
EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO TÉCNICA LEGISLATIVA O DE PRODUCCIÓN NORMATIVA GENERAL

Jorge Mejía Turizo¹

Oriana Carola Cortes Bracho²

Resumen

El presente artículo tiene como propósito analizar el principio de proporcionalidad desde la perspectiva y funcionalidad como técnica legislativa, redefiniendo su tradicional uso como mecanismo de control judicial, y colocando en manos del legislador la posibilidad de realizar un *pre-test* sobre la aplicación de este principio. Para cual se detallan los etapas acumulativas y eliminatorias que implica tal *test* de proporcionalidad en sus exámenes de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

¹ Doctor en Derecho, Ciencia Política y Criminología, Universitat de Valencia, España. Magister en Derecho Administrativo, Estudios en Gestión y políticas Públicas de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP. Docente investigador, Exbecario del programa Jóvenes investigadores e innovadores de Colciencias. Correo electrónico: mejiaturizo@gmail.com

² Doctorando en Dirección de Empresas, Magister en Administración de empresas e innovación, Especialista en Gerencia Empresarial y Competitividad, Egresada del Programa de Derecho de la Universidad del Atlántico, Docente investigador, Email: orianacb090@gmail.com

Palabras clave: Principio de proporcionalidad, técnica legislativa, adecuación de medios a fin, necesidad.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the principle of proportionality from the perspective and functionality as a legislative technique, redefining its traditional use as a judicial control mechanism, and placing in the hands of the legislator the possibility of carrying out a pre-test on the application of this principle . For which the cumulative and elimination stages that the proportionality examination implies in its adequacy, necessity and proportionality tests in the strict sense are detailed.

Key words: Principle of proportionality, legislative technique, adaptation of means to end, necessity.

Introducción

La proporcionalidad como principio o bien como técnica o instrumento metodológico en el derecho y su funcionalidad para solventar colisiones entre intereses o derechos, ha sido ampliamente estudiada en múltiples latitudes y culturas jurídicas, aunque tradicionalmente se ha contextualizado su aparición en las reglas jurisprudenciales y la más cualificada doctrina alemana, especialmente con aportes surgidos en los periodos de posguerras, manteniendo una consistencia inusitada en la producción científico jurídica hasta arribar con vehemencia en los métodos resolutivos de controversias de los tribunales constitucionales y contenciosos administrativos de América latina (Cárdenas Gracia, 2014)

Bien es cierto, que estos tipos de tribunales mencionados, en el marco de sus competencias pueden revisar la constitucionalidad y legalidad de determinados tipos de normas, con las variantes que ofrece los sistemas judiciales (Pérez Vásquez, 2015) de cada Estado, en la órbita de los llamados “controles abstractos normativos”. Asimismo, se les ha otorgado funciones para revisiones en alta instancia de casos particulares, asumiendo por tanto también posibilidades de “control concreto”. En estos dos escenarios el principio de proporcionalidad constituye una herramienta fundamental para aproximar a criterios de justicia material las decisiones jurisdiccionales.

En igual sentido, los tribunales internacionales en los que recaen tareas de protección de derechos humanos fundamentales, como son los casos de la Corte Europea y la Corte Interamericana de derechos humanos, también han sido asiduos en el uso del mecanismo de la proporcionalidad para fallar con criterios técnicos, los casos a ellos planteados, percibiéndose mayor fundamentación con rigor teórico de sus decisiones.

Ahora bien, es necesario recalcar que el foco sustantivo y temático de la disertación que se ofrece en el presente documento, no va exclusivamente direccionada al empleo de la proporcionalidad en el seno de los operadores jurisdiccionales en sus controles en abstracto y en concreto, en el plano nacional o internacional, sino que extenderemos su habitual visión como mecanismo jurídico, a fin de sostener sus condiciones de aplicación y utilización en los

estadios de producción normativa, sea por cuerpos colegiados deliberantes de cualquier rama u orden de poder público o por autoridades unipersonales administrativas, para quienes los estándares de razonabilidad, racionalidad, legitimidad, ponderación y proporcionalidad en sus actos no debe ser soslayado. Sobre todo, este ultimo de proporcionalidad que será el epicentro del presente estudio, sin menospreciar los otros criterios, frente a los cuales resultará oportuno plantear sus diferencias.

Habiendo realizado las precedentes aclaraciones resulta indispensable asentarnos en forma inicial en ciertos aspectos propios de la conceptualización y origen de este instrumento jurídico. Así se parte por señalar que la proporcionalidad tiene su génesis en una emulsión o amalgama de teorías y postulados ius filósofos, especialmente en la teoría de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales de Robert Alexy, y posteriormente en las disertaciones sobre principios de Dworkin (Höllander, 2011). Consolidándose una super estructura teórica sobre la proporcionalidad en términos de fundamentación sistémico-científica (Cárdenas Gracia, 2014).

Una de las disciplinas jurídicas a las que se les atribuye los primeros usos del principio de proporcionalidad como elemento de aplicación normativa, es al derecho penal, esencialmente en la subespecialidad de la penología, en la que en sus inicios se sostendría que las sanciones o castigos debían guardar cierto ajuste o proporción de acuerdo a la gravedad de la ofensa o agravio³, teniendo en consideración la notabilidad e importancia social del fenómeno constitutivo de ofensa y los bienes jurídicos que se pretenden proteger (Sapag, 2008). En ese orden de ideas, a partir del derecho penal clásico se fue diseminando en el resto de las disciplinas jurídicas la idea de “prohibición de exceso”, como criterio que no permite aplicar medidas (o penas) demasiado fuertes (o invasivas) a

³ De alguna manera la ley del Tali3n del *“ojo por ojo y diente por diente”* que podr3a encontrarse en apartes del C3digo de Hammurabi y la ley de las XII tablas, contiene las primeras aproximaciones a lo que en el derecho penal (en el campo penol3gico) se quiere retratar como “proporcionalidad de las penas con relaci3n a la conducta desviada”. Aunque ase tipo de justicia retributiva hoy ha evolucionado profundamente en clave de respeto a los derechos humanos. Puede profundizarse sobre la cuesti3n en : GARC3A-HERN3NDEZ, Benjam3n. La ley romana del tali3n y su base correlativa: antigüedad e innovaci3n. Emerita, 2017, vol. 85, no 2, p. 223-239.

El principio de proporcionalidad como técnica legislativa o de producción normativa general

situaciones o comportamientos que no ameritan la magnitud de la medida respectiva.

Una de las primeras disciplinas a la que se extrapoló las teorías sobre la proporcionalidad fue al derecho administrativo, en primer término, al derecho administrativo sancionador y policivo, para posteriormente plantarse en los ámbitos de la teoría de los actos administrativos, sobre todo, en los límites de la expedición de los actos administrativos discrecionales (Bacigalupo, 1997). Y he aquí, un tópico de especial interés para los fines que se pretenden con este trabajo, porque justamente en estos tipos de decisiones como las discrecionales de la administración, en las que existe cierta flexibilidad de maniobra, pero con mayor énfasis, en las normas expedidas por el legislador, en las que se predica cierta “libertad de configuración”, resulta indispensable el uso de algún tipo de técnica que procure cumplir parámetros de proporcionalidad tanto en sede de producción como en sede de control.

Así pues, *grosso modo*, las medidas adoptadas por autoridad legislativa o administrativa a efectos de resolver determinadas necesidades sociales, económicas, políticas o culturales, deben ser proporciones a los fines que se persigan, y evitar de asaltar lo menos posible en las garantías y libertades de los ciudadanos, de tal suerte que, las limitaciones que se deriven de las medidas se ajusten a la dimensión de las realidades reinantes.

1. Una necesaria aproximación conceptual sobre el principio de proporcionalidad

No existe en la literatura jurídica general una tesis unitaria o pacífica para modelar una concepción unívoca sobre el principio de proporcionalidad. Sin embargo, es posible identificar dos concepciones teóricas claramente consistentes. Primero, las que señalan que el principio de proporcionalidad es un instrumento para solucionar eventuales conflictos entre principios, derechos y/o intereses; segunda, aquellas concepciones que se orientan a establecer que es un mecanismo o método utilizado para establecer si determinadas medidas poseen coherencia técnica y sistémica para cumplir un fin constitucionalmente válido, además de que, no restrinja de manera desmesurada derechos en comparación con el beneficio o bien que se pretende satisfacer.

En atención a la primera concepción arriba esgrimida, Martínez García y Leal Holguín conceptúan que el principio en comento, deviene en un dispositivo axial que procura afianzar la vigencia de principios en casos concreto, incluso de manera sincrónica o simultánea para evitar sacrificios de derechos – esto, en la medida de las posibilidades factuales -. Todo lo anterior, derivado bajo la lógica o el raciocinio jurídico de que no existen principios como categorías apodícticas y excluyentes de otros, o en términos simples, no existen principios absolutos (Álvarez Gálvez, 2014), de este modo, este mecanismo admite y viabiliza que los principios se realicen en la mayor medida posible, dependiente en cada caso particular de las condiciones fácticas y jurídicas que rodean las circunstancias. Bajo este prisma pues, el principio de proporcionalidad garantiza la coexistencia (más o menos plausible) de principios en colisión (Martínez-García y Leal-Holguín, 2011).

Retomando a Martínez García y Leal Holguín, precisan que el empleo del principio de proporcionalidad implica que la autoridad correspondiente se encuentra en la capacidad de determinar qué medidas se deben tomar para alcanzar los fines propios de su potestad (Martínez-García y Leal-Holguín, 2011), siendo esto de importancia, en el marco de la producción normativa, ya que tanto legislador como administrador cuentan con una técnica *pre-check* para sus eventuales proyectos de regulación. Teniendo en cuenta estos planteamientos, será posible establecer frente a posibles regulaciones a expedir si los medios o las medidas a adoptar por la autoridad respectiva son o no proporcionales, en términos de impactos de la decisión frente a beneficios de esta (Marín Hernández, 2018). Aunque podría discutirse si este método solo aplica en el ámbito de la expedición normativa con amplio margen de libertad de configuración legislativa o en los actos discrecionales de las administraciones, porque en otro tipo de funciones simplemente protocolarias y nominadoras, no sería verificable o no sería del resorte el empleo del principio de proporcionalidad.

Por su parte, Yanira Zúñiga, arguye que el principio de proporcionalidad “es una forma específica de ponderación o de balanceo entre política legislativa” – y podríamos agregar que también frente a medidas de las administraciones públicas- “y respeto de derechos fundamentales” (Zúñiga Añazco, 2010, p. 260). Bajo esa tesitura, y como se expondrá más adelante, el principio de proporcionalidad operaría, por extensión, como mecanismo de control de normas expedidas por el órgano legislativo y por supuesto, como parámetro de las actuaciones de la administración.

Ahora, aludiendo a la segunda concepción que se sostuvo precedentemente, Díaz García plantea que es un actuar reiterado de las autoridades instaurar una serie de restricciones o limitaciones al ejercicio de ciertos derechos o libertades con el propósito de satisfacer otros intereses. Teniendo de manifiesto estos presupuestos el análisis de proporcionalidad es una herramienta utilizada por los tribunales y jueces para resolver el tipo de tensiones de las se viene hablando. Pero se quiere destacar en estas líneas, que no solo es una herramienta judicial, sino que también se constituye como técnica legislativa (y/o administrativa) para su autocontrol a la hora de la formación de las normas. En consecuencia, sostenemos que, tanto en el campo de la producción como en el del control normativo, el principio de proporcionalidad busca aportar respuestas operativas frente a los conflictos que surgen “entre los derechos y otros derechos fundamentales o bienes constitucionales” (Díaz García, 2011, p. 1). Para ello recurre a un método racional que contrasta intereses jurídicos en oposición, con el propósito de determinar si una medida restrictiva resulta pertinente, equitativa y no desmesurada en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

Bajo el mismo paradigma, Carrillo de la Rosa y Pereira Blanco sostienen que el principio de proporcionalidad se concibe como “la justa medida que debe existir entre las diferentes acciones que se adopten para contrarrestar el orden perturbado y la situación que se pretende restablecer” (Carrillo de la Rosa y Pereira-Blanco, 2017; Sentencia C-122 -03 Corte Constitucional, p. 5), esto es, que este principio implica cierta razonabilidad que debe terciar entre la medida y la gravedad de los hechos.

Como puede verse en pasajes precedentes, algunos estamentos doctrinarios han dado un tratamiento indistinto a las concepciones sobre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, inclusive, existen tribunales constitucionales de algunos países del mundo (incluyendo Colombia) que en determinados pronunciamientos pareciera tratar de forma homóloga la proporcionalidad y la razonabilidad⁴. Esta Circunstancia también es posible corroborarla en los planteamientos de los profesores argentinos Coviello (2011) y Sapag (2008), o Tirado Barrera (2011) y Torres Zúñiga (2015) en lo que respecta a ciertas aportaciones desde el Perú, naciones en los que ciertamente se han tratado como concepciones análogas.

A nuestro juicio, nos alejaremos de estas posiciones unitarista, en atención a que concebimos las categorías principialística (e instrumentales) de la proporcionalidad y la razonabilidad como vertientes teóricas funcionales con cierta autonomía conceptual, aunque en realidad, divididos por una línea lindante muy delgada.

Como se señalará en apartes subsiguientes, en el caso de la Corte Constitucional colombiana la proporcionalidad ha sido una guía metodología, sobre todo, para resolver situaciones en la que se debate un presunto trato discriminatorio sin justificación constitucional válida. Para tal efecto, acude a un “test integrado” en el que se combina un juicio de proporcionalidad y otro de igualdad simple, combinando nociones europeas y anglosajonas (C- 520/2016 Corte Constitucional).

⁴ Para mayor profundidad revisar las Sentencias T-141 de 2013; C-220 de 2017; C-144 de 2015; C-520 de 2016 de la Corte Constitucional colombiana.

2. La proporcionalidad como técnica legislativa (y como técnica de producción normativa general)

Tradicionalmente el principio de proporcionalidad ha sido concebido como un instrumento o herramienta metodológica para resolver conflictos entre derechos o intereses contrapuestos⁵ o para verificar si un tratamiento especial a determinados sectores es constitucionalmente justificable y válido. De igual forma, se ha vislumbrado como un método en manos de tribunales y jueces a efectos de aplicar esos mismos propósitos, y poco se ha analizado como técnica empleada por autoridades legislativas o administrativas para examinar la proporcionalidad de las medidas que adoptan para atender las diversas situaciones sociales, económicas o políticas que van acaeciendo.

La proporcionalidad como técnica legislativa, no distaría mucho, en su funcionalidad, con el mecanismo de control judicial equivalente, en cuanto a sus criterios de análisis, pasos o etapas, o sus protocolos metodológicos de implementación. Así pues, el legislador en el proceso de formación de la ley puede técnicamente aplicar una guía metodológica que permita realizar un análisis o balance de las limitaciones que impone frente a los beneficios que persigue. Valdría preguntarse, en qué momento debe hacerse este escrutinio técnico teniendo en cuenta las diferentes etapas que debe surtir un proyecto para convertirse en ley. La respuesta no puede ser otra que, pueda darse en diferentes puntos del proceso. Un primer momento, debe ser cuando el equipo técnico o la comisión redactora encargada estructura el articulado de la iniciativa legislativa. En esta etapa, el análisis será más técnico y menos político. Otro segundo momento, será cuando en las comisiones constitucionales permanentes se realicen los primeros debates, y otro último, corresponderán a los debates en sesión plenaria de ambas cámaras. Estos dos últimos momentos, revestirían una

⁵ Por ejemplo y para un análisis del tópico en varios contextos, temas planteados en ALMANZA IGLESIAS, Maury; MERCADO, Katia Carpintero; VILLA, Luz Karime Mercado. Estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de embarazo. *Erg@omnes*, 2018, vol. 10, no 1, p. 129-155; o en Osorio Gutiérrez, Maritza, Martínez Araujo, J. P., & Mejía Sierra, P. (2020). Medidas implementadas por los empleadores y las ARL para la ejecución del trabajo en casa. *Legem*, 6(2), 1-22. <https://doi.org/10.15648/legem.2.2020.2758> y Betancourt et al 2022.

connotación más política, sin que, con ello, quiera decir, que no se presente el análisis técnico de este criterio en tales etapas.

Obviamente, la manera de realizar los análisis de proporcionalidad en cada momento va a ser distintos, en el primero, los expertos redactores deberían sustentar en su exposición de motivos en un “ítem obligatorio” la proporcionalidad de la medida, en los últimos momentos los ponentes y adherentes de la norma también deben justificar esta condición de exigibilidad para las normas.

A continuación, se permitirá señalar cuales son los criterios, aspectos y elementos clave que se deben agotar para realizar el examen de proporcionalidad en sede de producción normativa, que en realidad no difiere mucho de los puntos que utilizan en el escrutinio judicial, pero que resultará fundamental siempre hacerlo en estas etapas, a efectos de poseer mayores elementos de juicio para defender la constitucionalidad, legalidad (y por supuesto, proporcionalidad) de las normas en caso de ser objetos de demandas constitucionales o contenciosas administrativas. (este último caso respecto de normas del ejecutivo)

La pauta metodológica en cuestión exige recorrer una serie de fases lógicas, sucesivas y articuladas entre sí. Dicha pauta se desarrolla a través de un proceso compuesto por etapas acumulativas y, al mismo tiempo, eliminatorias, conocidas en la doctrina jurídica como “subprincipios”. Lo acumulativo hace referencia a que cada paso debe cumplirse siguiendo estrictamente el orden establecido; mientras que lo eliminatorio implica que, si en alguna de esas fases no se supera el examen correspondiente, el análisis de proporcionalidad se detiene en ese punto, pues únicamente al superar todas las etapas puede afirmarse que la decisión en estudio satisface dicho criterio.

Como ya lo hemos señalados esas etapas acumulativas y eliminatorias, son una serie exámenes de rigor, que para los fines de este artículo se le pueden llamar test (o subtest) los cuales se deben superar en el orden siguiente : test de idoneidad o adecuación, test de necesidad o indispensabilidad, y el test de proporcionalidad en sentido estricto. Acto seguido, se proseguirán a explicar:

3. Test de adecuación (de medios a fin) o de idoneidad

Este primer examen emplea dos categorías primordiales. Los medios (medidas empleadas) y el fin que se pretende alcanzar (finalidad de la ley). fundamentalmente en este análisis, lo que busca es establecer si los medios son funcionales para alcanzar el fin pre-fijado. Aunque es ineludible antes de efectuar este ejercicio, proceder a verificar cual es la naturaleza de los medios y cual la de los fines, es decir, se parte por identificar el medio coherente y pertinente con lo que se persigue (Bernal Pulido, 2003). En ese orden de cosas, toda medida, acción o intervención de las autoridades legislativas (o administrativa) en las libertades y garantías de los ciudadanos debe ser adecuada para obtener un fin legítimo al amparo de la Constitución o del bloque de constitucionalidad *lato sensu o strictu sensu* (Martínez-García y Leal-Holguín, 2011).

El primer examen se vincula directamente con la aptitud del medio empleado para alcanzar el objetivo planteado. Dicho propósito debe guardar coherencia con los fines propios del Estado social y democrático de derecho, entendido como el eje central de toda actuación pública. En el análisis de los medios, estos han de ser los más pertinentes, evitando que resulten innecesarios o ineficaces (Cárdenas Gracia, 2014), para lograr el fin que la Constitución reconoce como legítimo. Lo anterior implica que, ante una situación concreta, las autoridades disponen de diversas alternativas para enfrentar los problemas sociales, pero están obligadas a realizar un examen riguroso que les permita escoger únicamente aquellas medidas que cumplan con tales exigencias, descartando las que no sean útiles o adecuadas para alcanzar el fin propuesto.

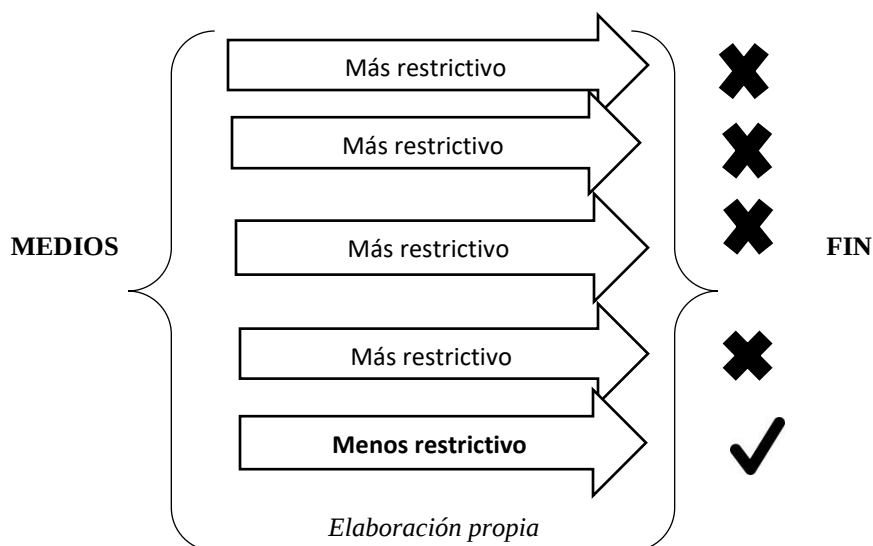
En palabras sencillas, este test implica revisar con rigor si el medio en realidad es eficiente para alcanzar el fin, si no lo es, debe descartarse, porque podría ser mayores los efectos sobre los derechos ciudadanos eventualmente limitados.

4. Test de necesidad

El segundo test parte de la idea de que, para alcanzar un fin legítimo desde el punto de vista constitucional, el legislador dispone de diversas alternativas o medios posibles. El aspecto central radica en que dichas medidas inciden, en distinta medida, sobre los derechos y libertades de las personas, pudiendo generar una intromisión, directa o indirecta, en diferentes esferas de su vida. En consecuencia, este examen exige que, entre todas las medidas consideradas idóneas en la etapa anterior, se elija aquella que resulte menos restrictiva, gravosa, intrusiva o intervencionista respecto de los derechos y libertades ciudadanas, siempre bajo la condición de que todas las opciones cuenten con el mismo grado de idoneidad.

En síntesis, esta evaluación de segundo nivel procura elegir la alternativa menos lesiva, entre todas aquellas que tengan el mismo rango de adecuación o idoneidad para alcanzar el fin constitucionalmente permitido. Respecto de este test de necesidad o indispensabilidad Cárdenas Gracia (2014) enseña:

Si existen medidas de intervención o afectación a los derechos fundamentales menos gravosas y se escoge una alternativa más gravosa a las existentes, la intervención o afectación en los derechos fundamentales no es correcta, a menos que quede acreditado que existen imposibilidades técnicas o costos económicos exorbitantes que impidieron escoger una alternativa menos gravosa que la escogida (p. 74-75).



5. Test de proporcionalidad strictu sensu.

Ya habiendo hecho la verificación o constatación que los medios son adecuados para cumplir el fin y que resultan los menos lesivos o gravosos para los ciudadanos, se sigue con un “*nivel tres*”, que para cierto sector de la doctrina es un tradicional ejercicio de ponderación (Bernal Pulido, 2003). En este tercer nivel, se van a analizar en forma sopesada dos elementos cruciales: a) El nivel de incidencia en la afectación o restricción a derechos o libertades, que sería el costo o el sacrificio que hace el legislador al expedir la norma, y b) El beneficio o mayor bienestar que implica la decisión legislativa. Ambos elementos deben ser sometidos a una ponderación objetiva y razonada, de modo que, si al compararlos se concluye que los perjuicios ocasionados superan los beneficios asociados al fin legítimo que se busca, la medida legislativa en cuestión no podrá considerarse proporcional y, en consecuencia, se entenderá como contraria a los propósitos constitucionales.

En esta tercera etapa del examen, el impacto generado por la restricción o intervención puede clasificarse en distintos niveles de intensidad —leve, moderado o grave—. Conforme a esta lógica, a mayor afectación de derechos debe corresponder una satisfacción o beneficio proporcionalmente superior.

Desde cierto ángulo, los elementos expuestos pueden entenderse como un conflicto entre intereses, principios o derechos. Por ejemplo, si el legislador decide prohibir una actividad que tradicionalmente ha sido permitida, nos encontramos ante una medida que restringe un derecho —como el acceso al mínimo sustento de quienes resultan afectados— pero que, al mismo tiempo, busca alcanzar un objetivo legítimo respaldado por la Constitución, como garantizar el bienestar de otros sectores sociales. En este contexto, el ejercicio de proporcionalidad plantea preguntas centrales: ¿la restricción de derechos genera un daño mayor que el beneficio que se persigue?, ¿es constitucionalmente justificable limitar el derecho X para salvaguardar el derecho Y? Conviene señalar que, aun al llegar a este tercer nivel, las respuestas a tales interrogantes no pueden obtenerse mediante una fórmula matemática automática que siempre arroje un resultado uniforme y correcto. La valoración

dependerá de las particularidades de cada caso, influida tanto por factores internos —como las percepciones del evaluador— como externos —entre ellos las condiciones sociales, económicas, culturales o geográficas—.

En suma, siendo partidarios de las posiciones de Garro Parra (2016), cuando señala que la proporcionalidad en sentido estricto, como tercer nivel valorativo, consiste en que el legislador se permita hacer un ejercicio de “explicitar” i) los derechos resguardados con la medida, ii) la restricción de derechos para los ciudadanos que deben soportar la medida y iii) sopesar si es mayor el beneficio obtenido o mayor el perjuicio causado; si el beneficio es mayor la medida se justifica por ser proporcional, por el contrario, si la restricción de derechos o libertades es superior a los beneficios obtenidos la medida será desproporcional” (Garro Parra, 2016; Betancourt et al, 2022).

6. Conclusiones

Una vez analizados la génesis, conceptualizaciones, alcances y sub-tests de la proporcionalidad como técnica para resolver problemas en el marco de la actividad legislativa (o administrativa), como conclusión se recoge los principales elementos operativos de la proporcionalidad como forma de autocontrol de la actividad del legislativo.

La proporcionalidad opera como un límite frente a la labor del legislador, según el razonamiento que se expone a continuación. En primer lugar, se ha indicado que someter una norma al juicio de proporcionalidad supone, en su fase inicial, comprobar si el medio escogido resulta idóneo para alcanzar el fin propuesto. Dicho fin suele enmarcarse en los objetivos del Estado, los cuales, en ocasiones, se presentan como conceptos jurídicos indeterminados. En este sentido, el legislador justifica la adopción de una medida aludiendo al cumplimiento de un propósito constitucionalmente legítimo, aunque este pueda estar formulado en términos ambiguos, abstractos o imprecisos. Así, por ejemplo, se podría sostener que con el fin de garantizar valores como la “convivencia pacífica”, “el orden justo”, “el interés general” o “la sana convivencia”, resulta necesario restringir una actividad, servicio o producto que hasta ese momento había sido permitido sin limitación legal, apoyándose en informes y estadísticas que evidencian la existencia de hechos dañosos —incluidos delitos— asociados a dicha actividad, los cuales generan repercusiones significativas en la comunidad.

En el ejemplo genérico planteado, la actividad legislativa se manifiesta en la expedición de una norma que impone una restricción a una libertad, constituyéndose dicho límite en el medio elegido por el legislador para alcanzar un fin: la “convivencia pacífica”. Este objetivo general, expresado mediante un concepto jurídico indeterminado, se concreta en la reducción de conductas que afectan de manera significativa a la colectividad, como podría ser la disminución de los índices delictivos —aunque no siempre los fines se expresan de forma tan precisa—. Dicho concepto jurídico indeterminado puede ser introducido directamente por el legislador en ejercicio de su iniciativa normativa, o derivar de una potestad previamente atribuida por la ley, que,

mediante técnica legislativa, habilita a concretarlo en casos específicos que se presenten en la práctica.

La proporcionalidad entra como criterio limitativo porque el legislador debe analizar si el medio que está empleando es proporcional para alcanzar el fin, expresado como concepto jurídico indeterminado (si es del caso), y de alguna forma, cuando el legislador busca medidas para llegar a esa finalidad, lo que está haciendo es precisamente concretizar el concepto indeterminado. Bajo esa tesitura, Puede suceder que este juicio valorativo lo realicé un juez o tribunal (hetero-control) y llegué a la conclusión que la afectación a derechos (medios) es desproporcionada frente al fin, entendiendo entonces que hay un límite en cuanto a la forma que la Administración pretende concretizar ese concepto general. En ese sentido, si no se supera el juicio de proporcionalidad se ha colocado una limitación o autolimitación a la manera que el legislador ejerce su libertad de configuración normativa, en la que podrá concretizar conceptos indeterminados. (Si las restricciones o afectaciones a derechos son mayores - pesan más- que los beneficios generales, la medida sería desproporcionada.)

Referencias Bibliográficas

- Almanza Iglesias, M., Mercado, K. C. y Villa, L. K. (2018) Estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de embarazo. *Erg@ omnes*, vol. 10, no 1, p. 129-155.
- Álvarez Gálvez, I. (2014) Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles. *Revista de Humanidades de Valparaíso*, no 4, p. 63-80.
- Bacigalupo Saggese, M. (1997) La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid.
- Bernal Pulido, C. (2003) 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. No 36. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales CEPC, Madrid.
- Betancourt Rodríguez, L., Cortés Bracho, O., & Mejía Turizo, J. (2022). Prácticas sostenibles de la comunidad apícola Maya, asociada a la organización Educe, México y su impacto al ODS No 2. *Revista Legem*, 8(1), 45–54.
<https://doi.org/10.15648/legem.1.2022.3318>
- Cárdenas Gracia, J. (2014) *Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, XLVII (Enero-Abril).
- Carrillo de la Rosa, Y. y Pereira-Blanco, M. (2017) Principio de proporcionalidad, argumentación jurídica y potestad discrecional de la Administración pública: análisis desde los límites a los derechos y garantías fundamentales. *Revista Digital de Derecho Administrativo.*, Núm. 18, Julio -Diciembre.
- Corte Constitucional colombiana (2015) Sentencia C-144 de 2015. Magistrada (e) Ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez

Corte Constitucional colombiana (2017) Sentencia C-220 de 2017. Magistrado
Ponente: José Antonio Cepeda Amarís

Corte Constitucional colombiana (2016) Sentencia C-520 de 2016. Magistrada
Ponente: María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional colombiana (2013) Sentencia T-141 de 2013. Magistrado
Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional colombiana (2003) Sentencia C-122 de 2003. Magistrado
Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Coviello, P. J. J. (2011) El principio de proporcionalidad en el procedimiento
administrativo. *Derecho PUCP*. Núm.67, Julio-Noviembre, pp. 139-152.

Díaz García, L. I. (2011) La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a
juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales.
Revista de Derecho (Valparaiso), Sin mes.

García-Hernández, B. (2017) La ley romana del talió y su base correlativa:
antigüedad e innovación. *Emerita*, vol. 85, no 2, p. 223-239.

Garro Parra, Á. (2016) Principio de proporcionalidad como límite material para la
imposición de la medida preventiva en materia ambiental de suspensión de
obra, proyecto o actividad. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*,
Núm. 46, Julio-diciembre.

Höllander, P. (2011) El principio de proporcionalidad: ¿variabilidad de su
estructura?, en Sieckmann, Jan-R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos
fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de
Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid.

Betancourt Rodríguez, L., Cortés Bracho, O. y Mejía Turizo, J. (2022). Prácticas
sostenibles de la comunidad apícola Maya, asociada a la organización Educe,

México y su impacto al ODS No 2. Legem, 8(1), 45-54.
<https://doi.org/10.15648/legem.1.2022.3318>

Marín Hernández, H. A. (2018) *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Sello editorial Universidad Externado de Colombia. Pág. 39 y ss.

Martínez-García, J. D., Leal-Holguín, A. (2011) Arbitrariedad en la determinación de los requisitos para contratar con el Estado. El principio de proporcionalidad como protección contra la arbitrariedad. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Núm. 19, Julio-diciembre, pp.223-267

Osorio Gutiérrez, M., Martínez Araujo, J. P., y Mejía Sierra, P. (2020). Medidas implementadas por los empleadores y las ARL para la ejecución del trabajo en casa. Legem, 6(2), 1-22. <https://doi.org/10.15648/legem.2.2020.2758>

Pérez Vásquez, R. (2015) La decisión judicial. *Erg@ omnes*, vol. 7, no 1, p. 30-55.

Roa Salguero, D. A. (2018) *Los conceptos jurídicos indeterminados en el derecho disciplinario*. Bogotá D.C: Grupo editorial Ibáñez. Pág. 15.

Sapag, M. A. (2008) El principio de proporcionalidad y de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado. *Revista Díkaion*, Núm. 22, diciembre.

Tirado Barrera, J. A. (2011) Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. *Derecho PUCP*, Núm. 67, Julio-noviembre, pp. 457-467.

Torres Zúñiga, N. (2015) Justiciabilidad de las medidas regresivas de los derechos sociales. Algunas reflexiones acerca de su protección en América Latina. *Derecho PUCP*, Núm. 75, Julio-Diciembre, pp. 95- 117.

Zúñiga Añazco, Y. (2010) El principio de proporcionalidad como herramienta de racionalidad. un análisis crítico de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno. *Ius et Praxis*, Núm.16 (Sin mes): Pág. 260, 2010.