos sociales fundamentales”, ediciones Legis, 1ª edición 2005, Bogotá Colombia, 380 p.

ATRIA, Fernando. “¿Existen los derechos sociales?”, en DISCUSIONES de DOXA, año IV, num. 4 de 2004.

ATIENZA, Manuel “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1985, Alicante, España.

ATIENZA, Manuel y FERRAJOLI, Luigi. “Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho”, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, México, 1ª edición 2005, 133 p

ATIENZA, Manuel. “Las Razones del Derecho. Teoría de la Argumentación Jurídica”, editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1ª edición 1999, 268 p.

ATIENZA, Manuel. “Para una razonable definición de lo *razonable*” En

- DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1984, Alicante, España.
- BERNAL PULIDO, Carlos. "El Derecho de los Derechos", editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá Colombia, 1ª edición 2005, 2ª reimpresión septiembre de 2005, 417 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos. "El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales", editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1ª edición 2003, 2ª edición actualizada 2005, 873 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos. "Fundamento, concepto y estructura de los Derechos Sociales. Crítica a "¿Existen los derechos Sociales?", de Fernando Atria, en DISCUSIONES de DOXA, año IV, num. 4 de 2004.
- BOBBIO, Norberto. "La Razón en el Derecho". En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1985, Alicante, España.
- BÖCKENFÖRDE, E-W, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden: Nomos, 1993; especialmente los trabajos segundo ("Teoría e interpretación de los derechos fundamentales") y último ("Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras cuarenta años de Ley Fundamental").
- BÖCKENFÖRDE, E-W, "Estudios sobre el Estado de Derecho y de la democracia", Editorial Trotta, Madrid, 2000.
- CARBONELL, Miguel (compilador). "Neoconstitucionalismo", editorial Trotta, Madrid, España, 1ª edición, 2003, 285 p.
- CIANCIARDO, Juan. "COGNOTIVISMO DEBIL, PRETENSION DE CORRECCION, INJUSTICIA Y PRINCIPIOS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL"
- Archivo del portal de recursos para estudiantes. www.robertexto.com
- CIANCIARDO, Juan. "El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad", editorial Abaco, 1ª edición, 2004, Buenos Aires, Argentina. 165 p.
- DWORKIN, Ronald. "Los Derechos en Serio", editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi. "Sobre los derechos fundamentales", en "Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos", edición de CARBONELL,

Miguel; editorial Trotta, Madrid 2007.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “El Derecho de los Jueces”, editorial Legis, Bogotá, Colombia, 1ª edición 2001, 2ª edición actualizada 2006.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. “Teoría impura del Derecho”, editorial Legis, Bogotá, Colombia, 1ª edición 2001.

NETTEL, Ana Laura, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, Isonomia, Número 5, octubre 1996

OLANO GARCIA, Hernán. “Interpretación y dogmática constitucional”, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, 558 p.

OLANO GARCIA, Hernán. “Preguntas y respuestas de derecho constitucional y teoría general del Estado”, ediciones Doctrina y Ley, 2ª edición, 2004, Bogotá, 335 p.

PATTARO, Enrico. “La Razón en el Derecho. Comentario a Norberto Bobbio”. En DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 1985, Alicante, España.

RODRIGUEZ, Cesar. “La decisión Judicial. El debate Hart Dworkin”, ediciones Siglo del Hombre, Uniandes, Bogotá, Colombia, 1997, 191 p.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo”, editorial Trotta, Madrid, España, 1ª edición 2002, 328 p.

SANCHEZ GIL, Rubén. “El principio de proporcionalidad”, editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México DF, México, 1ª edición 2007, 124 p.

SANIN RESTREPO, Ricardo (compilador). “Justicia constitucional. El rol de la Corte Constitucional en el Estado Contemporáneo”, ediciones Legis, Bogotá, Colombia, 1ª edición, 2006, 311 p.

TALAVERA CARRASCAL, Eduardo José. “El art. 94 de la constitución, ¿Peligrosa chimenea iusnaturalista?”, en DIXE, ediciones Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga, Colombia, 2000.

TALAVERA CARRASCAL, Eduardo José. “Elementos para una aproximación a un nuevo constitucionalismo”, en DIXE, ediciones

Universidad Cooperativa de Colombia, Bucaramanga, Colombia, 1998.
TALAVERA CARRASCAL, Eduardo José.” Racionalidad, razonabilidad y el principio de proporcionalidad”, ponencia 2º Congreso Internacional de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional, Universidad de Manizales, octubre 2006.

TUGENDHAT, Ernst. “Lecciones de ética”, ed, Geodisa, Barcelona, 1997

WROBLESWKI, Jerzy, “Legal Decisión and its Justification”, en “Meaning and Truth in Judicial Decisión”, editado por AULIUS Arnio, Helsinki, jurídica, 1979

ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Derecho Dúctil”, editorial Trotta, Madrid, 1995