



ISBN: 978-958-8943-25-1

Aproximación a un modelo teórico de ponderación de Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia

Luz Amparo Granada de Espinal
Catalina Merino Martínez



**Aproximación a un modelo teórico de ponderación
de Derechos Fundamentales contemplados
en la Constitución Política de Colombia**

**Luz Amparo Granada de Espinal
Catalina Merino Martínez**

Aproximación a un modelo teórico de ponderación de derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia [recurso electrónico] / Luz Amparo Granada de Espinal, Catalina Merino Martínez. -- Medellín : Funlam, 2017
112 p.

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 9789588943251

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; DERECHOS FUNDAMENTALES – SENTENCIAS; DERECHO CONSTITUCIONAL; DERECHO CIVIL

Merino Martínez, Catalina

Aproximación a un modelo teórico de ponderación de Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia

© Universidad Católica Luis Amigó
Transversal 51 A N°.67B-90. Medellín, Antioquia, Colombia.
Tel: (574) 448 76 66
www.funlam.edu.co - fondoeditorial@funlam.edu.co

ISBN: 978-958-8943-25-1

Fecha de edición: 12 de abril de 2017

Autoras: Luz Amparo Granada de Espinal
Catalina Merino Martínez

Corrección de estilo: Rodrigo Gómez Rojas
Diagramación y diseño: Diana Ortiz Muñoz
Edición: Fondo Editorial Universidad Católica Luis Amigó
Coordinadora Editorial: Carolina Orrego Moscoso

Hecho en Medellín - Colombia / Made in Medellín - Colombia

Financiación realizada por la Universidad Católica Luis Amigó - Funlam.

Texto resultado de la investigación “Aproximación a un modelo teórico de ponderación de Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia”. Este estudio fue realizado por el grupo de investigación Jurisol, de la Universidad Católica Luis Amigó.

Las autores son moral y legalmente responsables de la información expresada en este libro, así como del respeto a los derechos de autor. Por lo tanto, no comprometen en ningún sentido a la Universidad Católica Luis Amigó.

Para citar este libro siguiendo las indicaciones de la tercera edición en español de APA:

Granada de Espinal, L. A., y Merino Martínez, C. (2017). *Aproximación a un modelo teórico de ponderación de Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia*. Medellín, Colombia: Fondo Editorial Universidad Luis Amigó.



El libro Aproximación a un modelo teórico de ponderación de Derechos Fundamentales contemplados en la Constitución Política de Colombia, publicado por la Universidad Católica Luis Amigó, se distribuye bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional.

Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden encontrarse en <http://www.funlam.edu.co/modules/fondoeditorial/>

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO PAUTAS PARA LA DECISIÓN JUDICIAL 13

1.1 La norma principal 23

1.2 Diferenciación entre reglas y principios en el tratamiento de los casos difíciles 28

1.3 Decisión judicial 32

CAPÍTULO II

LA SENTENCIA JURISDICCIONAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD 37

2.1 Origen y desarrollo del Principio de Proporcionalidad 44

2.2 Principio de Proporcionalidad en sentido amplio 50

CAPÍTULO III

LA SENTENCIA JURISDICCIONAL Y EL JUICIO DE PONDERACIÓN 63

Proporcionalidad *stricto sensu* o juicio de ponderación 63

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL 69

4.1 Utilización precaria del test de proporcionalidad por parte del Tribunal 72

4.2 Aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana 83

CONCLUSIONES 98

REFERENCIAS 104

INFORMACIÓN DE LAS AUTORAS

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo debe su origen a una serie de inquietudes planteadas en las conferencias dictadas en el desarrollo de la maestría en Derecho Procesal y desde el doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín; entre ellas estaba la compartida por el maestro Tulio Eli Chinchilla, a quien en primer lugar le damos las gracias infinitas por sus valiosos aportes; ya que con su sabiduría supo encausar a los maestrandos hacia un mundo recóndito de las no respuestas *a priori*, pero al sí de la necesidad de potenciar el pensamiento científico, desde el reconocimiento de los derechos fundamentales y de su núcleo esencial. Asimismo, agradecemos al doctrinante e investigador, doctor: Carlos Bernal Pulido; quien como maestro, en el doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo, impactó con su invaluable estudio de la teoría Alexiana y generó interrogantes que fueron sembrados; a partir de los cuales y del estudio sistemático, se gesta el presente trabajo. Y a todos los maestros, a quienes no se mencionan por su nombre por temor a omitir alguno, es necesario

expresar un sincero agradecimiento por todas sus enseñanzas y en especial, por la incertidumbre sembrada, la que permitió presentar este sencillo ejercicio escritural.

Gracias a la Funlam, al equipo de trabajo y muy especialmente a la Vicerrectora de Investigación, doctora Isabel Puerta Lopera, por su apoyo incondicional.

INTRODUCCIÓN

La presente obra fue concebida por una necesidad sentida de realizar una aproximación teórica de carácter sistemático al Principio de Ponderación, desde el estudio de los principios, de las reglas, de su jerarquía móvil y desde el análisis simple de un tema de tanta trascendencia jurídica, para permitir arribar a una comprensión general que posibilite al lector descubrir la aplicación y la eficacia o no del mismo. Las autoras se han dado a la tarea de indagar sobre la finalidad de la sentencia jurisdiccional, entendida como herramienta para la producción de decisiones correctas basadas en la razonabilidad y proporcionalidad, sobre el contenido mismo de la norma jurídica que tiene como base el razonamiento judicial.

En ese sentido, se considera que la tarea de heterocomponer un litigio es un problema hermenéutico que eventualmente -ante la presencia de casos difíciles y trágicos- podría entrañar la colisión de principios, que no son más que normas de optimización en los términos de Robert Alexy. Por tanto, se requiere por parte del director del proceso

el abandono de la técnica subsuntiva y la asunción del juicio de proporcionalidad como modelo garante del respeto de los derechos fundamentales y de su posible restricción prima facie. Y es que cuando se habla de la aplicación del test de proporcionalidad, lo que en últimas se está evaluando es la justeza de la actuación estatal a los parámetros de la justicia material, ya que está proscrito todo sacrificio inútil, innecesario y excesivo de las libertades del individuo, salvo que en cada circunstancia específica recaiga respecto del aplicador de la medida que coarta las prerrogativas aludidas, la carga argumentativa de justificar los medios empleados. Es así como se está en presencia de un principio de carácter relativo, en donde lo que importa no son prohibiciones definitivas y permanentes de un instrumento jurídico, sino que por su carácter relacional, lo que trasciende es la comparación entre el medio y el fin perseguido en cada supuesto litigioso.

No se pretende ofrecer un panorama histórico de la evolución de este principio; sino más bien intentar acercar lo teórico a lo pragmático, con una ilación secuencial que logre vislumbrar la evolución de la figura.

Adentrarse en las entrañas de un tema polémico, se convierte así, en un imperativo categórico, tal vez por la dificultad que éste presenta, porque es necesario estar de la mano de la lógica jurídica, concebida desde la lógica aristotélica, para establecer la necesidad de acudir a la argumentación jurídica que se presenta al justificar una sentencia desde los conceptos de racionalidad y razonabilidad, que consienten arribar a una justicia material, enmarcada por la justicia formal, la que permite la maleabilidad para develarse como en el derecho dúctil de Gustavo Zagrebelsky (2002).

En primera instancia, se inicia el análisis de los principios estimados como pautas vitales para la decisión judicial, los que se encuentran plasmados en la Constitución Política y que como faros orientan a los operadores jurídicos, al no contar con una norma expresa que permita una aplicación silogística; y se deba realizar un proceso hermenéutico que garantice los derechos fundamentales, cuya protección es requerida en un litigio y que convierte al juez en un activista judicial o creador de derecho.

En segunda instancia, se arriba a la decisión judicial, como campo dialógico jurisdiccional que permite al juez vislumbrar el derecho, al no dejarse fascinar por un legislador omnisciente; sino al permitir encontrarse con un catálogo de derechos que son presentados como principios o como normas de optimización y que como faros orientan su decisión, potenciada por la discrecionalidad jurídica, espacio que le permite al operador jurídico realizar un entramado normativo, permeado por la justicia material.

Al arribar al capítulo II, el lector se encuentra con la sentencia jurisdiccional, estimada a la luz del principio de proporcionalidad, para dar garantías a quien se acerca ejerciendo el derecho de acción; es decir haciendo uso de la facultad de poner en movimiento el aparato jurisdiccional del estado para que se resuelva su pretensión y de esta forma, obtener tutela de su derecho, el cual ha sido vulnerado o desconocido.

Es así, como se presenta el principio de proporcionalidad, como aquel que impone al Estado hacer uso moderado de su poder, dado que la vinculación a la dignidad humana es irrestricta, y que proscribire el sacrificio inútil que puede darse cuando se presenta en abierta

contradicción desde la desproporcionalidad, la que no guarda coherencia para la protección de derechos en pugna. Es de advertir que el juez se enfrenta a la colisión de principios y debe hacer uso del principio de proporcionalidad en el juicio de ponderación o balanceo.

En el capítulo III, visualiza el lector la sentencia jurisdiccional y el juicio de ponderación, en el que debe arribar a la proporcionalidad *stricto sensu* o juicio de ponderación, para poder decidir cuál derecho afecta y cuál satisface, debido a la colisión de derechos que se le presentan a estudio y en el que debe imperar el principio de equidad constitucional.

En el capítulo IV se realiza el análisis jurisprudencial, desde la población objeto de estudio, de las sentencias del Tribunal Superior de Medellín durante los años 2011 y 2012. Para identificar dicha población, se procedió a la revisión de sentencias proferidas durante dicho periodo, de esa revisión se identificaron 866 sentencias que cumplieran con el criterio previamente definido (sentencias que tutelaran derechos fundamentales y que además se presentara colisión entre ellos). La definición de la muestra se realizó mediante muestreo probabilístico, el tamaño fue de 67 sentencias, con un nivel de confianza de 95% y un margen de error máximo de 5%. Para la selección se enumeraron las sentencias y con la ayuda de Excel se generaron 67 números aleatorios entre 1 y 866.

Asimismo, se procedió a la selección aleatoria de sentencias proferidas por la Corte Constitucional, con el fin de verificar el uso del test de proporcionalidad, como herramienta a utilizar por el operador

jurídico, en el caso de colisión de derechos fundamentales, para hacer viable arribar a sentencias correctas, las que no serían posibles a través del proceso deductivo o silogístico.

Se invita al lector a incursionar en un campo del Derecho, que no ha sido muy difundido, por la polémica que se presenta, al desestimar un derecho fundamental para dar paso a otro, en el que se debe otorgar la supremacía de uno sobre otro, en especial cuando se considera que los derechos fundamentales se encuentran en un mismo nivel y es por lo que al decir de Ricardo Guastini (2005), debe estimarse una jerarquía móvil, a la luz de la argumentación jurídica.

CAPÍTULO I



Los principios generales del derecho como pautas para la decisión judicial

El capítulo primero, denominado “Los principios generales del derecho como pautas para la decisión judicial”, tiene como objetivo llevar al lector al entendimiento de cuál es la tarea que cumple el juez dentro del proceso jurisdiccional a través del proferimiento de la sentencia como herramienta de decisión. Tarea que rebasa en mucho la mera aplicación mecánica de la norma mediante el trabajo deductivo propio del silogismo judicial heredado del modelo de pensamiento del positivismo del siglo XIX, pues hoy, dentro de las lógicas del Estado Social de Derecho y del nuevo paradigma del Neoconstitucionalismo que propenden por el respeto de los derechos fundamentales del individuo y por tanto de la efectividad de los mismos, la adopción de las decisiones en juicio debe tener como fundamento epistémico la consecución de la verdad de los hechos y no solo la resolución de los conflictos afirmados por medio de la pretensión procesal.

Y para ello, como director del proceso y dentro de una corriente de publicización del debate judicial, el órgano decisor debe garantizar el respeto del derecho sustancial sin violentar el debido proceso, el cual debe estar transversalizado por la utilización de un método de construcción de la sentencia basado en la argumentación jurídica y en la valoración racional de la prueba. Este método debe tener como sustento no solo las normas explícitamente positivas, esto es, el derecho legislado, sino que en el evento de los llamados casos difíciles, debe hacer acopio de dispositivos finalistas que desde la Constitución Nacional irradian todo el sistema. Y que por su textura abierta, su permanencia constante en el ordenamiento y por ser mandatos *prima facie*, pueden ser cumplidos en diferente grado dependiendo del caso concreto, exigiendo del juzgador un trabajo que implique actos de ponderación que den como resultado la precedencia de un principio sobre otro, pero sin derogar al que no se ha preferido. Es pues, una tarea alejada de la arbitrariedad, porque el funcionario jurisdiccional mediante la *ratio decidendi* y de los argumentos *obiter dicta*, explicita los lineamientos tomados a consideración, identificando, para el efecto, el tipo de razones que se aducen y la interrelación que existe entre ellas (*reglas de inferencia*).

La Constitución Política de Colombia es la norma que, *en aras de garantizar la tutela judicial efectiva por medio del ejercicio del derecho de acción*, determina las directrices que enmarcan la autoridad del Estado en el proceso jurisdiccional, sobre la base de principios que garantizan los derechos fundamentales de quienes intervienen como sujetos con interés respecto del objeto litigioso dentro del debate procesal. El proceso, pues, es un elemento canalizador de la verdad

material tendiente a hacer efectivo el mandato del artículo 2º de la Carta Nacional, el cual señala como uno de los fines esenciales del Estado la efectividad de los principios consagrados en ella.

Su función, por tanto, es la reconstrucción espacio temporal de los hechos históricos originadores de la relación sustancial en litigio, con el objeto de producir una norma heterónoma que implique la aplicación del poder exorbitante del Estado radicado en el órgano judicial y que va dirigida *-con fuerza de cosa juzgada-* a la supresión de los conflictos afirmados.

En ese orden de ideas, el juez tiene, *como sujeto imparcial, imparcial e independiente*, un compromiso, único y exclusivo, con el contenido de la justicia, esto es, con la producción de una norma mediante la cual reconozca el derecho a quien lo tiene. Y para ello, debe generar la participación ciudadana en perfecta simetría y en ejercicio de la bilateralidad de la audiencia como expresión del principio constitucional del debido proceso, toda vez que los sujetos parciales y coordinados (demandante y demandado) son copartícipes o cogestores del método de construcción de la sentencia, mecanismo de cierre de la instancia, y cuyo universo *-artículos 278 a 280 Código General del Proceso-* está delimitado por el *Thema decidendum*.

No es atrevido decir, por tanto, que el juez se erige en el operador jurídico por excelencia, y así lo manifiesta el Doctor Hernán Valencia Restrepo (2007) cuando señala:

En última instancia, el juez se constituye en el auténtico destinatario de las normas jurídicas, cuando ellas no sean observadas voluntariamente, pues se sanciona su coercibilidad o a ellas se les aplica ésta efectivamente (p. 264).

Idea que ya expresaba Carnelutti:

No os dejéis, ante todo, seducir por el mito del legislador. Más bien pensad en el Juez, que es verdaderamente la figura central del derecho. Un ordenamiento jurídico se puede concebir sin ley, pero no sin Juez. Es bastante más preferible para un pueblo el tener malas leyes con buenos jueces que no malos jueces con buenas leyes (...). Es el Juez, no el legislador, quien tiene ante sí al hombre vivo (...) y sólo el contacto con el hombre vivo y auténtico, con sus fuerzas y debilidades, con sus alegrías y sus sufrimientos, con su bien y con su mal, pueden inspirar esa visión suprema que es la **institución de la justicia** (negrilla fuera de texto) (Carnelutti, 1989, p. 82).

Es así como la expresión máxima de la jurisdicción es su actividad creadora de derecho por medio de la ley suprema de la subsunción jurídica. Ley que se materializa con la sentencia, la cual implica, no la aplicación del silogismo judicial propio de la escuela de la exégesis, sino su inversión, de cara al Estado social del derecho, aplicando como premisa mayor la norma *entendida como ordenamiento jurídico en su conjunto*, como premisa menor el hecho o los hechos y como conclusión, la decisión o fallo judicial.

En el desarrollo de una labor de constante afinamiento jurídico, como es la realizada por el órgano jurisdiccional, surgen nuevas normas generales. Los tribunales se convierten, entonces, en una fuente de derecho de alcance general y sus decisiones se incorporan a la vida jurídica (Valencia Restrepo, 2007, p. 268).

En esa tarea, la función jurisdiccional no puede estribar en una mera aplicación de reglas jurídicas; el juez debe ser un verdadero creador de derecho sobre el entendido de que la sentencia es una norma individualizada. Es un acto real de creación, sustancialmente diferente a la norma positiva; y esto, en la medida en que el derecho objetivo, al determinar parcialmente al juez para su aplicación a una situación particular, deja un espacio amplio a la elaboración judicial, cuyo

órgano mediante la **interpretación** y la **integración normativa** aplica el derecho al caso concreto. Y así lo manifiesta el profesor Rafael Asís Roig, cuando afirma, citando a Alchourrón & Bulygin, que “el que la actividad judicial pueda ser descrita como deductiva no implica actuación mecánica y no creadora” (1995, p. 98).

Y es que la creación del derecho no se produce solo en el fallo, ya que en el proceso de decisión, el funcionario judicial crea una norma de carácter general que se constituye en premisa del razonamiento en el que deriva la decisión de cierre del sistema y que se corresponde con la *ratio decidendi*, porque motivar es justificar desde la comprensión de los hechos

Entonces, la función creadora que desarrolla el juez justifica la consagración por parte del constituyente de la supremacía del derecho sustancial sobre el procesal contemplada en el art. 228 sup., toda vez que el director del proceso no puede so pretexto del cumplimiento de formalismos inocuos o de inexistencia de norma aplicable, dejar de otorgar tutela jurisdiccional a los sujetos inmersos en el debate. Tutela que en ningún caso supone, *como requisito sine qua non*, que la decisión va a ser favorable a los intereses del pretensor, porque aun siéndole contraria, éste la acatará por considerarla adecuada al derecho; o sea, por ser justa.

En esa medida, la actuación del agente judicial debe tender al mantenimiento y desarrollo del orden social como fin ético del Estado, y para ello debe lograr aplicar el derecho dentro de un marco de consenso social o de legitimidad que haga ver que la función judicial es más que una mera aplicación mecánica de la ley. No obstante,

habida cuenta de que la generalidad y abstracción de las normas impiden contemplar todos los asuntos de la vida susceptibles de ser sometidos a una litis, el juez, *en su tarea de heterocomponer de manera pacífica los conflictos afirmados en la demanda*, debe, *necesariamente y por mandato constitucional*, recurrir a **criterios finalistas** que den solución al problema planteado. Dichos criterios son los principios.

El hecho de que la actividad del juez sea deductiva no implica aplicación silogística desprovista de análisis, porque en su quehacer, el órgano jurisdiccional, según el profesor Asís Roig (1995), puede verse enfrentado a casos fáciles, difíciles y trágicos. Frente a los primeros, el ordenamiento jurídico tiene una solución explícitamente positiva no discutida. Respecto de los segundos, hay que decir que el ordenamiento tiene más de una respuesta posible, tanto porque se proyectan sobre los hechos, dándose un problema de prueba y/o de calificación, o bien, sobre las normas, y entonces, se estaría ante un problema de interpretación y de relevancia. Y los trágicos se producen cuando en relación con el hecho, no cabe encontrar una solución que no sacrifique algún elemento de un valor considerado como fundamental.

Por ende, el sujeto supraordenado asume un tipo de argumentación cimentada en un marco jurídico que toma como referencia acciones humanas con altos índices de elementos valorativos y que arroja como resultado, una racionalidad dialéctica que se mueve dentro de los grados de convencimiento hasta llegar a la certeza. Más allá de la constatación empírica de los hechos y de la lógica deductiva, esta tarea intelectual del juzgador va dirigida a articular las finalidades perseguidas por el pretensionante, *y que han sido afirmadas a modo de premisa por él*, con otras finalidades concurrentes y opuestas. “El

resultado final no es una mera demostración de las consecuencias derivadas de la admisión de una finalidad, sino una reorganización y clasificación de las finalidades que constituían el punto de partida” (Fuller & Kenneth, 1978, p. 365).

Pero como estamos ante normas con una textura abierta, esto es, que no precisan de las condiciones de modo y lugar para su aplicación, pueden, *en determinado momento*, colisionar con otro mandato de igual naturaleza, ya que esta clase de prescripciones no determina indefectiblemente (como si lo hacen las reglas) que siempre que se dé un supuesto fáctico en el que el precepto normativo esté en juego, el resultado debe ser su defensa, pues puede coexistir otro principio que, *de manera encontrada y concomitante*, exija su aplicación; en otras palabras, “conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios” (Alexy, 2001, p. 81). Ello en la medida, en que un principio ordena que algo sea realizado dentro de las posibilidades jurídicas determinadas por los principios opuestos y por las posibilidades fácticas existentes. Por eso son mandatos *prima facie*, porque pueden ser cumplidos en diferente grado al no configurar el caso de manera cerrada.

A diferencia de las reglas, en donde el nexo entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica es automático, los principios no se mueven dentro de un esquema de “todo o nada”. La inaplicación de un principio cuya conculcación está en juego, no implica su derogación del ordenamiento jurídico, porque es posible que en un caso futuro de conocimiento, gracias a que ha conservado su vigencia, puede prevalecer sobre otros valores bilaterales esenciales imperantes en una sociedad. Y es que su naturaleza no-conclusiva permite al funcionario llevar a

cabo un tipo de razonamiento intermedio que lo aboque a un juicio comparativo de normas principales, donde la dimensión de peso y la ponderación permiten la resolución de ese choque entre derechos fundamentales.

Es ahí, entonces, donde se encuentra la dificultad en el proceso de producción del acto de cierre del sistema, como mecanismo de decisión por medio de la aplicación de la:

Ley perenne de la experiencia jurídica (paso de la norma abstracta y general a la norma concreta) y de la suprema ley jurídica de la subsunción (todo caso debe subsumirse en la norma general) (Valencia Restrepo, 200, p. 400).

Y, de contera, la razón del presente trabajo investigativo, porque no existe un parámetro establecido por el legislador o el constituyente que le indique al juez, *de manera única y cierta*, la forma de construir el juicio de ponderación que permita la aplicación de uno de los dos principios en pugna al caso controvertido y la supervivencia del otro para la resolución de futuros casos.

Pero a pesar de ello, hay una cosa irrefutable y es que la aplicación de los principios en la resolución de los asuntos controvertidos llevados a instancias de la jurisdicción, fortalece la posición del juez dentro del proceso. Ante una confrontación de derechos, la decisión que se adopte otorgándole preferencia a uno de ellos va a tener como único límite la racionalidad, porque

ponderar no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución “intermedia”, que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que –de algún modo- aplique o sacrifique parcialmente a ambos. Ponderar consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando otro (Guastini, 1999, p. 40).

Por eso, la motivación es una de las exigencias que nuestro legislador contempla en el inciso 1º del artículo 280 del estatuto procesal civil del 2012 como cimiento del método de construcción de la sentencia judicial. Más aún, cuando lo que está en juego es la prevalencia de una norma cuyo contenido valorativo condiciona el desarrollo de todas las demás por tener una función perfeccionadora del ordenamiento (Bustamante Rúa, 2010, p. 52). Y es que cuando:

Un principio colisiona con otro, el juez no solo no juzga sobre la validez, sino que no puede, en cierto sentido, dejar de aplicar ninguno de los dos. Decidirá luego de una ponderación **-materializada en argumentos-**, la precedencia de uno sobre el otro, pero sin anular al que no se ha preferido (negrilla fuera del texto) (Cianciardo, 2003, p.896)

Ese ejercicio intelectual, entonces, dará cuenta de que la resolución del problema no fue **arbitraria**, sino basada en **buenas razones**, y para ello, *a través de la ratio decidendi y de los obiter dicta*, el juez explicitará todos los lineamientos tomados a consideración, identificando, para el efecto, el tipo de razones que se aducen y la interrelación que existe entre ellas (*reglas de inferencia*). Porque para aplicar el derecho, el sujeto supraordenado debe partir de diferentes premisas, que, *insoslayablemente*, deben ser justificadas, tales como los argumentos lingüísticos, los normativos, los empíricos y los valorativos (Iturralde, 1991, p. 239). Con los **lingüísticos** se pretende apelar al significado de los términos que aparecen en la decisión judicial; los **normativos** atienden al criterio formal de validez o justificación interna de la norma (el análisis de la coherencia entre las premisas y la conclusión, esto es, si la relación entre ellas es necesaria o es probable) como al criterio material o justificación externa (análisis de las razones sustantivas de la decisión, de las razones que se dan en apoyo de cada uno de los enunciados que forman un razo-

namiento conjunto); los **empíricos** suponen la valoración del acervo probatorio como medio confirmatorio de la ocurrencia de los hechos; y por último, los **valorativos** son aquellas justificaciones que sirven para elegir las razones a emplear en caso de que exista conflicto entre principios; de ahí que se diga que paralelamente a la individualización normativa debe existir un proceso justificativo de razonamiento con fuerza de convicción.

Siendo así las cosas, si se acepta que los Principios Generales del Derecho informan todo el ordenamiento jurídico, al constituirlo, modificarlo, derogarlo, desarrollarlo o completarlo, se podría llegar a afirmar que ellos se tornan en “una pauta para resolver un círculo determinado de problemas concretos” (Valencia Restrepo, 1997, p. 52), y hacen posible la racionalización y la actualización del derecho; es entonces en esta época que se le permite al órgano jurisdiccional “apartarse de la rigidez normativa, para moverse dentro de los conceptos de equidad y justicia” (Vásquez, 2001, p. 41).

1.1 La norma principal

La nomoárquica o principialística jurídica es la ciencia que se dedica dentro de la Teoría general del derecho al estudio de los principios generales del derecho, y a este respecto, el profesor Valencia Restrepo (2007) señala que el primer vocablo:

Hácese derivar de los nombres helénicos *nómos* (ley o derecho) y *archat* (principios). A ellos se añade el sufijo (o desinencia) *ica*, también griego, significativo de arte, ciencia o habilidad y, en nuestro caso, razonabilidad, racionalidad, científicidad. De consiguiente, “nomoárquica” es la **filisofía y la ciencia de los principios jurídicos** (2007, p. 2).

Y el segundo, “proviene del nombre latino neutro plural *principia* (principios) y del afijo pospuesto *ística*, que da idea de sisematización” (Valencia Restrepo, 2007, p. 2).

En ese sentido, los principios están presentes en las normas explícitamente positivas en la medida en que durante su proceso de creación, estas últimas se han inspirado en aquellos, pues cuando el legislador regula los supuestos fácticos que han de integrar el dispositivo normativo, éste ya presupone tales fundamentos axiológicos; de tal suerte que la única función que posibilita determinar la naturaleza jurídica de la norma principal no es la integrativa, como se creyó hasta antes de la Constitución Política de 1991 cuando aún se entendía que los principios generales eran fuente auxiliar del ordenamiento, en tanto solo servían para llenar las lagunas jurídicas. Hoy, gracias a la inversión de las fuentes del derecho, se tiene que los principios –*así como la jurisprudencia*– son fuente principal del derecho, cumpliendo también funciones como la creativa y la interpretativa, en tanto sirven para elaborar, modificar o derogar preceptos normativos, o para compren-

derlos y observarlos, o para cubrir su carencia. En este sentido, hay que sostener que los procedimientos de hacer, comprender y de suplir el derecho a partir de los principios, se erigen en operaciones discursivas *-cuya base es un juicio de valor-*, que requieren del operador jurídico un trabajo de argumentación que le permita aplicar al caso *sub-judice* la norma general, fundamental e imperativa en aras de procurar la coherencia y la plenitud hermética del sistema.

Dice el profesor Federico de Castro Bravo que:

Los principios generales del derecho manifiestan su eficacia respecto al derecho positivo como una fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas, medio orientador de la interpretación y como inagotable fuente de consejo para resolver las cuestiones no previstas por la ley y la costumbre (1949, p. 427).

Y por eso es dable concluir que toda norma jurídica es aplicación, desarrollo y concreción de los valores sociales, bilaterales, fundamentales de una comunidad dada, los cuales, en última instancia, “son valores prejurídicos o prepositivos que se encuentran en los principios” (Valencia Restrepo, 2007, p. 69). Se ha sostenido por los teóricos del derecho que la norma positiva busca siempre una finalidad que entraña necesariamente un valor, habida cuenta de que la conducta humana, objeto de regulación normativa, está orientada a alcanzar de manera negativa o positiva un propósito; en ese orden de ideas, y acuñando la tesis de Recasens Siches (1963) “el derecho es un conjunto de normas creadas y vividas por los hombres con miras a la realización de ciertos valores” (p. 501). Es así como se puede sostener que los principios tienen, al decir del profesor Valencia Restrepo, siete

focos de significación o entidades semánticas, a saber: la fundamentabilidad, la generalidad, la juridicidad, la bilateralidad, la coercibilidad, la imperatividad, y la tópica.

Para Aristóteles, un principio "*arché*" significaba elemento constitutivo, causa u origen de una cosa; por tanto, son los núcleos básicos del ordenamiento, las directrices o parámetros que subyacen en las demás normas jurídicas, de ahí que se diga que ellos son entidades que "informan la institución en la que se manifiestan" (García De Enterría, 1986, p. 153). La generalidad, en cambio, supone que la conducta humana regulada no responde a una apreciación singular del caso concreto, sino a la estimación objetiva y abstracta de los fenómenos dados en el medio social, y en ese sentido, están dotados de juridicidad al tener fuerza normativa, pues son bilaterales porque imponen obligaciones que implican reciprocidad de cara a los demás miembros de la sociedad. Norman entonces la conducta preferentemente exterior en interferencia intersubjetiva, imponiéndose así la alterabilidad, por cuanto protegen derechos y obligaciones, y ello gracias a su condición de disposiciones heterónomas. De otro lado, por su observancia, los principios se reputan coercibles, esto es, conllevan la posibilidad de aplicar la fuerza por parte del órgano jurisdiccional en caso de incumplimiento de los mandatos que contienen. Y esa posibilidad de someter su desacato a control judicial, implica la necesidad perentoria de una observancia inexorable de la norma, en tanto su contenido compromete el bien común, el orden público y las buenas costumbres, así lo sostiene el profesor Gonzáles Campos (2002): "el contenido de las normas imperativas encierra valores jurídicos funda-

mentales” (p. 17). Y en última instancia, está la tópica. Los principios son los lugares comunes jurídicos, esto es los *topoi*, que no son otra cosa que:

Proposiciones conformes con la opinión común, y que la tópica constituye un conjunto doctrinal sobre lo probable. Además, ella integra el contenido de la dialéctica, pues ésta es la ciencia del razonamiento sobre lo probable, el arte de discernir lo verdadero de lo falso (Valencia Restrepo, 2007, p. 342).

En últimas pues, los tópicos son puntos de vista aceptados universalmente que ayudan a encontrar la verdad, por constituirse en la premisa mayor del silogismo bárbara cuando el juez ha de proferir un fallo con base en aquel.

Ahora bien, existen dos métodos para obtener las normas principales: el inductivo y la intuición emotiva-sentido común, pero para aplicarlas en la resolución de casos concretos con el ánimo de crear, integrar o interpretar el derecho, ha de usarse el método deductivo. Sin embargo, es necesario precisar que lo primero que debe hacer el operador jurídico es tratar de extraerlo de una norma explícitamente positiva, o sea de una regla que puede ser constitucional o legal, y jurisprudencial, siendo las primeras, las que reposan en la parte dogmática de la Constitución, o las que reglan las instituciones del Estado en la parte orgánica de la Carta Nacional o las que expide el legislador; y las segundas, las que se derivan del trabajo del juez en su tarea de otorgar tutela jurídica concreta desatando una litis mediante la providencia de cierre del sistema y que se hallan en la ratio decidendi.

Una vez agotada la búsqueda del principio en las fuentes formales del derecho, se debe recurrir a la inducción. Mediante ella se pretende extraer de la regla el principio que la ha inspirado a partir de un proceso de generalización creciente, permitiendo pasar de lo particular a lo general. Y solo, de manera subsidiaria y en el evento de lagunas jurídicas, se hace uso del método de intuición emotiva-sentido común que arrojará como resultado la obtención de un principio implícitamente positivo, que vertido en un dispositivo de creación estatal se transforma en una norma explícitamente positiva. La intuición emotiva es un criterio de verdad que se llama evidencia cuyo fundamento es la inteligencia y la razón, es decir, que su esencia es el discurso. Sin embargo, frente a esta posición sustentada, ente otros, por el profesor Mantilla Pineda (1996, p. 28), está la contraria defendida por el alemán Robert Alexy, quien sostiene que “la teoría de los principios renuncia a la dudosa aseveración epistemológica de una facultad específica para la intuición de valores” (1994, p. 165), y ello porque la posibilidad de un conocimiento intuitivo desemboca en una posición subjetivista en la resolución de los casos; sin embargo hay razones para apoyar la tesis de la procedencia del método intuitivo como criterio objetivo de verdad, si se tiene en cuenta que el principio aprehendido debe constituirse en una necesidad para el ámbito jurídico y aceptado por la mayoría de los hombres pertenecientes a una sociedad y a una época dada, erigiéndose así, en una verdad histórica, sustrato de los tópicos o lugares comunes que admiten la verificación empírica mediante medios experimentales. Y por último, el principio obtenido a través de este criterio de verdad, debe ser susceptible también de someterse al examen de la razón mediante un análisis racional y razonable.

Lo anterior, entonces, permitiría acercarse a una definición general de los principios, que según el profesor Javier Jaramillo Tamayo (2011), podrían concebirse como:

Directivas o pautas fundantes, a veces axiológicas a veces formales, a veces constitucionales y a veces infraconstitucionales, a veces explícitas y a veces implícitas; que orientan y marcan el derrotero de lo que debe ser el derecho vigente al momento de su creación legislativa, o de su interpretación y de su aplicación, desde el punto de vista axiológico o sistemático (p. 803).

Tales normas, entonces, por ser dispositivos abstractos, deben ser aplicados mediante el proceso lógico de la deducción que da lugar al tránsito de lo general a lo particular a través de la llamada *ley perenne de la experiencia jurídica*; sin embargo, el silogismo es una herramienta que no puede estar desprovista de los cánones de la deontica contemporánea, específicamente de la argumentación jurídica, haciendo hincapié tanto en la justificación interna como en la justificación externa de la decisión, máxime cuando se esté en presencia de una colisión de principios, porque entonces aquí ha de recurrirse a la técnica de la ponderación, pues según Alexy:

En la justificación interna se trata de ver si la decisión se siguen lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas (1989, p. 213).

1.2 Diferenciación entre reglas y principios en el tratamiento de los casos difíciles

La doctrina distingue entre dos clases de normas, las **reglas de conducta y los principios**, toda vez que en el ordenamiento no hay una pauta de distinción que permita establecer su diferencia. Se debe señalar que el criterio lingüístico no es un criterio de distinción válido, toda vez que muchas normas que son llamadas por el legislador o por la jurisprudencia como principales, no son tales; y hay muchas disposiciones que sí expresan principios, así el legislador no los haya plasmado explícitamente de esta forma. Es por esto, que la interpretación es la función que el operador jurídico ha de utilizar para llegar a la clasificación de la norma como regla o como principio, y ello a partir de las características que cada una de las estructuras deónticas ostenten al regular de manera prescriptiva la conducta humana. Existen varias tesis en cuanto a esta categorización. En un primer grupo, cuya arista de clasificación es la intervención de la voluntad o no de quien opera con las normas jurídicas, se encuentra la que sostiene que son las características estructurales de los enunciados las que permiten hacer la diferencia, es decir, la tesis cognoscivista u objetiva; y de otro lado, está la que señala que es el operador jurídico, según su discrecionalidad, quien determina si se está en presencia de una regla o de un principio, siendo su elección acogida por la mayoría de la sociedad; y por esta razón la configuración sería contingente y no necesaria, pudiendo variar de acuerdo con lo que, en cada época y lugar, el ente estatal decida al momento de crear, interpretar e integrar el ordenamiento.

En un segundo grupo se halla la tesis de la separación fuerte y de la separación débil de los principios (Prieto Sanchis, 1992, p. 54). En la primera, la diferenciación parte de una ontología de las normas, es decir, que desde su producción la norma jurídica, o es un principio o es una regla. En cambio, la teoría débil supone que el encuadramiento en principio o en regla depende de la interpretación y aplicación que se haga sobre las mismas, esto es, a partir de la carga argumentativa que se utilice incluso en la solución de conflictos entre aquellas. La teoría fuerte distingue los principios de las reglas con base en criterios cualitativos, materiales o de fondo; y la débil hace la diferenciación a partir de enfoques relativos, cuantitativos, o de grado.

Para la tesis débil de la separación, entre reglas y principios existe una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico; generalmente, sostienen sus partidarios, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, sino tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos. Conforme a la “tesis fuerte de la separación”, en cambio, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, exclusivamente, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa, esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintos (Aarnio, 2000, p. 594).

Precisamente, es la teoría fuerte la que defiende Robert Alexy (2001, p. 112) al señalar que ella es la que permite hacer efectiva la existencia de los derechos fundamentales dentro del sistema jurídico, pues estos constituyen desde su esencia valores sociales, universales y principiales de una sociedad determinada. Y es que los principios, según este autor, son normas de optimización porque su mandato se realiza en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. En otras palabras, pueden ser cumplidos en diferentes grados y dependiendo siempre de los principios opuestos; en ese orden de ideas, una norma principal tiene una estructura no conclusiva, es

decir, no posee una consecuencia jurídica que expresamente señale el efecto irrefutable derivado de la realización del supuesto de hecho, en tanto la aplicación del consecuente va a depender siempre de cada caso concreto. Contrario *sensu*, una regla de conducta se erige como una norma definitiva, cuya estructura posee una naturaleza de “todo o nada”, es decir, que realizado por el destinatario el supuesto de hecho, se activa inmediatamente el nexo de imputación y de manera indefectible se produce la consecuencia, independientemente de las circunstancias del caso objeto de la *litis*.

Insistir en la diferencia entre estos dos conceptos, cobra real importancia en el escenario de la colisión normativa, tanto en el conflicto entre principios como en el conflicto entre reglas. Ante la existencia de un choque de normas, el juez de conocimiento debe recurrir a herramientas diferentes para solventar el resultado disímil que genera los juicios del deber ser jurídicos que lleva a cabo en el proceso de decisión al aplicar sobre el mismo caso fáctico las dos normas encontradas. Si se está en presencia de un enfrentamiento entre reglas, el juzgador debe recurrir a los criterios de solución de antinomias contenidos en el artículo 5 de la Ley 57 de 1887; esto es el criterio de jerarquía, el criterio de especialidad y el criterio cronológico. Tales parámetros comparan dos disposiciones cuyo estudio arrojará la invalidez de una de ellas, lo cual entrañará su expulsión del ordenamiento jurídico. Mientras que en la colisión de principios, al tener en disputa dos normas cuya jerarquía es móvil por no existir primacía de una sobre otra salvo en relación a un caso concreto, lo que se cuestiona con el juicio hecho por el juez no es su pertenencia al sistema jurídico, sino su precedencia condicionada respecto de la norma en pugna, sin que ello signifique, en ningún evento, la derogación de la misma, sino su inaplicación en el asunto objeto

de examen. Y es que como lo señala Guastini (2005, p. 171), lo que en verdad se predica de las normas principales es la jerarquización móvil, que no es más que “la derrotabilidad por otros principios de la misma jerarquía constitucional, dependiendo de las circunstancias del caso concreto” (Moreso, 2005, p. 105).

Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto; al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido. En definitiva, los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso (Ruiz Ruiz, 2007, p. 57).

Es posible que el juzgador se valga de la discrecionalidad para identificar un principio que expresamente no esté nominado como tal, y en ese sentido no es dable hablar, como lo hace Dworkin (2007, p. 154), de una única respuesta correcta en la resolución de los casos donde existe la colisión mencionada, pues ello supondría la existencia de un orden preestablecido de prioridad de valores, donde el peso de cada uno se hiciera depender de la existencia de una escala numérica que tasara tanto este como su medida. Y así lo sostiene Zagrebelsky, cuando señala que los principios no se estructuran según una jerarquía de valores porque ello atenta contra el carácter pluralista de la sociedad, porque de ser así:

El principio de más rango se erigiría en soberano entre todos los demás y sólo permitiría desarrollos consecuentes con él, privando de eficacia a todos los principios inferiores y dando lugar a una “tiranía del valor” esencialmente destructiva (2002, p. 126).

1.3 La decisión judicial

Referida ésta a la actividad en la que el operador judicial realiza un proceso de interpretación, en el que se va decantando una decisión final, en ese discurrir debe tomar una serie de decisiones parciales que le permiten aproximarse al extremo final de su actividad.

En esa actividad hermenéutica y con el uso de la discrecionalidad judicial, puede el juez tomar decisiones de ampliar el sentido de la norma; es decir, *latu sensu* o restringirlo *stricto sensu*. De igual forma, el lenguaje que se utiliza puede estar permeado del conocimiento producto de su investigación científica -que como funcionario judicial despliega-, dado que cuenta con una normatividad expedida por un legislador no omnisciente, debido a que este al momento de expedir la norma no prevé todas las situaciones de una realidad social y cambiante. Es así, como está en él darle el sentido a la norma, de acuerdo con una interpretación teleológica, y en este proceso actúa como verdadero intérprete y creador del derecho, desde la estimación particular producto de su bagaje personal y profesional.

El operador describe, interpreta y norma; es decir, produce la norma sentencia, la que individualiza los preceptos generales, dejando de lado la oscuridad o la vaguedad del lenguaje, por cuanto estos argumentos no pueden ser esgrimirlos, como pretexto para denegar justicia. Es por lo que la sentencia se constituye en la prueba fidedigna del pensamiento del juez, de su construcción anticipada, la que se ve reflejada en ese documento llamado providencia, en el que la transparencia de su actuar permite visualizar su papel de observador

permanente de los hechos con los que teje su argumentación, y es con ese material fáctico suministrado por las partes, con el que el juez moldea y da forma a su decisión final.

El operador jurídico al esgrimir sus razones como fundamento de su decisión, hace gala de legalidad y proscribire la arbitrariedad, motiva sobre los hechos, las normas y sobre los alegatos que las partes presentan enmarcados por las pruebas. Es así como el funcionario judicial demuestra y prueba el serial de decisiones que va tomando, reconduciendo su actuar desde valores materiales, permeados por la axiología y justificados en el valor Justicia.

Puede aducirse que la decisión judicial es instrumento de comunicación de derechos y obligaciones planteado ante un auditorio universal, y por tanto, en aras de legitimar la doctrina jurisprudencial, el funcionario judicial debe utilizar un lenguaje comprensible y no uno enmarcado en un caos cifrado e inaccesible. Los valores deben quedar al desnudo; es decir, expuestos a la opinión pública que crítica o realiza una defensa de la actividad judicial. Es por eso que:

El juez como sujeto público y con deberes de esta clase, está obligado a inspirar su práctica en un cuadro de principios básicos universalmente compartidos, que tienen consagración constitucional y en los grandes textos internacionales de garantía de los derechos fundamentales (Ibañez, 2007, p. 44).

Se dejaría al descubierto la protección que los jueces hacen de los derechos fundamentales y del control constitucional que realizan en aras del amparo que se debe a los valores tutelados por el Derecho, en cada momento histórico. En cuanto a la motivación, es “entendida como el

deber inexcusable de dar cuenta de las auténticas razones del acto o proceso de decisión, que *preactúa* garantizando una mejor calidad de éste en todas sus dimensiones” (Ibañez, 2007, p. 277).

La decisión judicial, como fallo o sentencia es contentiva de una justificación interna y otra externa:

Se debe comprender como justificación interna a la exigencia y a los problemas que se ocasionan por ella, con relación a la corrección en la formulación de las premisas en el llamado silogismo jurídico, que en nuestra consideración damos en llamar práctico prudencial; mientras que la justificación externa es el proceso de fundamentación o motivación de las premisas utilizadas para constituir el silogismo práctico prudencial (Ghirardi, O., Fernández, Andruet, & Ghirardi, J., 2001, p. 75).

La decisión judicial estará sometida a un escrutinio de las partes, inicialmente, y luego a uno más general que la validará con un sello de legitimidad o ilegitimidad, dado que puede ser seguida como precedente de argumentación por otros operadores judiciales o por el mismo que la produce, además porque:

La decisión judicial supone la elección entre diversas alternativas; ello implica que es posible construir varias decisiones y que aquella con pretensión de erigirse en la decisión judicial es apenas una dentro de un repertorio de soluciones posibles que emulan por ganar la adhesión del autor –el juez– y de todos quienes por ella sean concernidos (Villamil Portilla, 2008, p. 30).

CAPÍTULO II



La sentencia jurisdiccional a la luz del principio de proporcionalidad

El capítulo segundo, “La sentencia jurisdiccional a la luz del principio de proporcionalidad”, busca explicar cómo dicha providencia judicial -siendo acto creador de derecho- requiere de una participación activa del juez en su producción, pues éste no solo debe hacer un control formal de la validez de la norma a aplicar, sino que debe existir por su parte un control constitucional de razonabilidad sobre el contenido normativo que dé cuenta de los fines que se pretenden alcanzar en referencia al respeto de los derechos fundamentales. Es por ello, que cuando hay un choque de normas de optimización, el juzgador debe hacer un examen de las razones que el derecho se propuso al momento de crear el dispositivo jurídico regulador de conductas, y ahí se está en presencia de lo que se conoce como el principio de proporcionalidad en sentido amplio, cuyo origen se cifra en el derecho alemán. Proporcionalidad que persigue en últimas la obtención de decisiones judiciales correctas, que no son más que aquellas decisiones que permiten en un mayor grado el disfrute de derechos fundamentales, pero siempre dentro de un marco de justificación en el que se funda la medida que pretende la restricción de tales valores.

Si en ese proceso de interpretación y creación normativa, aparece más de una opción frente a una misma finalidad, el juzgador debe hacer acopio del principio de proporcionalidad en sentido estricto, pues la norma por la que se decante el juzgador tendrá que ser razonable en sí misma y frente a todo el ordenamiento jurídico para poder catalogarse como justa. De ahí, que se deba preguntar por la adecuación, la necesidad y la ponderación al desatar conflictos entre principios como herramientas útiles y determinantes a la hora de una colisión principal. A partir de la aplicación de esos tres juicios (adecuación, necesidad y ponderación), se examina la eficacia (subprincipio de idoneidad o adecuación), la eficiencia del dispositivo jurídico (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto), de las medidas que conllevan a la restricción de derechos fundamentales.

La sentencia es el acto más importante de la función jurisdiccional, porque es por medio de ella que el Estado, en cabeza del juez, heterocompone con vocación de cosa juzgada el conflicto afirmado a fin de recomponer la paz social con la adopción de una decisión justa y útil. En otras palabras, la providencia de cierre del sistema es “el resultado de la acción intentada que dará satisfacción en su caso a la pretensión del juicio” (Rumoroso Rodríguez, 2010, p. 2).

En ese orden de ideas, cuando el órgano jurisdiccional dicta sentencia es porque está dando cumplimiento a la garantía que se le ha otorgado al ciudadano de acceder a la jurisdicción para obtener de ella tutela respecto al derecho que se dice violentado, no solo para buscar seguridad jurídica mediante la eliminación de la incerteza en la titularidad de la relación jurídico-material objeto de examen, sino

para lograr la consecución de la justicia, que busca -en la verdad de los hechos- la participación activa del juez en el iter procedimental. Por tanto, en esa tarea, no cabe sino la figura de:

Un juez activo, provisto de los poderes necesarios para alcanzar una decisión justa, en un tiempo razonable, con una estricta sujeción al procedimiento legalmente previsto y con el menor costo posible para el Estado y el ciudadano (Hunter Ampuero, 2011, p. 212).

En ese orden de ideas, la justificación de las decisiones jurisdiccionales no puede derivar en una mera exigencia técnica, sino en un fundamento de legitimidad de los jueces, en la medida en que la forma más eficiente de prevenir la arbitrariedad en el ejercicio de administrar justicia por parte del juzgador, es, precisamente, presentar públicamente buenas razones. En la tradición del positivismo jurídico, el juez al adoptar la decisión de cierre del sistema, asumía tres pasos lógicos para desatar el conflicto afirmado, a saber: primero identificaba el conjunto de premisas válidas que conformaban un enunciado normativo general, en segundo lugar, delimitaba un supuesto de hecho relevante, o sea, aquel que había sido confirmado según las fuentes y medios de prueba debidamente asegurados, decretados y practicados dentro de la cuerda procesal, y finalmente, deducía la solución al problema planteando haciendo una subsunción de tales supuestos fácticos al dispositivo normativo aplicable. Sin embargo, hoy no es de recibo sostener que la tarea de juzgar se limita solo a la identificación de un supuesto de hecho para subsumirlo en una norma jurídica, habida cuenta de que las decisiones jurisdiccionales son el resultado de complicados procesos de información en los que inciden problemas de determinación fáctica, o problemas hermenéuticos.

El juzgador podría escudarse -a fin de llevar a cabo la tarea de desatar la litis- en la aplicación del razonamiento propio del silogismo bárbara solo respecto de los llamados casos fáciles, donde las premisas de aquel se vislumbran de manera nítida y en donde la conclusión buscada es el resultado de un proceso meramente deductivo, y ello en la medida en que hay consenso general respecto del significado de los enunciados normativos que hace posible establecer en que casos el dispositivo elegido es objeto de aplicación y, por tanto, permite menguar la participación activa del intérprete en la configuración de la norma jurídica. Pero cuando no hay identificación entre la norma y la realidad a la que se refiere el enunciado normativo, es posible, que una vez situado en la etapa de decisión, el juez se enfrente a los llamados casos difíciles o incluso a los trágicos, en los términos de Manuel Atienza Rodríguez (2013, p. 79), frente a los cuales es necesario una mayor carga de justificación que arribe en una decisión justa y equilibrada (Lorenzetti, 2011, p. 257). Porque aquí, además de reconstruir el caso desde el ámbito del descubrimiento normativo, se debe hacer una adjudicación de significado a partir del escenario de los principios, el cual -por el contenido abierto de éstos- abre la puerta a la alternatividad de respuestas posibles, y en el “que no cabe tomar una decisión que no vulnere algún principio o valor fundamental del sistema” (Atienza Rodríguez, 1992, p. 77).

Es por eso, que cuando el juez se enfrenta a la tarea de aplicar derechos fundamentales al caso concreto materia de examen, debe hacer uso, por su estructura principal, de una metodología de interpretación consistente en confrontar las normas ius-fundamentales con los principios opuestos. Y es que en dichos eventos, como lo señala Carlos Bernal Pulido, existen “dos o más disposiciones jurídicas, que

fundamentan *prima facie* dos incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso” (Bernal Pulido, 2003, p. 770). En esta tesitura, el juzgador tiene que empoderarse de argumentos de principio, como la **coherencia y la consistencia** para adoptar una decisión que se acople al ordenamiento jurídico. De un lado, haciendo que la decisión se adecúe al conjunto de principios y valores que se derivan racionalmente del sistema, ahí se estaría en el plano de la coherencia; y de otro, la consistencia entonces, profiriendo un fallo que no violente normas válidas vigentes en el ordenamiento (Sastre Ariza, 1993, p. 305).

Por tanto, bajo el entendido de que la sentencia es un acto creador de derecho producto de una participación activa del juez, y no solo una aplicación mecánica de la ley al caso concreto, debe señalarse que el análisis de la validez de una norma no puede limitarse a un mero control formal por parte del sujeto supraordenado del debate judicial, sino que se precisa de un control constitucional de razonabilidad sobre el contenido mismo de la norma, esto es, sobre los medios regulados en ella y los fines que se pretenden alcanzar, pero siempre en referencia al respeto de los derechos fundamentales. Y así lo preceptúa la Corte Constitucional colombiana:

El control ejercido por los jueces y Tribunales en el Estado Constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia. De lo dicho se deriva la idea de que el Juez, en el Estado Social de Derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución —sus principios y sus normas— con la ley y con los hechos, hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En ese sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación del derecho (T-406, 1992, parr. 9).

Cuando el juez se enfrenta a un evento de colisión de principios, está abocado, necesariamente, a la idea de proporcionalidad en un sentido lato. Esto es, debe efectuar un examen de las “razones” que el derecho se propuso al momento de crear el dispositivo jurídico regulador de conductas. Es un examen, entonces, de la racionalidad de los medios y fines del derecho. Así lo sostiene Juan Fernando Linares (2002, p. 108), cuando señala que la razonabilidad, también llamada proporcionalidad en la tradición continental, es un factor justificador y de corrección del sistema jurídico, a través del cual se haya la conexión entre razón, verdad y justicia, que son, en últimas, los objetivos trazados por el proceso jurisdiccional.

Cuando el órgano judicial dicta una sentencia a efectos de heterocomponer la *litis*, lo que busca realmente es propiciar los medios necesarios para lograr la finalidad trazada por el legislador. En este proceso de creación normativa o de interpretación jurídica, es posible que aparezca más de una alternativa frente a una misma finalidad, y en esa medida, la norma por la que se decante el juzgador tendrá que ser razonable en sí misma y frente a todo el ordenamiento jurídico para poder catalogarse como justa. Y es que las normas ius-fundamentales tienen:

Un fin al que tienden, que les da su valor y dignidad en el ordenamiento, ya que han sido reconocidos con un sentido determinado: ser el medio técnico-jurídico para que la persona y la comunidad logren determinado bien fundamental. En consecuencia, los derechos son en realidad *delimitables* o *determinables*: a través de la interpretación y decisión constitucionales es posible trazarles contornos precisos, un ámbito donde es justo ejercerlos –el cual debe ser razonablemente establecido por la ley, la jurisprudencia y la doctrina–, de manera que trasponer esa esfera de actuación regular devendrá en un ejercicio abusivo (Toller, 2005, p. 1258).

En los casos en que se deba dirimir una colisión de normas de optimización, como denomina Alexy (2001, p. 113) a los principios y por ende, a los derechos fundamentales, el juzgador no solo deberá cerciorarse de que las normas que se pretendan aplicar estén conformes con las reglas formales del ordenamiento, y por tanto cumplan como los requerimientos de una validez formal, sino que además, debe hacer un control sustancial sobre ellas, teniendo en consideración su finalidad y los medios empleados para alcanzarla. Esa consonancia entre finalidad, medios y Constitución es lo que se llama razonabilidad o proporcionalidad de las leyes (Sapag, 2008, p. 162).

En el Estado Social de Derecho, las constituciones contienen altos niveles de normas “materiales” que condicionan la actuación de los poderes públicos por medio de la disposición de ciertos objetivos a cumplir en el ejercicio de sus funciones. Tales normas no son otras que los derechos fundamentales, frente a los cuales los Estados modernos abogan por su correcta puesta en práctica, más que por su explicitación en la norma positiva, utilizando para tal fin técnicas de interpretación que los hagan efectivos, como lo es la proporcionalidad, tanto en sentido amplio como en sentido estricto. Esta técnica de aplicación de normas ha suscitado al interior de la doctrina varias posturas en cuanto a su operatividad, en tanto se ha discutido acerca de la posibilidad de que cualquier juez o tribunal, además del constitucional, puede realizar un examen de razonabilidad sobre las normas; de si existen criterios concretos y objetivos para ejercer este tipo de control, que no genere arbitrariedad la concreción del derecho y de si es un parámetro delimitador del contenido esencial de los derechos fundamentales.

2.1 Origen y desarrollo del principio de proporcionalidad

La génesis de este principio puede cifrarse de manera simultánea en el derecho anglosajón y en el derecho europeo continental. En el derecho anglosajón, y en los países adscritos al sistema del common law, se suele hablar de “principio de razonabilidad” o, según la terminología estadounidense, del estándar del **substantive due process of law**. En cambio, en la terminología del derecho continental, cuyo ordenamiento pionero en su aplicación fue el alemán, se le denomina principio de proporcionalidad. Pero en uno y en otro, la finalidad es la misma, esto es, “asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación normativa” (Cianciardo, 2004, p. 38).

La tradición norteamericana durante el siglo XX, gozó de un control por parte de la jurisprudencia respecto de la razonabilidad de las leyes, siendo esta práctica reconocida como la cláusula del debido proceso legal sustantivo (substantive due process of law). Esta institución tiene sus cimientos en el derecho inglés, cuando en 1215 surge la Carta Magna de Juan Sin Tierra, en la que en el capítulo 39 se estableció que:

Ningún ciudadano será detenido, o apresado, o desposeído, o deportado, o exiliado, o de alguna manera afectada; ni iremos sobre él, ni enviaremos a nadie sobre él, sin un juicio legal de sus pares o de acuerdo con la ley de las tierras.

Esto significa que se preceptuaron una serie de reglas y procedimientos para que los actos estatales pudieran gozar de validez, erigiéndose así, en unas garantías contra la arbitrariedad del Rey y de los jueces.

Se adoptó esta figura en la V enmienda del *Bill of Rights* en el año de 1791 y en la enmienda XIV de 1868, (Biblioteca de la Libertad, 2015) que marcaron el inicio de una línea jurisprudencial hacia el debido proceso legal con un sesgo sustantivo, toda vez que permitieron controlar el contenido de las leyes federales a la luz de parámetros de justicia y razonabilidad, y ello en la medida en que se regularon como inherentes al ser humano derechos tales como la libertad, la propiedad y la igualdad ante la ley. Y es que desde finales del siglo XIX, eran consideradas como irrazonables las decisiones que afectarían a los derechos fundamentales contenidos en la Constitución, y por eso, a partir de la década de los 40 del siglo XX, la Corte Suprema de Estados Unidos, para evitar el subjetivismo y arbitrariedad del órgano judicial diseñó tres tipos de estándares de revisión de la norma legal, a los cuales denominó “escrutinios” (Ferrer Mac-Gregor & Zaldivar Lelo de Larrea, 2008, p. 301), como forma de aplicar el debido proceso legal y la protección del derecho de igualdad, y que podrían considerarse la base del principio de *balancing of the Rights*, en tanto son estimados como niveles de intensidad en el control de la razonabilidad de las leyes.

De ahí, que los subprincipios que se manejan en Colombia derivados del test de proporcionalidad, esto es, adecuación, necesidad y ponderación, devienen de los tres escrutinios propios de la tradición norteamericana. El primer escrutinio, denominado “estricto”, establece que una norma que regula un derecho fundamental se presume, en un primer estadio, inconstitucional, y por tanto, para desvirtuar tal presunción, el Estado debe probar que la medida se dictó para promover una finalidad imperiosa, haciéndola, de tal manera, necesaria.

El escrutinio “intermedio”, es el segundo test respecto de la racionalidad de la ley. Mediante él, la Corte Suprema Estadunidense controla las regulaciones legales respecto de intereses del Estado, no ya imperiosos, sino legítimos e importantes. Debe comprobar, entonces, que los medios sean sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, es decir, exige una adecuación de los medios a los fines. Pero aun así, el juez puede hacer un juicio de necesidad paralelo, estableciendo si es posible que existan otras medidas menos discriminatorias a la analizada.

El tercer escrutinio se denomina “control de relación razonable”. Exige que la medida, que se presume constitucional, mantenga una relación razonable o racional con la finalidad perseguida. En otras palabras, la norma solo podrá declararse inconstitucional en los eventos en que se acredite la existencia de un fin ilegítimo o que la medida no tenga un vínculo razonable con la finalidad legítima, esto es, cuando viole de manera rotunda el derecho constitucional de la libertad de un individuo, generando con ello una conculcación al debido proceso legal (Sapag, 2008, p. 169).

Desde finales del siglo XIX, el debido proceso sustantivo se erigió en una garantía de la razonabilidad de las decisiones de cualquiera de los órganos del Estado, considerando como irrazonable toda decisión que afectara los derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Y es por ello, que con la evolución jurisprudencial de la cláusula del debido proceso legal y la adopción del sistema de escrutinios, se puede afirmar que el debido proceso legal sustantivo se afianzó como una garantía constitucional contra la irrazonabilidad de los actos estatales y la arbitrariedad en el ejercicio del poder.

De otro lado, en la tradición continental, el origen del principio de proporcionalidad se debe centrar en el derecho alemán, específicamente en la esfera del derecho penal, en donde, a partir de la “prohibición del exceso” (López González, 1988, p. 16), las penas debían ser graduadas en forma proporcional al hecho punible cometido, además de tener en consideración la relación existente entre el bien jurídico a proteger y la importancia del hecho en la realidad sustancial. En otras palabras, debía hacerse la adecuación de la pena a lo estrictamente necesario.

El principio de proporcionalidad impone al Estado hacer un uso moderado de su poder, en tanto está vinculado a la dignidad de la persona por ser inherente al Estado de Derecho, ordenando, en el ejercicio de sus facultades y poderes, la proscripción de todo sacrificio inútil o desproporcionado de la libertad. Y para alcanzar tal finalidad, los órganos públicos deben “adecuar el peso y la medida de los instrumentos que lícitamente pueden utilizar a las circunstancias de cada caso concreto, recayendo sobre ellos la carga de justificar los medios empleados” (Barnés Vázquez, 1994, p. 23). La construcción de este principio, entendido tal y como se expresa, es producto de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional y administrativa alemana, a las que se debe la elaboración técnica del mismo (Mata Barranco, 2007, p. 13).

A partir del siglo XIX, la proporcionalidad fue un estándar destinado al control de los poderes discrecionales de la Administración, especialmente como límite a los poderes de policía y al ejercicio de aquellas actividades estatales que actuaban sobre ámbitos de la libertad de los ciudadanos. En 1968 se reconoció, por parte del Tribunal Federal

alemán, que la prohibición de exceso y el principio de proporcionalidad, eran directrices aplicables a todos los ámbitos de la actividad estatal cuyo sustrato era el respeto de los derechos fundamentales. Y ello, en la medida en que concluyó que los principios tradicionales del derecho administrativo eran de raigambre constitucional, y por tanto, trasladó el test en cuestión al control de los actos del estado que inciden sobre los derechos inalienables de los individuos (Bernal Pulido, 2003, p. 199).

En ese orden de ideas, el principio de proporcionalidad fue definido como:

Principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (Barnés Vázquez, 1994, p. 500).

El Tribunal Constitucional Federal alemán ha solventado la no previsión del principio de proporcionalidad en sentido amplio en el texto constitucional (Gavara de Cara, 1994, p. 161), recurriendo al llamado “principio del Estado de derecho”. Según este principio, los derechos fundamentales como garantía de la libertad de los ciudadanos frente al Estado, no pueden ser coartados por los órganos de poder más allá de lo que sea necesario para la obtención del interés general, y en ese orden de ideas, se utiliza el concepto de proporcionalidad bajo el entendido de la justicia material que precisa que toda restricción de la libertad deba ser proporcionada. Y

es que los poderes públicos deben abstraerse de adoptar decisiones arbitrarias, esto es, caprichosas, basadas solo en la voluntad libre del que decide, equiparándose, de esta forma, la arbitrariedad con la irrazonabilidad.

En ese orden de ideas, para la concepción alemana el principio de proporcionalidad no puede concebirse aisladamente del análisis de otros preceptos de corte constitucional, toda vez que el estudio de la desproporción de una medida debe ser en atención a la vulneración que ella suponga en relación con normas ius-fundamentales, porque solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos, cabrá declarar la inconstitucionalidad. En otras palabras, siempre deberá indagarse no solo por la existencia de una desproporción entre medios y fines, sino en qué medida esos preceptos resultan vulnerados como consecuencia de la citada desproporción.

2.2. Principio de proporcionalidad en sentido amplio

El principio de proporcionalidad es una herramienta hermenéutica que se sustenta sobre la idea de que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho puede ser limitado. Por tanto, aquel se convierte en una técnica de interpretación cuya finalidad es tutelar de la mejor manera posible los derechos,

Expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos sean compatibles entre sí, en la medida en que sea posible. De hecho, el principio de proporcionalidad constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente “límite de los límites” a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos (Carbonell, 2008, p. 10).

La adopción de la norma constitucional, en los diferentes Estados, como norma fundante del ordenamiento y transversalizadora de los derechos de los individuos, ha hecho que los jueces hayan entronizado en su quehacer nuevos parámetros interpretativos que posibiliten la aplicación de valores a casos concretos de forma razonable y argumentada, dotándolos de contenidos normativos concretos (Zagrebelsky, 2002, p. 147). Y es ahí, cuando entra en juego el principio de proporcionalidad cuya elaboración conceptual, como ya se dijo anteriormente, es una construcción doctrinal y jurisprudencial de origen preponderantemente alemán al que han empezado a recurrir los tribunales constitucionales, en la medida en que estos deben hacer uso de la aplicación de la adecuación, la necesidad y la ponderación al desatar conflictos entre principios, ya que éstos últimos son

disposiciones jurídicas que cuando colisionan, no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias por estar en presencia de normas de optimización (Ahumada Ruiz, 2005, p. 235).

Según la doctrinante Laura Clericó (2009), este examen respecto de los derechos fundamentales permite preguntarse por la validez de los mismos en relación con su restricción, en la medida en que:

a) Los derechos actúan como límites a su limitación y b) elevan una pretensión de ejercicio. Por ello, la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio (p. 126).

Lo que el juzgador busca con la aplicación del juicio analizado, entonces, es que el derecho afectado, por estar en tensión con otros de igual jerarquía, se efectivice atendiendo a las posibilidades jurídicas y fácticas que rodean el caso concreto, y para ello debe analizar de manera cronológica y sucesiva los tres escalones que conforman, en calidad de subprincipios, el mandato de la proporcionalidad de medios, a saber: el criterio de la idoneidad, el criterio de necesidad o “mandato del medio menos lesivo” y, finalmente, el criterio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación. Y por ello, aquel podría ser definido como:

El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser «susceptible» de alcanzar la finalidad perseguida, «necesaria» o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y «proporcional» en sentido estricto, es decir, «ponderada» o equilibrada por derivarse de aquella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades (Barnes, 1994, p. 500).

El problema epistemológico que subyace en la aplicación del juicio de proporcionalidad en sentido amplio es la obtención de decisiones judiciales correctas en aquellos casos en los que se trata de evaluar la constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales. Hablar de una decisión correcta, no es más que hablar de una decisión que permite en el mayor grado posible el disfrute de los derechos fundamentales pero “dentro de las posibilidades que confieren las justificaciones en que se funda la medida que pretende su restricción” (Díaz García, 2011, p. 171). Entonces, el principio analizado es un instrumento adecuado para alcanzar la corrección de una decisión jurisdiccional, en tanto permite resolver el asunto litigioso atendiendo a dos intereses en pugna; de un lado, la necesidad de asegurar la protección de los derechos inalienables y de otro, la necesidad de explicar las razones que se arguyen para justificar la restricción de tales prerrogativas.

El manejo adecuado que se haga del test por parte del juez conllevará la adopción de una sentencia que incidirá directamente sobre el disfrute de los derechos fundamentales; por tanto, si la decisión es correcta, en el fallo se autorizará o rechazará tal restricción solo cuando sea eficaz, eficiente y proporcionada desde una óptica de costos-beneficios. Pero si es incorrecta, entonces la providencia de cierre del sistema restringirá indebidamente los derechos evitando el ejercicio efectivo de los mismos al ciudadano. Frente a una norma que reglamenta o limita los derechos inherentes al individuo, el juicio de proporcionalidad permitirá llenarla de contenido, además de servir como criterio de fundamentación razonable de las decisiones jurisdiccionales cuyo objeto de conocimiento sean aquellos.

De este modo, opera como un verdadero test mediante el cual se realiza un control sobre los actos normativos a fin de dilucidar si son o no conformes a la Constitución, y como una herramienta para brindar razones de lo decidido (Sapag, 2008, p. 173).

Los tres juicios internos del mandato de proporcionalidad hacen posible llevar a cabo un control de constitucionalidad de la norma por parte del juez de conocimiento, en la medida en que mediante ellos, como se verá más adelante, se examina la eficacia (subprincipio de idoneidad o adecuación), la eficiencia del dispositivo jurídico (subprincipio de necesidad), y la proporcionalidad entre los medios y los fines (subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto). La evaluación de estos aspectos se erige en un modo de fundamentación de las decisiones jurisdiccionales, que conlleva un control minucioso respecto de las normas que regulan derechos fundamentales. Una norma que no atraviesa alguno de estos juicios que se aplican escalonadamente será aquella que interfiera en el contenido esencial del derecho fundamental.

El examen de los tres subprincipios se lleva a cabo cuando una medida adoptada por un órgano estatal para el logro de un determinado fin, puede llegar a limitar un derecho fundamental. En este escenario, se debe establecer la relación que existe entre el medio y la finalidad de la norma, pues la única manera de avalar las razones que justifican la restricción, y que no se desvanezcan desde el punto de vista fáctico, es que efectivamente se fomente el logro de dicho propósito. Para ello se recurre al primer criterio que compone la proporcionalidad en sentido amplio, esto es **la adecuación**. Aquí, el juzgador habrá de analizar si la medida y la finalidad son legítimas, y luego, deberá analizarse si la medida sirve para alcanzar lo pretendido; por tanto, deberá indagarse

primero, por la permisión que la Constitución hace del fin, segundo, por la individualización del medio implementado y, tercero, por la identificación del derecho sujeto a limitación que se puede ver afectado excesivamente con la aplicación de las actuaciones estatales.

La legitimidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales o de su finalidad está dada por la no prohibición que la Carta Política trae respecto de ellas y de las razones constitucionales que las fundamentan. Esa prohibición puede ser absoluta, si no es posible encontrar una excepción que permita en determinados casos su aplicación, habida cuenta de la existencia de normas constitucionales que no admiten una interpretación abierta. En cambio, la prohibición es *prima facie*, o sea relativa, si a pesar de que la finalidad o el medio choquen con determinadas normas constitucionales, estas últimas, en determinados eventos, pueden ser vulneradas. De ahí, que solo el respaldo de una disposición constitucional hará posible, válida y legítima la restricción de un derecho fundamental (Silva Bascuñan, 1997, p. 132): un derecho fundamental al estar contenido en un dispositivo de corte constitucional, solo puede ser condicionado por otro dispositivo de igual naturaleza (Alexy, 2001, p. 86).

Dicha legitimidad es lo que se conoce en la doctrina como adecuación teleológica, y por tanto, cuando el medio restringe derechos inherentes a la naturaleza humana, solo podrá considerársele idóneo si no está prohibido por la Carta Política, y si el propósito a obtener con el mismo está dirigido a proteger el disfrute de las prerrogativas ius-fundamentales o de los intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional. En cambio, se hablaría de inidoneidad de la medida, si la restricción de derechos está prohibida constitucionalmente

o no favorece, a partir de la filosofía trazada por el constituyente, el goce de derechos fundamentales, de bienes constitucionales o de intereses establecidos por el legislador previa autorización de una norma constitucional.

Superado el examen de la validez de la medida y del fin de acuerdo al principio de supremacía de la Constitución, habrá que establecer si el medio si está dirigido a alcanzar el objetivo trazado por el operador jurídico. Esto es, si existe “aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida” (González Beilfuss, 2006, p. 14). Aquí se estaría, entonces, en terrenos de la idoneidad instrumental o técnica, por cuanto se busca establecer la utilidad del medio para promover los fines pretendidos con su aplicación, sin necesidad de que este sea el que mejor se adecue a la finalidad buscada; basta, simplemente, que sea una medida útil en la consecución del objetivo trazado. El profesor Juan Cianciardo (2004, p. 63) establece como requisitos de esta grada del test, los siguientes:

- a) Debe existir un fin
- b) El fin no debe estar prohibido constitucionalmente
- c) El fin debe ser socialmente relevante

Pero además, señala la importancia de determinar si el examen de adecuación debe hacerse por parte del juzgador “ex ante” o “a posteriori” de que se haya dictado la medida. Y ello porque es posible que una medida que era adecuada cuando fue expedida, haya dejado de serlo con el trascurso del tiempo (Zagrebelsky, 2002, p. 17). Si el análisis de

la medida se hiciera *ex ante*, se estaría partiendo de una presunción de constitucionalidad de todos los dispositivos sometidos a control, habida cuenta de que no se le abroga al legislador el deber de prever todos los supuestos fácticos que podrían eventualmente entorpecer el logro de la medida fijada, teniendo así, un margen de maniobra en el ejercicio de sus facultades. De contera, si el análisis fuera rígido y absoluto por ser *a posteriori*, tendría el juez, de manera perentoria, que ajustarse a las exigencias asignadas por la Constitución al legislador en materia de principios, las cuales tienden a evitar la afectación de derechos fundamentales por normas de menor jerarquía cuando no persigan ningún fin de raigambre primigenio (Cianciardo, 2004, p. 73). Es respecto de esta última opción, que se construye la única regla posible en la adecuación: la medida debe ser útil al momento de producirse el examen de constitucionalidad, ni antes ni después.

Es así como se concluye que el parámetro de la idoneidad es un juicio relativo a la eficacia de la medida sometida a control, en tanto el análisis es eminentemente fáctico, pues el juez lo que tiene que tratar de determinar es si en el plano empírico la medida evaluada tiende a obtener la finalidad pretendida.

Únicamente si se ha establecido de antemano qué finalidad persigue la intervención legislativa, y si se ha constatado que esta finalidad no resulta ilegítima desde el punto de vista de la Constitución, podrá enjuiciarse si la medida adoptada por el Legislador resulta idónea para contribuir a su realización (Bernal Pulido, 2003, p. 690).

Y ello con base en cuatro operaciones sucesivas:

1. Se debe evaluar la medida, determinando el mandanto, la prohibición o la permisión regulada en el dispositivo jurídico de que se trate.

2. Luego se debe identificar la finalidad de la medida.
3. Precisar si la medida promueve algún derecho fundamental (idoneidad teleológica).
4. Evaluar la idoneidad técnica, determinando la coherencia entre medios y fines. Por tanto, será inidónea si no favorece el disfrute de los derechos fundamentales, siendo posible su declaratoria de inconstitucionalidad.

Superado el análisis respecto de los anteriores puntos y acreditándose la idoneidad de la medida y de su finalidad, el juzgador debe realizar el control sobre el criterio de **la necesidad**, en tanto lo que se persigue es que la medida que se adopte sea la menos restrictiva de los derechos fundamentales de entre todas aquellas que son útiles. No será necesaria su utilización, si se razona al contrario y se afirma que la limitación al derecho afectado es injustificadamente excesiva si se pudo haber evitado a través de un medio alternativo menos lesivo.

Puede ser considerado un principio comparativo debido a que, a diferencia de los principios de idoneidad y de proporcionalidad en sentido estricto, no limita el examen de la admisibilidad de la medida únicamente al estudio de su contenido, efectos y fines, sino que induce al órgano actuante a la búsqueda de medidas alternativas idóneas (Rojas, 2014, p. 279).

Esta regla exige, por tanto, la adopción de la alternativa menos gravosa de los derechos en colisión, porque con ella se evalúa en dos niveles la constitucionalidad de la medida limitadora de prerrogativas fundamentales:

En primer lugar, se debe determinar si la medida sometida a control es la única idónea para favorecer la finalidad pretendida con su aplicación, lo que aquí se denominará necesidad teleológica. En segundo lugar, se debe analizar si

dicha medida es la que implica una menor afectación en los derechos fundamentales, lo que aquí se denominará necesidad técnica. Si la medida es la única idónea se habrá superado el estándar establecido por esta segunda regla, y lo mismo ocurrirá si es la que menos afecta los derechos fundamentales (Díaz García, 2011, p. 184).

Tres son los aspectos a tener en cuenta cuando se hace uso del juicio de necesidad, a saber:

a. Al juez le corresponde determinar si el medio elegido es el más eficaz entre las diferentes alternativas posibles, y ello porque de no hacerlo, estaría procediendo en contra de la operatividad de las normas que regulan los derechos fundamentales, en tanto estos últimos:

Se adscriben a la postura positiva, según la cual los poderes públicos del Estado, no solo cumplen un papel negativo o pasivo de resguardo contra las intromisiones en tales derechos, sino que, por el contrario, deben promocionarlos, desempeñando, así, un papel activo en su fomento (Martínez Pujalte, 1997, p. 75).

Además, el aplicar el juicio de la indispensabilidad, supone para el juzgador evitar justificar las injerencias del Estado en las normas ius-fundamentales, al erigirse en una garantía de congruencia con el deber de optimizar la eficacia de los derechos en la medida de lo jurídica y fácticamente posible.

b. Mientras la regla de la adecuación es un juicio atinente a la eficacia de la medida evaluada, porque lo que busca es comprobar la capacidad del medio para alcanzar el fin; la regla de la necesidad, al contrario, es un juicio relativo a la eficiencia de aquella, o sea, que busca establecer la capacidad de la medida para generar el menor costo en la consecución del fin.

Si lo que se persigue es escoger la medida menos restrictiva entre las igualmente eficaces, entonces se debe realizar un juicio de eficiencia. Es un juicio plurilateral, vertical y horizontal al mismo tiempo, entre cada medio y el fin, y después, entre el medio y los medios alternativos. De ahí que la eficiencia presuponga la adecuación. En ese orden de ideas, al comparar cada medio alternativo, surge un grado de eficiencia, o sea las posibilidades que brinda el medio para alcanzar el fin. Entonces el juicio de necesidad, solo podrá realizarse teniendo como referencia aquellos medios alternativos cuya eficacia resulte similar en la consecución del fin al empleado por el legislador (Cianciardo, 2004, p. 90).

c. Una vez el juez encuentra diferentes medios eficaces para dar cumplimiento a la finalidad de la Constitución, debe proceder a comparar los costos de la medida seleccionada y su alternativa, “examinando, para ello, el grado de restrictividad de la norma fundamental en juego, y el grado de restringibilidad de la medida adoptada” (Gavara de Cara, 1994, p. 308).

Es decir, para establecer cuál de todas las medidas posibles es la más eficiente por generar menos costes a los derechos fundamentales en juego, el juez debe, primero, cerciorarse de que no existen otros medios idóneos para alcanzar la finalidad perseguida. Porque si ello es así, se trata de una medida necesaria por no existir otra que pueda reemplazarla y hasta allí llegaría la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio. Pero si del examen se desprenden más medidas, entonces el juzgador debe establecer si los demás medios idóneos tienen una eficacia igual o mayor que la medida sometida a control. No es más que un examen comparativo, entonces, entre la oportunidad y fuerza con que cada medio tiende a alcanzar la finalidad. Si del mismo resulta que las medidas alternas alcanzan el fin pero de manera tardía o en menor grado que la medida objeto de análisis, esta última es necesaria y no se continuaría por el operador jurídico con el

enjuiciamiento de proporcionalidad. “Cuando el medio alternativo no fomenta el fin tan bien como el medio establecido, entonces el medio establecido queda como necesario (es decir, como el menos gravoso)” (Clericó, 2009, p. 150).

Y por último, debe evaluarse la proporcionalidad en sentido estricto a través del juicio de **ponderación**, esto es, enjuiciar la constitucionalidad de la medida sujeta a control escogiendo cuál de los principios que entran en tensión precede al otro. La estructura de la ponderación consta de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. La ley de la ponderación se enuncia así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2001, p. 92); y se concreta por medio de tres variables en la fórmula del peso: 1) el grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas (Atienza Rodríguez, 2010, p. 3).

El juicio de ponderación, según Carlos Bernal Pulido (2003, p. 760), es la forma en que se aplican los principios jurídicos, que son normas que tienen una estructura de mandatos de optimización, cuyas posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas. Para establecer la “*mayor medida posible*” en que debe realizarse un principio, es necesario, ante una colisión de valores, confrontarlo con los principios opuestos, habida cuenta de que en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.

Por medio de este juicio, entonces, se plantea hasta dónde es permitida la falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios, dependiendo del grado de importancia de la satisfacción del otro, ya que cada principio por sí solo no puede determinar su peso de una manera absoluta, en virtud de su estructura abierta y no conclusiva. Y es que los derechos fundamentales no tienen preeminencia respecto de otras normas iusfundamentales o bienes constitucionales, y eso hace que la tensión que se presenta entre ellos no pueda ser resuelta por medio de una precedencia absoluta, sino de una precedencia condicionada, que consiste en que a partir de cada caso concreto, de sus circunstancias fácticas y jurídicas, se evalúe el peso de cada uno de los intereses constitucionales favorecidos y perjudicados por el medio sometido a control, determinando qué es lo que se gana y lo que se pierde con su aplicación.

La sola idea de una jerarquía inmanente e inmutable entre los principios constitucionales, elimina cualquier posibilidad de realizar la ponderación que exige la identidad de grado de ambos bienes que en ella intervienen (Sánchez Gil, 2010, p. 52).

Por último, hay que señalar que no es conveniente aplicar la regla de ponderación si previamente no se ha llevado a cabo el análisis de la regla de necesidad; porque si la medida no supera el juicio de indispensabilidad, significa que puede ser reemplazada por otra a través de la cual se logre el mismo beneficio con un menor costo para los derechos fundamentales afectados. De este modo, se hace evidente la inconveniencia de evaluar la constitucionalidad de una medida que no es indispensable.

CAPÍTULO III



La sentencia jurisdiccional y el juicio de ponderación

Proporcionalidad *stricto sensu* o juicio de ponderación

El capítulo tercero, denominado “La sentencia jurisdiccional y el juicio de ponderación”, explica que una vez hecho el juicio de utilidad, esto es, una vez comprobado por el juez si la medida y la finalidad son legítimas, y si la medida sirve para alcanzar lo pretendido; y superado el juicio de necesidad, que procura establecer si la medida que se ha de adoptar es la menos restrictiva de los derechos fundamentales de entre todas aquellas que son útiles; el juez debe establecer la constitucionalidad de la medida sujeta a control escogiendo cuál de los principios que entran en tensión precede al otro, y ello se hace por intermedio de tres elementos: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación. Esto es, lo que se busca a través de un ejercicio de balanceo es mirar hasta dónde se permite la afectación de un derecho en contraposición de otro, ya que cada principio por sí solo no puede determinar su peso de una manera absoluta, en virtud de su estructura abierta.

Asimismo, hace relación al extremo final del principio de proporcionalidad, en el que se aprecia la afectación de un derecho frente a la satisfacción del contrario, y que entran en colisión. Se fundamenta el análisis en lo proporcional, en el principio de equidad, el que cobra fuerza a partir de la Constitución de 1991, la que privilegia la validez material frente a la validez formal, lo que implica que la interpretación lógica o silogismo jurídico tan defendida por los operadores jurídicos, incluso por “la Corte Suprema de Justicia, que claramente favorecía el silogismo” (Cepeda, 2008, p. 135) tuvo que ceder ante las concepciones del nuevo derecho, llamado así por el margen de decisión que se otorga a los jueces, hasta el punto de atribuirse a su doctrina jurisprudencial -el decisionismo de los jueces o los jueces que legislan-.

La Corte Constitucional como Tribunal guardián de la constitucionalización del derecho, es a la que le ha correspondido la interpretación constitucional, circunstancia que se puede observar de forma destacada en la sentencia T-406 de 1992, en la que el esfuerzo hermenéutico arrojó como resultado el surgimiento del principio de conexidad; así las cosas, la interpretación silogística abrió paso para dar lugar a una justificación externa permeada por la realidad social o por el derecho dúctil en defensa de los derechos fundamentales y su primacía, en palabras de Zagrebelsky (2002): “El tema de los derechos representa, así, un punto de encuentro en las transformaciones constitucionales que siguieron a la caída de los totalitarismos, tanto de derecha como de izquierda” (p. 82). En Colombia, el Estado Social de Derecho marcó la pauta para la estructuración del nuevo derecho y para reconsiderar el positivismo jurídico desarrollado por el formalismo con las interpretaciones lógicas de la ley con el silogismo aplicado por los operadores judiciales, quienes no tenían el deber de argumentar

su decisión, sino que la decisión se convertía en ley para las partes, ipso facto. Desconocer la realidad social por parte de los jueces, sería tanto como tomarla como “una mera descripción sistemática de reglas válidas por sí mismas” (Zagrebelsky, 2002 p. 96).

Establecer si la ponderación como juicio es el método ajustado a la realidad jurídica contemporánea, sería tanto como desconocer la multiplicidad de métodos, lo que conduce a predicar que:

El pluralismo metodológico está tan arraigado en las exigencias del derecho actual, que ninguna controversia sobre los métodos ha logrado jamás terminar imponiendo uno de ellos en detrimento de los demás y, al final, todas se han resuelto con la propuesta de añadir algún otro a la lista (Zagrebelsky, 2002, p. 134).

Así las cosas, la proporcionalidad en estricto sentido reclama la interpretación y, como proceso explicativo, la necesaria argumentación; y es por esto que los términos: necesidad, adecuación, son sustanciales para lograr la pro-porción. En cuanto a esta conceptualización, la semántica juega un papel de trascendental importancia, dado que la interpretación gramatical marca la pauta para el juez poder adecuar su decisión, al hacer uso de su interpretación discrecional, al dotar de objetividad su propia subjetividad, porque el estimar peso ya lleva implícito un análisis subjetivo que carece de herramientas de medición y por tanto, se estima en consideraciones cualitativas y no cuantitativas, tales como que:

En el “balanceo” se comparan valores que no han recibido una calificación en cuanto a su importancia por parte del constituyente; desde la perspectiva de la Constitución los valores comparados tienen idéntica jerarquía (Cianciardo, 2004, p. 117).

De lo expuesto se colige, la dificultad para establecer el peso, en el balanceo, al comparar los valores; se debe realizar la estimación del principio de la proporcionalidad, en el que el todo se divide en porciones y al proporcionar la composición, ésta es proporcionada.

Del mismo modo, la consideración de la constitucionalidad de la restricción de una norma iusfundamental sólo puede ser afrontada desde la óptica que brinda la proporcionalidad; la restricción es constitucional si es proporcionada (Zagrebelsky, 2002, p. 123).

Pero el legislador no ha determinado en qué consiste esa proporcionalidad o lo que es proporcionado y lo ha dejado al margen de la interpretación y circunscrito al caso concreto, en el proceso jurisdiccional, en poder del juez.

A partir de lo anterior, la necesidad de contar con un proceso teórico que conduzca a la practicidad del derecho y que permita al juez contar con un punto de partida, similar al proceso silogístico que le permitió al derecho realizar el proceso circular en la interpretación, teniendo como punto de partida esa interpretación lógica, como justificación interna y que le permite un ir y venir desde la justificación externa a la interna y viceversa. Se cuenta con ese silogismo como punto inicial, que le brinda al intérprete un faro conductor a través del cual tejer su válida corrección en la interpretación y creación de la regla, en la conclusión o sentencia; es decir, desde la premisa menor se realiza la deducción, estimada ésta desde la interpretación de los hechos y de las circunstancias de tiempo, modo y lugar y desde la consideración los aspectos políticos, morales e ideológicos que permean el caso y que conducen a la conclusión.

Se trata de un análisis de medio a fin, estimado como adecuar el medio al fin propuesto, de tal forma que el medio resulte el idóneo, el que produce eficacia. De esta manera, se valida constitucionalmente el proceso, enmarcado en el valor supremo y fin del derecho, cual es la justicia material, lo que retorna al contenido sustancial o fundamental, investido de legalidad, ejercicio evaluativo que le corresponde al juez constitucional, en el ejercicio oficioso de revisar la constitucionalidad de la ley de aplicación al caso concreto, en aras de la individualización de un precepto general que puede estar viciado de inconstitucionalidad y por tanto, de irracionalidad, lo que atentaría contra el principio de razonabilidad o proporcionalidad.

A partir de conceptualizaciones del iuspositivismo y el iusnaturalismo estimado por clásicos, en el proceso de su evolución doctrinaria, ha considerado los cimientos del principio de proporcionalidad, es así como:

En todo caso, la idea de Radbruch es que las normas contrarias a principios básicos de la justicia tratan a los hombres como subhombres (...) o establecen penas absolutamente desproporcionadas no son Derecho válido, sino solamente ejemplos de arbitrariedad (Atienza, 2013, p. 77).

Es así como el principio de proporcionalidad ha sido conceptualizado siempre en el ámbito de la doctrina, desde lo clásico hasta la contemporaneidad.

CAPÍTULO IV



Análisis jurisprudencial

Este capítulo, “Análisis jurisprudencial”, busca dar cuenta de los resultados que arrojó el estudio de las sentencias de tutela de los años 2011 y 2012 proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín respecto a la aplicación del juez colegiado del test de proporcionalidad como herramienta de decisión cuando se enfrenta a la resolución de casos donde hay colisión de principios.

De manera general, se puede decir que el Tribunal no propone una argumentación propia que le sirva como constructor de una línea sobre el particular, toda vez que la mayoría de las veces o se decanta, por enfrentarse a un caso fácil donde no existe choque de derechos fundamentales, o de manera implícita, utiliza el test de proporcionalidad, pero -en todos los casos- trayendo de manera literal o parafraseada la posición de la Corte Constitucional, sin construir una tesis propia dentro de los argumentos de *ratio decidendi* de la parte motiva en cada caso particular.

A lo largo del texto, se ha sostenido que el test de proporcionalidad es la herramienta que el juez ha de utilizar en el evento que exista un caso difícil en donde la colisión de derechos fundamentales hace imposible la utilización del silogismo judicial como la única forma de resolución de litigios a partir de la obtención de sentencias correctas. La Corte Constitucional no es el único juez que puede emplear, en el proceso de construcción de la decisión jurisdiccional, el triple juicio de idoneidad, necesidad y ponderación sobre la base de una decisión razonada y razonable, en la medida en que cualquier órgano judicial, *en especial aquellos que con vocación de cosa juzgada dirimen situaciones conflictivas en sede de tutela*, y ante la confrontación de dos normas de optimización que pueden dar cuenta de la justificación de la medida cuestionada por lesionar derechos primigenios del individuo, debe aplicar *prima facie* el principio menos lesivo para los intereses reclamados. Es por ello que, después del análisis de una muestra de sentencias de tutela de los años 2011 y 2012 proferidas por la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, se puede señalar que el órgano colegiado en casi todas las decisiones no propone una argumentación propia que le sirva como constructor de una línea sobre el particular.

Los derechos fundamentales que se encuentran tutelados en las sentencias analizadas son **el derecho de petición, el derecho al debido proceso, el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social, el derecho a la identidad y a la personalidad jurídica, el derecho a la igualdad y el derecho al *habeas data***. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en la parte motiva de las decisiones no se debate la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, habida cuenta de que en estas causas litigiosas, el derecho fundamental violentado se oponía a una actitud omisiva por parte de una autoridad administrativa o una entidad de derecho privado.

Téngase como ejemplo las decisiones que se adoptaron dentro de procedimientos de tutela instaurados contra la Registraduría del Estado Civil y contra la Agencia Presidencial para la Acción Social; en ambos casos pretensionando la tutela del derecho de petición, por el retardo o no expedición de la cédula de ciudadanía, en el primer caso y, en el segundo, por no obtener el pago de la ayuda humanitaria a la población sometida a situación de desplazamiento. La mayoría de las demandas de tutela incoadas gravitan en la negativa de la parte accionada de dar respuesta en el tiempo exigido por la ley a las solicitudes que sobre el particular se les había elevado, según el artículo 23 de la Constitución Política, o que habiéndola dado, esta no se erige en una verdadera respuesta, por no decidir sobre el fondo del asunto de manera completa y argumentada. Se evidencia, entonces, que el Tribunal **no hace una aplicación del test de proporcionalidad**, porque los supuestos fácticos que dan lugar a la intervención del juez constitucional no configuran pugna alguna entre derechos fundamentales. Lo que se genera, como ya se anotó, es una actitud omisiva del sujeto pasivo de la acción que permite que el cuerpo colegiado adopte una decisión correcta a partir de criterios racionales y razonables que proveen de legitimidad el amparo del derecho fundamental.

4.1 Utilización precaria del test de proporcionalidad por parte del Tribunal

Solo tres de las sentencias jurisdiccionales en comento, de entre 72 fichadas analizadas, dan cuenta de una posible aplicación del test en cuestión; aplicación que no es explícita, sino que es producto de un trabajo hermenéutico que se deriva de los argumentos dados por el juez plural. La primera decisión jurisdiccional es la emitida por la Sala Undécima de Decisión Civil del Tribunal Superior de Medellín, del 21 de enero de 2011, dentro del procedimiento de tutela instaurado por la señora **MARÍA ALICIA OCAMPO BLANDÓN** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y cuyo Magistrado ponente fue el Dr. Julián Valencia Castaño. En ella, la accionante solicitaba la protección de los derechos fundamentales a **la vida digna, petición y seguridad social, en conexidad con el mínimo vital**, alegando que el I.S.S., mediante su Fondo de Pensiones, no había ejecutado en tiempo la sentencia laboral que le había reconocido la pensión de sobrevivientes de su cónyuge fallecido. El juez *ad quo* le tuteló solo el derecho de petición a la accionante y le ordenó a la entidad accionada que, en el término de 30 días, diera la respuesta requerida por la señora Ocampo; sin embargo, ella apeló la decisión por considerar que al ser un sujeto de especial protección (por pertenecer a la tercera edad y por carecer de medios suficientes para su subsistencia) debían reconocérsele -vía tutela- las demás prerrogativas. El Tribunal, una vez admitido el recurso de impugnación e integrado el contradictorio en segunda instancia, hizo un análisis de la viabilidad de la acción de tutela en el caso concreto y de la oportunidad y pertinencia de hacer uso del procedimiento ejecutivo laboral como medio de defensa idóneo y primigenio para obtener el pago de la pensión de sobrevivencia. De tal

suerte que se podría afirmar que, de manera tácita, el *ad quem* aplica sobre ambas medidas una evaluación escalonada de la idoneidad, de la necesidad y de la proporcionalidad en sentido estricto, para concluir que en el caso de marras, debía otorgarse, a través del amparo constitucional, protección a los derechos de seguridad social y mínimo vital de manera permanente. En un primer momento, y una vez identificadas las medidas de protección de los derechos aducidos, esto es, la acción de tutela por un lado y la acción ejecutiva por el otro, señala los fines para los cuales tales medidas fueron establecidas por el ordenamiento, teniendo claro, primero, que ambas medidas restringen derechos fundamentales en el caso concreto: la tutela, el principio de legalidad; y la acción ejecutiva, el mínimo vital. Frente a la acción de tutela, establece que ella fue concebida para la protección de derechos fundamentales y que puede ser utilizada para evitar perjuicios irremediables, o sea, daños graves e inminentes que lesionen el núcleo central de tales prerrogativas; y respecto de la acción ejecutiva, aduce que ella es el medio ordinario de defensa que formalmente la legislación procesal laboral contempla para hacer efectiva la prestación de dar ordenada por una sentencia declarativa de condena en contra del Instituto de Seguros Sociales o cualquier otra entidad proveniente del sistema de seguridad social. Hasta este punto, el Tribunal siempre ha cimentado sus explicaciones en extractos de precedentes de la Corte Constitucional, dando poco margen de creación judicial a su argumentación. De manera concomitante, el Juez de alzada hace un análisis, sin llegar a nominarlo así, de la idoneidad teleológica de las medidas, es decir, establece si con ellas se promueve la protección de algún derecho fundamental. Y concluye que “de entrada se advierte la existencia de otros medios de defensa, como la acción ejecutiva ante la jurisdicción laboral, con los cuales la

accionante podría obtener el pago de la pensión de sobreviviente que reclama” (María Alicia Ocampo Bolandón Vs Instituto Colombiano de Seguros Sociales, 2011), pero no deja de desconocer que con la tutela se puede proteger el derecho “transitoriamente -o aun definitivamente, como se vio-, de evidenciarse un perjuicio irremediable en su contra, como, por ejemplo, frente al grave daño a su mínimo vital” (María Alicia Ocampo Bolandón Vs Instituto Colombiano de Seguros Sociales, 2011), y por último, a fin de superar el cuarto criterio configurador del juicio de idoneidad, el juez colegiado sopesa la utilidad técnica de ambas medidas, esto es, la coherencia entre los medios y los fines, ¿es posible alcanzar el objetivo trazado con la medida propuesta? Aquí el juzgador tuvo que analizar inexorablemente si las medidas restrictivas permiten el disfrute de los derechos peticionados, para concluir que con ambas es posible la consecución del pago de la pensión de sobrevivencia dependiendo de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hayan sucedido los hechos.

Como se supera el análisis bajo la lupa de la idoneidad, es decir, se advierte que las medidas sí permiten promover el objetivo perseguido, se procede a estudiar la necesidad de cada una de ellas. O sea, si frente a las demás existentes, cada una es la que menos lesiona o la que tiene menos grado de afectación de los derechos fundamentales comprometidos. Para esto, se debe establecer en primer lugar, el grado de afectación de los derechos fundamentales involucrados. El proceso ejecutivo laboral podría afectar los derechos al mínimo vital de la accionada, y la acción de tutela podría afectar el principio de legalidad al obviar el mecanismo de defensa ordinario, estatuido en la legislación procesal, frente a la consecución de las prerrogativas producto de una pensión de sobrevivencia y al desconocer la potestad

de la administración de tomarse 18 meses en la adopción de una respuesta frente a un derecho de petición. Teniendo claro cuáles son los derechos comprometidos, se debe revisar la comparación de los grados de afectación de estos derechos fundamentales. Frente a la acción ejecutiva, en el caso concreto, se concluye que no es la que tiene menos injerencia en los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, pues si bien, por regla general es el medio idóneo para reclamar las mesadas pensionales –las cuales no constituyen derecho fundamental a priori-, sí existe, en caso de adultos mayores y de personas en estado de vulnerabilidad cuya supervivencia, de acuerdo a sus circunstancias fácticas, depende del dinero proveniente de ellas, un procedimiento expedito y alternativo como lo es la tutela, y que opera de manera transitoria o definitiva para la protección de ese derecho a la seguridad social, que en el caso de estos sujetos objeto de protección prioritaria se torna en inherente a su personalidad y a su dignidad humana. De tal suerte, que ante el hecho de que la accionante tiene 67 años de edad y no posee otro medio que le permita llevar una vida en condiciones dignas -aparte de un canon de arrendamiento por \$80.000 que recibe cada mes por el alquiler de una pieza de la que es dueña y la poca ayuda que recibe de su hijo, que a su vez es padre de familia-, la utilización de la vía ejecutiva para obtener el pago de la pensión no supera el juicio de eficiencia de la medida, ya que no tiene la capacidad de generar un costo menor en la consecución de la finalidad buscada.

Sabiendo que la acción de tutela en el caso concreto es el único mecanismo útil y necesario para obtener la finalidad buscada, se debe analizar ahora por parte del Tribunal cuál de los dos derechos en pugna precede al otro, esto es, la legalidad y el mínimo vital. Y ahí, hay

que enfrentarse al último juicio del test de proporcionalidad, es decir, el juicio de precedencia condicionada o de ponderación. Con este se pretende, de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso, habida cuenta del carácter relativo de los principios, establecer el peso de los valores favorecidos y perjudicados con la medida, y así determinar qué se gana y qué se pierde con la aplicación de la misma. La evaluación de la medida es proporcional, toda vez que proteger el derecho al mínimo vital por vía de tutela, reporta más beneficios que garantizar la legalidad y el acatamiento de la seguridad jurídica que emana de la ley procesal mediante la utilización del trámite ejecutivo, pues con el recurso de amparo se propende por el respeto de la dignidad de la accionante al permitirle desarrollar, como sujeto perteneciente a un sector vulnerable de la población, su individualidad con la preservación de una calidad de vida sobre la base de criterios básicos indispensables y no diferibles en el tiempo. Y en este sentido, es claro que en la sentencia analizada, el juez colegiado prefirió la prevalencia del mínimo vital por encima de la legalidad y seguridad jurídica del ordenamiento, los cuales deben ceder a partir del análisis de criterios de eficacia, rapidez, alcance y duración de los efectos de la medida para el ejercicio del derecho fundamental elegido.

En ese mismo sentido, mediante sentencia del 17 de junio de 2011, (Sentencia, 2011) proferida por la Sala Undécima de Decisión Civil de la misma corporación, dentro del trámite de tutela cuyo accionante es **MARTHA DE JESUS LÓPEZ DE SALAS** frente a **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES**, el *ad quo* le concede a la accionante la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la dignidad humana, después de que ella pretensionara la no suspensión del pago de la pensión de sobreviviente que le fue

concedida mediante acto administrativo 1776 de 2000 por la entidad accionada, hasta tanto el Juez Administrativo de Armenia–Quindío resolviera sobre el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que interpuso la señora **OLIVIA SARASTI ATEHORTÚA**. Y ello, habida cuenta de que en virtud del trámite contencioso administrativo antes referido, se suspendió, vía acto administrativo, el pago de la pensión de sobrevivencia afectando el derecho al mínimo vital de la señora López, dadas sus condiciones de debilidad manifiesta, al ser una persona de la tercera edad y no contar con otro medio de subsistencia distinto a la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho, por ser ama de casa y haber dependido económicamente toda la vida de su cónyuge fallecido. Aquí, la medida restrictiva de los derechos fundamentales es el acto administrativo que en 2011, ordena la suspensión del pago de las mesadas con apoyo en el Decreto Ley 1211 de 1990. El Tribunal, fungiendo como *ad quo*, aplica de manera implícita el test de proporcionalidad al decantarse por la protección del derecho al mínimo vital de la accionante por sentencia de tutela y no por el principio de legalidad y seguridad jurídica de que da cuenta el Decreto Ley de 1990 que prescribe, con fuerza de ley, la suspensión cuando existe una controversia en la reclamación del derecho. Es pues claro, que el examen de los tres subprincipios –idoneidad, necesidad y ponderación- tuvo que efectuarse por la sala aunque en la literalidad del texto, dentro de la cosa juzgada implícita, léase argumentos *ratio decidendi*, no aparezca de manera textual. Como en el caso arriba analizado, debe hacerse un esfuerzo hermenéutico que derive en esta interpretación, porque no podría ser otra la herramienta a utilizar cuando se está en presencia –como en el caso en estudio- de dos normas de optimización en conflicto.

Con respecto al juicio de eficacia de la medida, esto es, el de idoneidad o legitimidad, deben superarse los siguientes criterios: 1º. El de **identificación**, el cual ya se hizo en el párrafo precedente; 2º. La determinación de la **finalidad que se persigue**, que en el supuesto fáctico en comento, no es más que el establecimiento de la titularidad del derecho de sobrevivencia en un evento de conflicto entre reclamantes y ello, en el entendido de que la seguridad social es un derecho fundamental que protege al individuo contra las consecuencias de la vejez, de la incapacidad o de la muerte, ya sea porque se esté imposibilitado física o mentalmente para obtener los medios requeridos para llevar una vida digna, o porque como consecuencia del fallecimiento del titular, los derechos de éste deban ser aplicados a sus dependientes. 3º. Un análisis de la **idoneidad teleológica**, la cual implica que la finalidad esté amparada constitucionalmente, y por eso, el acto administrativo, en cumplimiento de un mandato legal, propende porque se respete el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la Carta Política., Y 4º. La evaluación de la **idoneidad técnica**, a efectos de establecer si la finalidad descrita en el numeral 2 se alcanza con el acto administrativo proferido por la entidad accionada, siendo esto cierto, toda vez que lo que se pretendió con el decreto ley que le da vida, fue otorgar la pensión de sobrevivencia a quien es el real titular de la misma, a fin de satisfacer las necesidades del pensionado y velar por su sostenimiento, pero a partir de la acreditación de los hechos acaecidos de acuerdo con la teoría de la verdad por correspondencia y en los términos de la Constitución.

Superado el juicio de utilidad de la medida, el juez colegiado debió pasar al estudio de la necesidad de la misma, y para ello debió establecer si mantener vigente el acto administrativo en comento, es

menos lesivo para los derechos fundamentales en pugna –el principio de legalidad, por un lado, y el mínimo vital, por el otro- que acudir a la acción de tutela como medio tuitivo del derecho a la seguridad social. Es decir que en una primera fase, al evaluar la **necesidad teleológica**, debió determinar si existe otra medida que también permita la obtención del objetivo constitucionalmente protegido, y al concluir que sí –procedimiento de tutela-, debió efectuar el juicio de la **necesidad técnica**, que como ya vimos se refiere a si la aplicación de la suspensión del pago de la pensión de sobrevivientes es menos lesiva para el derecho del mínimo vital; a lo cual -a todas luces- debe responderse que no, al haberse acreditado que la actora manifiesta dependía económicamente del cónyuge fallecido, que a la fecha de la tutela contaba con 62 años de edad; que no posee otro medio de subsistencia distinto a la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho; y que la suspensión en el pago de las mesadas pensionales le originó una situación económica difícil que la ha llevado a un estado de indignidad en su calidad de vida, por no contar con condiciones mínimas materiales para subsistir sin limitaciones extremas. En ese orden de ideas, y al no superarse el juicio de necesidad, habrá que aplicar el subprincipio de ponderación a la acción de tutela, como medida alternativa y menos costosa para el derecho del mínimo vital. En este caso, los derechos en conflicto son la legalidad y la dignidad humana materializada en el mínimo vital. Si se hace un juicio de precedencia condicionada, habrá que concluir que si bien, por regla general, la acción de tutela no es el mecanismo procedente para solicitar el reconocimiento y pago de derechos pensionales, en los casos en que las circunstancias fácticas impidan la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente respecto de sujetos de especial protección como las personas de la tercera edad, debe

prevalecer el derecho al mínimo vital y por tanto, la seguridad jurídica debe ceder ante aquel por carecer de suficiente peso que lo haga apto de ser aplicado al objeto litigioso.

Y como tercer y último ejemplo de la utilización del test de proporcionalidad en sentido amplio por parte del Tribunal Superior de Medellín en sede de tutela, tenemos la sentencia de segunda instancia del 20 de mayo de 2011, (Sentencia segunda instancia, 2011) Magistrado ponente, Dr. Julián Valencia Castaño, cuyo accionante es **JOSÉ YOVANNY RIVERA AGUDELO** y el accionado es el **JUEZ PRIMERO CIVIL MUNICIPAL DE BELLO, ANTIOQUIA**. En este caso, el derecho fundamental que se dice violentado es el debido proceso contenido en el artículo 29 de la Carta Nacional, tras el acaecimiento de los siguientes hechos: en el despacho del Juez accionado se tramitó un proceso abreviado de restitución de bien inmueble arrendado, en donde el accionante, que en dicho procedimiento fungía como demandado, fue condenado a restituir el bien sin antes haber sido oído, a pesar de contar con prueba documental que daba cuenta de que él no era el arrendatario.

Aquí, la medida restrictiva del derecho fundamental es la sentencia de condena cimentada en el artículo 424 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 36, parágrafo 2, numeral 2 de la Ley 820 de 2003. Los valores constitucionales que entran en pugna son, en primer término, como en los casos anteriores, **la legalidad y la seguridad jurídica** dados por la aplicación formalista del artículo del estatuto procesal civil reseñado a todos los casos, sin excepción alguna, en que el arrendatario demandado no consigne a órdenes del juzgado los cánones adeudados cuando la causal para solicitar la

restitución del bien inmueble arrendado haya sido la mora en el pago de la mensualidad pactada; y en segundo lugar, **el debido proceso** en sus subprincipios de defensa y contradicción, al hacer prevalecer la verdad material y los derechos sustanciales de los sujetos intervinientes en el proceso por encima de la forma, tal y como lo prevé el artículo 4 del mismo dispositivo procesal.

El juez ad quem, de manera tácita, aplicó el test de proporcionalidad a la resolución del caso sub judice, pues a pesar de que la norma procesal está instituida para garantizar el principio de que los contratos están para cumplirse con base en el *pacta sunt servanda*, y para propender, por tanto, por el respeto de los derechos del arrendador de buena fe -lo cual se revierte en el respeto a la legalidad a fin de ofrecer seguridad jurídica a quien interviene en el debate, y siendo una finalidad legítima si se hace una lectura del artículo 29 superior cuando dice que nadie podrá ser juzgado sino con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio- se decantó por la protección vía tutela de la verdad sustancial materializada por medio del derecho de contradicción de quien afirma la no legitimación en la causa de aquel que incoa la pretensión de restitución de inmueble arrendado por carecer de la calidad de arrendador. En ese orden de ideas, a pesar de que la medida sí es idónea por hacer respetar el debido proceso en su fase de la legalidad, no supera el juicio de eficiencia, pues la medida conlleva costos muy altos, en comparación a la acción de tutela respecto del derecho de defensa y contradicción como expresiones del proceso justo, porque, y siguiendo precedentes de la Corte Constitucional, cuando existe un motivo grave para dudar de la validez de la prueba aportada por el demandante, como sucede en este caso, mal haría el juzgador en aplicar automáticamente la disposición legal. Y en ese

sentido, al configurarse una vía de hecho por defecto procedimental, el juicio de proporcionalidad se agota haciendo imposible aplicar la medida al supuesto fáctico objeto de debate judicial. De suerte, que el juez de alzada debió concluir que el derecho de defensa en el caso concreto debe prevalecer por encima del principio de legalidad, a efectos de garantizar la obtención de la verdad por correspondencia con la providencia que desata la litis y cierra el sistema de manera correcta, razonada y razonable; pues son criterios de justicia y equidad los que llevan a realizar el examen de precedencia condicionada, a fin de impedir los posibles excesos que se podrían derivar de la aplicación mecánica de los preceptos a circunstancias cuya especificidad no fue prevista por el legislador.

4.2 Aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional Colombiana

La Corte Constitucional Colombiana utiliza en sus sentencias el examen de proporcionalidad al momento de evaluar la constitucionalidad de una medida lesiva de derechos fundamentales, con la que se pretende favorecer un derecho de raigambre superior por encima de otro, y ello con el objeto de emitir decisiones correctas, es decir, decisiones que permitan un mayor disfrute de los derechos dentro de las posibilidades otorgadas por las justificaciones subyacentes en las medidas restrictivas de los mismos. Como ejemplo, se analiza la sentencia de revisión T-561 de 2012, Magistrado Ponente, Dra. María Victoria Calle Correa, proferida dentro del proceso de tutela instaurado por **MARTHA OSIRIS CANOLA CAYCEDO** contra el **BANCO AGRARIO DE COLOMBIA**, sede Medellín (Sentencia T 561, 2012). El problema jurídico a resolver por el Alto Tribunal, en el caso en cuestión, estriba en el hecho de que la entidad accionada se negó a entregarle el giro emitido a nombre de la señora Caycedo por el Departamento para la Prosperidad Social en razón de su condición de desplazada por la violencia y por concepto de ayuda humanitaria. La pregunta que se hace la Corte es ¿si la entidad financiera violentó los derechos fundamentales a la igualdad, mínimo vital y vida digna al no efectuar el pago referido por no contar la accionante con la cédula de ciudadanía, sino con la contraseña y con dos certificados de documento en trámite, uno suscrito por el Registrador Especial de Medellín y otro expedido por la Registraduría de Medellín firmado por dos funcionarios delegados por el Registrador Nacional?

Aquí, la Corte evalúa si la medida restrictiva de derechos fundamentales, **que para el caso es la exigencia de presentar la cédula de ciudadanía como único medio para acreditar la identidad de la persona que reclama un giro ante alguna entidad financiera**, es razonable y proporcionada y, por tanto, legítima, a la luz de la Constitución Política. Para ello, en la parte motiva se refiere a los principios de razonabilidad y proporcionalidad como herramientas de interpretación utilizadas en el marco del derecho constitucional, con el propósito de determinar cuándo una diferencia de trato está constitucionalmente justificada, o cuándo una intervención en los derechos fundamentales es válida en virtud de los fines constitucionales que persigue. Agrega el juez colegiado, que el principio de razonabilidad se aplica teniendo en cuenta, también, al principio de igualdad, pues aquel implica que todo trato diferente debe estar basado en razones constitucionales so pena de violentar el principio de la no discriminación, pero asimismo, sostiene que si las medidas afectan derechos fundamentales, estas además de ser razonables deben ser proporcionadas.

Hace un análisis del principio de proporcionalidad a partir de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y ponderación. El primero, lo explica la Corte como la adecuación de la medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; el segundo, toca con la existencia o no de medidas alternativas que tengan la misma o mayor eficacia para lograr el fin propuesto, produciendo una afectación menor de los principios objeto de intervención; y con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, dice que se refiere al análisis de la intensidad de la afectación de cada uno de los principios constitucionales en tensión. Y acaba su explicación dogmática, afirmando que el juicio de proporcionalidad

se erige sobre dos pilares, uno, propender por la erradicación de la arbitrariedad en las actuaciones de los órganos del Estado y dos, estatuirse en un instrumento argumentativo mediante el cual el Juez Constitucional puede exponer razones constitucionales que llevan a considerar válida o no una medida, norma o política determinada, que tenga incidencia directa en la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, la Corte concluye, aplicando el test al caso concreto, que la medida de exigir la plena identificación de los beneficiarios de la ayuda humanitaria es razonable, pues persigue un fin constitucionalmente válido, cual es el de evitar las suplantaciones y brindar seguridad a las personas víctimas del desplazamiento respecto a la entrega de la ayuda que les otorga el Departamento para la Prosperidad Social. Y en ese sentido, la medida también es **idónea**, porque es útil para individualizar e identificar a quien opta por el pago de la ayuda en cuestión. Con relación al subprincipio de necesidad, que predica que una intervención en los derechos solo es legítima si no existen medidas alternativas para obtener el fin perseguido (medios que hipotéticamente tengan la misma potencialidad de satisfacer el propósito legislativo, restringiendo en menor medida el derecho constitucional afectado), y aplicado al caso concreto, debe decirse que la accionada aportó dos certificados adicionales provenientes de autoridades de la Registraduría Civil. Esto lleva a considerar que, en efecto, puede haber medidas alternativas que tengan la misma eficacia que la presentación de la cédula para asegurar la entrega del dinero a los destinatarios. Y así lo reitera la Corte cuando señala:

Aunque la presentación de la cédula es por regla general la forma de acreditar la personalidad, no es la única forma concebible de hacerlo, de manera que, cuando existan suficientes elementos para alcanzar la convicción sobre la identidad del interesado, si ese sujeto hace parte de uno de los grupos de especial protección constitucional, como la población desplazada, no puede negarse su acceso a un derecho como la ayuda humanitaria, pues ello resulta *desproporcionado* en sentido estricto (Sentencia T 561, 2012).

Y es aquí cuando evalúa la ponderación. La intensidad en la afectación de los derechos de la población desplazada, depende del tiempo que tarde la expedición del documento de identidad, y ello porque:

Se encuentran de por medio el principio de solidaridad, los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado, el principio de igualdad, en su faceta concerniente a brindar un trato especial a las personas en condición de debilidad manifiesta y el mínimo vital (Sentencia T 561, 2012).

Una demora superior al período en el que por regla general una persona debe sufragar las obligaciones básicas (un mes), conllevaría a considerar la medida como desproporcionada y, como existen circunstancias excepcionales que pueden llevar a que la Registraduría supere ese lapso en la producción de la cédula, es preciso adecuar medios que aseguren a esa población particularmente vulnerable el acceso a los recursos económicos a que tiene derecho.

De igual forma, se analiza la providencia de tutela 1023, del 10 de diciembre de 2010, dentro del proceso incoado por el señor **HENRY CERÓN ÁVILA** en representación de su hijo menor **HENRY ALEXANDER CERÓN MUÑOZ** contra el colegio Champagnat de Popayán (Cauca), (Sentencia T1023, 2010), en la que la Corte en sede de revisión, revoca la decisión del Juez de apelación, quien había confirmado la decisión del juez *ad quo* de no tutelar los derechos invocados, y en su lugar **conceder** la acción de tutela interpuesta

por el demandante y proteger sus derechos fundamentales **al libre desarrollo de la personalidad y a la educación**. El problema jurídico al que se vio enfrentada la Corte estriba en determinar si la institución educativa demandada vulneró los derechos fundamentales aludidos, al solicitarle al menor -mediante la suscripción de matrícula condicional- el cumplimiento de las normas contenidas en el manual de convivencia del Colegio, en lo referente a llevar el pelo corto clásico. El juez colegiado reitera durante toda la parte motiva, los precedentes que sobre el particular ha construido la jurisprudencia constitucional a lo largo de los veintidós años de existencia de la Carta Política de 1991, y sostiene que el asunto litigioso se debe resolver sobre el entendido de que se presenta un caso claro de colisión de principios. De un lado, el derecho al **libre desarrollo de la personalidad y al de la educación** del menor implicado, y de otro, los **derechos de asociación y de libertad religiosa**, radicados, en el supuesto fáctico bajo examen, en cabeza del plantel educativo.

Para tal efecto, el alto Tribunal sostiene que **el derecho al libre desarrollo de la personalidad** protege la capacidad de las personas de definir de manera libre y autónoma las opciones vitales que determinarán y regirán su existencia, y en ese sentido, agrega que es una prerrogativa de carácter relacional, en tanto salvaguarda las decisiones frente a un asunto específico, y por ello, cuando éste solo le interese a quien la adopta y no afecta derechos de terceros ni compromete valores propios del ordenamiento jurídico protectores de las buenas costumbres y el orden público, la decisión personal se encuentra incluida dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y, en esa medida, ha de respetarse tal principio por encima de cualquier otro valor;

pero cuando la decisión versa sobre una cuestión que compromete derechos de terceros, las medidas restrictivas que se produzcan en la “zona de penumbra” –como las llama la Corte- del derecho fundamental, son susceptibles de ser controladas mediante el test de proporcionalidad en sentido amplio por el juez constitucional, en aras de establecer si aquellas son razonables y equilibradas y, por ende, ajustadas a las normas de la Carta.

En el caso concreto, la medida limitante del derecho al libre desarrollo de la personalidad es el acuerdo que, en el marco del incumplimiento del manual de convivencia, se suscribió el 2 de julio de 2010 entre la Institución y el menor, representado por su padre, en el que se supe- ditaba la permanencia de Henry Alexander Cerón en el colegio a que usara el cabello clásico. Tal acuerdo tuvo como fundamento el artículo 19 del manual referido, que establece dentro de las causales de “falta leve” el incumplimiento de la disposición referida al corte de cabello de los estudiantes varones, y como causal de “falta grave” la reincidencia a la falta leve. Frente a esta restricción, la Corte aplica el juicio de proporcionalidad para determinar si ella es constitucionalmente admisible y en ese camino, pone en contexto a los tres subprincipios de idoneidad, indispensabilidad y ponderación con los hechos acaecidos, como se establece a continuación:

Al analizar la adecuación de la medida a un fin constitucionalmente legítimo, el juez de cierre de la jurisdicción constitucional pone de manifiesto que el Colegio Champagnat persigue con las normas de su manual de convivencia unos fines ideológicos consonantes con la religión católica, al ser integrantes de la Congregación Marista, y en consecuencia, hace un uso legítimo de las libertades amparadas por

el constituyente, tales como el derecho de asociación, la libertad de conciencia, la libertad religiosa y el pluralismo jurídico. En ese orden de ideas, la actuación del plantel educativo persigue un objetivo amparado por la Carta Nacional, pues la enseñanza de la doctrina católica y cristiana no se encuentra proscrita, ni explícita ni implícitamente, por la norma de normas. Es así, como el primer subprincipio del juicio de proporcionalidad es superado y por tanto, la Corte entra al análisis de la necesidad de la medida restrictiva del libre desarrollo de la personalidad, comparándola con otros medios alternativos de protección.

En esta instancia de aplicación del test, el juez debe estudiar entre todas las posibilidades de intervención en la esfera de los derechos inalienables del ser humano, la menos lesiva del derecho fundamental, que permita, en la misma forma que los medios alternativos y que son igualmente idóneos, la consecución del fin pretendido. Para la Corte, a pesar de que el manual de convivencia es una de las formas que tiene la Institución para difundir las enseñanzas católicas, a juicio del juez de Revisión no existe una relación directa entre la restricción de llevar el pelo corto, por un lado, y la difusión de las nociones ideológicas de la religión católica, por el otro. Y es que:

Los principios constitucionales en los cuales se asienta el funcionamiento del colegio Champagnat no lo habilitan para imponer una determinada concepción estética entre sus alumnos, pues de esa forma se coarta el ejercicio de la autonomía del menor en ámbitos que no afectan de manera clara el ideario dogmático de la institución (Sentencia T1023, 2010).

De tal suerte, que el plantel educativo podía acudir a otras vías para llevar a cabo sus enseñanzas religiosas sin coartar el derecho del menor de decidir sobre su propio cuerpo como expresión de su identidad personal.

Y por último, a pesar de que la medida no era necesaria a efectos de restringir los derechos fundamentales del accionante, la Corte hace un análisis de la precedencia condicionada de los derechos en pugna y, por tanto, en el juicio de ponderación compara la importancia del ejercicio de las libertades religiosa, de conciencia y de asociación, perseguidos por el Colegio Champagnat; y la importancia, en el caso concreto, del ejercicio de los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la educación del menor Henry Alexander Cerón. Y concluye que es desproporcionado, a la luz de los principios constitucionales perseguidos, que se le imponga al estudiante como condición para permanecer en el colegio, el corte clásico del cabello. O sea, que la medida impuesta no posee la entidad suficiente para justificar una limitación tan severa a los derechos cuestionados, pues estas libertades son parte determinante del proyecto de vida de cualquier sujeto.

Es así como el alto Tribunal entiende que se presentó:

Un abuso de la posición dominante por parte de la institución educativa, pues el demandante contaba con pocas posibilidades de modificar o alterar las condiciones en las cuales se desarrollaba su vinculación a la institución educativa, puesto que alguna alteración en ese sentido le implicaba perder su cupo en el colegio en el cual había desarrollado a lo largo de su vida, todo el proceso pedagógico y formativo (Sentencia T1023, 2010).

En la providencia de constitucionalidad C-296 de 2012, del 18 de abril de 2012, la Corte Constitucional hace uso del test de proporcionalidad para decidir sobre la exequibilidad del artículo 12º de la Ley 842 de 2003 *“Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”*. El problema jurídico que el juez colegiado busca dirimir con la sentencia

analizada consiste en determinar si el precepto demandado, que establece desde qué momento se empieza a contabilizar la experiencia profesional para ingenieros, y demás profesiones afines y auxiliares, vulnera el artículo 13 sobre el derecho a la igualdad y el artículo 25 sobre el derecho al trabajo, al establecer mayores requisitos no justificados y proporcionales que para las demás profesiones y oficios, pues para estas últimas el Decreto 2272 de 2005 señala que la experiencia profesional es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el *pensum* académico.

A efectos de decantarse por la constitucionalidad o no de la disposición normativa, que en este caso es la medida restrictiva de derechos fundamentales, la Corte expresó que la *igualdad* constituye un concepto *relacional*, porque su análisis depende de la relación que exista entre dos situaciones o normas. En el caso de marras, las dos normas que se confrontan son la disposición demandada y el Decreto 2272 de 2005. Además, arguye que el principio de igualdad se tiene que concretar a una situación específica, porque tal valor en sí mismo no significa nada, y por tanto, debe responder a las preguntas ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué? e ¿igualdad con qué criterio? En esa tarea, el Juez constitucional sostiene que las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar la limitación en la menor medida posible del derecho contenido en el artículo 13, y en tal sentido, las medidas deben ser *razonables y proporcionadas*.

Con ese razonamiento, la Corte estudia si la exigencia de la Matrícula Profesional a los ingenieros, es un requisito constitucionalmente legítimo que afecta en menor medida el derecho de igualdad y de trabajo

en aras de garantizar la potestad legislativa de regular las profesiones y oficios. Para ello, señala que los títulos de idoneidad son indispensables para acreditar la preparación académica de ciertas profesiones y actividades con alta responsabilidad e impacto social y que implican un riesgo para la comunidad. Pero también acota que la libertad de configuración del legislador está limitada, en la medida en que no se pueden establecer exigencias innecesarias o desproporcionadas que den lugar a discriminaciones prohibidas por la Carta. En ese orden de ideas, la implementación de unos requisitos rigurosos relacionados con la adquisición de un título, por medio de la matrícula tiene una explicación constitucionalmente legítima, útil e eficiente, ya que la diferenciación de los requisitos para alcanzar la experiencia profesional se deriva de la potestad que tiene el legislador de exigir títulos de idoneidad para profesiones que generan **riesgo social**, como lo establece el artículo 26 de la Constitución Política de 1991.

El juez constitucional aduce, frente al juicio de necesidad, que la medida es **indispensable**, ya que lo que pretendió el legislador fue proteger a los ciudadanos de un eventual mal ejercicio de la profesión de ingeniero que implique un riesgo social. “Las explicaciones del legislador para exigir mayores requisitos se derivan entonces del deber del Estado de ejercer la vigilancia e inspección de actividades y profesiones que pueden configurar un peligro o riesgo social” (Artículo 26 de la Constitución Política). Lo que busca, entonces, es evitar o minimizar los riesgos que puede implicar el ejercicio de la profesión objeto de la norma demandada, y en ese orden, es el dispositivo menos dañoso de los derechos enfrentados. Esta consideración anterior, lleva a la Corte a la evaluación del último juicio del test de proporcionalidad: la ponderación.

El artículo 12 de la Ley 842 de 2003 no se puede entender como una medida **desproporcionada en sentido estricto**, toda vez que no es irrazonable, ya que el fin que persigue es menos lesivo de los derechos fundamentales que la afectación de los principios que se consideran, en este caso, conculcados.

7.44., la mayor exigencia del cómputo de la experiencia profesional a los ingenieros y a las profesiones afines y auxiliares se deriva de la necesidad de evitar o disminuir, en la medida de lo posible, los riesgos sociales vinculados con el ejercicio de tales profesiones que como se veía se puede relacionar con la protección de derechos fundamentales de primerísimo orden como la vida, la integridad personal, la seguridad personal y la salud (Sentencia C 296, 2012).

Y por último, se analizará la sentencia T-248 de 2012, (Sentencia T 248, 2012) emitida el 26 de marzo de dicha anualidad, cuyo Magistrado ponente fue el Doctor **JOSE IGNACIO PRETELT CHALJUB**, y que fue proferida dentro del proceso instaurado por **JULIÁN** (nombre ficticio que utiliza el juez constitucional para proteger su derecho a la intimidad), contra **LABORATORIO CLÍNICO HIGUERA ESCALANTE**.

Los hechos que suscitaron la intervención del juez de tutela estriban en que la entidad accionada le negó la posibilidad al accionante de donar sangre al enterarse que era homosexual y que había tenido relaciones sexuales con personas de su mismo sexo, y tal renuencia la fundamentó, según ella, en el Decreto 1571 de 1993 que prohíbe a esta parte de la población constituirse en donantes de sangre. En ese sentido, el problema jurídico al que se enfrentó el juez de Revisión, es si el Laboratorio Clínico Higuera Escalante le vulneró los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de

la personalidad y a la dignidad humana a *Julián*, persona homosexual, al no permitirle donar sangre de forma voluntaria debido a su orientación sexual.

La Corte en la parte motiva, señala que el derecho a la igualdad es uno de los principios rectores dentro del Estado Social de Derecho, y una de las garantías de protección de los grupos tradicionalmente discriminados y marginados en la sociedad; pero a pesar de ello, también sostiene que no es un valor absoluto, pues existen casos en los que es posible no dar el mismo trato a todas las personas, y aplicar un trato diferencial afincado en justificaciones objetivas so pena de incurrir en actos de discriminación. Para el Alto Tribunal:

El trato diferente debe ser razonable, lo que significa que debe i) tener un fundamento, es decir, estar justificado, y ii) debe obedecer **al principio de proporcionalidad**, de tal manera que no termine por afectar otros derechos fundamentales (Sentencia T 248, 2012).

De tal suerte, que la Corte defiende la idea de que el test de proporcionalidad es un método de escrutinio donde el juez estudia si la medida:

(i) **es adecuada**, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; (ii) **si es necesaria**, en tanto no exista otra forma de obtener el mismo resultado con un sacrificio menor de principios constitucionales y que tenga la virtud de alcanzar el fin propuesto. En último lugar, el juez lleva a cabo (iii) un examen de **proporcionalidad** en estricto sentido, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada (Sentencia T 248, 2012).

El examen de los subprincipios aludidos en el párrafo anterior, y para el caso concreto, tiene como cimiento el análisis de la medida restrictiva de los derechos fundamentales (que en este evento es la no permisión de la donación de sangre de acuerdo con las directivas legales existentes

en el país) bajo un nivel estricto de rigor en su estudio, comparando, para tal efecto, los criterios de diferenciación empleados por la normativa (y la medida derivada de esta) y los derechos o principios en pugna. Esa evaluación **estricta** que se efectúa cuando el legislador, al establecer un trato discriminatorio, parte de categorías sospechosas (condiciones asociadas a prácticas que tienden a subvalorar y a situar en desventaja a ciertas personas o grupos), en este caso la orientación sexual, debe perseguir un fin imperioso y la medida debe mostrarse como la única adecuada para lograrlo.

La orientación sexual, dice la Corte, se inscribe dentro del ámbito de autonomía individual, porque le permite al ser humano adoptar, sin coacciones ajenas, los proyectos de vida que considere pertinentes, siempre y cuando, con ellos, no vulnere el orden jurídico y los derechos de los demás. Por eso, todo trato desigual que surja en virtud de la opción sexual, en principio, está constitucionalmente prohibido y, por ende, toda distinción sustentada en esta condición constituye una categoría sospechosa que implica aplicar el test de proporcionalidad. Así, en el caso concreto llevado a sede de tutela, el Juez colegiado sostuvo que la actuación del Laboratorio al rechazar al actor por su orientación sexual, no supera dicho escrutinio estricto.

Cuando evalúa el **subprincipio de idoneidad**, señala que el objetivo constitucionalmente legítimo que persigue el Laboratorio al impedir la donación del señor Julián, es proteger a la población receptora de una enfermedad gravemente infecciosa, como lo es el VIH. Lo anterior lo hace en cumplimiento de un fin consagrado en la norma de normas, de conformidad con los artículos 2, 49 y 366 de la Constitución Política, que imponen en cabeza del Estado garantizar el derecho a la salud

pública de sus habitantes. No obstante, las preguntas formuladas por el Laboratorio sustentadas en el criterio de orientación sexual (si había tenido relaciones sexuales con otro hombre y si era homosexual?) no son una medida indispensable para alcanzar la finalidad mencionada. De ahí que no se supere el **juicio de necesidad**.

Existen medidas alternativas menos lesivas de los derechos de las personas homosexuales, habida cuenta de que:

Los bancos de sangre tienen la obligación de realizar pruebas de VIH a toda la sangre que reciben de los donantes en general, y en esa medida, pueden controlar, no sólo con las respuestas suministradas en la encuesta por el donante, sino a través de medios científicos seguros que arrojen información palpable, la calidad de la sangre (Sentencia T 248, 2012).

Es decir, al accionante se le excluyó, por ser sujeto de riesgo, de la posibilidad de donar sangre con la mera información suministrada por él, sin indagar sobre sus prácticas sexuales, sobre si tenía relaciones sexuales con o sin protección, si eran relaciones sexuales promiscuas o no, y en caso de que la respuesta fuera afirmativa, no se le inquirió por el tiempo en que las tuvo, y toda aquella información que demostrara que existía en realidad una situación de riesgo de transmisión del VIH. Al contrario, el Laboratorio se justificó para excluirlo como donante directamente en su orientación sexual:

Presumiendo de *facto* que el sólo hecho de ser un hombre que ha tenido relaciones sexuales con otros hombres y es homosexual, tiene como consecuencia ser sujeto de riesgo de transmisión del VIH (Sentencia T 248, 2012).

De tal suerte, que existían otros medios menos lesivos para la dignidad y para el derecho de igualdad del accionante, diferentes a la exclusión como donante con la sola presunción que hizo el laboratorio de las respuestas dadas por aquel.

Y finalmente, el hecho de que el Laboratorio haya presumido que Julián tenía relaciones sexuales riesgosas, y por ende, que podía ser portador del VIH, solo por expresar su orientación sexual diversa, tiene como consecuencia el fortalecimiento del estigma social y discriminatorio de las personas homosexuales, y por tanto, tal decisión no es proporcional en relación con el fin que se persigue, toda vez que el perjuicio y el sacrificio que se hace es mucho mayor a los beneficios que se reciben. Es decir:

Implica un sacrificio del derecho a la igualdad de Julián, y de la población con su misma orientación sexual, y del principio de solidaridad, que no se compadece con los beneficios en términos del derecho a la salud que se pueden lograr, y que además son solamente eventuales. (Sentencia T 248, 2012).

CONCLUSIONES

El juez colegiado, en las sentencias objeto de estudio, en la parte motiva utiliza fallos de tutela de la Corte Constitucional como fundamento de sus decisiones, sin que se perciba una argumentación propia que lo diferencie de las tesis adoptadas por el máximo órgano de constitucionalidad sobre la materia objeto de la litis. Existe una ausencia de creación judicial, en las sentencias analizadas, que impide que dentro de la corporación se construyan líneas jurisprudenciales que agrupen asuntos fácticos análogos y que permitan, por fuera de las directrices de la Corte, una tendencia de decisión en las diferentes salas, sin tener en cuenta que los fallos de tutela hacen tránsito a cosa juzgada inter partes, sin llegar a constituir jurisprudencia.

Queda claro que el Tribunal Superior de Medellín no aplica de manera directa y explícita el test de proporcionalidad en aquellos casos en los que se evidencia una colisión de principios. Se vislumbra en las deci-

siones vinculadas al disfrute y restricción de los derechos fundamentales un alto grado de discrecionalidad, que no dota de previsibilidad y certeza el proceso de construcción de sentencias jurisdiccionales.

Y por último, es evidente que la mayoría de sentencias de tutela son producto de procesos donde se debaten casos fáciles, que no ameritan de una **aplicación del test de proporcionalidad**, habida cuenta de que no hay en ellas dos derechos fundamentales en pugna. En las sentencias, objeto de estudio, se presenta una omisión por parte del sujeto procesal accionado, que hace que el cuerpo colegiado adopte una decisión correcta a partir de criterios racionales y razonables que provean de legitimidad el amparo del derecho fundamental, y que es producto, exclusivamente, del método deductivo por medio de la utilización del silogismo judicial.

Empero, del análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional, se colige un grado de ponderación, sin realización de test de proporcionalidad, sino más bien fundado en principios constitucionales que sirven de faro conductor dentro de una jerarquía móvil, la que se ilustra por medio de una selección de derechos fundamentales en colisión y de las categorías que se estima en las que se incluyen los principios constitucionales, los que sirven de base a la argumentación. Además, se extractan los mismos elementos de las sentencias analizadas del Tribunal Superior de Medellín, las que al igual que las de la Corte Constitucional se ilustran en el cuadro que se señala a continuación (Ficha análisis de sentencias).

FICHA ANÁLISIS DE SENTENCIAS

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

DERECHOS FUNDAMENTALES	CATEGORÍAS (FACTORES) DE PONDERACIÓN
ALEGADOS	FUNDAMENTO DE ANÁLISIS
A la vida digna, petición y seguridad social, en conexidad con el mínimo vital. COLISIÓN CON PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD (Por jurisdicción ordinaria o constitucional)	Argumento precedente de la Corte Constitucional: -Tutela al derecho a la seguridad social- funcionario público que llega a 65 años edad, al no lograr eficacia al derecho por medios ordinarios.
Seguridad social, mínimo vital y dignidad humana. COLISIÓN CON PRINCIPIO DE LEGALIDAD (Por jurisdicción contenciosa administrativa y jurisdicción constitucional)	-Protección prevalente de las personas de la tercera edad. -Condiciones de debilidad manifiesta. -Condiciones indignas de subsistencia.
Debido proceso (limitación derecho de defensa y contradicción).	Argumento precedente Corte Constitucional.

Continúa en la siguiente página

Viene de la anterior página

CORTE CONSTITUCIONAL

<p>T—561 de 2012 Derecho de población desplazada</p>	<p>Principio de igualdad.</p> <p>Validez constitucional de diferenciación de trato entre personas, grupos o situaciones.</p> <p>Principio a la no discriminación.</p> <p>Estado de derecho.</p> <p>Costos exorbitantes.</p> <p>Principio democrático.</p> <p>Diferencia de trato constitucionalmente justificado.</p> <p>Interdicción de la arbitrariedad.</p> <p>Principio de solidaridad.</p>
<p>T—248 de 2012 Derecho igualdad, a no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana.</p>	<p>Principio de igualdad.</p> <p>Categorías sospechosas: la medida restrictiva de derechos fundamentales basada en la discriminación de orientación sexual, raza – basado en principio de igualdad:</p> <p>Juicio estricto (de mayor rigurosidad frente al débil o intermedio del principio de igualdad).</p> <p>(Aplica test de proporcionalidad), lo que significa que hay trato discriminatorio basado en categorías sospechosas.</p>

Continúa en la siguiente página

Viene de la anterior página

T—1023 de 2010
Al libre desarrollo de la personalidad y a la educación

Capacidad volitiva y autonomía para definir opciones vitales.

Restricciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad (derecho de carácter relacional).

Status constitucional del asunto objeto de la decisión (asuntos que comprometen o no derechos de terceros).

Prohibición de usar patrones estéticos excluyentes.
Principio de participación, del pluralismo y del multiculturalismo.

C—296 de 2012
Se demanda la inconstitucionalidad del artículo 12º de la Ley 842 de 2003 “Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”.

Se analiza la constitucionalidad desde la óptica del derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho al trabajo.

Bloque de constitucionalidad (protección de estos derechos).

Acreditación de preparación académica y científica (frente a profesiones que entrañan riesgo social).

Configuración política del legislador para determinar los requisitos para obtener el título profesional debe ser razonable.

Continúa en la siguiente página

Viene de la anterior página

C—296 de 2012

Se demanda la inconstitucionalidad del artículo 12º de la Ley 842 de 2003 “Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones”.

Límite de los límites (limitaciones establecidas por el legislador al ejercicio de las profesiones deben estar enmarcadas en parámetros concretos).

Riesgo social (protección de la sociedad contra un riesgo derivado del ejercicio de esa profesión en amparo del interés general).

Carácter relacional del principio de igualdad.

Grados de intensidad (suave, intermedio y estricto) del test de igualdad.

Test mixto de constitucionalidad (utilización conjunta del test de igualdad y del test de proporcionalidad).

REFERENCIAS

Aarnio, A. (2000). Reglas y principios en el razonamiento jurídico. *Anuario de Facultad de derecho de la Universidad de A Coruña*, (4), 539.

Ahumada Ruiz, M. (2005). *La jurisdicción constitucional en Europa. Bases teóricas y políticas*. Madrid: Civitas.

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Alexy, R. (1994). *El concepto y validez del derecho y otros ensayos*. Barcelona: Gedisa.

Alexy, R. (2001). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Asis Roig, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*. Madrid: Marcial Pons.

Atienza Rodríguez, M. (1992). *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel

- Atienza Rodríguez, M. (2010). A vueltas con la ponderación. *Revista interdisciplinaria de ciencias jurídicas*, (1), 1-15.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de Argumentación Jurídica*. Madrid: Trotta.
- Barnés Vázquez, J. (1994). Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario. *Revista de administración pública*, (135), 495-
- Bernal Pulido, C. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *Doxa. Cuadernos de filosofía*, (26). 225-238.
- Biblioteca de la Libertad*. (15 de Agosto de 2015). Obtenido de Biblioteca de la Libertad: <http://biblioteca.libertyfund.org/bibliotecadela-libertad/la-declaracion-de-independencia/enmiendas-la-constitucion-de-los-estados-unidos-de-america>
- Bustamante Rúa, M. M. (2009). *Principios del derecho procesal. Derecho procesal contemporáneo*. Medellín: Universidad de Medellín.
- Carbonell, M. (2008). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministro de Justicia y Derechos Humanos.
- Carnelutti, F. (1989). *Cómo nace el derecho*. Bogotá: Temis.
- Carta Magna. (1215). Recuperada de <https://sites.google.com/site/magisterhumanitatis/escritores-latinos/carta-magna-de-1215>
- Cepeda, M. J. (2008). La ponderación de derechos en Colombia: Aporte de la jurisprudencia constitucional. En Linett, E. M. (Coord.), *La ponderación en el derecho* (pp. 135-185). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Cianciardo, J. (septiembre-diciembre, 2003). Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 26(108), 891-906.

Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad, el debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Buenos Aires: Abaco de Rodolfo Depalma.

Clericó, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba.

De Castro Bravo, F. (1949). *Derecho civil de España*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

Decreto Ley 1211 de 1990.

Díaz García, L. I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre lalicitud o ilícitu de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de derecho Universidad Católica de Valparaiso*, 36, 167 - 206.

Dworkin, R. (2007). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Ferrer Mac-Gregor, E., & Zaldivar Lelo de Larrea, A. (2008). *Derechos fundamentales y tutela constitucional* (Vol. IV). Madrid: Marcial Pons.

Fuller, L. L., & Kenneth, I. W. (1978). Las formas y límites de la sentencia. *Harvard law Review*, 92 (2), 353-409.

García Calvo, M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos.

García De Enterría, E. (1986). *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Civitas.

- Gavara de Cara, J. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Ghirardi, O., Fernández, R., Andruet, A., & Ghirardi, J. (2001). *El razonamiento judicial*. Córdoba: Alveroni Ediciones.
- González Campos, J. (2002). *Curso de derecho internacional público*. Madrid: Civitas.
- González Beilfuss, M. (2006). Últimas tendencias en la interpretación de principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Español. *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de derecho constitucional*. España: Aranzadi.
- Guastini, R. (1999). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, (34), 39-46.
- Guastini, R. (2005). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano*. Madrid: Trotta.
- Hunter Ampuero, I. (2011). Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso. *Revista de derecho Universidad Católica del Norte*, 18 (2), 73-101.
- Ibañez, P. A. (2007). *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Iturralde, V. (1991). Sobre el silogismo judicial. *Anuario de filosofía del derecho*.
- Jaramillo Tamayo, J. (2011). *La decisión judicial (Vol. 1)*. Bogotá: Díké.
- Ley 57 de 1887.

Ley 820 de 2003.

Ley 842 de 2003.

Linares, J. F. (2002). *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Astrea.

López González, J. I. (1988). *El principio de proporcionalidad en derecho administrativo*. Sevilla: Instituto García Oviedo.

Lorenzetti, R. L. (2011). *Fundamentos del derecho y razonamiento judicial*. Bogotá: Ibañez.

Mantilla Pineda, B. (1996). *Filosofía del derecho*. Bogotá: Temis.

María Alicia Ocampo Bolandón Vs Instituto Colombiano de Seguros Sociales, Magistrado ponente Julián Valencia Castaño (Tribunal Superior de Medellín Sala Undécima de Decisión Civil 21 de Enero de 2011).

Martínez Pujalte, A. (1997). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Mata Barranco, N. (2007). *El principio de proporcionalidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Medina Guerrero, M. (1996). *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill.

Moreso, J. J. (2005). *Conflictos entre principios constitucionales*. Madrid: Trotta.

Prieto Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas. problemas del razonamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Recasens Siches, L. (1963). *Panorama del pensamiento jurídico del siglo XX*. México: Porrúa.
- Rojas, I. Y. (02 de Marzo de 2014). *La proporcionalidad en las penas*. Recuperado de: [www.http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2937/15.pdf](http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2937/15.pdf)
- Ruiz Ruiz , R. (2007). La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. Especial referencia a la jurisprudencia constitucional española. *Revista telemática de filosofía del derecho*, (10), 53 - 77.
- Sentencia, Martha de Jesús López Vs Caja de Retiro de las Fuerzas Militares (Superior de Medellín 17 de Junio de 2011).
- Sentencia C 296 , Demanda de inconstitucionalidad (Corte Constitucional 18 de Abril de 2012).
- Sentencia segunda instancia, José Yovanny Rivera Agudelo vs Juez primero civil municipal Bello Antioquia (Tribunal Superior de Medellín 20 de Mayo de 2011).
- Sentencia T, Henry Cerón Avila en representación de su hijo Alejandro Cerón Muños vs Colegio Champagnat de Popayán Cauca (Corte Constitucional 10 de Diciembre de 2010).
- Sentencia T 248, Julián (nombre ficticio) vs Laboratorio Clínico Higuera Escalante (Corte Constituci onal 26 de Marzo de 2012).
- Sentencia T 561, Martha Osiris Canola Caycedo Vs Banco Agrario de Colombia (Corte Constitucional 17 de Julio de 2012).
- Rumoroso Rodríguez, J. A. (2010). Las sentencias. *Praxis de la práctica judicial y administrativa*, 38 (113). Recuperado de www.tjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/lasantencias.pdf

Sánchez Gil, R. (2010). El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. En R. Alexy, *El principio de proporcionalidad en la interpretación jurídica* (pp. 52-53). Santiago de Chile: Librotecnia.

Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado. *Dikaion*, (17), 157-198.

Sastre Ariza, S. (1993). Sobre la dificultad de los llamados casos fáciles, difíciles y trágicos. *Derecho y opinión*, vol. (1), págs. 295-308.

Silva Bascuñan, A. (1997). *Tratado de derecho constitucional*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Sentencia C-296 del 18 de abril de 2012.

Sentencia T-406 (Corte Constitucional 5 de junio de 1992), recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/t-406-92.htm>.

Toller, F. M. (2005). La resolución de los conflictos entre derechos fundamentales. Una metodología de interpretación constitucional alternativa a la jerarquización y el balancing test. En E. Ferrer, *Interpretación constitucional* (pp. 1258-1259). México: Porrúa.

Valencia Restrepo, H. (2007). *Nomoárquica, principialística jurídica o filosofía y ciencia de los principios generales del derecho*. Medellín, Comlibros.

Vásquez Posada, Socorro. (2001). *El argumento judicial*. Medellín: Librería jurídica Sánchez.

Villamil Portilla, E. (2008). *Estructura de la sentencia judicial*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia (Escuela Rodrigo Lara Bonilla).

Zagrebel'sky, G. (2002). *El derecho ductil*. Madrid: Trotta.

INFORMACIÓN DE LAS AUTORAS

Luz Amparo Granada de Espinal

Abogada de la Universidad de Medellín, Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Pontificia Bolivariana, Especialista en Docencia Investigativa Universitaria de la Fundación Universitaria Luis Amigó, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, candidata a doctora en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Docente Investigadora de la Universidad Católica Luis Amigó y de la Universidad de Antioquia. Coordinadora de la Escuela de Posgrados de la Universidad Católica Luis Amigó.

Catalina Merino Martínez

Abogada de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Antioquia, Magister en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín, doctoranda en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Docente Investigadora de la Universidad Autónoma Latinoamericana.



Medellín
2017