CAPÍTULO V

Principio de proporcionalidad. Validez y legitimidad¹

Principle of proportionality. validity and legitimacy

Ferney Rodríguez-Serpa²

Universidad Simón Bolívar

<https://orcid.org/0000-0002-8197-7010>

Giselle De la Torre Soto³

Corporación Universidad de la Costa

<https://orcid.org/0000-0001-9707-7976>

Moisés Villa Villanueva⁴

Corporación Universidad de la Costa

María Cristina Guerra Chamorro⁵

Universidad Simón Bolívar

Cómo citar y referencias: Rodríguez-Serpa, F., De la Torre, G., Villa, M. & Guerra, C. (2019). Principio de proporcionalidad. Validez y legitimidad. En Rodríguez-Serpa, F (Ed). *Garantismo del Derecho Constitucional*. (pp 145-164), Barranquilla, Colombia. Ediciones Universidad Simón Bolívar.

- 1 El presente capítulo de libro, se deriva de los resultados parciales de la investigación titulada: "Consensos y rupturas del Derecho Constitucional". Esta investigación es apoyada y financiada por la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla-Colombia a través del grupo de investigación científica "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas.
- 2 PhD en Filosofía con Orientación en Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Nuevo León de Monterrey-México; Magíster en Derecho Procesal; Abogado; Sociólogo; Editor de la Revista Justicia de la Universidad Simón Bolívar, -Colombia; docente-investigador vinculado al grupo de investigación científica "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas" de la Universidad Simón Bolívar, Colombia. rodriguezserpaabogados@gmail.com ORCID ID: 0000-0002-8197-7010.
- 3 Magíster (c) en Educación de la Corporación Universidad de la Costa; Abogada y socióloga, docente de la Corporación Universidad de la Costa, Barranquilla, Colombia. gdelator2@cuc.edu.co. ORCID ID: 0000-0001-9707-7976
- 4 Estudiante de Derecho de la Universidad de la Costa CUC. movillaNBA@hotmail.com
- 5 Estudiante de Derecho de la Universidad Simón Bolívar, vinculada al semillero del grupo de investigación científica "Derechos humanos, tendencias jurídicas y sociojurídicas contemporáneas. blueguerra2@hotmail.com

RESUMEN

El presente capítulo aborda uno de los métodos de razonamiento más importantes después de la Segunda Guerra Mundial, pues con ello no solo se puso fin al abuso del derecho legislado, de todo o nada, y a la arbitrariedad formalista del Derecho, también se buscó en cabeza de los jueces, establecer una ductilidad y flexibilidad del ejercicio del Derecho, no desde la visión reglada clásica, sino desde la principialística encarnada en la fuerza de los derechos fundamentales. Este capítulo de libro es de corte cualitativo y se utilizó un método transversal de corte hermenéutico para poder interpretar el test de proporcionalidad. Dentro de los resultados se encontró que el principio de proporcionalidad se adecúa a la validez del sistema jurídico y a la legitimidad en su aplicación.

Palabras clave: proporcionalidad, idoneidad, necesidad, validez y legitimidad

ABSTRACT

The present chapter deals with one of the most important methods of reasoning after the Second World War, because this not only put an end to the abuse of the legislated right, of all or nothing, and to the formalistic arbitrariness of the law, It was also sought at the head of the judges, to establish a ductility and flexibility of the exercise of the right, not from the classical regulated vision, but from the principle embodied in the force of fundamental rights. This book chapter is of qualitative cut and a cross-sectional method of hermeneutic cut was used to interpret the proportionality test. Among the results, the principle of proportionality was found to be consistent with the validity of the legal system and the legitimacy of its application

Keywords: proportionality, appropriateness, necessity, validity and legitimacy

$$GPI_{JC} = \frac{IPIC - GPA - SPIC}{WPJC - GPJA - SPJC}$$

Fórmula de Peso de Robert Alexy

INTRODUCCIÓN

En todo sistema jurídico, la creación normativa ha recaído por antonomasia en el legislador y el constituyente. A los primeros, le ha correspondido esencialmente establecerse –según Hart– (Rodríguez, 2002, p. 48), las reglas primarias y secundarias; mientras a los segundos, les ha correspondido fundar las normas de carácter constitucional, esto es, los principios constitucionales.

Las normas jurídicas –reglas y principios–, que se derivan de estas dos instituciones, se han construido y se seguirán construyendo, como “expectativas contrafácticas de estabilización de comportamientos, que permitan fijar expectativas en el caso de desacuerdos cognitivos, tanto por su contenido formal, como por la posibilidad de ser alterados institucionalmente. De ahí, que la validez” (Rodríguez, 2002, p.48), legitimidad y eficacia de las normas emanadas de estos dos órganos, no se desconocen, aunque hayan sido, severamente criticados a través de la historia de los debates jurídico-políticos.

Ejemplo de tales críticas, se hacen más notorias en los sistemas jurídicos de *Civil Law*, donde, es frecuente, la exuberancia de disposiciones jurídicas del sistema, por parte, del legislador y el constituyente.

Frente a tal exceso de variantes sistémicas, a los jueces se les ha confiado el deber funcional de equilibrar el sistema jurídico en revolución a los “conflictos intersubjetivos” (Habermas, 2008, p.182). Así mismo, a partir, del deber de nivelar –en palabras de Mejía Quintana–, las expectativas contrafácticas que encierran el deber de motivar las decisiones de los jueces, se trasladan a estos, la discusión entorno a la validez, legítima y eficacia de los que deciden.

Si bien, existen en todo sistema jurídico moderno dos clases de normas jurídicas, Las reglas y los principios. “Estos dos tipos de normas, se aplican

mediante dos procedimientos racionales diferentes: La Subsunción y la ponderación” (Bernal, 2008, p.115). Para las primas -las reglas-, su aplicabilidad se efectúa a través del procedimiento de la subsunción; y las segundas -los principios-, mediante la ponderación (Bernal, 2008, p. 51). Mientras la Subsunción ha sido relativamente bien investigada, en lo que concierne a la ponderación aún hay muchas preguntas por resolver (Alexy, 1993, p.15). En este sentido, para los efectos de este trabajo la preocupación teórica que planteo es entorno a la validez, legitimidad y eficacia del principio de proporcionalidad.

Así las cosas, como hipótesis de este trabajo, me propongo en demostrar que ante los conflictos o choques entre principios resueltos a través del principio de proporcionalidad, se cumplen los criterios de validez y legitimidad.

Para responder a estas hipótesis, avanzaré conforme al siguiente orden de justificación: Primero, describiré los argumentos del principio de proporcionalidad, dando cuenta de sus tres subprincipios: 1) Idoneidad; 2) Necesidad; y 3) Proporcionalidad en sentido estricto. Posteriormente, analizaré la validez del principio de la proporcionalidad. Seguidamente, examinaré la legitimidad del principio de la proporcionalidad. y finalmente las conclusiones de la cosa.

1. PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD

Partiendo de la base del concepto de proporcionalidad tenemos que la Corte Constitucional en Sentencia C-934 de 2013 como se cita en Carrillo y Pereira (2017) afirma:

La proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); su necesidad, en el sentido de que no existan

medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y su proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que la efectividad del fin que se persigue, se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad (p. 73).

De esto debemos tener en cuenta las restricciones que el Estado le impone a los derechos fundamentales, estos si bien es cierto ya se hayan limitados, encontramos que entre ellas, la más significativa (Londoño, 2009, p.289) es el mismo principio de ponderación que se define como un medio técnico-jurídico, utilizado para determinar si los actos del Estado, que afectan los derechos fundamentales, se consideran justificados o no, a su vez que razonables y legítimos.

La proporcionalidad como principio (Londoño, 2009, p.290), busca evaluar esos posibles enfrentamientos entre normas de rango constitucional, con el objeto de garantizar a través de un juicio de ponderación el peso de un principio sobre otro, sacrificando un principio, en la tensiones que pudieron suscitar a la hora de presentarse dichas contradicciones a la luz de la toma de la decisión final, es decir de la sentencia, donde los resultados no pueden reflejar el interés de beneficio de todos, sino del tutelado a través de la ponderación que se expresa en la motivación de la decisión jurídica final, por tal razón, no siempre la proporcionalidad garantiza, ni da respuesta satisfactoria a todos los sujetos jurídicos (Londoño, 2009, p.300).

Cualquier limitación que se le haga a los derechos fundamentales acarrea consigo conflictos entre derechos que relativizan su ejecución normativa, según tienda su realización de las pretensiones del contenido jurídico. Esto para entender, que de no ser así, la existencia de las tensiones, no tendrían solución a partir de la limitación de un principio en un test

de balance, pues si no fuera de esta forma entonces, la contradicción normativa se establecería en un plano de invalidez e ilegitimidad jurídica. Es así como con razón al respecto anota Riofrío (2016): “En casi todos los países la proporcionalidad nació como un remedio contra los excesos en los que incurrían las decisiones tomadas por el Poder Legislativo y por el Poder Ejecutivo” (p.284).

El principio de proporcionalidad es utilizado en nuestro tiempo, como el nuevo derecho, como un método en la solución de conflictos para desarrollar más exactamente, la hermenéutica jurídica (Bernal, 2005, p.65).

La idea de proporcionalidad evoca, una relación adecuada entre cosas diversas, que la hace razonable por ser armónica y materialmente justa, además es usada como parámetro de calificación de la conducta humana en la ética. En el derecho, ha de ser una manifestación de uno de sus valores fundamentales de justicia, donde se pretende, que al concepto de ponderación se extiende a cualquier Estado Constitucional del Derecho, donde la proporcionalidad resulta ser una justa medida (Londoño, 2009, p.301) entre cosas diversas, pero que nos conduce a un acercamiento más próximo al concepto de justicia.

El principio de proporcionalidad es la manera o método más adecuado, en la práctica del derecho, para resolver conflictos entre principios, y para actuar en correlación de un análisis argumentativo que va introducido en sus tres categorías, para así poder coexistir. Al respecto acertadamente Riofrío (2017), acota:

Repárese que la proporcionalidad funciona no solo como regla hermenéutica que permite dar una correcta lectura a un texto normativo o de un principio positivado, sino también como una técnica mental supranormativa (porque está por encima de las leyes e impera sin necesidad de que conste explícita en

el texto constitucional) que controla la razonabilidad del orden jurídico” (p.287).

Estas categorías, son subprincipios, del principio de proporcionalidad y “las tres categorías corresponden a los subprincipios de valorización constitucional de una medida, denominado idoneidad, necesidad, y principio de proporcionalidad en estricto sentido o balanceo” (Londoño, 2009, p.301), De conformidad con esto, el principio de proporcionalidad y sus tres categorías deben satisfacer dentro de cualquier análisis jurídico de colisión de principios, un principio sobre otro. Para ello, entonces los principios en contradicción deben de someterse, según Gloria Lopera, a los siguientes subprincipios del principio de proporcionalidad:

- a. Idoneidad: para conseguir un fin constitucional legítimo, para atender naturalmente,
- b. Necesidad: para impedir que se afecte en lo mínimo posible el derecho fundamental en cuestión.
- c. Y por último, ser proporcional en sentido estricto, es decir obtener un beneficio mayor o igual, al sacrificio que pudiese ocasionar el derecho fundamental en cuestión.

1.1. Juicio de idoneidad

Para la utilización del principio de proporcionalidad es necesario establecer las categorías, que se utilizan en la argumentación del principio para su validez. En esta medida encontramos, como su juicio de valor que recae sobre contenido teleológico, es decir, sobre valoraciones finalistas, que se realizan a partir de la ponderación de los principios que se encuentran en conflicto de contenidos de normas constitucionales la norma fundamental Constitucional (Londoño, 2009, p.308).

Como se podrá observar su juicio de idoneidad, es en sí mismo, un juicio de valor objetivo jurídicamente, que pone medida a los demás

derechos fundamentales, teniendo como presupuesto los contenidos y propósitos de los juicios finales de la norma en cuestión.

Para analizar el estudio constitucional, fundado en mandatos de optimización, es pertinente, la existencia de un medio a través del cual se valore y se de cumplimiento al objetivo perseguido con la norma en cuestión, o sea, a través del subprincipio de idoneidad, el medio correspondiente, el camino a seguir a través del cual, se busca la congruencia sólida y material de los objetivos plasmados en la Constitución, es decir, de la materialización axiológica de la norma básica (Mejía, s.f, p.8), que se establece en las dinámicas jurídicas de un orden establecido (Farfán, 2008, p.181).

Por ello, un fin legítimo, es todo aquello, que no está prohibido constitucionalmente, en un orden jurídico, posibilitando un radio extenso de acciones para la determinación de los fines que se pueden plasmar, siempre y cuando la norma fundamental no lo esté expresando como prohibido, como por ejemplo, está prohibido un fin que propugna un derecho jurídico y sirva de apología a la segregación racial o discriminación entre sexos o personas de identidades sexuales distintas a la comúnmente establecida (Prieto, 2007).

Así también se puede evidenciar por otro lado el alcance de esta prohibición, pues:

La mencionada legitimidad de la medida faltaría no solo cuando atentara contra el núcleo fundamental de los derechos regulados, sino también de los derechos no regulados directamente (v. gr. cuando acaece el *factum principis*), o cuando la medida transgrediera una norma superior, o sea dictada por autoridad incompetente, o violente irremediablemente otros principios fundamentales como el de igualdad, dignidad, etc.” (Riofrío, 2017, p.289)

La finalidad determina en el sistema Constitucional, concesiones de bienes jurídicos constitucionales justos y por ello, pertinentes de lo obrado jurídicamente, pues llevan fines, puramente justos que se equivalen al concepto de justicia legítima para todos, como son los principios y los valores constitucionales.

Las actuaciones jurídicas u omisiones que pueden llegar o no afectar un derecho fundamental (norma principios), son exámenes válidos desde el punto de vista del fin perseguido, del principio en cuestión, de manera que, “si la actuación no es admisible teleológicamente, es decir no se adecuaba para la realización de lo pre-escrito, una norma o principio Constitucional, significa que no puede ser admitida, la medida en cuestión” (Aponte, 2006, p.138) esto no es más, que el ejercicio de control de legitimidad de la norma, o principios constitucionales. En aras de optimizar las acciones adoptadas por los operadores judiciales, es así como con exactitud Cárdenas (2014) precisa:

...el segundo elemento de la idoneidad entraña que la medida de intervención o afectación a los derechos fundamentales sea, sino la más útil y eficaz para conseguir el fin propuesto, sí una medida apropiada, es decir, no superflua o ineficaz para arribar al fin constitucionalmente legítimo. (p.74)

En otras palabras, no se justifica la medida y solo se debe obedecer a la legítima racionalmente. De ahí, dice el tribunal Alemán que: “una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista, cuando con su auxilio se aproxima al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance de los gestos proyectados o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia, respecto a la finalidad de la norma (Gascon & García, 2005, pp.309-310).

Para el entendido causal, no se podrá afectar o delimitar Derechos Constitucionales y con la medida no se revisa toda intromisión contra

los propósitos perseguidos de tal forma, que deberá ser adecuada para concretar la idoneidad del caso. Es el subprincipio de idoneidad el primer paso, en determinados conflictos jurídicos constitucionales

Pero que deberán corresponder a los operadores del derecho. La carga discursiva o argumentativa para la legitimidad. Finalmente es importante fijar que la idoneidad representa un criterio negativo que consiste en determinar qué medios no son idóneos (Londoño, 2009, p.312), ya que su función concluye en fijar la idoneidad de una parte, y de otra, excluir lo no idóneo, como se podrá observar de la lógica del principio de proporcionalidad, como método propio del Constitucionalismo moderno, en el cual, el juez deberá encontrar la medida mas idónea posible para el caso (Prieto, 2007, p.10).

1.2. Juicio de Necesidad

El subprincipio de necesidad, también denominado de intervención mínima, es un principio Constitucional de prohibición de exceso, tiende a la optimización, el grado de eficacia de los derechos fundamentales individuales, frente a las mismas limitaciones, es en sí, una protección, en el sentido, de poder brindar sobre otros derechos de mayor o menor medida con el fin de protegerlos de las medidas en que muchos casos menos perjudiciales o lesivos para aquellos derechos de los ciudadanos “vulnerados”.

Citando a Prieto Sanchís (2007), “la necesidad como subprincipio busca la mínima interferencia al ejercicio de los derechos, esto es, de acreditarse que no existe otra medida y obteniendo términos semejantes a la finalidad perseguida, resulta menos gravosa o restrictiva” (p.145). Quiere decir esto, que la satisfacción de un bien constitucional pueda alcanzarse a través de una pluralidad de medidas o actuaciones, resulta óptimo escoger aquella, que resulte menos perjudicial para el principio en pugna (Aponte, 2006, p.140).

En relación con el subprincipio, se subraya: Este subprincipio llamado de intervención mínima significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto no puede ser reemplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, además agrega según la Jurisprudencia Internacional, la medida no será necesaria, cuando el mismo o mejor resultado puede ser alcanzado por una ingerencia menos gravosa.

Todo esto nos indica que en la medida en que el juicio de idoneidad se orienta a puntualizar la efectividad de la medida en cuestión, el juicio de necesidad se constituye en un examen de eficacia, esto es, en su verdadera capacidad, en comparación con otros medios, para alcanzar la finalidad propuesta, del menor sacrificio posible. En el mismo sentido, Bernardo Pulido nos plantea: “El juicio de examen constitucional de la necesidad apunta a que la decisión estatal que interviene los derechos fundamental, debe realizarse como la medida mas favorable, para el derecho intervenido” (Londoño, 2009, p.387).

Entre los objetivos del subprincipio de necesidad encontramos básicamente, la relación de eficacia, medio fin, que no es más que el examen de capacidad Constitucional de los vínculos Medio – fin en procura de dimensionar las intervenciones de la definición jurídica, evaluadas en el caso concreto del derecho constitucional. Citando a Garro Parra (2016) sobre el alcance del subprincipio de necesidad nos dice:

...es indispensable que la misma sea necesaria, es decir que no exista otro medio legal ordinario para lograr el fin perseguido con la medida preventiva. Si los medios legales ordinarios con que cuenta la autoridad son suficientes para conjurar el daño o perjuicio la medida excepcional de suspensión no se debe aplicar, porque en ese caso resulta desproporcionada. (p. 464)

La decisión debe acoplar un modelo de medio–fin que tienda a propósito, concretizables, de tutelar, proteger o limitar la realización de las garantías

sustanciales, a fin elige la medida necesaria para el cumplimiento de la finalidad, en la escogencia de los medios idóneos judicialmente, para plantear una relación precisa constitucionalmente, relacionada con el mayor grado de vulnerabilidad al ejercicio de los Derechos. Además puede suceder que entre el medio-fin se provoquen descontentos directos e indirectos, por lo cual el subprincipio de necesidad se decanta en su análisis argumentativo constitucional de verificación de la decisión en términos de determinar los posibles daños producidos colateralmente.

De tal manera que resulte pertinente el examen teleológico de la decisión jurídica al tomar medida constitucionales, en el caso concreto, para evitar daños jurídicos.

1.3. Juicio de Proporcionalidad en estricto sentido

La ponderación o principio de proporcionalidad parte de la armonización, para establecer un orden preferente de bienes y valores jurídicos aplicados en circunstancias especiales o determinadas, es el sano equilibrio de relación entre valores jurídicos que pueden entrar en conflicto. “El principio de proporcionalidad en sentido estricto, comprende la ponderación de valores o su concretización atendiendo las especificaciones del conflicto jurídico, la proporcionalidad en sentido determina mediante técnicas del contrapeso de bienes o valores” (Bernal, 2007, p.65) en cambio la ponderación estima los intereses según las circunstancias del caso concreto

De las distintas clases de acepciones que presenta la palabra ponderar, tal vez la que mejor se adapta o se ajusta al lenguaje jurídico es aquella que hace referencia a la acción de considerar imparcialidad en los aspectos de contrapuestos de una cuestión en equilibrio entre pesos. En el mundo jurídico, no deberá ser necesariamente siempre equilibrio de las cosas puestas en conflicto, si no por el contrario se exige que una de las

dos posiciones encontradas resulte triunfante a la hora de la decisión jurídica determinada.

La proporcionalidad en estricto sentido, es un juicio de valor hermenéutico de niveles constitucionales encaminado al análisis de conflictos que se busca determinar en lo profundo del estudio de la coalición jurídica determinada por tres elementos básicos:

1. Si la decisión a tomar perjudica o no en mayor o menor intensidad a la otra posición.
2. Si se perjudica en igual forma las demás normas (inmersas en el conflicto jurídico).
3. Si el sacrificio con un justo medio de uno de los derechos en relación con el otro, es decir, si esta última decisión jurídica prima su relación, determinada por el fin del balanceo (Londoño, 2009, p.388).

El juicio de valor constitucional que se realiza en la ponderación, produce frente a la misma, controversias jurídicas entre derechos fundamentales plasmados en un contenido de una decisión, donde se puede analizar lo siguiente:

- I. Se declare la inconstitucionalidad de la decisión porque Conculca todas las posiciones iusfundamentales vinculadas con el caso concreto.
- II. Se califica de Inconstitucional la medida porque afecta injustificadamente un mayor grado, una de las posturas jurídicas inmersas en el problema jurídico que genera la decisión.
- III. Se manifiesta la ilegitimidad de la medida porque nada aporta a la realización de los derechos involucrados en la controversia.

- IV. Se declara la constitucionalidad de la medida porque garantiza en igualdad de condiciones todos los derechos comprometidos en la decisión.
- V. Se expresa que la decisión es ajustada a la norma fundamental en cuanto que uno de los derechos merece mayor protección que otros en correlación al conflicto jurídico inmerso.
- VI. Se estipula que la decisión es constitucional en tanto que todos los extremos del conflicto se minimizan para el logro de su compatibilidad funcional en el sistema jurídico” (Londoño, 2009, p.389).

Como se podrá observar, en el análisis de argumentación del principio de proporcionalidad en el sentido estricto, vemos que más que la utilización de un método de interpretación de relación jurídica del derecho constitucional (Londoño, 2009, p.390), es un método para determinar siempre que surjan tensiones entre los contenidos de derechos que prescriben, ya que entre los conflictos que surgen entre derechos Constitucionales la solución jurídica no puede valerse de metodologías simplistas para resolver conflictos de rango constitucionales, como la siguiente analogía: “La norma posterior prima sobre la anterior, la norma especial prevalece sobre la general, la norma posterior deroga la anterior, la norma superior prevalece sobre la inferior, la norma transitoria prima sobre la determinada en casos especiales” (Farfán, 2008, p. 181). Siguiendo con la relación al método empleado, vemos que es necesario que se de solución en determinados casos a las tensiones que surjan entre normas de mayor y menor jerarquía, este método es válido, pero entre tanto no se podrá utilizar para determinar una controversia o conflicto entre normas jurídicas de rango constitucional, ya que no existe un grado jerárquico entre estas mismas. En especial, aquellas prescritas como de primer orden o grado (Derechos Fundamentales). Siguiendo en esta línea, podemos decir con certeza, que las normas

de rango constitucional, definen su importancia o su jerarquía, con fundamento en el principio de proporcionalidad.

Del juicio de proporcionalidad en el estricto sentido se ha producido una pluralidad de conceptualizaciones como la siguiente: en palabras de Francisco Farfán Molina “La proporcionalidad en sentido estricto es observada por la medida lesiva del Derecho, cuando las ventajas que se obtengan mediante la intervención, compensan los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general” (Alexy, 1993, p.131). Como se podrá observar, se trata de dos situaciones en tensión, exigiendo para el postulado del principio la mínima lesividad para el mayor grado en protección al derecho fundamental, entonces tenemos que el juicio de proporcionalidad en el sentido estricto conduce a todas las exigencias de los sub-juicios de idoneidad y necesidad que encierra el núcleo fundamental de la ponderación.

Según Robert Alexis nos comenta al respecto que el juicio de proporcionalidad en el sentido estricto cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro (Hart, 1961, p.125).

2. LA VALIDEZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Siguiendo la relación establecida en este trabajo sobre la ponderación o principio de proporcionalidad, comprendemos el grado de importancia en el mundo jurídico contemporáneo sobre los nuevos horizontes del derecho.

En el marco de la ponderación como principio jurídico de rango constitucional, introduzco la validez para darle mayor solidez a este principio de ponderación, de acuerdo con la perspectiva de Hart, sobre las bases sólidas de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando mayor es la obediencia del grupo social significativo habitualmente a las

órdenes respaldadas por amenazas que a la vez, son condición necesaria y suficiente de la existencia del derecho y su validez (Hart, 1961, p 217).

El fundamento de la validez en el principio de ponderación coexiste en el ordenamiento jurídico normativo, que tiene como esencia un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, es decir, no vale porque su contenido puede inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera y en última instancia por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico por haber sido producida conforme a los principios de legitimidad, consensos democráticos plenos que a la vez, le dan la legitimidad necesaria para su existencia (Londoño, 2009, p.507).

Además, esta validez del principio de proporcionalidad se ve ratificada cuando se relaciona con otros principios como los de prohibición del exceso, defecto, la realización de un orden justo. La proscripción del abuso de poder, etc. Visto así el requisito de validez del principio de proporcionalidad, hace que este funcione de manera que mantenga el nivel de validez del sistema jurídico como parte, que hace dimanar esta condición, exigiendo que toda medida que afecte un derecho fundamental sea esta una omisión, una acción insuficiente o excesiva deba guardar correspondencia con la Constitución, examinándose de tal medida, respeta o no el mandato de prohibición por omisión, defecto o acción insuficiente, es decir, si la medida acoge los criterios del sistema jurídico que califican de válida o inválida una decisión jurídica (Habermas, 2008, p.305).

3. LA LEGITIMIDAD DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El significado de la norma constitucional es esencialmente claro, cuando una constitución no es modificada por las vías constitucionales, sino que

es reemplazada de manera abrupta por una revolución o por medios coercitivos, el nuevo régimen jurídico establecido seguramente revestirá una deslegitimización, pues esta, no es fruto del consenso democrático, sino del consenso de los violentos. En tanto un orden jurídico regulado Constitucionalmente aplica procedimientos determinados, basados en reglas de validez y de legitimidad como fruto de la voluntad soberana del constituyente (Habermas, 2008, p.316).

La legitimidad de la ponderación entonces se otorga en un sentido derivado, puesto que la aplicación de este método se deriva de la facultad jurisdiccional que le otorga la Constitución a los jueces. Así mismo, tenemos como base presupuestal de la validez en la norma fundante en un orden jurídico enunciado deóntico que formulan la norma fundante básica “uno debe comportarse de acuerdo con la Constitución tácticamente establecida y eficaz”. La norma jurídica fundante tiene validez porque es la regla y la base como presupuesto de la validez y eficacia misma (Habermas, 2008, p.317), por eso estas reglas, principios, normas mantienen su eficacia mientras no sea instaurado otro orden que a su vez deberá ser, y obedecer a un consenso entrecruzado que deberá establecer los procedimientos y métodos de resolución de los conflictos entre principios.

Cuando nos referimos y ponemos una base teórica procedimental, en este caso, el principio de proporcionalidad, partimos que la legitimidad, de la norma jurídica se mide por la racionalidad del procedimiento que caracteriza la actividad de producción de normas, pues, este procedimiento es más complejo que la argumentación moral, porque la legitimidad de las leyes, normas no solo mide la rectitud de juicios morales, sino como otras cosas como es la disponibilidad (Habermas, 2008, p. 326), pertinencia, relevancia en los juicios o conflictos de situaciones o casos concretos, de ahí, que reafirmamos la valoración argumentativa del juicio de proporcionalidad.

La legitimidad del principio de proporcionalidad, parte de la fundamentación de los argumentos en las decisiones a tomar en casos concretos. Como es bien conocido, una adecuada interpretación de principios de rango constitucional sirve para la clarificación del derecho y del mantenimiento de un orden jurídico coherente y vigente. Atendiendo a este señalamiento, el tribunal constitucional Alemán dice al respecto: “un sistema de riesgo estructurado por principios no es más que un orden concreto de valores”. En fin, las normas objetivas concernientes a principios en la constitución (Grundgesetz), descansan en decisiones [valorativas]. En este sentido, los principios como guías transformadores del derecho, como mandatos de optimización cuya intensidad permanece abierta, pero que a la vez, viene ajustarse al mundo jurídico dinámico, de las reglas del balanceo (Habermas, 2008, p.327).

CONCLUSIONES

El principio de la proporcionalidad es fundamento del sistema jurídico del nuevo orden o nuevo derecho contemporáneo como estructura jurídica vinculada con la pretensión de corrección del sistema mismo. El principio de proporcionalidad es instrumento que asegura racionalidad, razonabilidad a las decisiones jurídicas en cuanto que es un método de argumentación y justificación y en tanto mecanismo que efectiviza la materialidad de los distintos intereses constitucionales en la pragmática del ordenamiento jurídico teniendo presentes factores de la facticidad interindividual.

El principio de proporcionalidad es determinante del contenido de los derechos fundamentales en tanto determina de manera clara cómo estos podrán desarrollarse en la práctica de un determinado ordenamiento jurídico a la luz de las nuevas posturas del Derecho Constitucional.

El principio de proporcionalidad es un juicio de valoración constitucional de las decisiones Jurídicas que se basa en la realización de un

juicio de ponderación tendiente a definir un problema jurídico de modo que resuelvan las tensiones que se estructuran entre los intereses del Estado y el individuo.

El principio de Proporcionalidad presenta la forma de una composición trilogía cimentada en los subprincipios o sus juicios de valor constitucional como son la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, de igual forma analizamos las tres categorías como pirámides de existencia de principio de ponderación como es la validez, la eficacia, la legitimidad para la coexistencia de tal principio.

Estos subprincipios de idoneidad refleja el alto grado, el juicio de valor constitucional encargado de evaluar la legitimidad de los medios y fines plasmados en una correcta decisión jurídica. En su juicio la necesidad es un juicio de valor constitucional que comprende la eficacia misma para determinar el medio empleado en la decisión jurídica de un propósito fijado en la norma fundamental.

El subprincipio de la proporcionalidad en el estricto sentido es un juicio de valor fundamental que hace una valoración crítica comparativa racional, definida por medio de la ponderación de la pluralidad de intereses constitucionales involucrados con la adopción de la decisión jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (1993). *Téoría de los derechos fundamentales*. Traducción: Ernesto Garzón Valdés. Centro de estudios constitucionales. Madrid, España,
- Aponte, A (2006). *Captura y medidas de aseguramiento: El régimen de libertad en la nueva estructura procesal penal en Colombia*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Primera Edición. Bogotá, D.C.,
- Bernal, C. (2008). *Consideración acerca de la fórmula de la ponderación de Robert Alexis*.

- Bernal, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2ª Edición. Madrid, España.
- Bernal, C. (2005). *El derecho de los derechos. Escrito sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Carrillo, Y., y Pereira, 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*, 18(2), 65-83.
- Cárdenas, J. (2014). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 139(1) 65-100.
- Farfán, F. (2008). *Eutanasia. Derechos fundamentales y ley penal*. 2ª Edición. Bogotá, D.C.: Ediciones Nuevas Jurídicas.
- Garro, A. (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*, 125(2) 443-468.
- Gascon, M. y García, A. (2005). *La argumentación en el Derecho*. Segunda Edición corregida. Lima, Perú: Palestra Ediciones.
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Traducido por: Genaro R. Carrio Ediciones Abeledo-Perrot. Universidad de Oxford. Buenos Aires, Argentina.
- Habermas, J. (1998). *Factibilidad y validez sobre el derecho y el estado democrático*. Edición 4. Traducido: Manuel Jiménez Redondo,
- Londoño, C. (2009). *Principio de proporcionalidad en el Derecho Procesal Penal*. Primera edición. Ediciones Nuevas Jurídicas. Bogotá,
- Prieto, L. (2007). *El juicio de la ponderación constitucional en el principio de ponderación en el estudio constitucional*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Coord: Miguel Carbonell. Bogotá, D.C.
- Prieto, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Serie Derechos y Garantías No. 5. Lima, Perú: Palestina Editores. Primera reimpresión a la primera edición.
- Riofrío, J. (2016). Alcance y límites del principio de proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1) 283-309.
- Rodríguez, C. (2002). *La decisión judicial. El debate Hart-Dworkin*. Editores Siglo del Hombre. Universidad de los Andes. Bogotá.