

## Prólogo

Los trabajos de Ronald Dworkin y de Robert Alexy pusieron sobre la mesa, desde fines de los 70, con una claridad hasta entonces no lograda, que todo sistema jurídico (incluso mínimamente desarrollado), además de contar con normas o reglas, cuenta con principios<sup>1</sup>. Los principios difieren de las reglas por el modo en el que obligan, por su comportamiento ante una colisión y, sobre todo, por su genealogía o por el origen de su obligatoriedad<sup>2</sup>. Aunque los principios tienen operatividad directa, y pueden ser empleados por el legislador y el juez sin necesidad de formalización alguna (sí de positivación<sup>3</sup>), lo cierto es que los tres rasgos mencionados tornan como mínimo conveniente su reglamentación (Constitución argentina, art. 14), su limitación (Ley Fundamental de Bonn, art. 19) o su regulación (Constitución española, art. 53). Dicha actividad se encuentra en manos del legislador (como consecuencia del principio de legalidad constitucional). Surge a partir de allí la pregunta de cómo afrontar el desafío que plantea la posibilidad de una ley que, con el pretexto de reglamentar, limitar o regular un derecho, en realidad lo viole. Las preguntas son dos: a) ¿quién se encargará de enmendar el problema en caso de que se plantee?, b) ¿cómo distinguir entre una reglamentación, limitación o regulación aceptable de un derecho de aquella otra que no lo es?

La primera pregunta fue respondida por la Corte Suprema estadounidense en el conocido caso *Marbury v. Madison*, de 1803<sup>4</sup>. Con él nació la *judicial review* o control de constitucionalidad, y a partir de entonces se expandió por la casi

---

1. Cfr. Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel. y Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

2. Un desarrollo de estos criterios en Cianciardo, J. (2008). Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (108), 891-906.

3. Cfr. al respecto Serna, P. (1997). Sobre las respuestas al positivismo jurídico. *Persona y Derecho*, 37(2), 279-314.

4. 5 U.S. 137. La bibliografía sobre este caso es abrumadora. Un enfoque interesante en Nino, C. S. (1992-1993). A Philosophical Reconstruction of Judicial Review. *Cardozo L. Rev.* 799 <http://dx.doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.

totalidad de los sistemas jurídicos occidentales<sup>5</sup>, hasta transformarse en una herramienta clave del Estado constitucional. La segunda pregunta dio lugar a los llamados ‘límites de los límites’ de los derechos: el contenido esencial y el principio de proporcionalidad, desarrollados por el Tribunal constitucional alemán a partir de la década del 50 y expandidos desde allí a múltiples jurisdicciones<sup>6</sup>. Quien analice la constitucionalidad de una norma que regula o limita derechos deberá preguntarse si viola o no el contenido esencial de esos derechos y si ha respetado o no el principio de proporcionalidad.

Todos estos temas han sido ampliamente abordados por la jurisprudencia y la doctrina constitucionalista. En el caso del principio de proporcionalidad puede llegarse a pensar que hay poco que no se haya dicho ya, y que, por lo tanto, difícilmente puede plantearse como tema de investigación<sup>7</sup>. Así al menos pensaba yo cuando Christian Rodríguez Martínez me pidió que dirigiera la tesina de maestría en cuyo origen se encuentra la monografía que el lector tiene en sus manos. Mis esfuerzos por alentarle a buscar otro tema fueron estériles y su insistencia acabó convenciéndome: como me ocurrió ya en varias oportunidades, personas jóvenes me abrieron panoramas que desconocía, encontraron problemas nuevos allí donde ya no alcanzaba a ver nada, confirmándome de modo práctico que la realidad es inagotable, y que nuestro acceso a ella es siempre aspectual y muy limitado.

El particular interés del hoy magíster Rodríguez Martínez provenía, si no recuerdo mal, de inquietudes que había experimentado con ocasión de su trabajo como asesor legislativo: se trataba de dar con mecanismos para la aplicación preventiva del principio de proporcionalidad que permitiesen una mejora de la tarea parlamentaria.

---

5. *Cfr.*, por ej., Elliott, M. (2001). *The Constitutional Foundations of Judicial Review*. Oxford – Portland: Hart Publishing; Forsyth, C. (2000). *Judicial Review and the Constitution*. Oxford - Portland Oregon: Hart Publishing.

6. Los antecedentes en el caso alemán se remontan al derecho administrativo prusiano del S. XIX. *Cfr.* Arai-Takahashi, Y. Proportionality. En Shelton, D. (2013). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford. La idea de proporcionalidad tiene también un desarrollo paralelo en la *reasonableness* del derecho estadounidense. *Cfr.* Willoughby, W. W. (1929). *The Constitutional Law of the United States*. New York: Baker, Voorhis and Company.

Sobre el concepto de razonabilidad en Europa, *Cfr.* Bongiovanni, G., Sartor, G., y Valentini, C. (2009). *Reasonableness and Law*, Dordrecht Heidelberg London New York, Springer.

7. *Cfr.*, por ejemplo, Bernal Pulido (2014) y Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El trabajo tiene tres capítulos. En el primero se lleva a cabo una exposición general del principio de proporcionalidad, de su historia y sus dimensiones. En el segundo se trata «la función legislativa en Colombia», y se describen de modo general las normas que la regulan y una serie de leyes en las que, en ejercicio de esa función, se reglamentaron derechos constitucionales. El tercer capítulo, más enfocado y probablemente el de mayor originalidad, tiene por objeto trazar las líneas de fuerza de una propuesta de reforma que permitiría un control legislativo de la proporcionalidad de aquellas leyes que afecten derechos fundamentales.

La lectura del libro deja al lector con la seguridad de que su autor conoce del tema, tanto de sus aspectos prácticos como teóricos, sabe cuáles son los problemas centrales que se plantean y propone caminos novedosos e interesantes para resolverlos. El lector se quedará también con algo de sana inquietud: con el deseo de profundizar en las conclusiones a las que se va arribando a lo largo del trabajo. Y es natural, queda tarea pendiente que, ojalá, Christian Rodríguez Martínez acometa en un futuro próximo con los bríos y la constancia con los que ha trabajado hasta ahora.

Juan Cianciardo  
Pamplona, 1 de agosto de 2017

## **Abreviaturas**

CC: Corte Constitucional

DF: Derecho fundamental

PLE: Proyecto de ley estatutaria

PsLE: Proyectos de ley estatutaria

PL: Proyecto de Ley

PsL: Proyectos de Ley

Ppr: Principio de proporcionalidad

TCc: Tribunal Constitucional colombiano

TC: Tribunal Constitucional de España

Congreso: Congreso de la República

## Introducción

El principio de proporcionalidad se ha transformado en un *topoi* del derecho constitucional contemporáneo. Es, por decirlo de algún modo, una estrella destacada dentro del firmamento del Estado neoconvencional de derecho<sup>8</sup>. El análisis de la proporcionalidad, con sus tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es el medio o la herramienta que el constitucionalismo actual ha creado para establecer si una norma que afecta derechos humanos los regula o reglamenta, o los viola. Lo dicho justifica el número alto y creciente de estudios que lo tienen por objeto<sup>9</sup>.

Los excelentes trabajos a los que se acaba de aludir se han dedicado, en su mayoría, al estudio de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales en la que se analiza la constitucionalidad de leyes que son cuestionadas por no ser necesarias, adecuadas y proporcionadas en sentido estricto al fin perseguido. El examen es, en todos los casos, *ex post* de la medida legislativa, y se conectan de un modo u otro con todas las ramas del derecho. Se trata de una circunstancia entendible, ya que los derechos constitucionales tienen un «efecto de irradiación» que se proyecta desde el derecho constitucional hacia todos los subsistemas. De allí que se haya considerado oportuno y relevante el estudio de la aplicación del Ppr en cada uno de ellos (Sarmiento Ramírez, 2010, p.12).

---

8. Sobre el significado de la expresión «Estado neoconvencional» y, en general, sobre la función del principio de proporcionalidad en ese contexto, *cfr.* Cianciardo (2013). *The Culture of Rights, Constitutions and Natural Law. Journal of Comparative Law. An Organ of the Association of Comparative Legal Studies*, 8, 267-287.

9. Bernal Pulido, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cianciardo, J. (2009). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma. Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba. Villaseñor Goyuzeta, C. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales. Teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México D.F.: Porrúa.

A pesar de esto, genera curiosidad la omisión de estudios que planteen la posibilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador. Llenar este vacío es uno de los objetivos de este libro, cuyo interés ha sido reconocido de modo directo por el Prof. Luis Prieto Sanchis, quien se plantea la posibilidad de que a nivel legislativo se generen condiciones que permitan evitar los excesos a los que puede conducir una ponderación judicial carente de límites claros<sup>10</sup>. En Colombia, se ha planteado tal inquietud, solo que se le ha tratado de dar respuesta a partir del control previo que realiza el Presidente de la República a los proyectos de ley a partir de las objeciones presidenciales que puede hacer antes de firmar –sanción–, o por el control previo que realiza la Corte Constitucional a los proyectos de ley estatutaria en virtud del artículo 153 constitucional<sup>11</sup>. Sin embargo, esta posición no contempla la posibilidad de que el legislativo pueda realizar el control, como aquí se pretenderá fundamentar, sino que se lo deja a otras ramas del poder público.

Mi interés por el tema surgió por la experiencia que tuve como miembro de la Unidad de Trabajo Legislativo del honorable representante Eduardo Díaz Granados Abadía, así como por las clases recibidas de los profesores Fernando Toller y Juan Cianciardo respecto al principio de razonabilidad, en el marco de la maestría en Derecho Constitucional que cursé en la Universidad de La Sabana. De igual forma, por inquietud académica, profesional y personal por aportar al mejoramiento de la imagen y labor del legislador colombiano. Partiendo de lo anterior, mediante el presente libro se pretende indagar en las posibilidades y ventajas en la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador colombiano al momento de regular o reglamentar derechos fundamentales.

En este contexto surgen las preguntas que dan cuenta de la estructura del libro: ¿cuáles son los rasgos fundamentales del Ppr en la jurisprudencia de la Corte Constitucional?; ¿el legislador colombiano aplica el principio de proporcionalidad al momento de regular derechos fundamentales?; ¿es posible la generación de criterios que permitan la aplicación adecuada del principio de proporcionalidad por parte del legislador colombiano? Teniendo en cuenta estas preguntas, en el capítulo primero se procurará exponer el

---

10. Cfr. Prieto Sanchís, L. (2005). *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, p. 150.

11. Cfr. Bernal Cano, N. (2003). *El control de constitucionalidad de la ley. Estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 113.

origen y el tratamiento constitucional del Ppr, a partir de distintos autores y de la jurisprudencia que ha generado la Corte Constitucional sobre la materia. Seguidamente, en el capítulo segundo, se hará una breve descripción del Congreso y del procedimiento legislativo colombiano, resaltando algunos conceptos y figuras importantes, así como el análisis de unos proyectos de ley estatutaria –con el objeto de verificar si el legislador aplica o no el principio de proporcionalidad al momento de su deliberación y aprobación–. Por último, en el tercer capítulo, trataremos de plantear una justificación y unos criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador colombiano.

El trasfondo de las ideas que se desarrollarán en este texto es que en las democracias occidentales el Parlamento es el ámbito en el que se toman las grandes decisiones del Estado. A él le compete, entre otras cosas, la regulación, reglamentación o limitación de los derechos constitucionales. Esta última tarea, como es sabido, se encuentra a su vez sujeta a la *judicial review*, al control de constitucionalidad que lleva adelante el Poder Judicial. De este modo se pretende asegurar que esa regulación, reglamentación o limitación de los derechos respete los así llamados «límites de los límites»: el principio de proporcionalidad y la garantía del contenido esencial. Partiendo de este contexto, las ideas de fondo que vertebran este libro son tres: a) el legislador colombiano: o bien a.a) no tiene en cuenta el principio de proporcionalidad al momento de debatir y aprobar las leyes que regulan derechos fundamentales conforme al artículo 152, literal a, de la carta política, o bien a.b) no tiene en cuenta el principio de proporcionalidad de modo explícito; b) es factible aplicar el principio de proporcionalidad en el ámbito legislativo; c) de la aplicación explícita del principio de proporcionalidad en este último ámbito, se siguen numerosas ventajas para el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos fundamentales.

En otras palabras, con el presente texto se pretende reflexionar sobre las ventajas en la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador colombiano al momento de debatir y aprobar las leyes que regulan derechos fundamentales. Tal aspiración surge, en primer lugar, por la escases de estudios orientados a establecer los beneficios que genera la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso de elaboración y aprobación de las leyes reguladoras de derechos fundamentales; en segundo lugar, el libro

podría servir de guía para los congresistas, para los miembros de sus unidades de trabajo legislativo y para los estudiosos del derecho parlamentario colombiano –ya que hemos evidenciado que la mayoría de los manuales existentes se limitan a comentar el reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992), dejando de lado temas relevantes de la teoría y argumentación parlamentaria, así como de técnica legislativa en su gran mayoría–; en tercer lugar, la propuesta desarrollada a lo largo de este texto podría impactar en una mejora de la carga argumentativa del proceso de producción legislativa. Todo lo anterior implica el estudio de los rasgos centrales del principio de proporcionalidad tal como es aplicado por el Poder Judicial colombiano.

Durante el desarrollo de las ideas que componen este libro se busca mostrar una nueva versión del legislador en el Estado constitucional. La propuesta que se plantea es reivindicar el papel democrático y de principal órgano de decisión en la democracia occidental como lo son los congresos o parlamentos. Con estos planteamientos no se está proponiendo un sistema de autocontrol por parte del legislador que pretenda evadir el control constitucional que realiza el Poder Judicial a sus decisiones, sino, por el contrario, buscamos fortalecer la labor legislativa a partir de los elementos o criterios que ha generado el Tribunal Constitucional colombiano en sus distintas sentencias. En todo caso, la Corte debe seguir con un control de constitucionalidad sobre el Congreso en relación a las leyes reguladoras de derechos fundamentales; solo que tal control podrá ser más exigente si el legislador aplica el principio de proporcionalidad. No pretendemos atacar a la Corte Constitucional, sino más bien defender la institucionalidad democrática: seguramente si tenemos un legislador más racional y con mayor carga argumentativa en sus decisiones –leyes–.

Por ello, proponemos la posibilidad de aplicar el principio de proporcionalidad como se conoce en Colombia por el legislador colombiano, a partir de unos criterios que este debe tener en cuenta, ya que el principio de proporcionalidad es hasta el momento el criterio metodológico más racional que posee la interpretación constitucional en relación a la regulación de los derechos fundamentales, el cual nuestra Corte Constitucional no ha sido ajena de aplicar. Esto no significa que el Ppr sea el que brinde certezas plenas y/o absolutas, pero ha permitido al Poder Judicial, en especial a los tribunales constitucionales, racionalidad y técnica de argumentación para confrontar las medidas legislativas con la Constitución.

Finalmente, es oportuno mencionar que lo que se plantea en este libro no pretende ser la solución definitiva a la exigencia del legislador en argumentar sus decisiones, pero sí intentamos aportar al mejoramiento de la labor legislativa a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en la regulación de los derechos fundamentales, que en el caso colombiano se lleva a cabo por medio de las leyes estatutarias. Por sus elementos y características, el legislador puede encontrar una alternativa racional y técnica de argumentación sólida en el principio de proporcionalidad. Es claro que esto no significa que la propuesta sea infranqueable, pero sí aporta a potenciar la carga argumentativa del legislador siguiendo los parámetros ofrecidos por la proporcionalidad, tal como se plantea en el desarrollo de este libro.

\*\*\*

Llegados a este punto, corresponde dar las gracias a las personas sin cuya ayuda este libro no hubiera podido ser realizado.

Al doctor Juan Cianciardo por ser un gran consejero académico: sus lecturas, correcciones y sugerencias enriquecieron este trabajo. Sus sabios consejos académicos, paciencia y motivación me permitieron darle norte a la intuición que tuve desde mi experiencia en el Congreso de la República. Sus aportes sustanciales lograron aclarar imprecisiones conceptuales, lo que permitió dotar a este libro de un mayor rigor y profundidad intelectual. A esto se suma las constantes referencias a sus obras, ya que sus lecturas y citas han logrado enriquecer esta investigación. Al honorable representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, Eduardo Díaz Granados Abadía, por permitirme colaborar en su trabajo legislativo. Gracias a la oportunidad dada, pude en gran medida obtener tema de investigación que ha generado este libro.

A mis padres Jaime y Edith, quienes me han motivado y apoyado en mis deseos de seguir adelante y a quienes les debo en gran medida la persona que soy hoy. A mi hermanita María Cristina, por sus muestras de cariño y ser la alegría de la familia Rodríguez Martínez. A mis hermanos Jesús Harlen y Jaime de Jesús, con quienes he compartido grandes momentos de mi vida y reconocemos el esfuerzo que han hecho nuestros padres por enseñarnos a ser hombres de bien. A Olga, por su amor y apoyo durante todo este proceso, en especial por permitirme ser el padre de Sara Sofía, una hermosa niña que ha llegado

para alegrarnos la vida y convertirse en mi motor para seguir escalando. A mi primo César, por su grata acogida en Buenos Aires (Argentina) durante mi estancia de investigación en el Departamento de Filosofía del Derecho, Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. A la señora Faustina, por su gran colaboración durante el tiempo que laboré en el Congreso, así como por sus consejos para la vida.

Mi gratitud se extiende a mi *alma mater*, la cual, a través de su editorial, ha permitido que mis ideas inicialmente plasmadas en mi tesina de maestría se conviertan en este libro, y a su rector Pablo Vera Salazar por haberme permitido volver a mi universidad luego de varios años de haber egresado como abogado, inicialmente como Director del Consultorio Jurídico y Centro de Conciliación y ahora como Director del Programa de Derecho y docente de Derecho Constitucional.

Finalmente debo agradecer a las distintas y excelentes personas que he podido conocer en el marco de esta experiencia académica, profesional y personal: al profesor Gabriel Mora, a mis compañeros de maestría y hoy amigos Carlos, Jaime Alejandro, Beatriz, Andrea, Susana, Juan Fernando, Milton y Bertha. A Ingrid Suarez, quien fungió como jurado de mi tesina, por sus sugerencias y comentarios que permitieron consolidar algunas ideas plasmadas en este libro.

# Capítulo primero

## Origen y tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad

### 1. Planteamiento

A lo largo del primer capítulo se describirá brevemente el origen y tratamiento que se le ha dado al principio de proporcionalidad (en adelante, Ppr) en sistemas jurídicos como en el de Alemania y Estados Unidos, para luego procurar una aproximación a su concepto y a los tres subprincipios que lo componen (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). También se estudiará sucintamente cuál ha sido el tratamiento y desarrollo que ha tenido el Ppr en Colombia, analizando las sentencias más importantes que la Corte Constitucional ha generado sobre el tema.

La propuesta, en definitiva, es la de establecer un breve marco teórico del principio de proporcionalidad y del desarrollo y tratamiento que ha tenido en general, así como en el sistema jurídico colombiano.

La proporcionalidad es una expresión habitual en el lenguaje coloquial (calificando como «proporcionada» una conducta o una cantidad), que también ha sido utilizada a lo largo del tiempo por las ciencias exactas, como por ejemplo las matemáticas. El diccionario de la Real Academia Española la define como «[c]onformidad o proporción de unas partes con el todo o de cosas relacionadas entre sí» (Real Academia Española, 2014). Su aparición en el derecho constitucional se produjo a mediados del siglo XX a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, bajo el nombre «principio de proporcionalidad», como herramienta para frenar la arbitrariedad del legislador y del administrador al momento de regular derechos fundamentales, y condujo a la declaración de leyes o decisiones administrativas que fueran restrictivas de derechos. Desde entonces, ha sido uno de los métodos de control

más utilizados para evaluar la constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, en los Estados Unidos se encuentra un antecedente de importancia: al calor de la tradición del *common law* había ido evolucionando la idea de razonabilidad, con puntos de contacto importantes con la idea de proporcionalidad.

## **2. Tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad**

### **2.1. El «principio de razonabilidad» en los Estados Unidos**

En las páginas siguientes tomaremos –en lo sustancial, con agregados y acentos propios – la descripción sobre el surgimiento y la evolución del principio de razonabilidad en los Estados Unidos que llevó a cabo hace algunos años Juan Cianciardo<sup>12</sup>.

El principio de proporcionalidad se originó en los Estados Unidos a partir del *due process of law* o debido proceso legal. El antecedente histórico de esta expresión se remonta a la Carta Magna expedida por el rey Juan Sin Tierra, que en su capítulo 39 señalaba:

Ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectado; ni iremos sobre él, ni enviaremos a nadie sobre él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de la tierra (Citado por Cianciardo, 2000, p.290).

Este «debido proceso legal» se incorporó a la Constitución estadounidense en la enmienda V de 1791. Se estableció allí que «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni ser privado de su vida, de su libertad y de sus bienes sin el debido proceso legal» (Cianciardo, 2000, p.291).

Luego, a través de la enmienda XIV de 1868, se buscó que la anterior disposición se extendiera a los estados federados: «Ningún Estado podrá hacer [...] ni privar a una persona de su vida, de su libertad o de su propiedad sin debido

---

12. El profesor Juan Cianciardo ha desarrollado el tratamiento que ha tenido el principio de proporcionalidad en los Estados Unidos (llamado allí «principio de razonabilidad») en los textos *El conflictivismo en los derechos fundamentales* (2000) y *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad* (2009).

proceso legal, ni degenerar a cualquier persona la igual protección de la ley» (citada por Cianciardo, 2000, p. 292).

El debido proceso legal surgió como una garantía constitucional a la no restricción del derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad sin un debido proceso, pero con una fuerte aplicación en el derecho procesal penal o en los asuntos criminales. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia fue extendiendo su uso hasta fundamentar en ella el principio de razonabilidad, como criterio general para el control de la constitucionalidad de las leyes que afectan derechos constitucionales.

## **2.2. El principio de proporcionalidad en Alemania**

Como se dijo precedentemente, la fisonomía actual del principio de proporcionalidad tuvo su origen en el derecho alemán; concretamente en el derecho administrativo, donde se creó como un límite a la actuación de la administración frente a los administrados. Luego, una vez instaurada la jurisdicción constitucional, el Tribunal Constitucional lo amplió como límites a todos los poderes públicos. Como expone Mariano Sapag (2008):

El Tribunal Federal alemán rápidamente consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales, y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales. Tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional alemana entienden a este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos, y es considerado una institución primordial del derecho constitucional alemán (p.171).

El principio de proporcionalidad surge como una técnica para evaluar la constitucionalidad de las decisiones de los poderes del Estado, especialmente las del legislador, para que no abuse de su poder.

Es importante aclarar que en Alemania el Ppr no posee un sustento constitucional o normativo alguno, es decir, no se encuentra reconocido de forma expresa en el texto constitucional alemán. A pesar de esto, el Tribunal

Constitucional Federal lo ha aplicado en un sin número de fallos<sup>13</sup>, dándole una sólida fuerza vinculante para este organismo y demás autoridades judiciales, lo que ha permitido convertir al Ppr en un criterio metodológico para revisar o evaluar la constitucionalidad de las leyes y demás decisiones normativas, en especial aquellas en donde se encuentran involucrados derechos fundamentales.

### 3. Hacia una definición del principio de proporcionalidad

Como expone el profesor Markus González (2003), «el principio de proporcionalidad constituye un instrumento de interpretación típicamente constitucional, que junto a otras técnicas ha venido a compensar parcialmente las insuficiencias que los métodos de interpretación clásicos plantean en el ámbito constitucional» (p.15). En ese mismo sentido, la profesora Claudia Villaseñor (2011) considera que el Ppr

constituye un instrumento íntimamente ligado a la estructura de no pocas normas constitucionales y, por lo tanto, al actual concepto de Constitución, integrada en gran parte por bienes jurídicos que no son absolutos, y que señalan límites a la actuación de los poderes públicos (p.105).

Esta autora considera al principio como un método de interpretación constitucional, es decir, una técnica interpretativa que posee el juez constitucional para evaluar la actuación de los poderes públicos, en relación a su extralimitación o no. En esa misma línea, Robert Alexy (2007) advierte que:

A pesar de que el principio de proporcionalidad suela ser llamado de esta manera, no se trata de un principio en el sentido aquí expuesto. La idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no se ponderan frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si se satisfacen las exigencias de estos subprincipios o no, y si su falta de satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad (p.94).

Para reforzar esta idea, Bernal Pulido (2007) considera que el principio de proporcionalidad no se entiende como una norma jurídica que tenga como objetivo imponer un mandato de optimización, como son definidos los

---

13. Cfr. Bernal Pulido (2008), p. 536.

principios por Robert Alexy (2007), sino que debe ser entendido como un conjunto de reglas, las cuales deben ser aplicadas cuando el caso lo amerite, es decir, cuando deban evaluarse leyes que regulen derechos fundamentales (Bernal Pulido, 2007, p.97).

Hay autores que consideran al principio de proporcionalidad una estructura argumentativa que permite solucionar las colisiones entre principios constitucionales, identificados según esta interpretación con los derechos fundamentales. En ese sentido, Lopera Mesa (2010), menciona que:

En definitiva, el principio de proporcionalidad representa una estructura argumentativa que permite al Tribunal (y en general a todo intérprete constitucional), fundamentar la interpretación de los que los derechos fundamentales ordenan, prohíben o permiten al legislador en los casos difíciles, esto es, aquellos en los que se plantea una colisión entre principios constitucionales que suministran razones a favor y en contra de una determinada intervención legislativa en derechos fundamentales (p.208)<sup>14</sup>.

Frente a este punto, es importante aclarar que el principio de proporcionalidad en este trabajo será tratado como un medio de control frente al legislador al momento de regular derechos fundamentales, y no como un método de solución de conflictos entre principios constitucionales o derechos fundamentales, ya que la discusión de si existen o no este tipo de conflictos nos desvía del objeto central de este libro<sup>15</sup>.

Por último, debemos mencionar al profesor Bernal Pulido, quien en su libro *El Derecho de los derechos* (2008) señala que el principio de proporcionalidad

es un concepto jurídico que aparece con frecuencia en las decisiones de los tribunales constitucionales europeos y también en las de nuestra Corte Constitucional. La utilización de este principio contribuye de manera determinante a dar fundamento a las sentencias de constitucionalidad relativas a los actos de los poderes públicos que afectan los derechos fundamentales (p.66).

---

14. De igual forma, la autora señala que un desarrollo más amplio de esta idea puede verse en Bernal Pulido, C. (2006). *El principio de proporcionalidad*, cit. pp. 97 y ss.; Lopera, P. (2006). *Principio de proporcionalidad y ley*. Madrid: CEPC.

15. Cfr. al respecto Cianciardo (2000).