

De la racionalidad hacia la argumentación legislativa. La importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador colombiano en el proceso de creación de la ley

From rationality to legislative argumentation. The importance of the application of the principle of proportionality by the Colombian legislator in the process of creating the law



Christian Rodríguez Martínez¹ 
Universidad del Magdalena - Colombia

Para citaciones: Rodríguez Martínez, C. (2023). De la racionalidad hacia la argumentación legislativa. La importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador colombiano en el proceso de creación de la ley. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 15(29), 111-125.
<https://doi.org/10.32997/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4230>

Recibido: 12 de noviembre de 2022

Aprobado: 10 de enero de 2023

Editor: Fernando Luna Salas. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2023. Rodríguez Martínez, C. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

El propósito del presente artículo consiste en examinar las ventajas que se pueden generar en el proceso de creación de las leyes en Colombia, a través del uso del principio de proporcionalidad. En ese sentido, se propondrán unos criterios de aplicación de este principio y sus tres subprincipios (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) por parte del Congreso de la República como una herramienta útil y racional durante el trámite de aprobación de sus decisiones.

Palabras clave: Proporcionalidad; racionalidad; argumentación; legislador.

ABSTRACT

The purpose of this article is to examine the advantages that can be generated in the process of creating laws in Colombia, through the use of the principle of proportionality. In this sense, some criteria for the application of this principle and its three sub-principles (adequacy, necessity and proportionality in the strict sense) will be proposed by the Congress of the Republic as a useful and rational tool during the process of approving its decisions.

Keywords: Proportionality; rationality; argumentation; legislator.

¹ Docente de planta tiempo completo, miembro del Grupo de Investigación Saberes Jurídicos -GRISJUM- y líder del Semillero Asuntos Constitucionales y Legislativos "Jacobo Pérez Escobar" de la Universidad del Magdalena. Abogado de la Universidad del Magdalena, Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana y Doctorando en Derecho de la Universidad de Cádiz (España). Director Académico del Centro de Estudios Derecho Prudente. Investigador Junior MinCiencias.

INTRODUCCIÓN

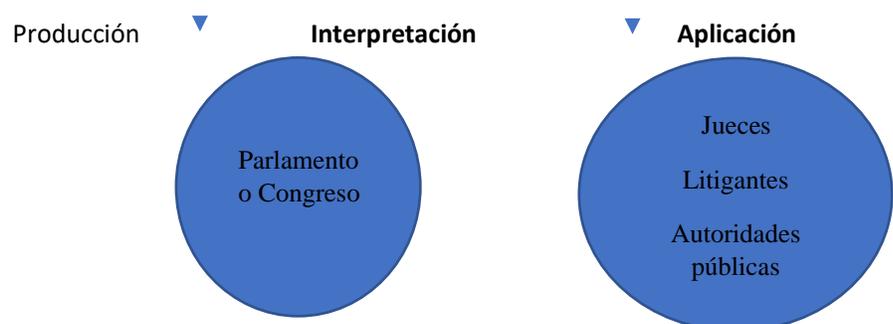
Los teóricos de la argumentación jurídica siempre la han desarrollado o estudiado a partir del análisis de sentencias judiciales, es decir, desde la óptica de un solo operador jurídico: el juez. Lo que significa que han dejado durante mucho tiempo por fuera de su estudio a otros actores de la creación y aplicación del Derecho como son el legislador y la administración pública. Por tal motivo, este artículo se dedicará exclusivamente a plantear unas breves reflexiones que permitan la incorporación de elementos de la racionalidad a la argumentación legislativa al proceso de creación de las leyes en el Estado constitucional, a partir del uso del principio de proporcionalidad.

En ese sentido, se sugieren tres parámetros para llevar a cabo el análisis propuesto: (i) la producción de la ley en el Estado Constitucional; (ii) racionalidad legislativa (iii) de la racionalidad hacia la argumentación legislativa. una propuesta a partir del uso del principio de proporcionalidad por el legislador; y (iv) la intensidad del juicio de proporcionalidad por el legislador, cada uno de los cuales será estudiado separadamente en los acápite que siguen, haciendo insistente uso del procedimiento legislativo colombiano.

1. La producción de la ley en el Estado constitucional

Por décadas el estudio del Derecho ha estado centrado en gran parte a su interpretación y aplicación (dogmática jurídica). La producción o creación de la ley ha sido un asunto que ha generado poco interés, ya que se considera que es un asunto al cual se dedican los políticos (Congresos o Parlamentos) y no los operadores jurídicos (jueces, litigantes, autoridades administrativas y servidores públicos en general con capacidad de decisión, etc). Ya que la función de estos últimos se sujeta a la ley, por tanto, no es de su preocupación cómo se elabora, debate, aprueba y produce la ley, toda vez que ellos solo deben aplicarla e interpretarla en el caso en concreto (demanda, sentencia o acto administrativo).

Etapas del Derecho²



² Entendiendo por Derecho conjunto de normas jurídicas, para efectos de este artículo Derecho = Ley.

A esta situación no se escapan los distintos y excelentes trabajos que se han desarrollado durante mucho tiempo sobre la argumentación jurídica³, puesto que en su mayoría se han dedicado al estudio de la jurisprudencia de los tribunales o jueces, en la que se analiza la constitucionalidad de leyes, decisiones administrativas o abuso del Derecho por parte de los particulares. El examen es, en todos los casos, *ex post* de la medida legislativa, acto administrativo o conflicto que se presente entre las personas sujetas al Derecho Privado, entre otras ramas del derecho. De allí que se considera oportuno y relevante las reflexiones que plantearemos en este artículo.

En la teoría política y constitucional actual se reconoce que en las democracias occidentales el Parlamento o Congreso es el ámbito en el que se toman las grandes decisiones del Estado. A ellos les compete, entre otras cosas, la regulación, reglamentación o limitación de los derechos constitucionales, tipificación de delitos, fijar tributos, establecimiento de reglas procesales en las distintas áreas del Derecho (civil, laboral, penal, familia, administrativo, etc.), entre otros temas que permiten el ejercicio de la abogacía, la operatividad del aparato estatal en el marco de la función jurisdiccional o función administrativa. No obstante, la preocupación de los doctrinantes y operadores jurídicos sigue siendo la aplicación e interpretación de ley y no como se produce, a pesar que de una buena ley se podría realizar una adecuada aplicación e interpretación, o en el caso contrario; de una ley defectuosa o confusa la aplicación e interpretación va a ser mucho más compleja.

A pesar de esto, genera curiosidad la omisión de estudios que planteen herramientas o criterios que permitan mejorar el proceso de producción de la ley. Por tanto, es necesario impulsar trabajos que contribuyan a una nueva versión del legislador en el Estado constitucional. La idea que se plantea es reivindicar el papel democrático y de principal órgano de decisión en una democracia. Lo anterior, conlleva a preguntarnos ¿cuál debe ser el rol del legislador en el Estado constitucional? Esta pregunta debe responderse a partir de las siguientes consideraciones:

- a. En el Estado constitucional el legislador está sometido a la Constitución. Esto significa que sus actuaciones siempre deberán regirse por los postulados constitucionales que su ley fundamental contemple, tanto en el procedimiento para aprobación de las leyes como en su contenido, lo que podría reducir el número de leyes que puedan ser declaradas inconstitucionales bajo la figura del *judicial review*⁴.

³ En este tema podemos destacar las obras de Perelman, Alexy, Atienza y García Amado. Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (2006), *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (J. Sevilla Trad.), Gredos; Alexy, R. (2007), *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza & I. Espejo Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Atienza, M. (2019), *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.

y García, J.A. (2020), *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Eolas ediciones.

⁴ Esta figura se relaciona con el control de constitucionalidad que lleva adelante el Poder Judicial a las leyes expedidas por el Congreso o Parlamento.

- b. El legislador en el marco del Estado constitucional debe ser el legislador de los argumentos. Estos argumentos podrían estructurarse a través de los criterios, conceptos y elementos desarrollados por la racionalidad legislativa. Esto, como una respuesta a los que cuestionan la legitimidad de sus decisiones por la carencia de justificación.

Lo anterior apunta que bajo el imperio del Estado constitucional a los Congresos o Parlamentos se les debe exigir verdaderas razones o argumentos al momento de radicar, deliberar, aprobar y expedir sus leyes. Eso significa que “[l]as razones del Legislador han de ser, pues, coherentes con los fines a los que la norma legal ha de orientarse, es decir, susceptibles de explicar satisfactoriamente la adecuación a esos fines de los medios y las técnicas puestas en juego, su potencial aptitud, por lo tanto, para servir a los fines perseguidos, así como su capacidad para alcanzarlos sin imponer sacrificios innecesarios por excesivo. (Fernández, 1998, p. 160)

Es así que la incorporación de argumentos racionales al proceso de producción de la ley en el Estado constitucional contribuye a dotar de mayor legitimidad y fortalece la presunción de constitucionalidad de que gozan sus decisiones al dar mayores razones constitucionales y elevar sus niveles de carga argumentativa y responder a sus críticos que consideran que los argumentos no tienen cabida en un órgano completamente político:

“Si el parlamento constituye la idea central del Estado Constitucional Democrático, ¿puede afirmarse entonces que los argumentos racionales no tienen cabida en él? ¿Es la institución central de la democracia parlamentaria una farsa? ¿Carece de objeto en la realidad la idea de una democracia parlamentaria? (Becker et al.1 2006, p. 97).

De igual forma, otro aspecto que merece atención en esta etapa del Derecho, se relaciona con el interés que debe despertar por parte del legislador los distintos proyectos de ley que se radican ante estos, sin importar la temática, autor, partido o movimiento que los presenten, en la medida que si son elaborados y puestos a consideración del Congreso merecen la deliberación democrática necesaria, para así considerar si es pertinente o no que un proyecto de ley se convierta en ley. Es el caso del sin número de iniciativas legislativas que luego que son presentadas o radicadas ante la Secretaría de Senado o Cámara de Representantes (caso colombiano), tienen que ser archivadas ya que no se les tuvo en cuenta para generar por lo menos un debate al interior de la corporación legislativa. Por ejemplo, en Colombia, en virtud del artículo 162 constitucional los proyectos de ley pueden ser archivados aunque en el fondo considero que no es un archivo sino que opera la figura del desistimiento tácito legislativo⁵, tal como sucede en el escenario judicial

⁵ Entiéndase por desistimiento tácito legislativo cuando un proyecto de ley permanece inactivo ya sea en la secretaría de la comisión constitucional permanente o en la secretaría de plenaria de Senado o Cámara de

conforme al artículo 317 del Código General del Proceso. Este tipo de actuaciones no puede caracterizar al legislador en Estado constitucional⁶.

2. Racionalidad legislativa

Manuel Atienza (1997) ha sido de los pocos autores que se ha preocupado por elaborar una teoría de la legislación que incorpore elementos de la racionalidad al proceso de producción de la ley no solo desde el aspecto formal (cumplimiento del procedimiento legislativo) sino desde su contenido o calidad. El profesor de Alicante reconoce que el estudio de la legislación debe hacerse desde una pluralidad de perspectivas. De igual forma, considera que la ciencia de la legislación tiene como principal objeto de estudio: la ley (Atienza, 2019), procurando contribuir a una mejoría en su calidad técnica.

Este autor considera que una buena ley, es decir, que refleje calidad en la técnica de producción y aprobación debe contener cinco tipos de racionalidades a nivel interno:

“[L]a racionalización de la actividad legislativa puede entenderse (y, de hecho, se entiende) de diversas maneras. En mi opinión, cabe distinguir cinco modelos, ideas o niveles de racionalidad: una *racionalidad comunicativa o lingüística* (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (destinatario); una *racionalidad jurídico-formal* (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico; una *racionalidad pragmática* (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo prescrito en la ley; una *racionalización teleológica* (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una *racionalidad ética* (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética”. (Atienza, 2016, p. 11-22).

En ese sentido podemos mencionar que según este filósofo del Derecho las leyes que produzcan los Parlamentos o Congresos debe contener “textos que permitan su comprensión para no cometer errores en su aplicación o

Representantes porque no se realiza o solicita la realización de debate alguno y se debe archivar en cumplimiento de las reglas establecidas en el artículo 162 constitucional y en el artículo 190 de la Ley 5 de 1992.

⁶ Durante los años 2013 y 2016 el entonces Honorable Representante a la Cámara Eduardo Díaz Granados presentó a consideración del Congreso de la República un proyecto de ley con el objetivo de reglamentar la destinación de la maquinaria pesada incautada en actividades de exploración o explotación de minerales sin las autorizaciones y exigencias previstas en la ley. Entre los objetivos de esta iniciativa se encontraba la creación del Fondo nacional de maquinaria pesada y asignar la maquinaria pesada (excavadora, retroexcavadora, catapilas, entre otras) incautadas a las personas dedicadas a la minería ilegal para que luego de un proceso de legalización que el proyecto de ley previa fueran asignadas a los municipios de categorías 4, 5 y 6 para su uso, ya que el Decreto 2235 de 2012 autoriza a la Policía Nacional para destruir la maquinaria pesada y sus partes cuando es utilizada para explotación y exploración de minería de forma ilegal. Si bien la finalidad de esta iniciativa era razonable, ya que en vez de destruir la maquinaria pesada buscaba darle un uso por parte del Estado, entre ellos los municipios de las categorías más baja, este fue archivado ya que no hubo interés en convertirlo en ley por parte del Congreso al no darle los debates necesarios en máximo dos legislaturas y operar así el archivo del mismo.

interpretación –racionalidad comunicativa–, evitar al máximo las lagunas o contradicciones en la ley –racionalidad jurídico-formal–, generar obediencia y eficacia de la ley –racionalidad pragmática–, cumplir con el fin que se persigue mediante su dictado –racionalidad teleológica–, y materialmente justificadas –racionalidad ética–” (Rodríguez, 2017, p. 80).

Otra autoridad académica en este tema es la profesora Gema Marcilla quien en su obra trata de ampliar el alcance de la racionalidad legislativa, ya que defiende la tesis de que la ley no sólo puede ser evaluada desde un punto de vista formal o instrumental, sino también desde una óptica material o sustantiva, es decir, la racionalidad legislativa debe preocuparse tanto de la legitimidad del órgano que produce la ley como también debe estudiar y proponer alternativas que contribuyan al mejoramiento de la justicia de las normas (Marcilla, 2005).

3. De la racionalidad hacia la argumentación legislativa. Una propuesta a partir del uso del principio de proporcionalidad por el legislador

La expresión “argumentación legislativa” parte ya de una cierta concepción de la racionalidad legislativa, en el sentido de que entiende que tal racionalidad no es solo formal o instrumental, sino también material. Desde esta perspectiva amplia de la racionalidad legislativa, el método para analizar la calidad de la ley consiste en *justificar o dar razones* acerca de cómo y con qué objetivo se lleva a la práctica una determinada medida legislativa. La argumentación legislativa tendría en cuenta todos los niveles de racionalidad en su conjunto a través de métodos o técnicas que permitan dotar de calidad material la ley, a través del uso de herramientas como el principio de proporcionalidad.

En ese orden, es posible señalar que al incorporar el principio de proporcionalidad en el procedimiento legislativo es una forma de generar argumentación legislativa y por tanto un método en ese universo y quizás el que mejor permita evaluar conjuntamente los distintos niveles de racionalidad legislativa, toda vez que, con su uso se trata de justificar desde el contenido material y no procedimental la ley por el propio de legislador.

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. 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 (Rodríguez, 2017, p. 15). Lo anterior conlleva que, una ley será proporcional en la medida que logre la satisfacción de un interés constitucional, lo que sin duda significa que esta debe responder a un fin constitucionalmente legítimo –idoneidad–, debe ser la que menos lesividad cause –necesidad– y por tanto sean más los

beneficios que los costos que esta genere con la medida legislativa adoptada –proporcionalidad en sentido estricto–.

Los tribunales constitucionales, en especial la Corte Constitucional colombiana ha insistido en un vasto número de sentencias que el legislador debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad al momento de adoptar decisiones legislativas que se relacionen con restricción de derechos fundamentales (Sentencia C-246/17, 2017), seguridad social (Sentencia C-083/19, 2019), tributos (Sentencia C-551/15, 2015), normas procesales (Sentencia C-493/16, 2016), ámbito disciplinario (Sentencia C-721/15, 2015) y tipificación de delitos y penas (Sentencia C-203/16, 2016), no obstante la gran pregunta que surge a partir de estas invitaciones que realiza el juez constitucional al legislador es ¿cómo aplicarlo al interior del procedimiento legislativo?

Esa pregunta la intenta responder la Corte Constitucional al considerar que:

“Para la aplicación de este test es necesario acreditar (i) la existencia de circunstancias especiales que justifiquen la expedición de la ley, a partir de la exposición de motivos y de los debates parlamentarios, y (ii) la idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, de las medidas adoptadas”. (Sentencia C-551/15, 2015).

En el ámbito del derecho administrativo o motivación de los actos administrativos también se han desarrollado trabajos⁷ que han procurado defender la tesis que el principio de proporcionalidad o razonabilidad⁸ es una técnica útil para construir y justificar las decisiones de la administración en *ex ante*. En este punto resulta muy llamativo el caso mexicano y su ley general de transparencia y acceso a la información pública que en su artículo 149 expresa claramente que cuando se presenten conflictos de derechos entre el acceso a la información y otro derecho, el recurso de revisión deberá resolverse a través de la aplicación de los elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir, principio de proporcionalidad⁹.

⁷ Para una mayor profundidad consultas los siguientes textos: Boulin, I. (2014), *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación de las decisiones administrativas*. Marcial Pons y Marín, H. (2018), *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia.

⁸ En Argentina el principio de proporcionalidad como se conoce en Colombia es denominado principio de razonabilidad conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

⁹ Congreso general de los Estados Unidos de México, Ley general de transparencia y acceso a la información pública, artículo 149. El organismo garante, al resolver el recurso de revisión, deberá aplicar una prueba de interés público con base en elementos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, cuando exista una colisión de derechos.

Para estos efectos, se entenderá por:

- I. Idoneidad: La legitimidad del derecho adoptado como preferente, que sea el adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido o apto para conseguir el fin pretendido;
- II. Necesidad: La falta de un medio alternativo menos lesivo a la apertura de la información, para satisfacer el interés público, y
- III. Proporcionalidad: El equilibrio entre perjuicio y beneficio a favor del interés público, a fin de que la decisión tomada represente un beneficio mayor al perjuicio que podría causar a la población.

A esta idea se suman los trabajos recientes de los profesores Marcilla (2019), Sieckman (2019) y Oliver-Lalana (2017) quienes coinciden que la aplicación de este principio no debe ser exclusivo del poder judicial, sino que puede aplicarse en un primer momento por el legislador en el marco del proceso de producción de la ley.

En ese sentido la profesora de Castilla – La Mancha manifiesta:

“Este trabajo procura mostrar que el principio de proporcionalidad, tal como opera en el campo de la jurisdicción, ofrece un punto válido para la legislación. Si el balance de razones en que consiste el juicio de proporcionalidad es un método solvente para justificar a las decisiones judiciales en los casos difíciles, ¿por qué no extrapolar tal estructura argumentativa a la creación de las leyes? En otras palabras, mi propuesta es tomar el principio de proporcionalidad como base para un enfoque teórico-práctico de la legisprudencia -entendida, con Luc Wintgens-, como teoría jurídica de la legislación”. (Marcilla, 2019, p. 306).

Siguiendo la tesis anterior el profesor de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho de la Universidad de Erlangen-Nürnberg sostiene:

“La exigencia de que la legislación sea justificada racionalmente, sin embargo, es ajena al derecho constitucional tradicional: ha sido desarrollada en el ámbito de la jurisprudencia sobre derechos fundamentales, donde se aplica el principio de proporcionalidad a las injerencias en estos derechos. Esa exigencia puede asociarse a un cambio más general desde una cultura ‘cultura de autoridad’ hacia una ‘cultura de la justificación’. Con él se pone el principio de proporcionalidad y el método de la ponderación en el centro del derecho constitucional, de modo que no solo han de ser aplicados por los jueces, sino también, y en primera instancia, por el legislador”. (Sieckmann, 2019, p. 268).

A las dos posiciones anteriores se suma el profesor de Zaragoza al añadir:

“En este caso, la deliberación puede reconstruirse provechosamente como una ponderación, conforme a un esquema de proporcionalidad. No quiero decir que los parlamentarios se sirvan de él siempre que una ley plantee una colisión entre derechos fundamentales o entre estos y bienes colectivos, ni que ponderen principios jurídico-constitucionales tal como los jueces o los profesores lo hacen. Pero la ponderación, en cuanto razonamiento para justificar cuál de los principios normativos en colisión debe prevalecer y en qué medida, planea sobre muchos debates legislativos; y ese esquema ayuda a analizarlos. Como apuntaba, para determinar si una medida viola el principio de proporcionalidad, son precisos argumentos teleológicos de idoneidad

y necesidad, y en el nivel axiológico hacen falta argumentos para justificar el juicio comparativo de las afecciones positivas y negativas en los bienes implicados por las distintas alternativas (proporcionalidad en sentido estricto).” (Oliver-Lalana, 2017, p. 420).

Se puede observar de los planteamientos anteriores la coincidencia tanto del juez constitucional como de los doctrinantes que es posible la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador. Bajo esta lógica en un trabajo anterior; reflexionamos 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:

“La argumentación legislativa resulta ser una necesidad en el Estado constitucional. Dicha argumentación, se puede estructurar y mejorar a través de la aplicación del principio de proporcionalidad en los procesos de deliberación y aprobación de las leyes, en especial aquellas que regulan o concretizan derechos fundamentales.

Se propone la aplicación por del principio de proporcionalidad y los distintos criterios relacionados en último acápite de este capítulo: derechos fundamentales en juego, la idoneidad de la medida legislativa, análisis de la indispensabilidad, moderación o necesidad, la ponderación y el contenido esencial, en la deliberación y aprobación de leyes reguladoras de derechos fundamentales, para evitar decisiones irrazonables por parte del legislador. Su aplicación permitirá al poder legislativo dar razones o argumentos para así lograr un fin constitucional legítimo, a partir de la adopción de una medida en vez de otra y una ponderación de costos-beneficios, logrando garantizar el contenido esencial del derecho fundamental en juego”. (Rodríguez, 2017, p. 96).

En esa oportunidad solo nos dedicamos a justificar el uso de este principio por el legislador colombiano en el escenario de la regulación, limitación y restricción de derechos fundamentales. No obstante, consideramos necesario ampliar el margen de su uso a otros temas que son desarrollados por los Congresos o Parlamentos en el marco de la cláusula general de competencia o funciones constitucionales. Reconociendo que puede tener unos matices o grados de intensidad su aplicación.

4. La intensidad del juicio de proporcionalidad por el legislador colombiano

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido en su jurisprudencia que el principio o juicio de proporcionalidad no puede aplicarse siempre con la misma intensidad, ya que esto podría generar una grave afectación a las atribuciones, competencias o facultades que el ordenamiento jurídico interno le confiere a los distintos poderes públicos e incluso a los particulares como lo ha sostenido a manera de ejemplo en la siguientes decisiones: Sentencia C-067 de 1997, Sentencia C-093 de 2001, Sentencia C-673 de 2001, Sentencia C-991 de 2004,

Sentencia C-589 de 2009 y Sentencia C-372 de 2011. En consecuencia, esta corporación judicial ha insistido en la necesidad de graduar su intensidad dependiendo de la naturaleza del asunto que esté examinando.

Esta consideración se evidencia en los distintos niveles o momentos que nuestro juez constitucional ha dividido al principio o juicio de proporcionalidad para su aplicación:

1. **Grado estricto:** cuando el asunto que se examina se relaciona: i. regulación, limitación o restricción de un derecho constitucional fundamental, ii. desconocimiento del mandato específico de igualdad, iii. afectación a grupos en situación de debilidad manifiesta.
2. **Grado intermedio:** cuando el asunto que se examina se relaciona: i. afectación del goce de un derecho constitucional no fundamental, ii. interferencia arbitraria y grave de la libre competencia, iii. acciones afirmativas o discriminación inversa.
3. **Grado leve:** entre otras materias, cuando se examina la restricción i. materias económicas, tributarias o de política internacional, ii. regulación legislativa de un servicio público, iii. decisiones expedidas por las autoridades en el marco de sus competencias constitucionales o legales, por último, iv. revisión de normas expedidas con anterioridad a la Constitución de 1991 que estando derogadas aún producen efectos.

Ahora bien, en el desarrollo de este artículo se ha defendido la idea de las posibilidades de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del legislador como opera en el escenario judicial. Por tal motivo, se considera procedente también aplicar dicho principio en distintos niveles de intensidad dependiendo de las materias que se pretendan desarrollar en los proyectos de ley o iniciativas legislativas que sean presentadas ante el Congreso ante el Congreso. En el caso colombiano los proyectos de ley deben ser radicados conforme a una estructura que establece el artículo 140 de la Ley 5 de 1992 o Reglamento del Congreso:

1. Título.
2. Encabezamiento.
3. Articulado.
4. Exposición de motivos.

En virtud de la anterior estructura, se puede indicar que en un primer momento el uso del principio de proporcionalidad con sus respectivos grados de intensidad -sujeto a la materia que trate el proyecto- se puede reflejar en la exposición de motivos de la iniciativa legislativa. Luego continúa en las deliberaciones y debates que se programan en las distintas comisiones constitucionales permanentes o en las plenarias de Senado o Cámara, a través

de los informes de ponencia¹⁰ o proposiciones¹¹ que presenten los congresistas con el ánimo de mejorar dicho proyecto. El siguiente cuadro es una propuesta para la aplicación del principio de proporcionalidad y sus distintos conforme a la materia que trate la iniciativa legislativa:

NIVEL	TEMÁTICA DEL PROYECTO LEY	CRITERIOS O SUBPRINCIPIOS APLICABLES
Estricto	<ol style="list-style-type: none"> 1. Regulación, limitación o restricción de derechos fundamentales. 2. Trato diferencial en una categoría sospechosa o prohibida contenida en el inciso 1 del artículo 13 de la Constitución (sexo, raza, origen nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica). 3. Cuando la iniciativa legislativa recaiga sobre personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados, discriminados o minorías “insulares” o discretas, como lo establecen los incisos 2 y 3 del artículo 13 constitucional. 4. Crea un privilegio. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adecuación o idoneidad. 2. Necesidad. 3. Proporcionalidad en sentido estricto.
Intermedio	<ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando el proyecto propuesto pueda afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental. 2. Pueda afectar el ejercicio a la libre competencia económica. 3. Acciones afirmativas o acciones de discriminación inversa. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adecuación o idoneidad. 2. Necesidad.
Leve	<ol style="list-style-type: none"> 1. Materias económicas. 2. Tributos. 3. Política internacional. 4. Regulación de un servicio público. 5. Cuando no se evidencie la amenaza a un derecho constitucional en la motivación y su contenido -articulado-. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adecuación o idoneidad. 2. Necesidad.

Es una idea que se requiere profundizar en próximos trabajos y ese será el reto, pero permite generar el debate necesario para dar el salto de la racionalidad hacia la argumentación legislativa en el proceso de producción de la ley en el Estado constitucional. A esto, se debe sumar, que no se puede perder de vista las diferencias que pueden existir entre la argumentación en el ámbito judicial y en el ámbito legislativo; pero estas diferencias no deberían tampoco llevarnos a descartar *prima facie* la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador, cuando éste ha sido una metodología racional que ha permitido a los tribunales constitucionales ejercer un examen adecuado de las medidas

¹⁰ Para una mayor ilustración ver los artículos 150 al 185 de la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso).

¹¹ Ver artículos 112, 113, 114 y 115 de la Ley 5 de 1992.

legislativas o administrativas. Tampoco significa que el principio de proporcionalidad sea el que brinda certezas absolutas y plenas al legislador, no obstante, puede dotar de una mayor racionalidad y técnica de argumentación para confrontar los proyectos de ley con la Constitución e incluso jurisprudencia en *ex ante* y así robustecer la justificación y el contenido de las leyes para que al momento de ser controladas por el poder judicial tendría que aumentar su carga argumentativa para poder declararlas inconstitucionales, por ejemplo, en el criterio de necesidad, el legislador relacionó tanto en la exposición de motivos como en las distintas ponencias y proposiciones a lo largo del debate parlamentario distintas medidas posibles para lesionar en menor medida un derecho: Medida (en adelante M) 1 (en adelante M), M2, M3, M4, M5, M6, M7, M8, M9 y M10, escogiendo M5, el juez constitucional deberá demostrar que existía una M11 para poder declarar su inconstitucionalidad.

Finalmente, es oportuno mencionar que lo que se plantea en este artículo no pretende ser la solución definitiva a la exigencia del legislador en argumentar sus decisiones, pero si intentamos aportar al mejoramiento de la calidad de ley en el Estado constitucional. Por sus elementos y características, el legislador puede encontrar una metodología racional y técnica en el uso del principio de proporcionalidad. Es evidente, que esto no significa que la propuesta sea infranqueable, pero si aporta a potenciar la carga argumentativa de nuestros congresos o parlamentos siguiendo los criterios que la proporcionalidad ofrece i. adecuación, ii. necesidad y iii. proporcionalidad en sentido estricto.

5. Consideraciones finales

Llegados a este punto corresponde dar cuenta de las aportaciones centrales de este artículo:

1. La aplicación por parte del legislador del principio de proporcionalidad permite dar un salto de la racionalidad hacia la argumentación legislativa, en la medida que busca mejorar su actuar, pero sobretodo fortalecer su carga argumentativa en las decisiones que este adopte, ya sea al momento de regular un derecho fundamental, al establecer tipo penales o crear tributos, entre otros aspectos.
2. Los estándares de constitucionalidad de las leyes deben ser mayores por parte del principal órgano de la democracia occidental, con el fin de reducir los riesgos de su declaratoria de inconstitucionalidad por parte de la Corte Constitucional. Así las cosas, el principio de proporcionalidad se puede convertir en un parámetro o metodología de autocontrol para el legislador y en una alternativa razonable para el mejoramiento de su carga argumentativa.
3. La propuesta de aplicar grados de intensidad al principio de proporcionalidad en el trámite legislativo permite estructurar de una forma razonable a un proyecto de ley, en especial en lo que concierne a la exposición de motivos, en su discusión y aprobación (ponencias y

proposiciones) y en una muralla difícil de atravesar por parte del Juez Constitucional.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2007), *Teoría de la argumentación jurídica* (M. Atienza & I. Espejo Trad.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*. Civitas.
- Atienza, M. (2019), *Argumentación Legislativa*. Astrea.
- Atienza, M. (2019), *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Becker, M, Oliver-Lalana, D. y Sieckmann, J. (2006), La producción del Derecho: esbozo para un análisis normativo de la argumentación parlamentaria, en N. Cardinaux, L. Clérico y A. D'Auria (Coord.), *Las razones en la producción del derecho: argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*, (p.p. 93-116). Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires.
- Boulin, I. (2014), *Decisiones razonables. El uso del principio de razonabilidad en la motivación de las decisiones administrativas*. Marcial Pons.
- Botero Bernal, A. . (2022). El código civil de Andrés Bello y el movimiento exegético en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(27), 47–65. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.27-2022-3808>
- Carrillo De La Rosa, Y., Carrillo Velásquez, A. F., & Cano Andrade, R. A. (2022). Aportes del Derecho Romano a la tradición jurídica de occidente. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 475–495. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3986>
- Congreso de la República de Colombia, (1992, 17 de junio). Ley 5 de 1992. *Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*. Diario Oficial No. 40.483. URL: <http://www.secretariasenado.gov.co/ley-5-de-1992>
- Congreso de la República de Colombia, (2012, 12 de julio). Ley 1564 de 1992. *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 48.489. URL: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html
- Constitución Política de Colombia. (1991). Gaceta Constitucional n.º 116. <http://bit.ly/2NA2BRg>
- Corte Constitucional (1997, 11 de febrero). Sentencia C-067/97. [Alejandro Martínez Caballero, M.P].
- Corte Constitucional (2001, 28 de junio). Sentencia C-673/01. [Manuel José Cepeda Espinosa, M.P].

- Corte Constitucional (2001, 31 de enero). Sentencia C-093/01. [Alejandro Martínez Caballero, M.P].
- Corte Constitucional (2001, 31 de enero). Sentencia C-589 de 2009. [Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M.P].
- Corte Constitucional (2004, 12 de octubre). Sentencia C-991/04. [Marco Gerardo Monroy Cabra, M.P].
- Corte Constitucional (2011, 12 de mayo). Sentencia C-372/11. [Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P].
- Corte Constitucional (2015, 25 de noviembre). Sentencia C-721/15. [Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, M.P].
- Corte Constitucional (2015, 26 de agosto). Sentencia C-551 de 2015. [Mauricio González Cuervo, M.P].
- Corte Constitucional (2016, 14 de septiembre). Sentencia C-493/16. [Alejandro Linares Cantillo, M.P].
- Corte Constitucional (2016, 18 de mayo). Sentencia C-259/16. [Luis Guillermo Guerrero Pérez, M.P].
- Corte Constitucional (2016, 27 de abril). Sentencia C-203/16. [Alberto Rojas Ríos, M.P].
- Corte Constitucional (2017, 26 de abril). Sentencia C-246/17. [Gloria Stella Ortíz Delgado, M.P].
- Corte Constitucional (2019, 27 de febrero). Sentencia C-083/19. [Alberto Rojas Ríos, M.P].
- Fernández, T-R. (1998), *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*. Civitas.
- García, J.A. (2020), *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Eolas ediciones.
- Marcilla, G. (2005), *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales –CEPC-.
- Marcilla, G. (2019), La importancia de la proporcionalidad en la legislación: un intento de fundamentación desde una concepción constitucionalista y no positivista del Derecho”, en D. Oliver-Lalana (ed.), *Legislación en serio. Un estudio sobre derecho y jurisprudencia*, (p.p. 301-341), Tirant Lo Blanch.
- Marín, H. (2018), *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*, Universidad Externado de Colombia.
- Oliver-Lalana, D. (2017), Normas y razones: un estudio sobre argumentación legislativa”, en P. Grandez y F. Morales (ed.), *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, (p.p. 491-525), Palestra, 2017.

- Pardo Martínez, O. (2022). La dignidad como fundamento axial de los derechos en el constitucionalismo: praxis judicial colombiana. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 360–385. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3981>
- Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L. (2006), *Tratado de la argumentación. La nueva retórica* (J. Sevilla Trad.), Gredos.
- Rodríguez, C. (2017), *El principio de proporcionalidad por el legislador. Ideas para una mejora en ex ante de las leyes en Colombia*, Editorial Unimagdalena.
- Sieckmann, J., (2019), La legislación como ponderación, en D. Oliver-Lalana (ed.), *Legislación en serio. Un estudio sobre derecho y jurisprudencia*, (p.p. 267-300), Tirant lo Blanch.