EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL LEGISLADOR
Ideas para una mejora en *ex ante* de las leyes en Colombia

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Rodríguez Martínez, Christian
El principio de proporcionalidad por el legislador : ideas para una mejora en *ex ante* de las leyes en Colombia / Christian Rodríguez Martínez. -- 1a. ed. – Santa Marta : Universidad del Magdalena, 2017.
108 p. – (Derecho y Ciencias Políticas)

Incluye bibliografía.
ISBN 978-958-746-091-9 -- 978-958-746-092-6 (digital)

1. Principio de proporcionalidad (Derecho) 2. principios del derecho 3. Derechos fundamentales I. Título II. Serie

CDD: 340.112 ed. 23 CO-BoBN– a1011788

Primera edición, octubre de 2017

© UNIVERSIDAD DEL MAGDALENA

Editorial Unimagdalena
Carrera 32 No. 22 - 08
(57 - 5) 4217940 Ext. 1888
Bloque 8 - Segundo Piso
Santa Marta D.T.C.H. - Colombia
editorial@unimagdalena.edu.co

Colección: Derecho y Ciencias Políticas

Rector: Pablo Vera Salazar
Vicerrector de Investigación: Ernesto Amaru Galvis Lista
Coordinador de Publicaciones y Fomento Editorial: Jorge Enrique Elías-Caro

Diseño de portada y diagramación: Luis Felipe Marquez Lora
Corrección de estilo: Gran Caribe, Pensamiento, Cultura, Literatura
Santa Marta, Colombia, 2017

ISBN: 978-958-746-091-9 (impreso)
ISBN: 978-958-746-092-6 (digital)

Impreso y hecho en Colombia - Printed and made in Colombia
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.S. - Xpress Kimpres (Bogotá)

El contenido de esta obra está protegido por las leyes y tratados internacionales en materia de Derecho de Autor. Queda prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio impreso o digital conocido o por conocer. Queda prohibida la comunicación pública por cualquier medio, inclusive a través de redes digitales, sin contar con la previa y expresa autorización de la Universidad del Magdalena.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor y no compromete al pensamiento institucional de la Universidad del Magdalena, ni genera responsabilidad frente a terceros.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD POR EL LEGISLADOR

Ideas para una mejora en *ex ante* de las leyes en Colombia

Christian Rodríguez Martínez

Colección: Derecho y Ciencias Políticas

Editorial
•UNIMAGDALENA•

Contenido

Prólogo..... **9**

Abreviaturas..... **12**

Introducción..... **13**

▪Capítulo primero
Origen y tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad

1. Planteamiento..... 19
2. Tratamiento constitucional del principio de proporcionalidad..... 20
2.1. El «principio de razonabilidad» en los Estados Unidos..... 20
2.2. El principio de proporcionalidad en Alemania..... 21
3. Hacia una definición del principio de proporcionalidad..... 22
4. El principio de proporcionalidad y sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto..... 25
4.1. Adecuación o idoneidad..... 25
4.2. Necesidad..... 27
4.3. Proporcionalidad en sentido estricto..... 29
5. El tratamiento del principio de proporcionalidad en Colombia. Una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional..... 30
5.1. Sentencia T- 530 de 1992..... 32
5.1.1. Los hechos..... 32
5.1.2. Consideraciones relevantes de la Corte..... 32
5.1.3. Valoración..... 33
5.2. Sentencia T-015 de 1994..... 33
5.2.1. Los hechos..... 34
5.2.2. Consideraciones relevantes de la Corte..... 34
5.2.3. Valoración..... 35
5.3. Sentencia C-022 de 1996..... 35

5.3.1. Los hechos..... 35
5.3.2. Consideraciones relevantes de la Corte..... 36
5.3.3. Valoración..... 37
5.4. Sentencia C-309 de 1997..... 38
5.4.1. Los hechos..... 38
5.4.2. Consideraciones relevantes de la Corte..... 39
5.4.3. Valoración..... 40
5.5. Sentencia C-581 de 2001..... 40
5.5.1. Los hechos..... 40
5.5.2. Consideraciones relevantes de la Corte..... 41
5.5.3. Valoración..... 41
5.6. Sentencia C-835 de 2013..... 42
5.6.1. Los hechos..... 42
5.6.2. Consideraciones relevantes de la Corte..... 42
5.6.3. Valoración..... 44
6. Recapitulación..... 45

▪Capítulo segundo
El legislador colombiano y la regulación de derechos fundamentales. Análisis de casos

1. Planteamiento..... 47
2. Breve descripción del Congreso colombiano..... 47
2.1. El Congreso colombiano..... 47
2.2. Composición, período de sesiones, reunión y funcionamiento..... 49
2.3. Comisiones legislativas..... 50
2.3.1. Comisiones constitucionales permanentes..... 50
2.4. Procedimiento legislativo colombiano..... 51
2.4.1. Iniciativa legislativa..... 51
2.4.2. Presentación y trámite de los proyectos de ley o de reforma de ley o de reforma constitucional: teoría y práctica legislativa..... 52
2.4.3. Debates y tiempos legislativos..... 53
2.4.4. Mayorías requeridas para la aprobación de un proyecto de ley..... 56
2.4.5. Informe de ponencia..... 58
2.4.6. Proposiciones..... 59
2.4.7. Principio de unidad de materia..... 59
3. Análisis de casos (leyes que regulan derechos fundamentales)..... 60

3.1. Proyecto de Ley de *habeas corpus.* Proyecto de Ley Estatutaria número 284 de 2005 Senado, y número 229 de 2004 Cámara..... 61
3.1.1. Antecedentes, ponencias y debate legislativo..... 61
3.1.2. Posición de la Corte Constitucional..... 62
3.2. Proyecto de Ley de *habeas data* – Proyecto de Ley Estatutaria número 027 de 2006 Senado y número 221 de 2007 Cámara..... 63
3.2.1. Antecedentes, ponencias y debate legislativo..... 63
3.2.2. Posición de la Corte Constitucional..... 65
3.3. Proyecto de Ley de Derecho de Petición – Proyecto de Ley Estatutaria número 227 de 2012 Cámara y número 65 de Senado acumulado con el Proyecto de Ley número 31 de 2012 Senado..... 67
3.3.1. Antecedentes, ponencias y debate legislativo..... 67
3.3.2. Posición de la Corte Constitucional..... 68
3.4. Proyecto de Ley del Derecho a la Salud – Proyecto de Ley estatutaria número 267 de 2013 Cámara y número 209 Senado..... 69
3.4.1. Antecedentes, ponencias y debate legislativo..... 69
3.4.2. Posición de la Corte Constitucional..... 70
4. Recapitulación..... 74

▪Capítulo tercero
Proporcionalidad y legislación: una propuesta para el caso colombiano

1. Planteamiento..... 75
2. El legislador en el Estado constitucional..... 76
3. La argumentación parlamentaria..... 78
4. Proporcionalidad y argumentación legislativa..... 80
5. Criterios para la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador: una propuesta para el caso colombiano..... 85
5.1. Los derechos fundamentales en juego..... 86
5.2. La idoneidad de la medida legislativa..... 87
5.3. Análisis de la indispensabilidad, moderación o necesidad..... 88
5.4. La ponderación..... 89
5.5. El contenido esencial..... 90
5.6. Interrelación de criterios..... 91
6. ¿Deber ser la proporcionalidad legislativa igual a la proporcionalidad judicial?..... 92

7. Recapitulación..... 94

Conclusiones..... 95
Bibliografía..... 98
Jurisprudencia..... 102
Gacetas del Congreso..... 104
Normatividad..... 106
Proyectos de Ley..... 107

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[1]. 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[2]. Aunque los principios tienen operatividad directa, y pueden ser empleados por el legislador y el juez sin necesidad de formalización alguna (sí de positivación[3]), 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[4]. 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[5], 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[6]. 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[7]. 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 alentarlo 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[8]. 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[9].

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 neconvencional» 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[10]. 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[11]. 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