

EL TEST DE PROPORCIONALIDAD: SU USO Y APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

**Angélica Armenta Ariza¹*

Resumen

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, uno de los cambios trascendentales que se produjo, lo constituyó la creación de la Corte Constitucional colombiana, a la cual se le confió la guarda de la integridad y de la supremacía de la Constitución mediante el otorgamiento de la competencia funcional de ejercer el tan complejo control constitucional en un estado; para el ejercicio de dicho control, la Corte Constitucional y ante el nuevo modelo constitucional dispuesto en la Constitución de 1991, ha acudido a lo que se denomina el neoconstitucionalismo, esto es, a la aplicación de nuevas formas, figuras e instituciones dentro del derecho constitucional que le permitan cumplir esta función dejando de lado el excesivo formalismo que imponía el riguroso modelo positivista y exegético, para acudir a modelos de control mucho más acorde al modelo del estado social de derecho.

Dentro del denominado neoconstitucionalismo cabe destacar el uso de los denominados test por parte de los tribunales constitucionales, y para el caso de Colombia, de la Corte Constitucional colombiana. Para el presente caso, el objeto de estudio de la investigación se centra en describir y analizar, la figura del uno de estos, como es, el test de proporcionalidad, así como revisar su uso y metodología por parte de la Corte Constitucional colombiana, tema que resulta de gran importancia no solo para el derecho constitucional, sino para todo lo que respecta al ordenamiento jurídico colombiano; por cuanto, el test de proporcionalidad viene siendo una de los métodos hermenéuticos más utilizados por la Corte Constitucional para el ejercicio del control constitucional, abstracto o concreto, en todas las temáticas del derecho, esto es, en lo penal, civil, laboral, familia, tributaria, policivo, disciplinario, etc.

¹ Abogada. Especialista en Derecho administrativo. Especialista en Derecho Constitucional. Maestranda en Derecho Administrativo Universidad Libre.

Este documento se centra en describir y analizar el test de proporcionalidad y su metodología de aplicación por parte de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, la cual se desarrolla en dos secciones, saber: una primera sección, en la cual se describe el marco conceptual del test de proporcionalidad, su definición y origen, y se realiza una breve referencia al derecho comparado y una segunda sección en la cual se describe el arribo del principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana, así como la metodología del test de proporcionalidad, para finalmente presentar algunas conclusiones del test de proporcionalidad a la luz del uso dado por la Corte Constitucional colombiana al mismo.

Palabras claves:

Proporcionalidad, test de proporcionalidad, control constitucional, derechos humanos.

Introducción

Para el ejercicio del control constitucional ordenado por la Constitución de 1991 en el artículo 241, la Corte Constitucional colombiana acude al uso de un instrumento novedoso denominado test de proporcionalidad, el cual no había sido utilizado en Colombia por alguna corte, y puntualmente, por la Corte Suprema de Justicia cuando tuvo a su cargo el ejercicio de dicho control. La razón de apelar a este nuevo método tuvo como propósito implementar una herramienta hermenéutica que le permitiese realizar el control constitucional (abstracto y concreto), del modo más *razonable* posible teniendo en cuenta la relevancia socio jurídica que representa el ejercicio de dicha función. En ese orden de ideas, el propósito de la Corte Constitucional se enfocó en realizar el control constitucional mediante el uso de método que resultare lo más objetivo posible en el desarrollo de esta tarea, el cual como se indicó, no había sido utilizado antes en Colombia, lo que lo hace per se una herramienta novedosa para el control constitucional.

Es preciso señalar que, la función de hacer control constitucional, es una de las funciones más importantes dentro de un estado social y democrático de derechos, lo cual hace además que dicha función deba tener no solo legitimidad en quien la ejerce, sino en el cómo se ejerce, lo que hace surgir la imperiosa necesidad de motivar razonablemente las decisiones que en virtud de tal control se profieran, dotándolas de tal modo de una fuerte carga argumentativa acorde a la luz de los derechos humanos y los tratados internacionales que sobre la materia ha suscrito el estado colombiano.

Para el cumplimiento de esta tarea, la Corte Constitucional acudió desde sus inicios al denominado test de proporcionalidad, que aun cuando, no es una novedad en Estados Unidos ni en Europa, si lo era en Colombia. Siguiendo con la premisa inicial, la Corte Constitucional acude desde sus inicios a lo que se denomina el test de proporcionalidad, entendido este en palabras de Encarnación Roca Trías², como la herramienta argumentativa en la cual (...) *lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para*

² “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”. Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma - octubre 2013. Magistrada Encarnación Roca Trías. Letrada M^a Angeles Ahumada Ruiz. p. 3. <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2013-10-24-00-00/2013-PonenciaEspa%C3%B1a.pdf>

Consultado 24, 06, 2017.

alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su “proporcionalidad”, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. De resultas de este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.”

Por tratarse de un método o herramienta novedosa debido a su reciente llegada y uso en el sistema jurídico colombiano, su terminología, conceptos, metodología, tipos de test y niveles de este, entre otros aspectos dogmáticos, resultaron exóticos en nuestra cultura jurídica; incluso para algunos despachos de la Corte, quienes lo utilizaban inicialmente de manera un poco tímida; razón por la cual, la construcción de la dogmática alrededor de este concepto no ha resultado tarea fácil, ya que si bien es cierto, se sustenta en los criterios de proporcionalidad y su base se orienta alrededor de este macro principio, el cual ha sido profundamente estudiado, la tarea más ardua consistió y aún consiste en elaborar su dogmática, no la referida al principio de proporcionalidad, sino la del test que surge a partir de dicho principio, así como, los pasos de éste, los tipos de test y en qué supuestos se aplica uno u otro; tarea que al no ser sencilla, ha generado detractores y defensores de este tipo de metodología al momento de su uso en cada caso concreto, al señalársele que carece de la tan anhelada objetividad y razonabilidad con la cual se pretende arropar. Pese a ello, no es menos cierto que ante la inminente realidad de decidir lo que es o no constitucional, no simplemente de resolverlo, sino la tarea de decidirlo con argumentos constitucionales razonables, tarea para lo cual el derecho constitucional se nutre de la doctrina de la argumentación, la cual previa a la constitución de 1991, se había caracterizado por un modelo más exegético, en el cual la Constitución no era fuente vinculante para el control constitucional, dogma que se modifica sustancialmente con la nueva constitución y el nuevo modelo que ella planeta.

La modificación de dicho dogma en el ejercicio del control constitucional comportó la tarea de construcción en Colombia de una nueva institución jurídica, a la que se le denominó *test de proporcionalidad*, figura novedosa que impregna de una fuerte dosis de carga argumentativa los fallos que emita la Corte Constitucional al momento de revisar (controlar) medidas legislativas, decisiones ejecutivas o ante situaciones fácticas; y así, determinar con el mayor grado de razonabilidad, por ende, de objetividad posible, en qué

casos se está ante situaciones que contrarían el modelo constitucional establecido en el 1991, lo que de contera resultaría violatorio de los derechos humanos.

En consecuencia, el control constitucional empieza a tornarse específico para cada medida o caso revisado; y por ende, obligatoriamente surge la pregunta acerca de *¿Cómo determinar en cada caso concreto, sí, la medida legislativa o ejecutiva, o el hecho bajo examen, son violatorios de la constitución política de 1991 y de los derechos humanos?*, y para dar respuesta a este interrogante, la Corte acudió a la experiencia internacional, tanto norteamericana como europea, dando aplicación al principio de proporcionalidad y al test de proporcionalidad, el cual fue tímidamente utilizado por algunos despachos de la Corte, y posteriormente, por casi la totalidad de ésta, hasta convertirse en una herramienta de uso generalizada para el ejercicio del control constitucional abstracto o concreto, en aras de evitar pronunciamientos subjetivos por parte del tribunal constitucional, buscando el amparo en argumentos más objetivos que contentan una mayor carga argumentativa.

En este texto se aborda el principio de proporcionalidad, y su aplicación de en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, así como el test de proporcionalidad, éste último como metodología adoptada por algunos tribunales constitucionales³, el cual se utiliza como instrumento para determinar con el mayor grado de *razonabilidad* posible, en qué eventos existe una posible vulneración del derecho a la igualdad o de sí determinada medida es acorde o ajustada o no a la Constitución de determinado estado, o a la luz del marco del derecho internacional de los derechos humanos, para así determinar, en palabras de Quinche Ramírez⁴, en cada caso concreto *¿Si acontece una discriminación o una diferencia de trato inconstitucional o no justificada?*

El asunto de esta investigación consiste en realizar una revisión conceptual y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, así como de la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana, y así determinar los criterios que le permiten a los usuarios del derecho, saber si se está o no, frente a una

³ Tribunal Constitucional Español y Tribunal Constitucional Alemán.

⁴QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 189. Bogotá, 2010.

decisión contraria a la razonabilidad violación del principio de proporcionalidad, que en algunos casos implica la violación del derecho a la igualdad, apelando al principio de *proporcionalidad*. En este sentido, se asiste al tránsito entre el criterio tradicional de evaluación o de aplicación positivista del derecho como modelo habitualmente usado, al modelo y/o criterios *contemporáneos*⁵ de evaluación. En la tradición, si se quería saber si se estaba o no frente a una norma ajustada o no a la constitución, o ante la transgresión de disposiciones constitucionales o la violación de un derecho, ej. el derecho a la igualdad o no, se apelaba al criterio de “interdicción de la arbitrariedad”. De esta manera, si la medida adoptada por el legislador (la diferencia de trato, para el caso) era arbitraria, entonces resultaba inconstitucional, y en sentido contrario, si no lo era, debía permanecer en el sistema. No obstante, este criterio era muy exigente, y hasta indeterminado, razón por la cual, hubo necesidad de desarrollar una metodología distinta, de tipo *argumental*, contemporáneamente entendida como “*test proporcionalidad*”, y que tiene una versión propia para el derecho a la igualdad denominada el “*test de igualdad*”.

Así, este documento aborda el *test de proporcionalidad* como criterio o parámetro contemporáneo de control de medidas legales y en algunos casos de hechos concretos, el cual le permite a los Estados constitucionales y democráticos, y más exactamente a sus tribunales constitucionales determinar con el mayor grado de razonabilidad posible si la medida legislativa o ejecutiva⁶ adoptada, vulnera o no la constitución y los derechos humanos. Inicialmente, el test ha adoptado varios nombres, como test de proporcionalidad, de razonabilidad, y test de igualdad, cuando se tratará de la verificación de la presunta violación de este derecho. Sin embargo, se precisa, para efectos puramente metodológicos, que, en el presente documento, sólo hará alusión al test de proporcionalidad, en el que se pretende describir y analizar el test de proporcionalidad y su metodología de aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema de la presente investigación, se centra en determinar cuál ha sido el uso y aplicación que le ha dado la Corte Constitucional colombiana al test de proporcionalidad en el ejercicio del control constitucional. Para lo

⁵ Existen varios: test de proporcionalidad, test de razonabilidad y test de igualdad.

⁶Para el caso de los estados de excepción el Estado colombiano los cuales tienen control constitucional por parte de la Corte Constitucional Colombiana en virtud del artículo 241. 9 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

cual, el documento se desarrolla en dos secciones, saber: una *primera sección*, en la cual se describe el marco conceptual del test de proporcionalidad, su definición y origen, y se realiza una breve referencia al derecho comparado y una *segunda sección* en la cual se describe el arribo del principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana, así como la metodología del test de proporcionalidad, para finalmente presentar algunas conclusiones del test de proporcionalidad a la luz del uso dado por la Corte Constitucional colombiana al mismo.

La investigación se desarrollará mediante la metodología cualitativa, que busca abordar conceptualmente el test de proporcionalidad, su uso y aplicación por la Corte Constitucional colombiana. Se desarrollará una metodología descriptiva, la cual indaga acerca del origen del test de proporcionalidad, su concepto, los tipos de test y niveles del test que utiliza la Corte Constitucional, su arribo y metodología, y presentar algunas conclusiones sobre su uso en Colombia. Lo cual se hará mediante el método descriptivo para el desarrollo de cada uno de los objetivos del planteados, planteando el análisis del test a partir del año 1998 al 2017.

CAPITULO I

MARCO CONCEPTUAL DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD: DEFINICIÓN Y ORIGEN: BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

Esta sección presenta de manera descriptiva algunas definiciones del test de razonabilidad o de proporcionalidad, el cual ha sido adoptado por la Corte Constitucional colombiana como parámetro o herramienta de hermenéutica constitucional para determinar la congruencia constitucional de las medidas adoptadas por el legislador, así como en los casos de revisión de la regulación de los derechos fundamentales, sea esta por acción u omisión legislativa⁷ y para determinar la posible vulneración del derecho a la igualdad, precisando que el este derecho el test desarrolla una versión propia denominado *test de igualdad*. Así mismo, esta sección aborda el origen del test de razonabilidad o de proporcionalidad, tomando como fundamento la comprensión moderna de la *horizontalidad entre* los derechos humanos, idea según la cual ningún derecho es más importante que otro, sino que todos los derechos humanos se encuentran en el mismo nivel o posición jerárquica entre ellos, y se admite la tesis de que no existen derechos absolutos, sino que todos los derechos son relativos, esto es que pueden ser limitados teniendo en cuenta el contexto en el cual han de ser aplicados, contexto que implica la presencia de una serie de requisitos que hacen que en determinadas circunstancias o situación concreta, un derecho deba primar por encima del otro, pero que en otras circunstancias diferentes ese mismo derecho deba ceder ante otro⁸. Es en este contexto en el que se da paso a la tesis de la proporcionalidad, principio o regla de interpretación a la cual le corresponde revisar de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos humanos dentro un Estado constitucional y democrático de derechos⁹.

La *razonabilidad o proporcionalidad* consiste en una técnica de interpretación que busca proteger, garantizar y desarrollar al interior de las organizaciones estatales los derechos humanos dentro de los modelos constitucionales, bajo el entendido de que en tales modelos no existe un listado descendente y jerárquico de los derechos, sino que los mismos se presentan como un catálogo enunciativo u horizontal que permite que los

⁷ Sobre omisiones legislativas ver la sentencia C – 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica No. 3.

⁸ Ver sobre este punto la colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor en el caso de la revista Titanic Vs un oficial de la reserva que era parapléjico citado en CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Pagina 21

⁹ CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 10, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

derechos *positivizados* constitucionalmente sean aplicados sistemáticamente en un plano de igualdad, bajo la idea de que la positivización no implica negación¹⁰, y todos interpretados desde la mirada de lo razonable. La razonabilidad de los derechos humanos, busca que estos dentro de un modelo de Estado constitucional sean compatibles entre sí a la luz de los postulados de la dignidad humana, siendo ésta (sic) entendida como el derecho de los derechos, por cuanto la dignidad humana ocupa dentro del catálogo de derechos humanos el papel que el sol tiene dentro del sistema solar, y así como todos los planetas giran alrededor del sol, de igual manera todos los derechos giran alrededor de la dignidad humana. De allí que, dentro del marco de la razonabilidad entran en juego límites como la proporcionalidad y ponderación de los derechos, nociones aplicadas a partir de la aceptación de la idea de la relatividad de los derechos humanos.

Lo anterior nace dentro del contexto de la mirada contemporánea de los derechos humanos; la relevancia no solo formal sino material e instrumental que empiezan a asumir los textos constitucionales a partir del siglo XX, el rol dado a los derechos humanos por parte de los tribunales constitucionales de manera comprometida y en algunos casos criticada por los defensores del constitucionalismo tradicional; la presencia de órganos internacionales de control de derechos humanos; la asistencia cada día más a un nuevo modelo de ciudadano conocedor de sus derechos y comprometido con estos, lo que empieza a hacer eco en el reclamo de los mismos ante el Estado mediante las diversas formas de participación ciudadana¹¹ y de protección de derechos humanos, entre otros aspectos, hacen que se asista a la apertura de nuevos parámetros o modelos hermenéuticos o de interpretación de los derechos, que aunque resulten más complejos al momento de la resolución de los casos en comparación con los esquemas tradicionales que respondían a la absolutez y rigidez jerárquica de los derechos, que algunos denominan seguridad jurídica, no por ello el modelo contemporáneo resulta inseguro, todo lo contrario esa seguridad jurídica debe ser revisada acorde a la efectividad de los derechos, por lo tanto, el modelo no por ello es menos efectivo a la luz del derecho, todo lo contrario, resulta más garante de la dignidad de la persona.

¹⁰Teoría de los derechos innominados como componente del bloque de constitucionalidad. Art. 94 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

¹¹Sobre este punto las acciones constitucionales en Colombia: la acción pública de inconstitucionalidad, la acción de tutela y la acción popular.

Dentro de los mencionados nuevos parámetros se encuentran nociones como la razonabilidad, la proporcionalidad, la ponderación, principios de interpretación como el principio *pro homine* y *pro actione*, entre otros, los cuales apuntan hacia una nueva concepción de los derechos y de la persona humana como el eje central de preocupación y satisfacción social de los Estados sociales y democrático de derecho, rotulo actual que se propone para los estados contemporáneos. En lo anterior no se puede dejar de lado que dentro del fenómeno de la interpretación no solo los derechos asumen un rol valioso en el nuevo modelo hermenéutico, sino también lo ocupan los valores y principios constitucionales¹², los cuales son vinculantes y requieren su aplicación coherente, ponderada y razonable en la protección de aquellos.

Como se puede ver, la mayor necesidad a la que se enfrenta en este momento el derecho constitucional contemporáneo no es sobre la reflexión sobre la positivización de los derechos, sino sobre su aplicación en los casos concretos cuando estos colisionan o chocan entre sí, en palabras de Carbonell

*(...) No se trata de ahora de abogar por su constitucionalización (aunque se sigue discutiendo sobre la pertinencia de aumentar el número de derechos, por ejemplo, para contemplar como tales el derecho al agua o el derecho a la renta básica) sino se supervisar su correcta puesta en práctica. Y para ello se requiere de importantes técnicas interpretativas. Una de ellas es precisamente la de la proporcionalidad (...)*¹³

En esta sección se presentan algunas nociones acerca de la proporcionalidad y la razonabilidad, así como una revisión acerca de en qué consiste el test constitucional que surge de estos conceptos, así como sus antecedentes, partiendo de la idea de que la *proporcionalidad* antes de ser un test es un principio del derecho¹⁴, la proporcionalidad,

¹²CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 12, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá. Sobre este punto ver la sentencia del aborto en Colombia C - 355 de 2008 Humberto Antonio Sierra Porto. C – 383 de 1998. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹³CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 10, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

¹⁴CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Página 17, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

implica *sopesar, medir, balancear o equilibrar*, y para la investigación que nos ocupa, este principio se analiza a la luz de su puesta en marcha en el derecho constitucional, tal y como ocurre en los casos de revisión de medidas legislativas o ejecutivas o en aquellos casos de colisión entre derechos humanos (recordar teoría de la horizontalidad), como suele suceder a manera de ejemplo, entre la libertad de expresión y el derecho al buen nombre, cuando en ejercicio del primero se acude a adjetivos calificativos que dañan o afectan en nombre de una persona, en estos casos, se debe revisar si la medida es o no constitucional, o cual derecho debe privilegiarse en cada situación particular, haciendo un recorrido por los subprincipios que lo integran, a saber, *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*, siendo este último subprincipio conocido como la ponderación de derechos o el balanceo; así lo ha entendido la Corte Constitucional colombiana cuando entra a determinar una posible vulneración de la igualdad

(...) A fin de determinar si el trato discriminatorio vulnera el derecho fundamental a la igualdad, la Corte ha elaborado un modelo de análisis que integra el juicio de proporcionalidad y el test de igualdad. El operador jurídico debe, entonces, estudiar 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 (...)¹⁵

La Corte Constitucional colombiana define el test de razonabilidad o proporcionalidad como una “*guía metodológica para dar respuesta a la tercera pregunta que debe hacerse en todo problema relacionado con el principio de igualdad: ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual?*”¹⁶, y pese a que la Corte Constitucional reconoce que existen otros métodos o parámetros de valoración de

¹⁵Corte Constitucional, Sentencia C – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, consideración jurídica No. 4.

¹⁶Corte Constitucional. Sentencia C – 022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración jurídica No. 6.3.3.

vulneración de derechos, ha acudido en sus sentencias a la aplicación del test de proporcionalidad como método para determinar si las decisiones al interior del estado colombiano son acordes a los principios constitucionales.

Sobre este punto señaló la Corte Constitucional al referirse en una demanda de inconstitucionalidad contra la norma que obliga a agotar la conciliación prejudicial obligatoria como requisito de procedibilidad, en relación con el test de razonabilidad que tal metodología permite a ese Tribunal *“examinar si una medida limitativa de los derechos fundamentales cumple o no una finalidad acorde con la Constitución Política y si los medios utilizados por el legislador para alcanzarla son o no idóneos ... Los criterios de análisis al aplicar un juicio de razonabilidad son distintos en razón a varios factores, entre otros, dependiendo de los derechos en juego y de la facultad con que cuente el legislador para establecer la limitación a los derechos afectado”*¹⁷

En sentencias posteriores¹⁸, la jurisprudencia de la Corte Constitucional señaló que la finalidad del test consiste en poder determinar si ante la presencia de un trato diferente, el mismo se encuentra justificado a la luz de los postulados constitucionales. El test de razonabilidad o proporcionalidad, que para el caso del derecho a la igualdad adquiere una versión concreta, es definido entonces como aquella metodología que permite a los Tribunales Constitucionales resolver de modo técnico y no subjetivo las cuestiones relacionadas con la violación del derecho a la igualdad¹⁹. Citando a Rodríguez²⁰, El test de razonabilidad *“debe su nombre al hecho de que funciona como evaluación judicial de la justificación de un acto que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad”*, convirtiéndose así la razonabilidad en el método al que apelarían los tribunales constitucionales para resolver con el mayor grado de objetividad y respeto de los derechos fundamentales, cuando deban realizar la revisión de las medidas legislativas, sobre todo a fin de determinar si las mismas resultan o no discriminatorias y/o violatorias de derechos

¹⁷Corte Constitucional, Sentencia C – 1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra. consideración jurídica No. 5.

¹⁸Ver entre muchas otras C – 1176 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. C - 808 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. C – 673 de 2001. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁹QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 190. Bogotá, 2010

²⁰RODRÍGUEZ, cesar. El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. En: “La Corte Constitucional. El año de la consolidación. · Universidad de los Nades, Siglo del hombre Editores, Bogotá, 1998, pagina 271.

fundamentales. Metodología que implica atravesar por los tres pasos o subprincipios que lo integran como ya se ha mencionado, la *legitimidad* del fin que persigue la ley, el *medio* utilizado para lograr dicho fin y finalmente la proporcionalidad en sentido estricto que implica asimismo análisis de ponderación entre fin y medio.

La génesis de la proporcionalidad se ubica en el choque que se presenta entre la necesidad de los Estados de lograr el bienestar común, seguridad y la convivencia dentro de un orden social, por un lado, y por el otro el ejercicio libre y autónomo de los derechos y libertades individuales en cabeza de los miembros de la comunidad política. En ese orden de ideas y siendo la pauta generalizada en el modelo absolutista la intervención plena, absoluta e ilimitada en los derechos y libertades del individuo bajo el ideario según el cual las personas debían ceder sus derechos para el logro del bienestar común y los logros de los fines del Estado, siendo un ejemplo de esto, la no existencia de garantías procesales penales, lo que permitía que una persona pudiese ser privada de su libertad de manera prolongada e ilimitada por ser enemigo de la corona o que la pena impuesta fuese desproporcionada al hecho cometido, situaciones que conllevaron al establecimiento de instituciones como el *habeas corpus act* en Inglaterra²¹. La situación anterior cambia sustancialmente con el paso al modelo de Estado de derecho, principalmente con la llegada de lo que para la época fue uno de los aportes más importantes a saber, *el principio de legalidad*, que entró a ser un límite fuerte en la injerencia caprichosa y arbitraria en el ejercicio pleno de los derechos del individuo, asimismo en tal modelo se considera que la intervención del estado en la vida de los ciudadanos debe hacerse con fundamento en una norma general, impersonal y abstracta, cuyo objetivo sea la persecución del bien común y el bienestar de todos los miembros de la sociedad en igualdad formal de condiciones. Esos límites a la intervención se dan en relación con las siguientes premisas:

²¹Sobre este punto: Inglaterra en 1670 - caso de Edward Bushell quien actuó como jurado en un proceso en el que absolvió al acusado contra la voluntad de la corona real y ante el temor de que lo detuvieran por represalia contra la decisión que tomó, solicitó el Habeas Corpus Act, el cual fue resuelto favorablemente por el Tribunal de agravios bajo el argumentando que los veredictos de los jurados no se penalizarían a fin de garantizar la imparcialidad e independencia del jurado. Lo anterior motivó a la cámara de los comunes del parlamento a reunirse y adoptar el 27 de mayo de 1679 el Habeas Corpus act: El cual se convirtió en el más importante y efectivo mecanismo de protección procesal del derecho a la libertad de la persona humana y se estableció como una garantía para los ingleses contra las detenciones arbitrarias de los reyes. El habeas corpus como garantía fue el primer aporte al derecho procesal constitucional aceptado por el parlamento y más tarde jerarquizado en las constituciones políticas y posteriormente en los tratados internacionales que reconocen los derechos humanos.

1. Necesidad: el aparato estatal solo y estrictamente debe intervenir en las libertades fundamentales cuando sea estrictamente necesario;
2. Fines de la intervención: la intervención siempre debe ser acorde a los postulados constitucionales, de tal manera que solo están permitidas o justificadas las que persigan fines que vayan de acuerdo con los valores, principios y/o derechos plasmados en la constitución. En este punto se debe recordar el papel inexistente que tenían los textos constitucionales en el modelo del Estado de derecho, ya que estos eran simples textos retóricos sin ningún poder vinculante, así como también la consagración meramente enunciativa de los derechos y libertades fundamentales, sin ninguna capacidad coercitiva de ejercicio, situación que precisamente generó o provocó el cambio al modelo al Estado Social de Derecho.
3. Ponderación de la intervención: la intervención debe hacerse de la manera menos lesiva e invasiva de los derechos y libertades fundamentales

En este contexto surge la proporcionalidad, la cual es vista entonces como límite o freno de las actuaciones públicas, las cuales no en pocos casos resultaron arbitrarias e injustificadas por parte de los Estados, algunas de las cuales terminaron en excesos y/o abusos de poder, que es el modo eufemista de citar a los regímenes totalitaristas, como fue el caso del franquismo en España, Fascismo en Italia, el Nazismo en Alemania, así como las dictaduras en América Latina, situaciones que bajo el disfrazado atuendo de la búsqueda del bien común y bajo el esquema del intervencionismo estatal se cometieron crudas e irreparables violaciones a los derechos humanos sin garantizar el respeto de la más mínima dignidad del ser humano, lo anterior auspiciado por el mal comprendido pero aceptado concepto que tuvo la noción del interés general durante la vigencia del estado de derecho, el cual era entendido bajo la errónea idea de que con este se respondía a las necesidades del conglomerado social, el problema consistía no en la definición semántica del término que de suyo ya involucra un problema per se, sino que este radica en entender cuál es la autoridad socialmente legitimada desde la mirada de los derechos humanos y que no responda a ningún tipo de intereses, para definir tal concepto. Sobre este punto resulta vital citar a Quinche²² cuando señala (...) *Así, cabría preguntarse: ¿Quién establece lo que sea el interés general y bajo qué criterios?, ¿el Congreso?, ¿el Presidente?, ¿la mayoría?, ¿la Iglesia católica, o el Papa? (...)*

²²QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 63. Bogotá, 2010

Retomando la pregunta formulada en el párrafo precedente, esto es, cuál es la autoridad legitimada socialmente desde la exclusiva mirada de los derechos humanos para definir tan importante concepto, y cuáles deben ser los criterios o categorías que deben seguirse para tal labor, resulta relevante esta pregunta, ya que se debe aceptar sin mayor reparo por cuanto los hechos son el mejor referente histórico de ello, que los órganos públicos no han sido el mejor ejemplo de ello, por citar algunos ejemplos, el parlamento, y en el caso de Colombia puntualmente el Congreso de la República ha incurrido en lo que la Corte Constitucional ha denominado omisiones legislativa, en sus dos categorías – *absolutas* y *relativas*²³ -, para así justificar su intervención constitucional en las segundas, demostrándose con ello la evidente falta de voluntad política para legislar en materia de derechos humanos²⁴; el panorama no es diferente en el aparato estatal ejecutivo, un típico ejemplo son los casos en Europa de Nazismo, Fascismo y Franquismo y en América Latina, los cuales no han sido el mejor ejemplo en materia de garantía para los derechos fundamentales, de ordinario se citan las dictaduras o regímenes totalitarios en Argentina, Chile, Perú, sin dejar de lado la situación inagotable de crisis social que se ha vivido en Colombia por más de 50 años por diferentes factores que confluyen, los cuales no se abordaran en este documento, no por no ser importantes, sino por no ser los temas puntuales de este estudio.

Ante el anterior panorama social, han sido los Tribunales o Cortes constitucionales quienes se han convertido en el mesías humano de una sociedad sedienta de justicia y de satisfacción de sus más mínimas necesidades humanas insatisfechas. Son entones los tribunales constitucionales los órganos públicos que empezaron a demostrar su compromiso con los derechos humanos, y emprendieron una lucha titánica en una sociedad habituada a que lo injusto es derecho, y a tomar decisiones trascendentales para la efectividad de la dignidad humana, para lo cual dieron un giro de 360 grados en los métodos de interpretación, apelando a los modelos denominados los *test*, ya que si se

²³Corte Constitucional. Sentencia C - 823 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa. Consideración jurídica No. 6.

²⁴Sobre la particular resulta importante mencionar temas como los derechos de las parejas LGBTI, el aborto en Colombia, la eutanasia, entre muchos otros, aspectos directamente relacionados con los derechos humanos, los cuales dentro del órgano legislativo colombiano no han sido debatidos y algunos archivados por falta de voluntad política.

continuaba con el modelo positivista, garantizar derechos como la dignidad humana, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad, habrían resultado una quimera.

El método de la proporcionalidad, también tiene un reto, y es el de responder directamente al concepto moderno de interés general, el cual ha sido definido por la Corte Constitucional colombiana²⁵ desde sus primeras sentencias, señalando que

(...) El interés general es un concepto vago e impreciso que requiere de una determinación concreta, probada y razonable. Si esto no fuera así, quedaría en manos del poder público limitar el alcance de los derechos fundamentales, mediante una reglamentación tal que la regla general de libertad se convierta, de hecho en la excepción. En el texto constitucional colombiano, el interés general, definido por el legislador se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general (...)

En este mismo sentido, y siguiendo la línea de la Corte Constitucional, Quinche Ramírez²⁶ señala sobre el interés general, tal concepto

(...) no se encuentra en los intereses de las mayorías, como equivocadamente se tiende a pensar, ya que los derechos fundamentales, son precisamente limitaciones a los intereses de las mayorías, cartas de triunfo sobre estas, que no por ser el mayor número, profieren enunciados correctos, tal y como se desprende de las practicas del fascismo, de las dictaduras latinoamericanas o de autoritarismos presidenciales, que en su momento han contado con la favorabilidad de ciudadanos ... en este sentido, el contenido concreto del interés general, es el interés por los derechos fundamentales, compartido por la comunidad de los seres humanos, no el simple interés del presidente de la República, de un sector de la población o de la mayoría de los ciudadanos(...)

²⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 606 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

²⁶QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 63. Bogotá, 2010

De lo anterior se colige, que el centro y eje de las sociedades modernas lo son los derechos humanos, y no lo es la tradicional pero errónea concebida idea del interés general, que permitió el abuso y la violación sistemática de estos, de tal manera que hoy en día no se habla de la necesidad de dar respuesta a los intereses de una comunidad en general, sino de garantizar la protección real, efectiva y concreta de los derechos humanos de todos, incluyendo las minorías, convirtiéndose esto en el verdadero interés general. Bajo ese entendido, el principio de proporcionalidad cobra hoy por hoy vital importancia para el derecho constitucional contemporáneo, ya que retomando la idea de aceptar la intervención estatal para el ejercicio, protección y disfrute pleno de los derechos humanos, empieza asimismo a aceptarse la idea según la cual la intervención del aparato público no debe ser la regla general, sino la excepción, y en tal sentido solo se debe intervenir para garantizar la protección y satisfacción de los mismos, y no para que el goce o ejercicio libre de los tales derechos se vuelva nugatorio o de imposible acceso.

Sobre este punto Abramovich y Courtis²⁷ señalan que obligaciones deben asumir los Estados modernos para responder al real compromiso con los derechos humanos, para que la realización de estos se vuelva realmente posible, estas obligaciones son presentadas en cuatro categorías, a saber, las primeras, consisten en una obligación positiva de hacer, denominadas las de *regulación (I)*, las cuales incluyen una acción afirmativa por parte del aparato estatal y que básicamente compromete al órgano legislativo en entregar leyes coherentes y que den respuesta al ejercicio de los derechos humanos, sin que estas se vean influenciadas por ideologías partidistas o religiosas, sino estrictamente vinculadas al concepto de dignidad humana, estas primeras obligaciones son el punto de partida para la garantía de tales derechos, por cuanto aunque estos no necesitan de la regulación para su disfrute, su regulación si se convierte en una muestra clara de los Estado en el compromiso nacional e internacional con los mismos, de allí que uno de los tipos de modulación más adoptadas por la Corte Constitucional colombiana cuando se trata de derechos humanos, lo sean las sentencias exhortativas, en las cuales invita al congreso a regular los temas de derechos humanos, un claro ejemplo de esto lo es la sentencia C -

²⁷ ABRAMOVICH, VICTOR y COURTIS, CHRISTIAN. El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006. Página 26.

577 de 2011 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo²⁸, la cual se convierte en un claro ejemplo de necesidad de la regulación en materia de derechos humanos; en las segundas, encontramos las obligaciones de *respeto (II)*, las cuales implican no hacer o no incurrir en actos, hechos u omisiones que vulneren los derechos humanos; siguen las obligaciones de *protección (III)*, en las cuales el Estado interviene para evitar que otros actores distintos a él vulneren los derechos humanos (como por ejemplo grupos al margen de la ley); finalmente, están las obligaciones de *garantía o satisfacción*, las cuales involucran un compromiso pleno por parte del Estado con aquellos sujetos de especial protección constitucional, que por diversas circunstancias se encuentren en mayor riesgo de vulnerabilidad en el acceso y respeto de sus derechos, de tal modo que el estado debe comprometerse a hacerlos valer por ellos, encontrándose en esta categoría a los menores de edad, personas de la tercera edad, mujeres en estado de embarazo, personas en condiciones de debilidad manifiesta por condiciones físicas o mentales, etc.

Si bien el principio de proporcionalidad cobra fuerza en cada una de las obligaciones mencionadas, en este momento solo se hará alusión de este principio en relación con las de *regulación (positiva: por acción – negativa: por omisión o ausencia de ley)*, las cuales a su vez pueden revestir dos categorías²⁹, la primera regulación de restricción y/o intensidad de la intervención y la segunda regulación de intervención; las primeras establecidas para los derechos de defensa y las segundas para los derechos de protección, aun cuando finalmente las intervenciones en ambas categorías puedan llamarse no satisfacción del derecho³⁰ (por acción o por omisión), son estos supuestos en los que entra en juego el esquema de interpretación de los derechos, esto es el principio de proporcionalidad en sentido amplio, que supone dentro de los tres pasos el de la conocida

²⁸Corte Constitucional. Sentencia C – 577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica No. 7. “Puesto que del análisis efectuado se ha deducido que las parejas del mismo sexo deben contar con la posibilidad de acceder a la celebración de un contrato que les permita formalizar y solemnizar jurídicamente su vínculo como medio para constituir una familia con mayores compromisos que la surgida de la unión de hecho, que la regulación de esta figura corresponde al legislador, que no hay lugar a que en esta sentencia la Corte proceda a diseñarla y a fijar su alcance y que no cabe una sentencia de inexecutable diferida, pues no se ha declarado la inconstitucionalidad de los preceptos acusados, dada la importancia de la materia y de los derechos involucrados, la Corporación considera pertinente dirigir un **exhorto al Congreso de la República**, a fin de que se ocupe del análisis de la cuestión y de la expedición de una ley que, de manera sistemática y organizada, regule la comentada institución contractual como alternativa a la unión de hecho.” (Negrillas fuera del texto original).

²⁹ALEX Y ROBERT. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 26, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

³⁰ALEX Y ROBERT. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 27, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, es decir el balanceo que se debe hacer entre los dos o más principios en colisión en cada caso concreto, para lo cual existen diversas propuestas de resolución del choque o colisión, las cuales no se entraran a analizar por no ser el objeto del presente estudio, sin embargo una de estas es la propuesta por Alexy conocida como la fórmula del peso³¹.

Realizadas algunas precisiones conceptuales sobre el principio de proporcionalidad, corresponde en este segmento hacer algunas consideraciones breves acerca de los antecedentes históricos que rodearon el surgimiento de este principio, para lo cual en este espacio se toma como punto de mayor referencia a Bernal Pulido³². La proporcionalidad es un principio cuyo desarrollo se ha presentado en todos los ámbitos del derecho, es así como se habla de la proporcionalidad en el derecho penal, puntualmente en relación con las penas, teniendo en cuenta el bien jurídico lesionado y el grado de culpa con el que actúa el sujeto activo; sin embargo, el mayor grado de utilización del citado principio se ha presentado en el derecho público – administrativo por circunstancias propias de la lógica operativa y funcional de este derecho, es decir por los sujetos que se relacionan, encontrándose por un lado el Estado en representación de los intereses comunes (esta es la teoría pura del Estado) y del otro lado los ciudadanos en representación de sus propios intereses, que aunque en últimas deberían representar los del bien común, no suele darse fácilmente tal coincidencia. En esta compleja relación, en la que además se predica que *la potestad estatal para intervenir en la libertad solo puede hacerse en los casos necesarios y con la magnitud imprescindible*³³, las intervenciones que haga el Estado en el desarrollo de estas relaciones, que no siempre se dan en pie de igualdad, deben ser proporcionales, de allí que *di solito* se suele ubicar puntualmente la génesis de este principio en el derecho administrativo policivo de Prusia en razón de la importancia que toma el derecho iusnaturalista, puntualmente el derecho a la libertad en aquella cultura jurídica³⁴, bajo la idea de que la legitimidad de tales actuaciones solo era viable desde una verificación de la idoneidad en la intervención. De allí que es en el marco de la Monarquía prusiana que empieza a gestarse el principio de proporcionalidad dentro del derecho

³¹ALEXY ROBERT. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 27, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

³²BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005

³³Ibidem, 41.

³⁴Ibidem, 43.

policivo³⁵, abarcando desde la época los subprincipios que lo integran: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Debido al uso frecuente en el control de las medidas policivas en Prusia y su posterior expansión en el derecho público en europeo el principio de proporcionalidad se convirtió en un referente obligado para el control de las decisiones administrativas del Estado, más aun las que tenían que ver con los derechos fundamentales. Situación que se acrecienta con el discurso de los derechos públicos subjetivos, sobre este particular señala Bernal³⁶ que

*(...) A lo largo del siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. El discurso de los derechos públicos subjetivos acrecentó la convicción de que el individuo era el fin último del ejercicio de todo poder político y de que cualquier intervención estatal en la órbita de su libertad debía ser **proporcionada** (...) (Negrilla fuera del texto original).*

El anterior panorama político llega a convertir al principio de proporcionalidad en el límite de las intervenciones del aparato estatal, más aún con el surgimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa como órgano judicial de control de las decisiones estatales, y posteriormente el surgimiento en algunos casos y el restablecimiento en otros de los Tribunales constitucionales con posterioridad a la segunda guerra mundial³⁷, aspectos estos que favorecen e incentivan en mayor grado el uso de la proporcionalidad para la intervención administrativa, sobre todo en lo que atañe a la causal de ilegalidad de los actos administrativos conocida como desvío de poder.

Humberto Nogueira Alcalá, aborda este principio en su texto *“El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

³⁵O. MAYER, Derecho Administrativo Alemán, De Palma, Buenos Aires, 1940, p. 31.

³⁶Ibídem, 44.

³⁷ FAVOREAU, LOUIS. Los tribunales constitucionales. Ariel, Barcelona, 1994.

sobre libertad de expresión”³⁸, analizando el enfoque de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el derecho a la libertad de expresión el cual es revisado de la mano con la proporcionalidad, refiriendo que este(...) *tiene su origen en el derecho administrativo alemán donde se utiliza para controlar los poderes discrecionales de la administración, de allí fue tomado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Karlsruhe, convirtiéndolo en un elemento inherente al Estado de Derecho y la justicia, elevándolo al rango de principio o postulado constitucional, constituyéndolo en un parámetro de control de constitucionalidad de la actuación de los poderes estatales, luego se ha difundido a las jurisdicciones internacionales de derechos humanos, en especial en Europa (...)*³⁹, además señala que el principio de proporcionalidad sirve como límite o barrera al estado, por cuanto prohíbe los excesos de este en la toma de decisiones, expone que el principio de proporcionalidad:

*(...) constituye una técnica aplicable especialmente a la intervención del Estado legislador en el ámbito de los derechos fundamentales. Constituye un parámetro de control cada vez que con objeto de optimizar un bien colectivo, el legislador limita o restringe un derecho fundamental (...) El principio o postulado de proporcionalidad instituye una relación de fin a medio, como asimismo de utilidad de un acto, confrontando el fin de una intervención con los efectos de ésta, posibilitando un control de exceso, protegiendo a las personas respecto de los abusos o arbitrariedades del poder estatal, sin perjuicio de constituir un principio de interpretación en que se apoya el operador jurídico, en especial el juez, cuando necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad en la tarea de concretización de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas (...)*⁴⁰

³⁸Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 119 - 156. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

³⁹Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 119 - 156. P. 119. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

⁴⁰Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011, pp. 119 - 156. P. 120. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

A continuación, se presenta una breve referencia histórica de escenarios jurídicos en el derecho comparado en el cual se ha apelado a este principio como parámetro de interpretación, tema en el que no se adentrará con mayores profundidades por no ser el objeto de estudio, el cual como se ha delimitado consiste en el arribo, presentación y metodología del test de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana.

Iniciando con **Alemania**, ya que diversos autores dedicados a estudiar el principio de proporcionalidad en sentido amplio han reconocido en ese país el origen de éste principio⁴¹. Ya desde 1958 el Tribunal Constitucional acude a este principio como método de interpretación y análisis de las decisiones administrativas estatales, y así en el famoso caso de las “*droguerías*” (1958), la Corte Constitucional Alemana analizó desde los parámetros de proporcionalidad una decisión administrativa cuyo fundamento eran los parámetros legales vigentes para la apertura de una nueva farmacia, y ante el no cumplimiento de los mismos procedió a denegar tal solicitud, bajo la tesis de que no era necesaria la apertura de la misma y que su apertura afectaría a las farmacias ya existentes en la zona. En tal decisión la Corte Constitucional alemana presenta los pilares de su doctrina constitucional sobre la proporcionalidad, la cual ha ido refinando y consolidando en posteriores decisiones, bajo el supuesto según el cual toda intervención estatal en los derechos fundamentales que no cumpla las exigencias de los subprincipios de la proporcionalidad deber ser declarada inconstitucional⁴².

En **Francia**, ha sido el Consejo Constitucional, quien ha acudido a la proporcionalidad, como criterio para la razonabilidad de las decisiones legislativas para revisar las distinciones que la ley pretende hacer, esto es, para verificar que dichas distinciones sean proporcionales desde lo que es razonable⁴³.

En **Italia**, este principio ha tenido uso como parámetro independiente del control de las decisiones administrativas, pero asimismo como criterio integrador de la razonabilidad,

⁴¹Sobre este punto Ver: CLERICO, LAURA. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión por defecto.” En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. P. 147. “*Estas exigencias surgen en el derecho constitucional alemán del mandato de proporcionalidad en sentido amplio...*”

⁴²BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos Constitucionales. Madrid. 2005. P. 51.

⁴³ Sobre este punto ver: Caso “Taxation D’ Office”. Recogido por Louis Favoreu y Loïc Philip. “Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel. Dalloz. París. 1995, pág 277 y ss.

y al igual que en Francia y Alemania para determinar los desvíos de poder administrativos. Asimismo la Corte Constitucional italiana ha abordado la proporcionalidad dentro del marco de la igualdad y de la razonabilidad, bajo la premisa de que las leyes estatales deben ser razonables, así lo sostuvo desde 1960, cuando señaló que *“la jurisprudencia constitucional ha afirmado reiteradamente que el principio de igualdad es violado cuando una ley, sin un motivo razonable, regula diferentemente la condición de aquellos que se encuentran en la misma situación.”*⁴⁴(Negrillas fuera del texto original).

Estados Unidos ha dado cabida al principio de proporcionalidad desde los años 20', sobre este punto es pertinente citar el test leve utilizado en el examen de una medida de carácter legislativo, en el cual se buscaba determinar una posible vulneración del derecho a la igualdad de trato jurídico⁴⁵, en este evento la Corte de Estados Unidos señaló que la distinción o clasificación legal debía ser *“razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante”*., y en 1937 se acude al parámetro estricto de constitucionalidad de una medida legislativa que buscaba clasificar a las personas teniendo en cuenta sus habilidades para ejercer sus derechos. En este asunto la Corte considera que debe efectuarse un control riguroso de constitucionalidad de la medida, por cuanto se deben proteger los derechos constitucionales fundamentales y los derechos de las minorías,⁴⁶ siendo precisamente la jurisprudencia de Estados Unidos el país precursor pionero en cuanto a la clasificación del test en sus tres niveles de intensidad del test: test leve, test intermedio y test estricto.⁴⁷

⁴⁴Sentencia N° 15 de 1960 de la Corte Constitucional Italiana - citada y analizada por Gustavo Zagrebelsky. Objeto y Alcance de la Protección de los Derechos Fundamentales. El Tribunal Constitucional Italiano en Louis Favoreu et al. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. Pág. 458 y ss. : citada por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C - 673 de 2011:

⁴⁵F.S. Royster Guano Co. V. Virginia, 253 U.S. 412 (1920).

⁴⁶John E. Nowak/Ronald D. Rotunda/J. Nelson Young, Constitutional Law, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1986, p. 530-531.

⁴⁷ Sobre este punto ver: Geoffrey R. Stone et al Constitutional Law. Little, Brown and Company Boston. Páginas 495 a 689. QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. Páginas 193 y 194. Bogotá, 2010

Asimismo el principio de proporcionalidad ha jugado un papel preponderante en el sistema jurídico inglés, en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Derecho Comunitario, en las decisiones de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo, en las decisiones tomadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre temas relacionadas con el libre tránsito de mercancías y de trabajadores. De igual manera la Constitución europea introduce el este principio en relación con el límite de las penas y en la intervención en los derechos y libertades reconocidos en la Carta⁴⁸. Por otro lado, este principio también ha sido fuente para la resolución de colisiones de derechos o de intervenciones del poder público, en los tribunales de derechos humanos tanto del sistema europeo como en el sistema americano, quienes también han acudido asiduamente a la aplicación de este principio. Vale la pena mencionar en el sistema europeo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁹, así como a la Corte Europea de Derechos Humanos quien lo viene aplicando desde 1968 cuando revisó normas acusadas de violar la Convención de Derechos Humanos en el caso Lingüístico⁵⁰. En ese momento sostuvo que

*(...) la ley belga del 2 de agosto de 1963 violaba el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en conjunto con el artículo 2º del primer protocolo adicional al impedir a algunos niños acceder a las escuelas de lengua francesa de las seis comunas de la periferia de Bruselas con el único fundamento del sitio de residencia de sus padres. Estimó la Corte que debe haber una justificación objetiva de la norma, esto es, que ella persiga un fin legítimo y que exista proporcionalidad entre los medios empleados y el fin buscado. La Corte adoptó esta metodología por considerar que debía seguir “los principios que pueden ser extraídos de la práctica jurídica de un amplio número de estados democráticos según la cual el principio de igualdad de trato es violado si la distinción carece de una justificación **objetiva y razonable**. La existencia de dicha justificación debe ser apreciada en relación con el objetivo y los efectos de la*

⁴⁸BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. Páginas 46 – 47.

⁴⁹ L. MARTIN RETORTILLO, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en la Europa de los Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pp. 251 y ss.

⁵⁰Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión del 23 de Julio de 1968, (Affaire Linguistique Belge) en: Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert, La Convention Européenne Des Droits De L’Homme. Economica. París, 1995, p. 481. Citado en la sentencia número C – 673 de 2001 de la Corte Constitucional colombiana.

*medida bajo consideración. El principio de igualdad también se viola cuando se establece claramente que no hay una relación **razonable de proporcionalidad** entre los medios empleados y los objetivos que se pretende sean realizados (...)*⁵¹(Negrillas fuera del texto original).

En el sistema americano de Derechos Humanos, se encuentra a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien viene dando aplicación al principio bajo parámetros o criterios de lo que es razonable desde el punto de vista de la igualdad; sobre este asunto se encuentra la Opinión Consultiva OC-04-84 del 19 de enero de 1984, citando el “Asunto Lingüístico Belga” de la Corte Europea de Derechos Humanos⁵².

Finalmente, dentro de este referente al derecho comparado, se encuentra el caso de España y su Tribunal Constitucional, quien se ubica al final por razones estrictamente metodológicas, por ser este el mayor referente dentro del sistema constitucional comparado al cual ha apelado el sistema constitucional colombiano en lo que al principio de proporcionalidad se refiere. Dicho Tribunal ha acudido a este criterio de interpretación constitucional desde 1980 (período que casualmente coincide con el restablecimiento del mismo en 1978⁵³), para resolver temas en relación con el derecho a la igualdad ante la ley⁵⁴, apelando en algunos casos al test estricto, y en otros al intermedio. Un caso que resulta relevante es el mencionado por la Corte Constitucional Colombiana en el año 2001⁵⁵, en el que el Tribunal Constitucional Español declaró inconstitucional la ley sobre impuesto sobre la renta de personas físicas por no haber superado el test de proporcionalidad la medida que declaraba la unidad familiar y acumulaba las rentas tributarias de los cónyuges para efectos tributarios⁵⁶. Pese a que el rol de este principio se

⁵¹ Ver el reporte oficial de los fallos de dicha Corte. ECHR 23 de julio de 1968, Serie A, vol. 6. Para un análisis comparado de la metodología de interpretación del principio de igualdad y de la convergencia entre la jurisprudencia de diversos países y cortes regionales ver Titia Loenen y Peter R. Rodríguez. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague. 1999. págs. 25 a 51; en la sentencia C – 673 de 2001 de la Corte Constitucional Colombiana.

⁵² Opinión consultiva OC-04-84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafos 12 a 16 en relación con la pregunta referida a la propuesta para modificar la Constitución Política de Costa Rica en relación con la naturalización.

⁵³ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano*. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 613. Bogotá, 2010.

⁵⁴ José Suay Rincón, *El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en: *Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría, Tomo II *De los Derechos y Deberes Fundamentales*, Civitas, Madrid 1991, p. 856-857.

⁵⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 673 de 2001.

⁵⁶[29] Sentencia del Tribunal Constitucional STC 209/1988, del 10 de noviembre (BOE de diciembre 12 de 1988).

suele ubicar en España a partir del resurgimiento de su justicia constitucional, existen autores como L. Jordana de Pozas quienes ubican la presencia del mismo desde mediados del siglo XX bajo la premisa de que la intervención del Estado en la vida de los particulares solo era admisible en los casos necesarios y en justas proporciones⁵⁷.

Sobre este aspecto señala asimismo Bernal⁵⁸ que *la jurisdicción contenciosa administrativa española igualmente fue precursora en la consolidación de este principio, mencionando la sentencia del 20 de febrero de 1959, la cual declaró nula una orden del Ministerio de Educación por transgredir el subprincipio de necesidad*. Sentencia que ha sido avalada por reconocidos autores españoles⁵⁹ por su aporte en relación con los límites en las intervenciones del aparato público. Sobre este asunto señala Bernal citando a García De Enterría que *a partir de entonces, enfatizó este autor, toda reglamentación administrativa que restringiese las libertades y que no fuese proporcional o congruente con las finalidades perseguidas, tendría que ser declarada ilegal*⁶⁰. La permanente recurrencia a este principio en la esfera de las decisiones públicas, lo posicionaron como un instrumento razonable para la valoración de las intervenciones estatales, lo que asimismo conllevó a que se convirtiera en un parámetro de valoración en otros campos del derecho español, como en ámbitos penales, urbanísticos, ambientales, imposición de sanciones administrativas y temas de seguridad ciudadanas, entre muchos otros. Pero indudablemente el mayor acierto en el uso del principio de proporcionalidad en España ha sido en su derecho constitucional, en este aspecto resalta Bernal⁶¹ la importancia de este principio en temas como *la adjudicación de cargos públicos, reparto de competencias entre el Estado, las comunidades autónomas y los entes locales*, lo anterior desde una mirada de lo que es razonable a la luz de los postulados de la igualdad de trato jurídico.

Hechas estas breves referencias historias de derecho comparado acerca del principio de proporcionalidad, la siguiente sección se propone presentar descriptivamente el arribo del

⁵⁷L. JORDANA DE POZAS, “El problema de los fines de la actividad administrativa” RAP, número 4, 1951, páginas 11 y ss.

⁵⁸BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. Pág. 55.

⁵⁹EDUARDO, GARCIA DE ENTERRIA. “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” Rap, número 30, 1959, p. 138.

⁶⁰BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. Pág. 55.

⁶¹Ibídem, 56 – 57.

principio de proporcionalidad a la Corte Constitucional colombiana y su metodología el test de proporcionalidad.

CAPITULO II

EL ARRIBO DE LA METODOLOGIA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD A LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

El objeto de esta sección consiste en describir el arribo y aplicación del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana desde 1998, año en que se usó por primera vez este método vez por parte de la Constitucional Colombiana hasta el año 2017, así como precisar la importancia de su aplicación para la resolución de los denominados casos difíciles en el derecho, como elemento de uso en el ejercicio del control constitucional, tanto abstracto⁶² como concreto⁶³.

⁶² Aquel que ejerce la Corte Constitucional en virtud de demandas de acción pública de inconstitucionalidad.

⁶³ Aquel que ejerce la Corte Constitucional mediante el mecanismo de revisión eventual de los fallos de tutela

Para iniciar, resulta necesario hacer una consideración de orden metodológico, en el sentido de reconocer que desde sus inicios y aún en la actualidad el principio de proporcionalidad aporta y continúa aportando a la transformación del derecho, más como apoyo para su interpretación y aplicación que para su definición, sin dejar de lado que actualmente esté cobrando gran importancia en la creación de normas jurídicas, sobre todo aquellas que atañen al regulación, otorgamiento de derechos e imposición de deberes. Es por ello que, dada la importancia, así como la injerencia de este principio para el derecho en general, existe un sinnúmero de ejes temáticos posibles desde donde el mismo puede ser abordado y estudiado, y que son necesarios abarcar para un completo estudio de este principio, que resulta de gran relevancia en el derecho constitucional, y actualmente para todos los ámbitos del derecho: *público o privado*, por encontrarnos en buena hora ante la tan anhelada *constitucionalización del derecho*. Ejemplo de ello saltan a la vista de cualquier lector interesado en el tema, basta solo con encontrar algunos textos sobre este principio de autores como Robert Alexy⁶⁴, Carlos Bernal Pulido⁶⁵, Laura Patricia Clerico⁶⁶, Rubén Sánchez Gil⁶⁷, José Juan Moreso⁶⁸, Luis Prieto Sanchís⁶⁹, Michael J. Sandel⁷⁰, quienes han revisado desde diferentes espacios, categorías conceptuales y enfoques el principio de proporcionalidad. Teniendo en cuenta lo anterior, se precisa aclarar que el estudio que se hace en esta sección, se encuentra delimitado por razones metodológicas al test de proporcionalidad que ha aplicado la Corte constitucional colombiana, esto es, se hace un análisis descriptivo del arribo del mismo a la Corte Constitucional, su uso como metodología de control constitucional a partir de la expedición de la Constitución de 1991, en la cual se definió el estado colombiano como un estado social de derecho, para posteriormente presentar la evolución que ha tenido el

⁶⁴ALEXY, ROBERT. "Teoría de los derechos fundamentales".

⁶⁵BERNAL PULIDO, CARLOS. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005. BERNAL PULIDO, CARLOS. "La racionalidad de la ponderación." En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá. Págs. 51 – 80.

⁶⁶CLERICO, LAURA. "El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión por defecto." En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá. Págs. 147 - 202.

⁶⁷SANCHEZ GIL, RUBEN. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana". En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá. Págs. 287 – 340.

⁶⁸MORESO, JOSE JUAN. "Alexy y la aritmética de la ponderación". En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá. Págs. 81 – 90.

⁶⁹PRIETO SANCHIS, LUIS. "El juicio de ponderación constitucional". En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá. Págs. 99 – 146.

⁷⁰MICHAEL J. SANDEL. "JUSTICIA. ¿hacemos lo que debemos? Segunda edición. 2014. Editorial DEBATE. España.

mismo en la jurisprudencia de este alto tribunal, y como se viene aplicando la metodología del test de proporcionalidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta sección desarrolla la siguiente estructura metodológica: *primero*, la definición del principio de proporcionalidad por el tribunal constitucional colombiano; *segundo*, uso y evolución del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1998 – 2017) y *terceropresentar unadesccripción conceptual de la metodología actual del test de proporcionalidad en la Corte Constitucional Colombiana (2017).*

I. Definición del principio de proporcionalidad por la Corte Constitucional colombiana

Tal como lo han abordado los diferentes autores que han estudiado la proporcionalidad en sentido amplio⁷¹, en igual sentido, la Corte Constitucional apeló muy tempranamente⁷², esto es, a tan solo siete meses de su entrada en funcionamiento como máximo Tribunal Constitucional en Colombia⁷³, a la proporcionalidad como *criterio o*

⁷¹CLERICO, LAURA. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión por defecto.” En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Págs. 148. “*Estos criterios están dados a través de los tres subcriterios contenidos en el mandato de proporcionalidad, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*”.

⁷²Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 2.

⁷³QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. Bogotá, 2010. Págs. 614 - 615. La Corte constitucional colombiana entró a funcionar y a ejercer sus funciones el 17 de febrero de 1992, de conformidad con el artículo 22 transitorio de la Constitución de 1991, la cual fue llamada la Corte transitoria, por cuanto sus magistrados, fueron 7 y no 9 como establece la Constitución y estos tan solo ejercieron sus funciones por 1 año, hasta tanto se eligiesen los magistrados para el periodo constitucional

parámetro al momento de efectuar el control de constitucionalidad, tanto abstracto como concreto, dando con ello un giro en relación con el modelo que en precedencia venía adoptando la Corte Suprema de Justicia en el desempeño de la misma función de control y garantía, se aclara de una constitución diferente, como lo fue la de 1886, que se gestó bajo el modelo del estado de derecho, en contraposición con la actual, que desarrolla primero el modelo de un estado *social*, y el de derecho debe dar respuesta a ese estado social.

Un momento decisivo de la definición dada por la Corte Constitucional se da en la sentencia *T – 530 de 1992*⁷⁴, no por dar esta sentencia la definición más completa del término desde el punto de vista metodológico, sino porque en ella la Corte desde sus inicios deja ver cuál sería su postura frente a los derechos humanos y cuál sería la mirada y el desarrollo que pretendía darle a estos ante el nuevo derecho constitucional en Colombia, derecho que hasta la época había tenido no una evolución sino una involución por la manera restrictiva en la que habían sido tratados asuntos como los derechos humanos por parte de las instituciones públicas (Parlamento, Corte Suprema de Justicia, gobierno, entre otros) tratamiento retrogrado que contribuyó consecuentemente a la ineficiencia de las instituciones estatales y a la falta de voluntad en dar respuesta a las más mínimas necesidades sociales. Lo anterior tiene un cambio sustancial, no solo en lo conceptual sino también en lo práctico, cuando la Corte usa por vez primera en una decisión judicial un criterio como la proporcionalidad, el cual por cultura jurídica era ajeno a nuestra tradición jurídico/política. En esta sentencia, la Corte aplica el principio de proporcionalidad para resolver una problemática de asuntos urbanos en contraposición con el derecho a la intimidad de las personas, y señala que

(...) El principio de proporcionalidad aplicado a la planeación urbana exige contrastar los intereses públicos que se pretenden alcanzar con los medios empleados para ello, atendiendo a su adecuación y necesidad. Si el objetivo buscado con el diseño y construcción de una obra pública puede lograrse recurriendo a medios de igual eficacia pero menos gravosos, éstos deben

de 8 años individuales establecidos en la Constitución. La sentencia que se menciona es de septiembre de 1992, y la Corte entró en funcionamiento el 17 de febrero del mismo año.

⁷⁴ Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-530-92.htm>

*preferirse a aquellos que perjudiquen mayormente a los ciudadanos afectados por la decisión. Un medio escogido para beneficiar a un alto número de personas es necesario si no existen otros medios alternativos que permitan, sin afectar el interés particular y dentro de las posibilidades disponibles, alcanzar el mismo objetivo. No obstante, en ocasiones extremas el sacrificio impuesto al interés particular es de tal magnitud que solamente es dable equilibrar la desigualdad mediante una indemnización. **Un criterio de justa proporcionalidad entre beneficios comunitarios y cargas individuales debe guiar el proceso de planeación urbana (...)** (Negrillas fuera del texto original).*

Como se mencionó, si bien en esta decisión la Corte no aplica la metodología del test de proporcionalidad, si deja clara dos cosas desde 1992, la primera, cuál sería su postura frente a la tensión entre derechos y la segunda, la cual resulta relevante para los efectos de la presente investigación, el planteamiento del uso por primera vez en el contexto del derecho constitucional colombiano, del criterio de la proporcionalidad “*un criterio de justa proporcionalidad entre beneficios comunitarios y cargas individuales debe guiar el proceso de planeación urbana*”, como idea incipiente a que lo que más adelante sería usado como test de proporcionalidad.

En ese sentido resulta atractivo mencionar a Quinche Ramírez cuando señala que *la introducción jurisprudencial de criterios como la razonabilidad y del test de razonabilidad, se hizo de modo vacilante y no siempre unívoco, en el sentido que no todos los despachos de la Corte de la década de los noventa aplicaron el test. Adicionalmente quienes usaban la metodología, no describían ni aplicaban los mismos pasos*⁷⁵. En la sentencia mencionada, la Corte Constitucional apela a la proporcionalidad en un tema de materia urbanística, en relación con una acción de tutela interpuesta contra la Alcaldía de Duitama - Secretaría de Obras Públicas, para que la entidad se abstuviera de continuar la construcción de un puente peatonal frente a su inmueble y ordenara a esta misma autoridad volver las cosas a su estado anterior, por considerar que la acción de la autoridad pública municipal amenazaba con vulnerar sus derechos a la intimidad y al debido proceso. Luego de una revisión sobre los subprincipios de idoneidad y necesidad en los medios empleados para la satisfacción del interés general, la corte constitucional ordenó

⁷⁵QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. Bogotá, 2010. P. 190.

tutelar los derechos fundamentales a la intimidad y al debido proceso de la accionante, tomando en cuenta estrictamente el parámetro de la proporcionalidad, resolviendo la Corte que

(...) Un criterio de justa proporcionalidad entre beneficios comunitarios y cargas individuales debe guiar el proceso de planeación urbana. En el caso sub-examine, no existe duda sobre el interés general de la comunidad estudiantil en la construcción de un puente peatonal sobre una avenida circunvalar caracterizada por un tráfico de alta velocidad y frecuencia. No obstante, el medio escogido inicialmente para dar solución al problema de inseguridad vial se reveló adecuado pero innecesario ... imponía a la misma una carga extraordinaria consistente en que su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar se habría visto vulnerado por la constante e invasora mirada de los transeúntes que, de forma obligada, atisbarían hacia el interior de su inmueble, convertido en centro focal con una enorme pérdida de privacidad para sus moradores ... No es aceptable, en consecuencia, el razonamiento del Juez de tutela de primera instancia en el sentido que la peticionaria podría resolver el problema de las curiosas miradas simplemente con la "colocación de cortinas", respuesta ésta que se revela insensible a la vulneración efectiva del derecho a la intimidad. Contrariamente a lo sostenido por el juez que no encontró vulneración del derecho al debido proceso por no existir norma alguna que obligara a la administración a citar a los particulares o vecinos de la obra, la autoridad municipal - a través del ingeniero constructor - sí permitió la participación de la persona afectada y acabó accediendo a su solicitud de respetar sus derechos fundamentales a la intimidad y a la participación en la construcción y orden de la ciudad (...)⁷⁶

En la sentencia **T – 015 de 1994**⁷⁷, la Corte Constitucional señala respecto del principio de proporcionalidad que la razón jurídica de este (...) *no es otra que la necesidad de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El principio de proporcionalidad rige todas las actuaciones de la administración pública y de los actos de los particulares*

⁷⁶Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-530-92.htm>

⁷⁷ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 015 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero consideración jurídica No. 4 y 5.

que estén encargados de la prestación de un servicio público, cuando se trate de la imposición de una sanción que conlleve la pérdida o disminución de un derecho (...) (Negrillas fuera del texto original). La Corte hace alusión nuevamente al principio de proporcionalidad frente a unos hechos que ocurrieron en el año 93, los cuales se resumen en una acción de tutela presentada en contra de un colegio, cuando una menor se dirigía al plantel educativo a desarrollar sus actividades académicas de alfabetización, lo cual debía hacerlo en el medio de transporte dispuesto por la Institución para tal efecto, sin embargo la estudiante por distracción (tal como lo expresa la Corte en su fallo), perdió la ruta y no pudo asistir a dichas actividades, situación que motivó a las directivas del plantel educativo a tomar la decisión de expulsar a la estudiante por no haber tomado la ruta y no haber notificado la situación al colegio. La corte señaló que, *si bien es cierto que el Reglamento del plantel educativo es base fundamental orientadora de la disciplina del Colegio, pues sin él no sería posible mantener un nivel de organización, es cierto también que las normas allí contenidas deben ajustarse o mejor interpretarse acorde con las circunstancias particulares de los menores.*

En el año 1995, la Corte vuelve a acudir al principio de proporcionalidad y señala la relación armónica que guarda la proporcionalidad con los derechos humanos⁷⁸, se trata de un caso en el cual el propietario de una estación de servicio en Tunja interpone una acción de tutela en contra de una habitante de dicha municipalidad, solicitando la protección de sus derechos constitucionales a la vida, paz, trabajo por cuanto la demandada tenía un establecimiento de comercio, más exactamente una licorera, la cual colindaba con la estación de servicio, y los consumidores de licores consumían los mismos en horas de la noche y en zona muy cercana a la estación de servicio, situación que para el accionante ponía en riesgo y amenaza los derechos a la vida, paz y trabajo de él y sus empleados, realizando no solo consumo de licor sino de cigarrillos, lo que ponía más en peligro a vida de los moradores del sector. En este caso la Corte Constitucional tutela los derechos fundamentales del actor precisamente tomando como eje de la decisión la proporcionalidad que debe haber en el ejercicio de los derechos fundamentales, señaló en este caso en relación con la proporcionalidad que:

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia T – 425 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4 y 5.

*(...) En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios, juega un papel crucial. **Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales**, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos (...)* (Negrillas fuera del texto original).

En el mismo sentido, señaló el Tribunal Constitucional en año 96⁷⁹ en relación con la proporcionalidad, que esta

(...)presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal (...)

⁷⁹Corte Constitucional. Sentencia C – 070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 4 y 5.

En el año 97⁸⁰, bajo la ponencia del Magistrado Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional en el estudio de una demanda de acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 22 y 25 de la ley 294 de 1996, ley que buscó prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, la cual en los artículos cuestionados establecía como conducta punible el maltrato físico, síquico o sexual a cualquier miembro del grupo familiar, con una pena de 1 a 2 años, y una pena de 6 meses a 2 años, en caso de que la violencia se diera entre cónyuges, persona con quien se haya cohabitado o con la persona con la que se haya procreado un hijo. El actor solicitó a la Corte declarar inexequibles los artículos mencionados, por cuanto las normas cuestionadas no cumplen los objetivos de "prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar", señalando que la sanción punitiva genera un efecto negativo, y estimula a la comisión de las conductas proscritas en las normas acusadas. Señala además que por tratarse de tipos penales abiertos estos podrían ser llenados por el intérprete, además señala que en virtud de la exigencia constitucional de la aplicación de los principios de favorabilidad y tipicidad, obligan a imponer las sanciones menores previstas en las normas acusadas, en vez de las penas más graves a las que establece el Código Penal, lo cual resulta desproporcionado, si se tiene en cuenta que la comisión de actos contra las personas que se hayan unidas al autor de los agravios por vínculos naturales o legales es más grave.

En el estudio de esta demanda, la corte constitucional analizó dentro de los varios obiterdictum temas como violencia intrafamiliar y protección punitiva del estado, la libertad sexual y la existencia de vínculo entre las partes, *la diminuyente punitiva prevista en el artículo 25 de la ley 294 de 1996 y el principio de proporcionalidad*, decidió declarar exequible el artículo 22 e inexequible el artículo 25, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad, bajo el argumento de que

(...) En un Estado de Derecho el poder punitivo tiene unos límites dados por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual la graduación, en abstracto y en concreto, de la sanción, debe hacerse de acuerdo con la gravedad del injusto, y el grado de culpabilidad. Según el primer criterio, la intervención del derecho penal se dirige a sancionar las conductas lesivas de los bienes jurídicos que se estiman más valiosos, teniendo en cuenta que el hecho punible, además de lesionar bienes

⁸⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración jurídica No. 3.

jurídicos particulares, atenta contra los valores ético-sociales predominantes en una sociedad determinada. El grado de culpabilidad, por su parte, involucra consideraciones acerca de la intencionalidad del hecho, esto es, de la conciencia y voluntad presentes en su realización, en virtud de los cuales se considera que la persona habría podido actuar de otra manera (...)

La Corte revisó en este caso si se desconocía el principio de proporcionalidad, señalando inicialmente que en un modelo de estado de derecho el ejercicio del iuspuniendi tiene unos límites establecidos por el principio de proporcionalidad y el derecho a la igualdad.

En **1998**, la Corte se refiere al principio de proporcionalidad en la sentencia **T 311 de 1998**⁸¹, para definir un caso en materia laboral, puntualmente en lo concerniente a la remuneración, señalando que esta “*obedecerá a criterios razonables y objetivos que tengan en cuenta entre otras razones, la experiencia, preparación y conocimientos del trabajador.*”

Para el año **2000**⁸², el tribunal constitucional colombiano nuevamente aborda el principio de proporcionalidad, definiéndolo a la luz del marco del estado social de derecho y relacionándolo intrínsecamente con la dignidad humana, y precisa que este principio plantea el respeto por los derechos humanos, dejándolo ver como la piedra angular sobre la cual debe girar el ejercicio de estos derechos, al respecto sostuvo que:

(...)toda medida del Estado social de derecho debe ser en última instancia adecuada y asimilable por el afectado, pues de ese modo reconoce a todo individuo su dignidad individual, y se diferencia el Estado basado en su respeto del Estado transpersonalista anterior a la Carta Política del 1991. Este principio de proporcionalidad parte de la tesis de que en un Estado social de derecho no se exige al individuo someterse de antemano y sin más al ente colectivo del que forma parte; frente a los legítimos intereses de la sociedad en conjunto, también son legítimos los intereses individuales, y el principio de proporcionalidad plantea el respeto por

⁸¹Sentencia T – 311 DE 1998. M.p. Fabio Morón Díaz.

⁸² Corte Constitucional. Sentencia T – 417 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Consideración jurídica No. 3.

todos ellos, pues en caso de conflicto, la solución no puede ser la automática preferencia por el interés social; en cambio, unos y otros intereses deberán ser ponderados y, en la medida de lo posible, preservados(...)

Lo anterior fue mencionado en una sentencia de tutela cuyos hechos consistieron en la solicitud de amparo del derecho a la vida de un ciudadano que había adquirido un seguro de vida, y que reclamaba a la Sociedad Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A., ya que durante el periodo de la póliza al asegurado se le diagnosticó una esclerosis lateral amiotrofica, enfermedad de carácter terminal, degenerativa y conlleva en el corto plazo una invalidez total y permanente. La aseguradora por la incapacidad total y permanente, ordena el pago correspondiente al 50% del seguro de renta, y le avisó que, si la incapacidad persistía, le cancelaría el restante 50% a partir del 19° mes, más lo correspondiente a un interés del 16% efectivo anual. Sin embargo, la aseguradora entró en liquidación reconociendo solo el 50% de la suma liquidada por concepto de incapacidad total y permanente. En el presente caso, la corte constitucional una vez revisado el concepto del derecho a la vida en condiciones dignas, decidió tutelar el derecho fundamental a la vida del accionante tomando en consideración el principio de proporcionalidad, ordenando en el presente caso a la Liquidadora de la Sociedad Aseguradora Grancolombiana de Vida S.A. que, en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la providencia, cancele al señor Luis Aníbal Valencia Tamayo el total de lo que esa firma le adeuda por concepto del riesgo de incapacidad total y permanente, según las consideraciones que anteceden, so pena de las sanciones previstas en el Decreto 2591 para el desacato⁸³.

Otro pronunciamiento relevante en relación con el principio de proporcionalidad es el realizado en el 2002⁸⁴ bajo la ponencia del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa, en dicho fallo la Corte señaló cual es el rol que ocupa el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del máximo tribunal constitucional colombiano, así

⁸³Corte Constitucional colombiana. Sentencia T – 417 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. No. 2 del resuelve.

⁸⁴Corte Constitucional. Sentencia C – 916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Consideración jurídica No. 3.

*(...) En la jurisprudencia constitucional el postulado de la proporcionalidad constituye una directiva no explícitamente positivizada en la Carta Política. Desde un punto de vista abstracto, la proporcionalidad es un concepto relacional cuya aplicación **busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio**. El concepto de la proporcionalidad remite a **la relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos**, como supuesto de hecho y consecuencia jurídica, afectación y defensa, ataque y reacción. Históricamente la proporcionalidad se ha asociado a conceptos e imágenes como **la balanza, la regla o el equilibrio** (...) (Negrillas fuera del texto original).*

Y en el año **2003**, la Corte en sentencia C 573 señaló que “*para determinar si una norma se ajusta al principio de proporcionalidad se deben sopesar los beneficios derivados de la finalidad buscada por la medida, así como los efectos negativos de ésta. De tal manera que, aunque no se exige un equilibrio perfecto, si la balanza se inclina de manera protuberante del lado del impacto negativo, aquélla no es proporcionada. Igualmente, puede acudir al mecanismo según el cual es necesario comparar en abstracto la medida legislativa con el problema que pretende resolver o evitar, para luego verificar que haya correspondencia entre la gravedad del problema y la severidad de la medida, de modo que si ésta es demasiado severa, dada la magnitud del problema, no resulta ser proporcionada*”⁸⁵

En el año **2004**, la Corte Constitucional estudió el principio de proporcionalidad a la luz del derecho sancionador, y señaló que la proporcionalidad “*sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado*”⁸⁶

En el **2005**, la Corte abordó este principio en un tema referido a la inspección corporal en materia penal, señalando en estos temas la conexidad del mismo con los derechos

⁸⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 573 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño. Consideración jurídica No. 3.2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-573-03.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 21:43

⁸⁶ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-796-04.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 21:53

humanos a la luz del DIDH, al respecto sostuvo la corte que, en estos eventos la proporcionalidad juega un rol fundamental, al punto que (...) *la constitucionalidad de tales medidas depende del respeto del principio de proporcionalidad – esto es, que no tengan una incidencia desproporcionada en los derechos (...). Adicionalmente, se ha considerado que la aplicación del principio de proporcionalidad exige el cumplimiento de dos tipos de requisitos. En primer lugar, en cuanto a los requisitos formales, se ha exigido una decisión judicial para ordenar o autorizar su práctica durante la investigación, cuando no se cuente con el consentimiento del inspeccionado físicamente y que tal decisión sea motivada, a fin de evitar la arbitrariedad y asegurar la posibilidad de controles posteriores tanto a la decisión, como a su aplicación (...). En segundo lugar, en cuanto a los requisitos sustanciales, se exige que la medida, en las circunstancias del caso concreto, sea proporcionada, lo cual implica que, en este contexto, cobren especial trascendencia los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.*”⁸⁷

Para el **2006** la Corte aborda el principio de proporcionalidad dentro del marco del derecho sancionador en la contratación pública en aquellos eventos en los cuales el adjudicatario no firma el contrato alegando errores en la propuesta, y debido a ello la entidad contratante sanciona al contratista, en este caso, la Corte se refirió al principio de proporcionalidad señalando que éste la proporcionalidad en la sanción es una arista del principio de la buena fe, en tal sentido dicho principio *es también un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer*⁸⁸.

Más adelante en el 2008, la Corte se refiere al principio de proporcionalidad señalando que éste (...) *es una herramienta empleada por los Tribunales constitucionales para efectos de examinar la exequibilidad de específicas limitaciones o restricciones de derechos fundamentales. En cuanto al contenido del principio, la Corte Constitucional ha señalado que tres subprincipios o elementos dan forma a este patrón utilizado para establecer la exequibilidad de las medidas legislativas que limitan derechos*

⁸⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-822-05.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 22:18.

⁸⁸ Corte Constitucional colombiana. Sentencia T – 209 de 2006. M.P. Jaime Cordoba Triviño. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-209-06.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 23:38.

fundamentales: (i) idoneidad, en cuya sede es preciso establecer la existencia de un fin constitucionalmente legítimo al cual se encuentre orientada la restricción objeto de control y, en segundo término, que el instrumento ideado –esto es, la restricción misma– resulte adecuado para la consecución de dicho propósito. (ii) Necesidad, momento en el cual se analiza la eventual existencia de otros medios que supongan una limitación menos severa al derecho fundamental. (iii) Proporcionalidad en sentido estricto, en el cual se indaga por la relación entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada”⁸⁹.

Luego en el año **2012**, la Corte Constitucional señaló que la proporcionalidad consistía en la evaluación de la proporcionalidad de la limitación de un derecho, para lo cual, es *“importante apelar a los criterios que ha fijado esta Corporación para realizar el juicio de proporcionalidad, el cual implica el análisis de las siguientes dimensiones: (i) La **finalidad** de la medida restrictiva bajo examen y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla. Con el objeto que una medida restrictiva de derechos fundamentales supere esta etapa de análisis, es preciso (i) que persiga una finalidad legítima a la luz de la Constitución y (ii) que los medios elegidos por el Legislador u otras autoridades cuyas actuaciones estén sometidas a control permitan, desde el punto de vista empírico, alcanzar efectivamente el fin perseguido. (ii) La **necesidad** de dicha limitación, para lo cual debe determinarse si la misma finalidad podía lograrse por medio de mecanismos menos restrictivos de derechos fundamentales y otros principios constitucionales. (iii) La **proporcionalidad**. En esta etapa se deben comparar los costos y beneficios en términos constitucionales de la medida sometida a control; ésta se ajustará a la Carta solamente cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr.⁹⁰ (Negrillas fuera del texto original).*

En el año **2013** la Corte Constitucional aborda conceptualmente el principio de proporcionalidad en un estudio referido a temas procesal civil, en relación con la norma dispuesta en el inciso 6 del artículo 358 del CPC, que exigía el pago de las copias del

⁸⁹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 857 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-857-08.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 23:47.

⁹⁰ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-258-13.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 00:22.

recurso a costa del recurrente, so pena de declaratoria desierta del mismo. Para resolver dicho asunto, la Corte entre otros aspectos, hizo referencia al principio de proporcionalidad, y señaló que en la jurisprudencia constitucional colombiana(...) *el postulado de la proporcionalidad “constituye una directiva no explícitamente positivada de la Carta Política”*; por ende, desde el punto de vista abstracto, la proporcionalidad se ha entendido como un concepto relacional cuya aplicación busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio entre distintos pares de conceptos que se encuentran en colisión. Así, la Corte ha señalado que la proporcionalidad es “un principio de corrección funcional de toda actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución-, busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones”. De esta forma, el principio de proporcionalidad en sentido amplio se convierte en los límites a la limitación de derechos fundamentales en el marco de democracias constitucionales. Pues bien, el principio de proporcionalidad ha sido desarrollado desde dos vertientes diferentes, a saber: (i) la prohibición o interdicción del exceso, que se aplica cuando una medida limita por acción legislativa un derecho fundamental, es decir, tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales; y, (ii) la prohibición por defecto, que tiene lugar cuando una medida restringe un derecho fundamental por omisión o insuficiencia en su desarrollo legislativo; de allí que su aplicación se dé respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.⁹¹

Presentados algunos conceptos dados por la Corte Constitucional sobre el principio de proporcionalidad, en la siguiente sección del capítulo dos se presenta la metodología que nace de este principio, denominada test de proporcionalidad, para lo cual se expone *primero*: una breve evolución jurisprudencial de esta metodología en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en un *segundo* momento: presentar su aplicación actual en el año 2017, y de esta manera en un *tercer* y último momento: presentar algunas

⁹¹ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 838 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-838-13.htm> Visitado 27 marzo 2018 - 00:34.

conclusiones en relación con la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana.

II. Uso y evolución del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1998 – 2017)

Esta sección contiene una presentación descriptiva de la metodología del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana desde 1998 hasta el año 2017, herramienta que como se ha señalado, viene siendo asiduamente utilizada por la Corte Constitucional al momento de efectuar el control constitucional, abstracto (concentrado) como concreto (tutela). Se precisa que, si bien se inicia la evolución jurisprudencial a partir del 98, no quiere decir con ello que la Corte no haya apelado a la proporcionalidad como parámetro de control con anterioridad a dicha fecha, ya que como se vio la Corte Constitucional viene acudiendo a este principio desde 1992, pero propiamente a la metodología finalizando los 90', y refinando el método a partir de la década del 2000 década en la cual empieza a ganar claridad conceptual en Colombia la dogmática de la proporcionalidad como criterio de hermenéutica constitucional.

La Subsección dos del capítulo dos guardará la siguiente metodología: *primero*, descripción metodológica a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, de los subprincipios y niveles de intensidad del test de proporcionalidad; *segundo*, uso y evolución jurisprudencial de la metodología denominada test de proporcionalidad; *tercero*, aplicación actual del método de la proporcionalidad (año 2017) y *cuarto*, conclusiones en relación con la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana.

2.1. Descripción metodológica a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de los subprincipios y niveles de intensidad del test de proporcionalidad

Esta subsección en un primer momento, enuncia las sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha aplicado el principio de proporcionalidad en el ejercicio del control constitucional, a saber:

AÑO	SENTENCIAS	TOTAL DE SENTENCIAS POR AÑO
1992	T-530/1992	1
1993	SU - 277/1993 C-467/1993 C - 565/1993 C-591/1993	4
1994	T-015/1994 C-024/1994 C – 179/1994 T-254/1994 C-406/1994 T-429/1994	6
1995	T-288/1995 C-398/1995 T-425/1995 C-459/1995 C-491/1995 T – 512/1995 C-586/1995	7
1996	C-022/1996 T-026/1996 C-045/1996 C-070/1996 C – 093/1996 C – 118/1996 C-176/1996 T – 271/1996 C-364/1996 C – 427/1996 T – 463/1996	11
1997	C – 013/1997 T – 070/1997 C – 087/1998 C – 239/1997 C – 252/1997 C - 285/1997 C – 309/1997 C – 350/1997 C - 475/1997	11

	C – 584/1997 T – 630/1997	
1998	T – 067/1198 C – 087/1998 C – 094/1998 T – 124/1998 C – 160/1998 C – 199/1998 T-311/1998 C – 338/1998 T – 384/1998 C – 592/1998 SU – 642/1998 T – 672/1998 C – 676/1998 T -793/1998	14
1999	C – 068/1999 T – 243/1999 T – 483/1999 C - 674/1999 C – 741/1999 T – 780/1999 T – 972/1999 C - 989/1999	8
2000	C – 087/2000 C- 110/2000 C – 141/2000 T – 268/2000 C – 271/2000 C – 278/2000 C – 368/2000 C – 369/2000 C – 371/2000 C – 392/2000 T - 417/2000 C – 564/2000 C – 728/00 T – 789/2000 C – 794/2000 T – 889/2000	22

	T – 944/2000 C – 1161/2000 T – 1321/2000 C – 1372/2000 C-1410/2000 T – 1577/2000	
2001	C – 093/2001 C – 142/2001 C- 540/2001 C – 647/2001 C – 648/2001 T – 767/2001 C – 780/2001 C – 804/2001 C – 814/2001 C – 955//2001 T – 1316/2001 C – 1047/2001 C – 1064 de 2001 C – 1176/2001 C – 1259 de 2001 T – 1086/2001 C – 1108/2001 C – 1109/2001 C – 1176/2001 C – 1212/2001 C – 1259/2001 T – 1282/2001 T – 1316/2001	23
2002	T – 037/2002 C – 064/2002 C – 154/2002 C – 181/2002 C – 226/2002 C – 232/2002 C – 233/2002 C- 250/2003 C – 251/2002 C – 269/2002 C – 296/2002	35

	C -312/2002 C – 316/2002 C – 317/2002 C – 336/2002 T – 360/2002 C – 370/2002 C – 373/2002 C – 392/2002 C – 421/2002 C – 459/2002 C-616/2002 C – 646/2002 C – 709/2002 C – 792/2002 C- 802/02 C – 805/2002 T – 858/2002 C – 916/2002 T – 920/2002 C – 939/2002 C- 940/2002 C – 1007/2002 C – 1024/2002	
2003	C -003/2003 C – 004/2003 C – 008/2003 C – 034/2003 C-039/2003 C – 098/2003 C-122/2003 C-125/2003 C – 204/2003 C-205/2003 C – 231/2003 C -271/2003 C -330/2003 C – 355/2003 T-391/2003 C – 393/2002 C-483/2003	35

	C – 530/2003 C – 551/2003 C – 570/2003 C-573/2003 C – 622/2003 C -654/2003 C – 681/2003 C – 798/2003 T-772/2003 C – 799/2003 C – 841/2003 C-872/2003 C – 899/2003 C – 913/2003 C – 963/2003 T – 974/2003 C -1017/2003 C – 1062/2003	
2004	C – 018/2004 C – 038/2004 C - 042/2004 C – 110/2004 T-140/2004 T – 301/2004 C – 311/2004 C – 315/2004 C – 558/2004 C – 569/2004 C – 662/2004 T-642/2004 T-666/04 T – 697/2004 C-670/2004 C – 677/2004 T-714/2004 C – 782/2004 C-796/2004 T-884/2004 C – 886/2004 C – 931/2004	29

	T – 982/2004 C – 1024/2004 C – 1054/2004 C -1056/2004 T – 1093/2004 C – 1172/2004 T-1233/2004	
2005	C – 062/2005 C – 100/2005 C -114/2005 C – 179/2005 C -194/2005 C – 238/2005 C – 372/2005 C – 426/05 T -453/2005 C – 474/2005 C – 543/2005 T – 577/2005 C – 730/2005 C – 731/2005 C -822/2005 C – 923/2005 C – 1001/2005 C – 1006/2005 C – 1172/2005 T – 1275/2005 T – 1314/2005	21
2006	C-077/2006 C-111/06 T-209/2006 T – 212/2006 C – 277/2006 C – 355/2006 C-393/2006 C – 456/2006 T-701/06 C – 738/2006 C – 791/2006 C-796/04	13

	T-964/2006	
2007	T – 064/2007 T – 234/2007 T – 331/2007 T -387/2007 T -391/2007 C-491/2007 T – 492/2007 C – 516/2007 T-534/2007 T -537/2007 C-544/2007 T – 651/2007 C-663/2007 C – 720/2007 T – 773/2007 C – 884/2007 C – 1000/2007 C – 1001/2007 T-1073/07	19
2008	C – 061/2008 T – 111/08 T -158 ^a /2008 C – 257/2008 T – 274/2008 C – 290/2008 C – 316/2008 T – 527/2008 T – 566/2008 C – 675/2008 C – 798/2008 C – 857/2008 C – 939/2008 C – 1007/2008 T – 1098/2008 C -1125/2008 C – 1158/2008 T – 1179/2008 C – 1186/2008 C – 1189/2008	21

	C – 1198/2008	
2009	T – 050/2009 C-135/2009 C-136/09 C – 145/2009 C -146/2009 C – 172/2009 C – 177/2009 C – 354/2009 T – 388/2009 T-396/09 C – 417/2009 C – 428/2009 C-486/2009 C – 520/2009 C – 523/2009 C – 575/2009 C – 636/2009 C – 663/2009 C – 713/2009 C – 749/2009 C – 763/2009 C – 788/2009 C-794/09 C – 806/2009 C – 807/2009 C-815/2009 C – 850/2009 C – 937/2010 T – 973/2009	29
2010	C – 055/2010 C – 110/2000 C – 318/2010 A -333/2010 C -401/2010 C – 403/2010 C – 432/2010 T – 464/2010 T – 632/2010 C – 639/2010	19

	C – 703/2010 C – 830/2010 C – 884/2010 C – 911/2010 C – 912/2010 C – 981/2010 C – 985/2010 C – 986/2010 T – 1023/2010	
2011	T – 045/2011 T-136/2011 C – 193/2011 C – 203/2011 C-219/2011 C – 220/2011 C – 222/2011 C – 223/2011 C – 226/2011 C – 228/2011 C – 240/2011 C – 241/2011 C – 242/2011 C -243/2011 C – 244/2011 C – 251/2011 C – 236/2011 T – 265/2011 C – 272/2011 C – 274/2011 C -275/2011 C – 297/2011 C – 298/2011 C – 299/2011 C – 300/2011 T-363/2011 C – 371/2011 C – 372/2011 C – 439/2011 C – 468/2011 C – 470/2011	42

	C – 490/2011 C – 540/2011 C – 543/2011 C – 551/2011 C – 577/2011 C – 598/2011 C – 629/2011 C – 632/2011 C – 748/2011 T – 832/2011 T – 915/2011	
2012	C – 003/2017 T – 017/2012 C – 078/2012 T – 096/2012 T – 119/2012 C – 121/2012 C -157/2013 C – 197/2012 C – 241/2012 C-251/02 C-296/2012 C – 301/2012 C – 331/2012 C – 365/2012 T-376/2012 C – 383/2012 T – 407/2012 T – 454/2012 C – 540/2012 T-561/2012 C – 589/2012 C – 592/2012 C – 604/2012 C – 609/2012 C – 618/2012 T-622/12 C – 640/2012 644/2012 T – 740/2012	37

	C -742/2012 T - 791/2012 T - 850/2012 T -904/2012 C - 909/2012 C-916/02 T-986 ^a /2012	
2013	T - 034/2013 T - 141/2013 T-162/2013 T - 186/2013 C - 257/2013 C-258/2013 C - 279/2013 A - 320/2013 C - 334/2013 T-365/2013 T - 366/2013 C-434/13 C - 438/2013 C -483/2013 C - 579/2013 T -608/2013 C - 612/2013 T - 625/2013 T - 637/2013 T-693/2013 C -694/2013 C - 695/2013 C - 741/2013 C - 753/2013 T - 785/2013 T - 798/2013 C - 835/2013 C-838/2013 C - 839/2013 C - 851/2013 C - 853/2013 C - 934/2013 T-950/2013	34

	C-934/13	
2014	C – 033/2014 C – 034/2014 C – 035/2014 T – 102/2014 C – 169/2014 C – 172/2014 T – 231/2014 C - 239/2014 T – 276/2014 C – 286/2014 C – 288/2014 C – 336/2014 C – 366/2014 C – 368/2014 C – 370/2014 C – 463/2014 C – 577/2014 C -594/2014 C – 595/2014 C – 616/2014 C – 633/2014 T – 642/2014 T – 722/2014 C – 829/2014 C – 880/2014 C – 881/2014 C – 882/2014 C – 930/2014 C – 931/2014 C – 951/2014	30
2015	C-035/15 C – 102/2015 C – 143/2015 C-144/2015 C – 146/2015 C -165/2015 T – 235/2015 T – 323/2015 T-363/2015	49

	T – 418/2015	
	T - 485/2015	
	C – 424/2015	
	C – 448/2015	
	T-485/15	
	C – 493/2015	
	C – 496/2015	
	C – 530/2015	
	C -532/2015	
	C – 551/2015	
	T – 572/2015	
	C – 600/2015	
	C-601/2015	
	T – 607/2015	
	C – 620/2015	
	C – 623/2015	
	SU – 626/2015	
	T-661/2015	
	C – 671/2015	
	C -672/2015	
	T – 690/2015	
	C – 694/2015	
	C – 699/2015	
	C-700/15	
	C – 701/2015	
	C – 702/2015	
	C – 703/2015	
	C-721/2015	
	C – 722/2015	
	C – 723/2015	
	C – 724/2015	
	T -736/2015	
	T – 738/2015	
	C – 742/2015	
	C – 743/2015	
	C – 750/2015	
	C – 751/2015	
	C -753/2015	
	T-766/2015	
	C – 694/2015	

2016	C-026/2016 T-032/2016 T – 050/2016 C – 086/2016 C – 126/2016 C – 136/2016 C – 154/2016 C – 159/2016 C – 177/2016 C – 178/2016 C – 179/2016 C – 181/2016 C – 191/2016 C – 193/2016 T – 197/2016 C-203/16 C – 204/2016 SU – 217/2016 C-221/2016 SU-222/2016 C – 233/2016 C – 259/2016 C – 284/2016 C-298/16 C – 299/2016 C – 329/2016 C – 330/2016 C – 337/2016 C – 355/2016 C -359/2006 C – 388/2016 C-389/2016 C – 393/2016 SU-425/2016 C-469/16 C – 470/2016 C – 473/2016 C – 493/2016 C – 520/2016 C – 534/2016	54
-------------	--	----

	T – 544/2016 C – 551/2016 C-552/2016 C – 560/2016 T -562/2016 C -568/2016 C -569/2016 C – 583/2016 T – 595/2016 C -602/2016 C – 634/2016 C – 644/2012 C – 699/2016	
2017	C – 003/2017 C – 041/2017 C – 044/2017 C - 047 C – 078/2017 C-091/17 SU-097/17 C-108/17 C – 113/2017 C – 114/2017 C – 115/2017 T -154/2017 C – 176/2017 T – 180/2017 C – 211/2017 C – 212/2017 SU-217/17 C – 220/2017 C – 225/2017 C -246/2017 C – 247/2017 C – 253/2017 C – 282/2017 C – 284/2017 SU - 297 C – 316/2008 C – 333/2017	45

	C – 358/2017 C -391/2017 C – 394/2017 C 437/2017 T – 441/2017 T -444/2017 C – 446/2017 C – 466/2017 C – 467/2017 C – 535/2017 C – 541/2017 T - 547/2017 T – 551/2017 C – 571/2017 T – 586/2017 T -595/2017 C – 608/2017 T – 653/2017	
--	---	--

Una vez presentadas cuantitativamente (por año) las sentencias en las cuales la Corte Constitucional ha acudido a la metodología del test de proporcionalidad, a continuación se presenta una descripción cronológica de la metodología de los pasos del test de proporcionalidad a partir del año 1998 al 2016, no sin antes hacer una descripción doctrinal de cuáles son los pasos y/o subprincipios que lo integran; para lo cual, en un primer momento se presentan los subprincipios (pasos, etapas o momentos que integran el test) y en un segundo momento los tipos de test o los niveles de intensidad del test, para el desarrollo de esta sección doctrinal, se ha tomado como referente al autor Carlos Bernal Pulido, así como las sentencias de la Corte Constitucional C – 673 de 2001⁹², C – 470 de 2011⁹³, C – 592 de 2012⁹⁴.

2.1.1. Subprincipios que integran el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad está integrado por tres momentos o pasos, más conocidos como los subprincipios del test, a saber: la idoneidad de la medida, la

⁹²Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹³Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁹⁴Corte Constitucional. Sentencia C – 592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C - 673 de 2001

(...) es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional,[15] comparada[16] e internacional[17] desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1. el análisis del fin buscado por la medida, 2. el análisis del medio empleado y 3. el análisis de la relación entre el medio y el fin. Cada uno de estos pasos busca absolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve (...)

El primer paso que integra el test de proporcionalidad es la idoneidad conocida como adecuación, en este principio se revisa que toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo⁹⁵. Desde este punto de vista en el principio de idoneidad requiere valorar dos exigencias cuando se trate de la intervenir derechos fundamentales: 1. Que la medida tenga un fin constitucionalmente legítimo. 2. Que la medida sea idónea para obtener el fin constitucional buscado.

Por otro lado, la Corte Constitucional ha definido la idoneidad en diferentes pronunciamientos, así en la sentencia C – 673 de 2002 señaló al respecto que la medida que se analiza debe *ser adecuada para alcanzar el fin buscado ... determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad*⁹⁶. En la sentencia C – 470 de 2011, la define como aquel momento en el cual se analiza si la medida *“que se estudia es idónea para alcanzar la finalidad propuesta (...) la medida ha de ser adecuada o conducente para el logro del fin propuesto, por lo cual deberá existir un importante grado de probabilidad de que a través de ella pueda lograrse el objetivo buscado.”*⁹⁷. En la sentencia C – 592 de 2012, dice que es *el momento en el cual se evalúa la legitimidad del fin y de la medida, debiendo esta*

⁹⁵Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios constitucionales. Pag. 689.

⁹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001. Consideración jurídica No. 7.2.

⁹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2011.

*última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limitará, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto*⁹⁸.

En cuanto al segundo momento que compone la proporcionalidad, esto es la **necesidad**, Bernal Pulido señala que, de acuerdo con este subprincipio, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.⁹⁹

La Corte sobre la necesidad ha dicho que lo que se analiza en ella es que el medio escogido *no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo*¹⁰⁰. En otras palabras la **necesidad** de la medida implica revisar *si la misma resulta indispensable para el logro del objetivo propuesto, aspecto que normalmente se determina examinando la posibilidad de que se implemente otra medida menos gravosa, pero igualmente conducente al propósito esperado*¹⁰¹. Es decir, que lo que entra a examinar el tribunal constitucional en la necesidad es examinarsi *el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto.*¹⁰²

Señala el autor que este principio implica un ejercicio de comparación entre la medida ya adoptada por el legislador y las otras medidas alternas que posiblemente se pudieron haber adoptado, y que pudieron haber cumplido con el mismo grado de eficacia el fin perseguido. Para revisar la necesidad, revisa que los medios alternativos cumplan dos exigencias: 1. Mismo grado de idoneidad que la medida adoptada por el legislador. El principal criterio a tener en cuenta, es que los medios alternativos tengan el mismo grado de idoneidad que tiene la medida controlada para lograr el fin propuesto. 2. Si afecta

⁹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 592 de 2012. Consideración Jurídica No. 7.8.

⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Estudios constitucionales. Pág. 737.

¹⁰⁰ Corte Constitucional. Sentencia C - 673. Consideración jurídica No. 7.2.

¹⁰¹ Corte Constitucional. C – 470 de 2011.

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consideración jurídica No. 4.

negativamente el derecho fundamental en un grado menor, es decir que intervenga en menor intensidad en el derecho fundamental¹⁰³.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto ha sido entendida por Bernal Pulido, como aquella que define que la importancia de la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa¹⁰⁴.

En ese sentido, la corte la entiende como el paso del test de proporcionalidad que exige del Tribunal Constitucional revisar *que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida*¹⁰⁵. Es decir si la medida resulta proporcionada en sentido estricto, *para lo cual se requiere establecer el balance existente entre los beneficios que su aplicación podría reportar y los costos o dificultades que ello ocasionaría*¹⁰⁶. La Corte en la proporcionalidad estricta busca establecer si *el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial*.¹⁰⁷

2.1.2. Niveles de intensidad del test de proporcionalidad

Presentados los tres momentos o pasos de integran el test de proporcionalidad, corresponde en este segmento describir los tres niveles de intensidad del test, esto es: leve, intermedio y estricto, para lo cual se tomará como referencia a Quinche Ramírez¹⁰⁸, asimismo se cita a la Corte Constitucional colombiana en relación con algunos pronunciamientos en los cuales se han abordado los niveles de intensidad del test.

¹⁰³ Bernal Pulido, Pág. 738.

¹⁰⁴ Ibidem, Pág. 759.

¹⁰⁵ Corte Constitucional. C – 673 de 2001.

¹⁰⁶ Corte Constitucional. C – 470 de 2011.

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Consideración jurídica No. 4.

¹⁰⁸ QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Quinta edición. Bogotá, 2012. P. 167 – 169.

Quinche Ramírez señala que los niveles de intensidad del test sontres¹⁰⁹: leve, intermedio y estricto

(...) el test de igualdad fundado en el principio de proporcionalidad estaba constituido por tres momentos distintos, a los que también se denomina “subprincipios”, saber, el juicio de idoneidad, por el cual se determina si la diferencia de trato conduce a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; por el juicio de necesidad, por el que se evalúa si el fin propuesto puede ser obtenido por otro medio posible, que no implique necesariamente la discriminación; y por el juicio de proporcionalidad estricta, que evalúa la justificación constitucional de la diferencia de trato o de la discriminación(...)

La corte constitucional sobre los niveles de intensidad del test ha dicho que

(...) La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “test” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento (...)¹¹⁰

La Corte Constitucional en la sentencia C – 673 de 2001, en la cual se define con mayor propiedad los niveles de intensidad del test¹¹¹, señalando en esta que existen tres niveles de intensidad a saber, el leve, en el cual el tribunal constitucional solo revisa la idoneidad

¹⁰⁹ibidem, 166.

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C - 093 de 2001.

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C - 673 de 2001. “La Corte ha sostenido que el control de constitucionalidad en general, y el test de razonabilidad en particular, adoptan diversas modalidades – leve, intermedio o estricto – según su grado de intensidad. En su jurisprudencia más reciente la Corte ha reiterado la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del test de razonabilidad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada.”

de la medida, el test intermedio en el cual revisa la idoneidad y la necesidad de la medida controlada y el test estricto, en el cual revisa los tres pasos, idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Precizando la Corte constitucional, que en virtud del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes, en principio tratará de acudir siempre al test leve, pero que sin embargo se presentaran circunstancias en las cuales deberá optar por el intermedio o por el estricto

(..) Aunque el test de razonabilidad leve es el ordinario, cuando existen razones de peso que ameriten un control más estricto se ha aumentado su intensidad al evaluar la constitucionalidad de una medida. En principio el legislador goza de una amplia potestad de configuración. No obstante, las limitaciones constitucionales impuestas al legislador en determinadas materias en la propia Constitución justifican en determinados casos la aplicación de un test de mayor intensidad¹¹²(...)

Finalmente, se presenta un listado enunciativo de los ejes temáticos que llevan a la corte a determinar cuál es el tipo de test a aplicar en cada caso concreto, no queriendo decir con ello, que se vuelve este listado la regla general, ya que como la misma Corte lo ha sostenido, ello dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. En ese sentido, ha dicho la Corte que apelará al **test leve** por regla general en los casos de medidas 1) económicas; 2) tributarias; 3) de política internacional; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión. El artículo 4º demandado se relaciona con las hipótesis 4 y 6, lo que habla a favor de la aplicación de un test leve de razonabilidad al examen de su constitucionalidad¹¹³. De igual modo, que acudirá al **test intermedio** cuando la medida que se controla es de aquellas que 1) puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia¹¹⁴. Finalmente, será objeto del **test estricto** de proporcionalidad, aquellos

¹¹²Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia C – 673 de 2001. Consideración Jurídica No.7.2.

¹¹⁴ Corte Constitucional. C – 673 de 2001.

casos como por ejemplo: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Finalmente, en la sentencia C – 592 de 2012, respecto de los niveles de intensidad del test, la Corte Constitucional señaló que

(...) el control de constitucionalidad en general, y el test de proporcionalidad en particular, adoptan diversas modalidades -leve, intermedio o estricto- según su grado de intensidad, el cual depende de la materia objeto de la disposición demandada. De conformidad con las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación, cuando se trata de materias económicas, como lo es la actividad publicitaria o de difusión de la publicidad, la modalidad del juicio de proporcionalidad que se debe adelantar es el débil, el cual, además, es el que ordinariamente debe llevar a cabo el juez de constitucionalidad frente a las medidas legislativas (...)

2.2. Uso y evolución del test de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1998 – 2017)

Culminada la descripción de los tipos de los subprincipios del test, así como los niveles de intensidad del mismo, a continuación se expone el uso y evolución que la jurisprudencia de la Corte Constitucional le ha dado a esta metodología al momento del ejercicio del control constitucional.

Para el año **1998** se ubica la sentencia *T – 067 de 1998*¹¹⁵: se trata de una acción de tutela interpuesta contra la Sección de Tesorería de la Administración Judicial de Antioquia con

¹¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 067 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

el fin de evitar que se practicara el descuento del valor correspondiente a tres días de la prima vacacional, con destino a Prosocial, por considerar este hecho violatorio al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto el actor señalaba que el citado descuento sobre su prima de vacaciones “*vulnera simple y llanamente el derecho que tengo a disponer libremente del tiempo de mis vacaciones, con todo lo que ello implica como lo es la recreación, el descanso, etc., sin que ley alguna pueda, so pena de contrariar la Constitución, artículo 52, imponerme el pago de contribuciones para el ejercicio de actividades antes mencionadas*”. Asimismo, solicita la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del artículo que ordena la aplicación del descuento.

Metodología del test de proporcionalidad en este caso: La Corte precisa inicialmente, que en este caso no resulta viable la aplicación de la metodología del test de proporcionalidad por cuanto *la medida legal no afecta el ámbito intangible del derecho al libre desarrollo de la personalidad*¹¹⁶, sin embargo la Corte en aras de establecer si se trata de una restricción desproporcionada, señala que la restricción que se revela en la medida analizada es legítima y además proporcionada, asimismo que la medida se ajusta a la Constitución y a las funciones del Estado, de tal manera que la contribución resulta adecuada para financiar los gastos que asume el Estado en las tareas de fomento de las actividades de esparcimiento, recreación y aprovechamiento del tiempo libre de los servidores públicos. Además estableció la Corte que este tipo de medidas encuentran su sustento en el principio de la solidaridad social, señalando en este caso que dicha contribución resulta constitucional a la luz del test de proporcionalidad y en consecuencia procedió a declararla exequible.

Año 1999: se analiza la metodología de la proporcionalidad aplicada en la a sentencia *T – 972*¹¹⁷: se trató de una acción de tutela interpuesta en contra de Monseñor Lopez Duque, por estimar vulnerados los derechos a la libertad de culto, igualdad y trabajo, debido a que el actor (quien era docente en el Seminario Menor de San José de Támara, las asignaturas de Religión, Filosofía y Etica) fue informado por Monseñor Olavio López Duque, Coordinador Nacional de la Educación Contratada de Casanare, que por no ser

¹¹⁶Corte Constitucional. Sentencia T – 067 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración jurídica No. 6. Párrafo 12.

¹¹⁷Corte Constitucional. Sentencia T – 972 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis. Consideración jurídica No. 5.

católico y estar casado con alguien que pertenecía a la iglesia “Una Santa, Católica, Apostólica Comunión Anglicana”, no podía volver a enseñar religión; que si quería seguir trabajando escogiera otra área, por lo que optó por educación física, siendo trasladado al Colegio Salvador Camacho Roldán de Nunchía (...) pero se dio cuenta de su poca idoneidad y preparación en ese campo, por lo cual manifestó a Monseñor López su inconformidad y su deseo de volver a dictar la cátedra que regentaba anteriormente (...) que ante su negativa de seguir dictando educación física, se presentó queja en la oficina Seccional de Escalafón por presunto abandono del cargo y por ineficiencia profesional, solicitando suspensión provisional (...) se le discrimina por razón de no compartir un determinado credo, lo que no significa irrespetar o desconocer ciertas creencias o posiciones religiosas, olvidando el artículo 13 C.P que prohíbe un trato diferente o discriminatorio por razones de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, o filosofía”¹¹⁸.

Metodología del test de proporcionalidad en este caso: La Corte en este caso decidió NO tutelar los derechos fundamentales alegados, y luego de analizar varias disposiciones legales referidas a la libertad de culto, precisó en relación con el test de proporcionalidad que (...) la decisión de optar por un determinado culto, que para el efecto puede ser el rito católico, no comporta en sí misma el desconocimiento de la libertad religiosa, *en cuanto no se obligue a los alumnos a obrar en contra de sus principios religiosos o a cambiar la fe que profesan*. El pluralismo religioso plasmado en la Constitución Política no buscó “reprimir la práctica de confesión alguna -menos aún la probadamente mayoritaria, como es la Católica en el caso de Colombia- sino, por el contrario, *permitir que todas, en pie de igualdad, tuvieran las mismas posibilidades, el mismo reconocimiento y el mismo trato por parte de la ley*”. [13] “La manera adecuada y proporcional de garantizar el derecho a la libertad religiosa de credos distintos al católico no es propiamente la de impedir el derecho fundamental de la mayoría católica a expresar un acto ritual (...) *la igualdad equivale a la proporcionalidad antes que a lo idéntico*. De ahí que es ilógico homologar en absoluto el trato al credo de una mayoría evidente al de unas minorías, porque ello resulta desproporcionado. En la negación de un culto, como el católico, no se fortalecen los demás, sino que, por el contrario, se los identifica en el silencio.”¹¹⁹ (Cursiva fuera del texto original).

¹¹⁸Ibidem, hechos sentencia T – 972 de 1999.

¹¹⁹Ibidem, consideración jurídica No. 5 numeral 4.

En el año 2000¹²⁰, los hechos se presentaron en la ciudad de Neiva durante las festividades del Reinado Nacional del Bambuco de septiembre de 1999, en el cual el alcalde municipal prohibió la realización del desfile de la comunidad “gay” por las principales calles de la ciudad, ante lo cual estos consideraron violados sus derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. En el presente caso, la Corte Constitucional precisó una vez realizada la metodología del test de proporcionalidad, que *(i) la Administración pretendía satisfacer un interés legítimo, de protección de los derechos de los menores, (ii) el trato diferente dado a la comunidad homosexual no es adecuado para alcanzar ese objetivo, precisamente porque sólo el ejercicio desproporcionado e irracional de una expresión personal como el travestismo, puede conllevar esa violación de los derechos de los menores y de terceros. Por ende, en este caso, presuponer de suyo que la condición de travesti lesiona derechos, implica una discriminación a una condición personal específica. Así las cosas, existían medidas alternativas para asegurar un comportamiento idóneo por parte de las "representantes", - quienes en su reglamento ya tenían previsto asegurar un comportamiento digno y respetable por parte de las candidatas (...) (iii) debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte al evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida concluye, que la prohibición absoluta de adelantar el desfile en comento resulta claramente desequilibrada, porque no resulta evidente que "el trato diferente haya permitido proteger a los menores, sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación", existiendo otros mecanismos que aseguraran el libre desarrollo de la personalidad y la protección de los intereses de los menores y de terceros. En efecto, resulta irrazonable imponer obligaciones muy fuertes para el logro de beneficios, que pueden ser asegurados con medidas menos lesivas¹²¹. (Negrillas fuera del texto original)*

En el año 2001, la Corte Constitucional profirió 23 sentencias en las que utilizó la metodología del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica en el control de constitucionalidad, dentro de estas se cita C – 093/2001¹²², respecto del test de proporcionalidad señaló que (...) *la Corte Europea de Derechos Humanos y por los*

¹²⁰Constitucional colombiana. Sentencia T – 268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-268-00.htm> Visitado 28 marzo 2018. 16:00.

¹²¹ Ibídem, consideración jurídica número 7.

¹²²Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-093-01.htm> Visitado 27 marzo 2018. 18:15.

tribunales constitucionales de España y Alemania, se basa en el llamado test o juicio de proporcionalidad, que comprende distintos pasos. Así, el juez estudia (i) si la medida es o no “adecuada”, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; luego (ii) examina si el trato diferente es o no “necesario” o “indispensable”, para lo cual debe el funcionario analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto. Y, (iii) finalmente el juez realiza un análisis de “proporcionalidad en estricto sentido” para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. La otra tendencia, con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o suaves). Así, cuando el test es estricto, el trato diferente debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, mientras que si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta con que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento.⁵⁻ Un análisis elemental muestra que **estos dos enfoques, lejos de ser contradictorios, son complementarios**. Así, ambos pretenden determinar si el trato diferente tiene o no un fundamento objetivo y razonable, para lo cual examinan si dicho trato es o no un instrumento idóneo para alcanzar ciertos propósitos admitidos por la Constitución. **Esta complementariedad explica que esta Corte, cuando ha tenido que estudiar problemas de igualdad, ha privilegiado en ocasiones el juicio de proporcionalidad[4] mientras que en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad (...)**¹²³.

En la sentencia C – 540 de **2001**¹²⁴, en la consideración jurídica No. 8, la Corte describió la metodología del test de proporcionalidad de la siguiente manera:

(...) es una técnica que ha utilizado la Corte para determinar cuándo una diferencia en el trato se ajusta o no a la Constitución. Mediante éste, el juez constitucional debe, en principio, determinar 1) si se persigue una finalidad válida a la luz de la Constitución, 2) si el trato diferente es "adecuado" para

¹²³ Ibídem. Consideración jurídica No. 4 y 5.

¹²⁴ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 540 de 2001.

lograr la finalidad perseguida; 3) si el medio utilizado es "necesario", en el sentido de que no exista uno menos oneroso, en términos de sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin perseguido, y 4) si el trato diferenciado es "proporcional stricto sensu", es decir, que no se sacrifiquen valores, principios o derechos (dentro de los cuales se encuentra la igualdad) que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato(...)

En el año 2002¹²⁵, se trató en este caso de una demanda de acción pública de inconstitucionalidad impetrada en contra de los artículos 17 y 18 de la Ley 678 de 2001, que regula una inhabilidad para quienes hayan sido condenados mediante acción de repetición o llamamiento en garantía, considerando el actor que se regula en una ley con contenido patrimonial, como es la Ley 678 de 2001, aspectos de naturaleza eminentemente disciplinario, y que a su vez se está generando una doble consecuencia disciplinaria con ocasión de un mismo hecho. El presente caso lo resuelve la Corte Constitucional igualmente apelando a la metodología del test de proporcionalidad, el cual aplica a la altura de la consideración jurídica No. 4.5. recordando que la Corte (...) *ha establecido una metodología ... ligada a los principios de proporcionalidad y razonabilidad exigidas a ellas. Así la Corte ha dicho que la restricción a los derechos constitucionales que ellas implican, debe ser adecuada para lograr el fin perseguido, además deberá determinarse si es necesaria, en el sentido de que no exista un medio menos oneroso en términos de sacrificio de otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido y, por último, si son "proporcionados stricto sensu", esto es, que no se sacrifiquen valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende garantizar (...)*¹²⁶

Y en relación con la metodología de la proporcionalidad que debe adelantar el Juez constitucional, señaló que la verificación debe recaer sobre los siguientes items:

1. Que la norma logre una finalidad legítima
2. Establecer si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad.

¹²⁵ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 233 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-233-02.htm> visitado 28 de marzo de 2018 16:24.

¹²⁶Ibidem, consideración jurídica No. 4.5.

3. Verificar la ponderación de la medida o proporcionalidad en sentido estricto, consistente en evaluar si, *desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera*

En el presente caso manifestó la Corte que debido a que se trataba de normas del derecho sancionador que implicaban una severa restricción de los derechos de las personas a las que ellas se dirigen, los pasos a aplicar serían los de verificación de la idoneidad del medio para alcanzar el fin y la necesidad a efectos de controlar una eventual desproporción o irrazonabilidad de las medidas, señalando que en relación con la desvinculación del cargo la necesidad de mantenerla dentro del ordenamiento jurídico no se hacía evidente; en cuanto a la declaratoria de caducidad del contrato, adujo que la misma genera una inhabilidad adicional a la establecida en la misma norma, circunstancia que para la Corte configura una cadena de sanciones contraria a la Constitución y un perjuicio económico desproporcionado para el contratista, sin dejar de lado la incidencia negativa que dicha decisión puede acarrear en la buena marcha de la actividad (ejecución) contractual; inhabilidad para ejercer cargos públicos y para contratar con el Estado, señala la Corte que esta resulta desproporcionada, debido a que la finalidad perseguida por la norma, tiene ya suficiente asidero en el marco jurídico colombiano que permiten su consecución.

En el año **2003**¹²⁷, la Corte abordó el método de la proporcionalidad, en una demanda dirigida en contra del artículo 98 (erradicación de los vehículos de tracción animal) de la Ley 769 de 2002 por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones, por considerar que dicho artículo vulnera los derechos constitucionales al libre desarrollo de la personalidad y al trabajo alegando en relación con este último el principio de confianza legítima generada en la sociedad. Para analizar y resolver este asunto, la Corte ratifica su postura de aplicar la metodología de la proporcionalidad, explicando que (...) *para determinar si la medida se ajusta a la Constitución Política, de acuerdo con los parámetros de la jurisprudencia, es necesario verificar, a través de un **juicio de proporcionalidad**, si la restricción del derecho a circular en uno de estos vehículos –entendido como una emanación del derecho al libre desarrollo de la personalidad- guarda relación de conexidad y de proporcionalidad con*

¹²⁷ Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 355 de 2003. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra. Consideración jurídica No. 4. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-355-03.htm> visitado el 28 de marzo de 2018 17:14 p.m.

el objetivo perseguido con la expedición del Nuevo Código de Tránsito Terrestre, lo que en últimas significa verificar la legitimidad y la adecuación de los medios utilizados por el legislador a los fines perseguidos por el mismo(...)

Una vez la Corte expone la necesidad de resolver el asunto de la erradicación de los vehículos de tracción animal mediante la metodología de la proporcionalidad, acto seguido la corte realizada el escrutinio de los subprincipios que lo integran

Para el año **2004** se presenta un aumento significativo en cuanto a la utilización del método del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana tanto en el control abstracto como concreto, encontrándose entre otras, las sentencias T – 301¹²⁸, C – 042¹²⁹, T – 697¹³⁰, C – 029¹³¹. Para efectos de la evolución jurisprudencial que aquí se expone, se toma como referencia para el 2004, la sentencia T – 301 de 2004 por cuanto esta sentencia aborda la situación de los derechos de las personas homosexuales en Colombia. El problema jurídico de la sentencia se centra en la prohibición hecha por parte de la policía de la ciudad de Santa marta, según la cual las personas homosexuales no podían estar en la bahía de dicha ciudad. Ante tales hechos, la policía del arguye que los comerciantes del sector les habían pedido apoyo, ya que “el grupo de homosexuales” venían *teniendo comportamientos atentatorios contra la moral, la ética y sanas costumbres de los ciudadanos de bien tanto turísticos como residentes en la ciudad que igualmente utilizan el camellón para disfrutar de su belleza y del ambiente que este genera.* Ante lo anterior se sumó la queja que presentó un ciudadano en la cual señalaba que “*en el sector deambulaba una persona que padecía el VIH, por tal razón, hubo necesidad de conformar una base de datos para identificarla y, en el futuro, tomar las medidas necesarias para prevenir la propagación de la mortal enfermedad*”. Ante los anteriores hechos, la Corte Constitucional en la consideración jurídica No. 4 de la sentencia habla del derecho fundamental a la igualdad de trato y el test de proporcionalidad, señalando que

¹²⁸Corte Constitucional. Sentencia T – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynertt. Consideraciones jurídicas No. 4, 5, 6 y 7.

¹²⁹Corte Constitucional. Sentencia T – 042 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Consideración jurídica No. 7.

¹³⁰Corte Constitucional. Sentencia T – 697 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimmy Yepes. Consideraciones jurídicas No. 10, 11, 12 y 13.

¹³¹Corte Constitucional. Sentencia C – 024 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

(...) En el curso del desarrollo jurisprudencial de este derecho (igualdad), junto con los avances doctrinarios en dicho campo, han sido establecidos algunos criterios para determinar en qué casos las distinciones fundadas en ciertos parámetros resultan contrarias a los valores constitucionales. Entre otros, son discriminatorios los términos de comparación cuyo sustento sea el sexo, la raza, el origen social, familiar o nacional, lengua, religión y opinión política o filosófica o, en términos generales, cualquier motivo discriminante que se funde en prejuicios o estereotipos sociales cuya única finalidad sea la exclusión de un grupo de individuos de algunos beneficios. En suma, para determinar si un acto discriminatorio es admisible, debe comprobarse si tiene o no como sostén al menos uno de los criterios proscritos por la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, y resulta constitucionalmente válido el trato diferenciado¹³² (...)

En la misma decisión, ya en la consideración jurídica No. 6, al abordar los conceptos de moral pública, los fines constitucionalmente protegidos y test de proporcionalidad, señaló la Corte que *la moralidad pública (i) es un elemento adicional en la constitucionalización de los derechos de los ciudadanos, (ii) es fuente de limitaciones de derechos constitucionales, en tanto permite al Estado imponer restricciones con el objetivo de armonizar proyectos de vida disímiles en el contexto de una democracia, (iii) está compuesta por los principios que se encuentran en relación de conexidad necesaria con la idea de Estado social y democrático de derecho, cuales son, entre otros: dignidad humana, la búsqueda de la paz, el pluralismo y la tolerancia [10]. En ese orden de ideas, frente a la vaguedad conceptual e indeterminación de fuentes normativas de reglas y principios en el ámbito de la moral pública –y frente a la posible restricción ilegítima del derecho a la libertad- debe aplicarse un **test estricto de proporcionalidad**(Negrillas fuera del texto original).* Dejando en claro la Corte que la orientación sexual como criterio o parámetro de distinción es un criterio sospechoso de discriminación y que *la opción sexual de los ciudadanos constituye un componente esencial de la autodeterminación de los proyectos vitales y del desarrollo de la vida en relación.* De tal manera que como conclusión obligada en la sentencia ordenó proteger los derechos igualdad, a la integridad, al libre desarrollo de la personalidad, a la honra, al buen nombre y a la libre circulación

¹³²Corte Constitucional. Sentencia T – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynertt. Consideraciones jurídicas No. 4.

de las personas homosexuales y en concreto del accionante y ordenó al Comandante del Departamento de Policía del Magdalena que impartiese las instrucciones necesarias y suficientes al personal a su cargo, a fin de que cese de manera inmediata el hostigamiento del cual ha sido objeto. Haciendo extensivo el conocimiento de la decisión para los fines pertinentes a la defensoría del pueblo.

En el año 2005¹³³, la Corte se pronuncia en una demanda de acción pública de inconstitucionalidad interpuesta en contra de numeral 1° del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo (Decretos 2663 y 3743 de 1950 adoptados por la Ley 141 de 1961 como legislación permanente), por cuanto en criterio de la actora se vulneran los artículos 1° y 13 de la Constitución por excluir sin fundamento alguno del derecho a la prima de servicios a los trabajadores que no prestan sus servicios laborales a empleadores que tienen el carácter de empresa permanente, señalando que esto los deja en una situación de desigualdad. Para resolver este asunto la Corte Constitucional acudió a la metodología del test de proporcionalidad en la consideración jurídica No. 4.1, señalando que (...) *La Corte ha acudido entonces a un instrumento metodológico sobre cuyo alcance y límites se ha pronunciado reiteradamente, para verificar la legitimidad, razonabilidad y proporcionalidad del trato diferenciado. Se busca así establecer en cada caso i.) si se está frente a supuestos de hecho diversos o si estos son comparables; ii.) si el fin perseguido por la norma es un fin objetivo y legítimo a la luz de la Constitución; iii.) si los supuestos de hecho estudiados, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guardan una coherencia o eficacia interna, es decir una racionalidad entre ellos; iv.) si el trato desigual es proporcionado. La necesidad de que exista proporcionalidad entre los medios y los fines perseguidos por la norma ha sido también resaltada por la jurisprudencia, que ha propuesto tres pasos para resolverlo: así entonces, a) los medios escogidos deben ser adecuados para la consecución del fin perseguido; b) los medios empleados deben ser necesarios para la consecución de ese fin y, c) los medios empleados deben guardar proporción con los fines perseguidos, esto es, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionales más importante(...)*

¹³³Corte Constitucional colombiana. Sentencia C - 100 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis. Consideración jurídica No. 4. Numeral 4.1. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-100-05.htm> visitado el 28 de marzo de 2018 22:11 p.m.

Más adelante, para el **2006**, se encuentra una de las sentencias más emblemáticas en cuanto al uso del test de proporcionalidad como metodología de interpretación constitucional al momento de entrar en choque o en colisión derechos fundamentales, se habla de la conocida sentencia C – 355 de 2006¹³⁴, la cual consistió en la demanda de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 122, 123 y 124 de la ley 599 de 2000 - Por la cual se expide el Código Penal, estos artículos señalan como punible las conductas de aborto, el aborto sin consentimiento, circunstancias de atenuación punitiva cuando el aborto se produce en persona cuyo embarazo fue fruto de una conducta constitutiva de acceso carnal violento o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, ya que en criterio de la actora con estas normas se viola el derecho a la dignidad, la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad y a la libre determinación, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad, el derecho a estar libre de tratos crueles inhumanos y degradantes y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos. Para resolver el problema jurídico presentado en relación con los derechos enfrentados (por un lado los de la mujer y por el otro los del nasciturus), la corte Constitucional apeló al test de proporcionalidad en la consideración jurídica número 4 y 9, señalando que *la determinación de la constitucionalidad de una norma, resulta de la confrontación de ésta con el ordenamiento superior y los tratados internacionales de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad y no de la confrontación con determinadas creencias religiosas*¹³⁵, para precisar que las colisiones de derechos fundamentales deben ser resueltas a la luz de los postulados de la dignidad humana como fundamento principal del Estado Social de derecho, para lo cual era preciso analizar los subprincipios de necesidad, racionalidad y proporcionalidad de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en los casos que plantea el artículo 124 del Código Penal. Concluyendo el máximo tribunal constitucional colombiano que

*(...) la conservación o modificación de la actual política deberá ser el resultado del debate democrático en el seno del Congreso. Sin embargo, por todas las razones expuestas, **resulta inconstitucional la penalización de tal conducta de manera general sin atender a ningún criterio de despenalización de la misma** en*

¹³⁴Corte Constitucional. Sentencia C – 355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³⁵ C – 355 de 2006. Consideración jurídica No. 4.

los casos aquí analizados, los cuales son considerados por el legislador únicamente como atenuantes, lo cual no se compadece con las circunstancias que rodean el hecho y vulnera de manera innecesaria y desproporcionada los derechos fundamentales de las mujeres que opten por la interrupción voluntaria de su embarazo en estas circunstancias. Es obligación del Estado proteger el derecho a la vida y a la salud de la mujer y no puede negarle tal protección bajo ninguna circunstancia (...) (Negrillas fuera del texto original).

Concluyendo el tribunal constitucional que hay una desproporción total entre el beneficio pretendido con el tipo penal censurado y las restricciones impuestas a los derechos de la mujer y del nasciturus, por lo cual resulta inconstitucional la penalización total y absoluta del aborto consentido en Colombia, profiriéndose una modulación condicionada¹³⁶, esto es, que se declaró exequible el artículo 122 de la ley 599 de 2000; por tanto, la conducta de aborto en Colombia sigue siendo punible, salvo en tres eventos, 1. Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; 2. Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, 3. Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

Pero si el año 2006 fue un año trascendental en cuanto al uso de la metodología del test de proporcionalidad como herramienta constitucional para resolver los derechos en colisión entre la mujer en estado de embarazo en las circunstancias allí descritas y el nasciturus, el año **2008** no dejó de ser un avance en relación con la mirada contemporánea que frente a los derechos humanos hizo el tribunal constitucional colombiano, año en el que se expide la polémica sentencia C – 061 de 2008¹³⁷, más conocida como la sentencia de los muros de la infamia. El problema jurídico al que se enfrentó la Corte

¹³⁶QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. Bogotá, 2010. P. 653 define este tipo de modulaciones como “aquella en la cual la Corte declara la constitucionalidad de una norma examinada, pero condicionando su permanencia a la observancia de una condición interpretativa, que resulta ser la única aceptada y ajustada a la Constitución, excluyendo por lo tanto, las otras interpretaciones concurrentes.”

¹³⁷Corte Constitucional. Sentencia C – 061 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No.

Constitucional en este caso consistió en determinar *si la presentación en televisión de los nombres y fotografías recientes de las personas condenadas es una medida legítima, proporcionada e idónea para el logro del propósito que la norma persigue*. Para lo cual acudió ineludiblemente la Corte a la metodología del test de proporcionalidad en la consideración jurídica número 5, analizando la finalidad de la medida, esto es, si la misma persigue un fin legítimo a la luz de la constitución, para posteriormente analizar la idoneidad de la medida para alcanzar el fin propuesto y finalmente establecer una relación entre el beneficio obtenido y la afectación o perjuicio que se causa contra otros bienes jurídicos. Concluyendo la Corte que esta medida no supera el test de proporcionalidad

*(...) pendiente la eventual demostración de los hipotéticos beneficios sociales que esta medida pudiera traer consigo, son en cambios evidentes y de gran significación los costos y riesgos que ella supone para la persona misma y para los miembros de su familia, donde podría hallarse la propia víctima, u otro menor en aumentado riesgo de victimización. Por ello, estima la Corte que tampoco se surte este elemento del test de proporcionalidad que se viene adelantando, al no compensarse el perjuicio acarreado a otros bienes, con el ignoto beneficio obtenible... existe un alto grado de incertidumbre sobre la capacidad que la medida estudiada podría tener para alcanzar de manera efectiva el propósito de protección a la niñez con el que presumiblemente fue establecida. Por el contrario, son notorios los peligros y afectaciones que ella supone tanto para los individuos penalmente sancionados como para los miembros de sus familias, y aún para las posibles víctimas y sus allegados. Así las cosas, concluye la Corte que esta publicación **no es una medida idónea** para el logro de la finalidad propuesta, y por el contrario, **constituye un mecanismo desproporcionado e innecesario** frente a la búsqueda de dichos objetivos... Entonces, al revelarse **claramente ineficaz** como mecanismo de protección de la niñez, es necesario concluir que la medida estudiada vulnera el artículo 44 superior. (...) (Negritillas fuera del texto original).*

En el año **2009**, resulta importante ubicar la sentencia C – 145¹³⁸, en la cual se realizó un control previo, automático e integral de los decretos legislativos¹³⁹, en este caso la corte estudiaba el decreto de emergencia social número 4334 de 2008 por el cual se expide el procedimiento de intervención en desarrollo del Decreto 4333 del 17 de noviembre de 2008. En esta decisión la Corte Constitucional sobre el test de proporcionalidad señaló que éste se orienta en

(...) verificar la adecuación de los medios en qué consisten las medidas adoptadas, con los fines propuestos tanto por la Constitución como por los decretos de excepción. Dicho juicio se refiere a la necesidad, idoneidad y conducencia de los medios adoptados por el Ejecutivo, para realizar no sólo el fin general de conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, sino también los fines específicos definidos por el respectivo decreto legislativo. La medida de la proporcionalidad está dada por la mínima repercusión negativa que las medidas adoptadas para alcanzar el fin o los fines propuestos, tengan sobre otros principios igualmente fundamentales; y también por la conducencia e idoneidad de los medios para la consecución de los objetivos definidos por el legislador de excepción. Así, en cuanto respecta al análisis de necesidad, la exigencia es cumplida por el Decreto 4334 de 2008, toda vez que en sus considerandos el Gobierno expresó que era indispensable adoptar urgentes medidas con fuerza de ley que intervengan de manera inmediata las conductas, operaciones y el patrimonio de las personas que bajo la modalidad de captadores o recaudadores en operaciones no autorizadas generan abuso del derecho y fraude a la ley al ocultar en fachadas jurídicas legales, el ejercicio no autorizado de la actividad financiera, causando graves perjuicios al orden social y amenazando el orden público; y por lo que respecta a la evaluación sobre la idoneidad, conducencia y posible afectación de garantías fundamentales por parte de las medidas previstas en el Decreto 4334 de 2008, encuentra esta Corte que resultan aptas para la consecución de los fines propuestos en el Decreto 4333 de 2008, y los que de manera específica están señalados en el artículo 2° de aquella preceptiva, de

¹³⁸Corte Constitucional. Sentencia C – 145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No. 4.2.

¹³⁹ Aquellos mediante los cuales se decretan los estados de excepción de guerra exterior, conmoción interior y emergencia económica, ecológica o social, cuyo control constitucional está establecido en el artículo 241.9 de la Constitución Política de 1991.

suspender de manera inmediata las operaciones y negocios de las personas naturales o jurídicas que ejercen irregularmente la actividad financiera a través de captaciones o recaudos no autorizados, así como para establecer un procedimiento que garantice la pronta devolución de los recursos obtenidos en esas actividades(...)

Hacia el año **2010** desde el punto de vista metodológico para la figura en estudio, resulta importante mencionar la sentencia C – 055¹⁴⁰, en este caso la Corte Constitucional estudió la demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada contra varios artículos de la ley 1098 de 2006, y puntualmente se hará mención en relación con el artículo 129 de dicha ley, el cual establece una presunción en materia salarial en caso de demandas por alimentos, dicha presunción señala que en los casos en los que no se pueda establecer la solvencia económica del demandado, el Juez la establecerá teniendo en cuenta el *patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica*, pero en ningún caso esta no podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual. En criterio del actor esta norma es incompatible con la Constitución Política, por cuanto el Estado no le asegura al ciudadano un ingreso mensual para efectos de proceder a declararlo civil y penalmente responsable por alimentos, y que esto resulta injusto al ser tratado como presunción, ya que puede que en muchos casos en realidad no tenga siquiera ingresos para cubrir su mínimo vital, y que con la presunción creada el Estado se obliga a proveer a todos los colombianos un empleo y pagarle por lo menos un salario mínimo. Además señala que se vulnera el artículo 28 al establecerse responsabilidad penal, por deudas civiles. Finalmente, señala que la condena que se dé en este tipo de procesos viola el artículo 29, ya que no sería el resultado de un debate probatorio, sino del querer y voluntad del legislador quien así lo dispuso dentro de su poder de configuración legislativa. Uno de los problemas jurídicos que entró a resolver la Corte Constitucional consistió en establecer *¿si la presunción que contiene la ley al establecer que el salario mínimo legal, a falta de otros elementos de juicio, es parámetro para fijar la cuota provisional de alimentos, viola los artículos 2, 25, 28, 29, 54 y 229 de la Constitución política*. Para resolver la cuestión, la Corte aborda dentro de sus obiter el test de proporcionalidad en

¹⁴⁰Corte Constitucional. Sentencia C – 055 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Consideración jurídica No. 3.2.1.

relación con la presunción establecida que estas tienen ayudan a disminuir la desigualdad procesal por cuanto estas

*(...) liberan a la parte beneficiada por ellas de la carga de demostrar el hecho que se presume, correspondiendo al afectado por la misma, demostrar la inexistencia o no ocurrencia de los hechos presumidos. Por ello se pregunta si “la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso – en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia – de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción”. Sobre este particular el Tribunal observa que “la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso¹⁴¹, al estar justificadas y ser razonables, al construirse con el objeto de proteger bienes jurídicos particularmente importantes y de “promover relaciones procesales más equitativas”. Es decir que, antes que ir en contra de la Constitución, las presunciones legales tienden “a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta ... para que la presunción legal para que sea conforme a la Constitución, debe reunir los requisitos anotados, esto es, **ser razonable** en tanto responder a las leyes de la lógica o de la experiencia y **perseguir un fin constitucionalmente valioso, así como resultar útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mismo.** (...) (Negrillas fuera del texto original).*

Se aclara que lo dicho en la sentencia C – 055 en relación con la presunción legal de alimentos corresponde a lo dicho por la Corte en un fallo precedente¹⁴², acudiendo en este evento la declaratoria de la cosa juzgada constitucional material, constituyendo la ratio decidendi de ambas decisiones el que la presunción legal de ingresos en caso de demandas por alimentos establecida en un salario mínimo legal mensual supera el test de proporcionalidad, y precisa el tribunal constitucional en aquel momento al estudiar la

¹⁴¹Sobre la legitimidad constitucional de las presunciones, señala entre otras, las sentencias C-015/93; C-109/95; C-540/95; C-238/97; C-622/97; C-665/98: en la sentencia C – 055 de 2010.

¹⁴²Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 388 de 2000. M.P.

mencionada presunción legal, que fue preciso acudir al test de proporcionalidad, llegando a la conclusión de que la misma (sic)

(...)se funda en la “prelación constitucional de los derechos fundamentales de los menores”, por lo que resulta fácil reconocer que con ella se persigue un objetivo constitucionalmente prioritario... resultaba útil para garantizar un límite mínimo de la cuantía de la obligación alimentaria y evitar la mala fe del deudor; igualmente era necesaria, pues “no es evidente que exista otra medida que implique menores costos para el deudor e igual o mayor beneficio para el menor que ha tenido que acudir a un juicio para hacer que sus padres cumplan con la obligación primaria de sostenerlo y educarlo” ... no hay desproporción en la medida adoptada por el legislador extraordinario y por tanto no hay afectación ilegítima del derecho a la presunción de inocencia, por cuanto la figura creada por el artículo 155, puede ser desvirtuada por el deudor, con lo cual puede “utilizar los recursos que estén a su alcance para demostrar que no devenga el salario mínimo legal” (...) (Negrillas fuera del texto original).

Ya para el 2011 se encuentra la sentencia C -470¹⁴³, se trató de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 45 de la Ley 1395 de 2010, que modifica el artículo 5 del Código Procesal del trabajo, 47 que modifica el numeral 3 del parágrafo 1° del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 11 de la Ley 1149 de 2007 y el artículo 48 que modifica el artículo 86 del Código del Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Los cargos de la demanda consistieron en señalar que dichas normas resultan inconstitucionales, por cuanto, el artículo 45 al permitir que la demanda laboral se pueda presentar en el último lugar de prestación del servicio o en el del domicilio del **demandante**, a elección del actor, *rompe la igualdad de las cargas procesales en perjuicio del empleador demandado, ya que además de que el demandante puede decidir sobre la localidad donde se realizará el proceso, ahora podrá también obligarlo a comparecer en su propio domicilio, con todas las dificultades que ello implica, por ejemplo, frente a la premura con que deberá constituir un apoderado y contestar la demanda.* En relación con el artículo 47, señala que al permitirse que *si durante la audiencia o en cualquier etapa del proceso, resultan*

¹⁴³Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C - 470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No.

*probadas mediante documentos pretensiones de la demanda que versan sobre derechos ciertos e irrenunciables del trabajador, el juez deberá ordenar el pago y el proceso continuará entonces en relación con las demás pretensiones, al respecto considera la actora, que ello vulnera el preámbulo constitucional, el derecho a la igualdad, el debido proceso, el principio de la doble instancia y el acceso a la administración de justicia y finalmente en relación con el artículo 48 señala que existe un incremento de hasta 220 veces el salario mínimo mensual más alto la cuantía requerida para la procedencia del recurso de casación en los procesos que se siguen ante esa jurisdicción, señalando que con ello se vulnera el derecho a acceder a la administración de justicia, sin embargo en relación con este último artículo la Corte no se pronunció en este fallo, por cuanto operó la cosa juzgada constitucional¹⁴⁴, remitiendo entonces la Corte su pronunciamiento solo en relación con el cargo formulado en contra del artículo 45, y acudiendo la Corte Constitucional para tomar la decisión a la metodología del test de proporcionalidad por cuanto consideró que *la norma acusada implica prima facie una situación desventajosa para quienes resulten demandados en procesos laborales*¹⁴⁵, y que como resultado de ello *debe auscultarse a partir de un juicio de proporcionalidad sobre esa medida*¹⁴⁶. Pasando la Corte a analizar en el aspecto 3.1 de la decisión lo relacionado con el juicio de proporcionalidad de la medida controlada, es decir revisando los subprincipios de finalidad de la medida, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, señalando en relación con la necesidad que*

(...) la necesidad de la descongestión en vista del constante crecimiento de la demanda de justicia en el país, que según se afirma, supera con creces el efecto de las medidas, tanto normativas como administrativas, tomadas con este mismo propósito durante los años recientes. Se resalta también que las propuestas allí contenidas apuntan a tres objetivos más específicos como son: i) la desjudicialización de conflictos, mediante la atribución de algunas materias antes judiciales a los notarios y a otras autoridades; ii) la simplificación de procedimientos y trámites, y iii) la racionalización del aparato judicial, según se

¹⁴⁴Corte Constitucional. Sentencia C – 372 de 2001. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

¹⁴⁵Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Consideración jurídica No. 3.

¹⁴⁶ C – 470 de 2011. Consideración Jurídica No. 3

dijo, para hacer más efectiva la justicia, mediante un control más estricto de la demanda de la misma (...)

En relación con la idoneidad de la medida controlada, expuso la Corte que teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es contribuir a la descongestión de los despachos judiciales, sobre todo en los centros urbanos de Colombia, por lo tanto debe existir un alto grado de probabilidad de que a través de dicha medida se descongestionen estos (sic), sobre este punto advierte la Corte que

(...) el previsible efecto de esta regla consistiría en que un importante volumen de las nuevas demandas laborales corresponda a despachos judiciales ubicados en ciudades y municipios intermedios y menores, aliviándose así en el mediano plazo los niveles de congestión existentes en los juzgados de las grandes ciudades. Esto implica que aun en caso de producirse el efecto visualizado por los autores de la norma, no se reduciría el número total de procesos laborales puestos al conocimiento de esta jurisdicción, lo que desdice de su capacidad para contribuir a la descongestión del sistema.

*Observa también esta corporación que el trámite de expedición de esta norma evidencia que ella fue aprobada bajo la presunción de que el demandante es siempre el trabajador, y bajo el supuesto no probado de que la mayoría de ellos reside en un lugar diferente a aquel en el cual se ubica el domicilio de su empleador y a donde tuvo lugar la prestación de los servicios, o que se mudarían de esos lugares al terminar su contrato. Sin embargo, frente a la segunda de estas hipótesis, y no obstante la carencia de evidencia específica en uno u otro sentido, encuentra la Corte que, según lo sugiere la experiencia, en realidad esa puede ser una situación marginal, incluso excepcional, pues lo más frecuente es que ambas partes de la relación laboral estén domiciliadas en un mismo lugar, caso en el cual no se produciría un apreciable efecto de descongestión, ni siquiera a nivel de los despachos de las grandes ciudades. Sin embargo, y dado que **el test que en este caso aplica la Corte es de intensidad intermedia**, se considera útil y pertinente agotar el análisis de los demás elementos que lo componen para a partir de ello decidir sobre la proporcionalidad de la medida (...) (Negritas fuera del texto original)*

Sobre el subprincipio de necesidad de la medida adujo la Corte que la misma no resulta necesaria, por cuanto la congestión judicial en Colombia, es un problema *amplio y multifactorial*¹⁴⁷, situación en la cual señala la Corte es difícil afirmar que *una específica medida resulta determinante y necesaria para su solución*.

Y finalmente, en relación con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, señala que la medida tampoco supera la proporcionalidad estricta, con independencia de quien fuese el demandado (trabajador o empleador), señalando que

(...) sí existe en este caso una percepción mucho más amplia sobre el gravamen o dificultad que para la persona demandada podría representar tener que afrontar un proceso en un lugar que no es su domicilio ni tampoco sede de sus negocios, y sobre el carácter posiblemente excesivo de la ventaja que esta regla confiere el accionante, independientemente de quién, empleador o trabajador, ocupe uno u otro rol. Incluso podrían existir percepciones sobre el efecto negativo que esa regla puede tener sobre el sistema judicial en su conjunto, lo que también incidiría en el juicio de proporcionalidad que al respecto pueda hacerse... La posibilidad de ser demandado en lugar distinto al propio domicilio supone siempre dificultades para el adecuado ejercicio del derecho de defensa, que comienzan por la necesidad de desplazar un apoderado desde la sede de los negocios, o por el contrario, emprender la búsqueda de un representante de confianza en un entorno extraño. Además de ello, esta situación supone también mayores costos para la vigilancia del proceso y para la práctica de las pruebas. Por su parte, la posibilidad de escoger autónomamente la sede territorial del juez o tribunal ante quien se presentará una demanda, incluyendo dentro de las opciones posibles el propio domicilio del actor, puede resultar problemática para la otra parte, en razón a la falta de certeza que en ocasiones puede existir sobre la ubicación del domicilio de una persona natural... en el escenario más frecuente en la jurisdicción laboral, que es cuando el demandante es una persona natural, éste podría optar libremente por demandar ante el juez de su propio domicilio, y conforme a las normas vigentes no sería necesario que presente un documento u

¹⁴⁷C – 470 de 2011. Consideración Jurídica No. 3.1.3.

*otro tipo de prueba sobre la ubicación de éste. En tales condiciones, la opción que la norma ofrece al actor podría convertirse en una condición puramente potestativa en la que una de las partes escoge el juez ante el cual ventilará su caso, situación sin duda muy favorecedora para la parte que la ejerce, pero gravosa en la misma medida para la parte contraria, que se ve compelida a comparecer en juicio y ejercer su defensa dentro de un lapso limitado y corto, ante el juez de un lugar no predeterminado ni conocido de antemano... **la regla analizada puede resultar especialmente desfavorecedora, y por lo mismo desproporcionada**, por ejemplo si el lugar escogido como nuevo domicilio es distante o de difícil acceso, circunstancias que pueden también dificultar la oportuna selección o desplazamiento de un representante competente para ejercer el derecho de defensa del demandado... resulta excesiva aún en los casos en que sean los empleadores quienes deban asumir los adicionales costos y cargas resultantes, pues esas mayores dificultades sin duda restringen el derecho de defensa y el acceso a la justicia, garantías que la Constitución reconoce incluso a aquellos sujetos que en razón a sus condiciones socio-económicas y/o a su posición contractual, han sido tradicionalmente rotulados como la parte fuerte de una determinada relación jurídica... El perjuicio injustificado que para el demandado supone esta regla y el beneficio excesivo que se otorga al demandante se aprecian también, aún con mayor razón, en los casos en que es el empleador quien asume el rol de accionante, por ejemplo para solicitar el levantamiento del fuero sindical de un trabajador o la declaratoria de ilegalidad de una huelga (...)(Negritas fuera del texto original)*

Finalmente, una vez realizado el juicio de proporcionalidad, encontró la corte constitucional que la norma controlada resultaba inconstitucional por no ser idónea, necesaria ni proporcional para lograr un fin constitucionalmente válido.

A su vez, en el año **2012** se encuentran en relación con el test de proporcionalidad proferidas las sentencias C - 875¹⁴⁸, C - 592¹⁴⁹ y la T - 248¹⁵⁰. Para efectos de la metodología que se viene desarrollando se presenta en este espacio la sentencia T - 248

¹⁴⁸Corte Constitucional. Sentencia C - 857 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴⁹Corte Constitucional. Sentencia C - 592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵⁰Corte Constitucional. Sentencia T - 248 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub..

y el juicio de proporcionalidad utilizado por la Corte Constitucional por su grado de conexidad directa con una comunidad vulnerable definida por la propia Corte Constitucional como categoría sospecha de discriminación. Los hechos de la tutela se relacionan con un donador de sangre que consideró lesionados sus derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, y que recibió un trato discriminatorio, por cuanto al entrar a las instalaciones del laboratorio a realizar la donación, se le preguntó si *“había tenido relaciones con personas del mismo sexo o si era homosexual”*, respondiendo el accionante que si a ambas preguntas. Ante esto, la persona encargada le dijo que no podía donar sangre, señalando que de *“el Decreto 1571 de 1993 hace alusión expresa a que las personas homosexuales tienen prohibido donar sangre”*. En este evento el problema jurídico que se presenta consiste en determinar ¿si el Laboratorio Clínico le vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana al donante, persona homosexual, al no permitirle donar sangre de forma voluntaria debido a su orientación sexual?, para lo cual la Corte Constitucional una vez abordados dentro de sus obiter temas como la procedencia de la acción de tutela contra particulares que prestan un servicio público, el marco normativo de la actividad ejercida por los bancos de sangre, entra a analizar en la consideración jurídica No. 2.6, el principio de igualdad, la no discriminación y el test de proporcionalidad y el criterio sospechoso como aspecto de la discriminación, señalando en este punto que la Corte Constitucional para determinar si un trato, actuación o medida es o no discriminatoria, ha aplicado el juicio de proporcionalidad, en el cual se estudia si la medida analizada es **“(i) adecuada**, en tanto persiga la obtención de un fin constitucionalmente válido; **(ii) 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; **(iii) proporcional en estricto sentido**, en el cual determina si el trato diferenciado no sacrifica valores constitucionales más relevantes que los resguardados con la medida atacada¹⁵¹. Señalando que para efectuar el control de constitucionalidad existen tres niveles, débil, intermedio y estricto, siendo este ultimo el que se utiliza en los casos de discriminación por razones de orientación sexual, toda vez que se trata de una categoría sospechosa de discriminación, y luego de hacer un recuento de la jurisprudencia constitucional en la cual ha acudido a este criterio (test de proporcionalidad estricto) para efectuar el control de las

¹⁵¹Corte Constitucional. Sentencia T – 248 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub. Consideración jurídica No. 2.6.5.

medidas que sustentan un trato diferenciado en razón a la orientación sexual, entra a analizar el caso concreto señalando que la actuación del Laboratorio al rechazar la donación de sangre del actor por su orientación sexual, no supera el escrutinio estricto, por cuanto si bien la finalidad del laboratorio es constitucionalmente válida, ya que busca proteger a la población receptora de la transfusión sanguínea de una enfermedad gravemente infecciosa, como lo es el VIH, lo cual es ser un objetivo constitucionalmente imperioso, toda vez que se trata de proteger a la población en general de una enfermedad mortal; sin embargo, señala la Corte, las preguntas formuladas por el laboratorio sustentadas en el criterio de orientación sexual *no son una medida adecuada ni tampoco indispensable –necesaria- para alcanzar el objetivo mencionado*¹⁵², de tal manera que en criterio de la Corte *la exclusión que hizo el Laboratorio, no podía tener sustento en la orientación sexual del actor, sino solamente en la verificación de factores de riesgo en su comportamiento sexual, es decir, en la identificación de prácticas sexuales inseguras*, y que la orientación sexual por sí misma no es ni puede ser un factor de riesgo, arguyendo la corte que *en la actualidad, está claro que la transmisión de dicho virus no depende de la orientación sexual, sino de varios factores que deben ser aclarados al momento de la elección del donante, concretamente, con la protección que se haya o no utilizado en los actos sexuales*. Por ende, dice la Corte que **el criterio empleado es innecesario**, ya que existen otras medidas menos lesivas como el examen de VIH, concluyendo que los criterios no son adecuados ni necesarios para lograr el fin perseguido, ya que existen otras medidas a las que pueden acudir los profesionales de la salud, las cuales no involucren criterios sospechosos de discriminación sexual. Sobre el punto de la proporcionalidad en sentido estricto, señala que la medida lo que hace es contribuir más a la discriminación por razón de la orientación sexual, y fortalecer el estigma social y discriminatorio hacia los homosexuales.

En el año **2013**, la Corte Constitucional profirió la sentencia C – 741 de 2013¹⁵³, en la cual se trató del estudio de constitucionalidad del numeral 2º del artículo 433 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2º. De la Ley 11 de 1984, por considerar el actor que exigir el pago previo del valor de la multa a órdenes del SENA como requisito para interponer los recursos en contra de las resoluciones sancionatorias

¹⁵²T – 248 de 2012. Consideración jurídica No. 2.7.3.4.2.

¹⁵³Corte Constitucional. Sentencia C – 741 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub. Consideración jurídica No. 3. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-741-13.htm> visitado 29 de marzo de 2018 22: 59.

expedidas por las autoridades del trabajo, en los casos en los cuales el empleador se haya negado o haya eludido iniciar las conversaciones de arreglo del pliego de condiciones presentado por los trabajadores, viola los artículos 13 y 19 de la Constitución Política. Para resolver la cuestión planteada, la Corte Constitucional analizó temas tales como la libertad de configuración legislativa en materia de procesos y acciones, el debido proceso administrativo, la especial protección a la negociación colectiva en el ordenamiento constitucional, la Corte se refirió en la consideración jurídica No. 3 al test de proporcionalidad, para lo cual precisó que para *determinar si la medida censurada se encuentra dentro del ámbito de la libre configuración del legislador o si, por el contrario, desconoce los principios de razonabilidad y proporcionalidad y, por tanto, conlleva un sacrificio injustificado de derechos como la igualdad y el debido proceso, esta Sala acudirá al juicio integrado de proporcionalidad.*(Negrillas fuera del texto original)

Y, puntualmente respecto de las etapas que integran la metodología de la proporcionalidad, la Corte expresó que comprende las siguientes

*(i) evaluación del fin de la medida, el cual debe ser no solamente legítimo sino importante a la luz de la Carta; (ii) análisis de si la medida es adecuada, es decir, de su aptitud para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (iii) estudio de la necesidad de la medida, es decir, análisis de si existen o no otras medidas menos gravosas para los derechos sacrificados que sean idóneas para lograr el mismo fin; y (iv) examen de la proporcionalidad en estricto sentido de la medida, lo que exige una ponderación costo –beneficio de las ventajas que trae la medida frente al eventual sacrificio de otros valores y principios constitucionales(...)*¹⁵⁴

A su vez, esta sentencia es relevante desde el punto de vista metodológico, por cuanto, en ella la Corte reitera la dogmática de aplicación del test de proporcionalidad, según la cual, primero se debe establecer cuál es el grado de intensidad con el que adelantará el análisis: *estricto, intermedio o débil*, para posteriormente realizar el escrutinio según el test escogido en cada caso concreto; y señala, que en el caso bajo estudio se aplicará un test de nivel intermedio, por cuanto, en estos temas el legislador goza de un amplio margen de libertad de configuración, lo cual a prima facie podría generar la aplicación de un test débil, pero, pero que él mismo no procede por tratarse de una posible afectación de

¹⁵⁴Ibidem. Consideración jurídica No. 3.2.

derecho a la igualdad, y concluye la Corte que la medida es adecuada, necesaria y no resulta desproporcionada.

Para la presentación metodológica del año **2014**, se aborda el test de proporcionalidad a partir de la sentencia C – 288¹⁵⁵, en la cual se estudió la constitucionalidad del artículo 21 (parcial) de la Ley 909 de 2004, señalando el actor que dicho artículo crea un procedimiento especial de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos distintos del concurso de méritos para empleos de carrera administrativa, como son los empleos de carácter temporal, lo cual considera a su vez como una diferencia injustificada en el procedimiento aplicable a los cargos temporales respecto del consagrado frente a los de carácter permanente, al no permitir la aplicación del concurso, ni del período de prueba, ni de la calificación de este período, ni de los derechos adquiridos en el régimen de carrera. En el presente caso, la Corte una vez analiza aspectos tales como, la carrera administrativa y los principios que rigen el ingreso a la función pública, aborda el estudio del caso concreto en la consideración jurídica No. 3.6, y apela a la aplicación de la metodología propia del test de proporcionalidad, señalando que

*(...) La primera tarea del juez constitucional frente al problema de la igualdad consiste en verificar la existencia de características o criterios de comparación relevantes entre los grupos a ser cotejados, que una vez establecidos, determinen el juicio de igualdad por aplicar. A partir de allí, las razones que resultan legítimas para adoptar tratos diferenciales deben procurar, además, restringir en la menor medida posible, tanto el derecho general a la igualdad, como los demás derechos y principios constitucionales que puedan verse involucrados en la norma o medida que dispone de ese tipo de trato. En tal sentido, las medidas deben ser razonables y proporcionales. Por lo anterior, para que el trato diferenciado sea válido a la luz de la Constitución, debe tener un propósito constitucionalmente legítimo, y debe ser **proporcional**, en el sentido de que no implique afectaciones excesivas a otros propósitos constitucionalmente protegidos. **La proporcionalidad del medio se determina**, entonces, mediante una evaluación de su “**idoneidad** para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); **necesidad**, en el sentido de que no*

¹⁵⁵Corte Constitucional. Sentencia C – 288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub. Consideración jurídica No. 3. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-288-14.htm> visitado 29 de marzo de 2018 23:30.

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

Finalmente, la Corte resuelve declarar exequible condicionadamente la disposición acusada, por considerarla idónea y necesaria, pero en cuanto a la proporcionalidad, señala que esta se cumple si y solo si se ajusta a la interpretación dada por la Corte, esto es, que se entienda que no existe una absoluta discrecionalidad del nominador para la realización del proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos, sino que, por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En el año **2015** resulta relevante el análisis respecto de la metodología de la proporcionalidad realizada en la sentencia C - 035¹⁵⁶, cuyo estudio se trató de la revisión de la Ley 1680 de 2013, la cual garantiza el acceso a la información, a la comunicación, al conocimiento y a las tecnologías de la información y la comunicación a las personas ciegas y con baja visión, aduciendo que incurre en un vicio de forma por no haberse tramitado como ley estatutaria, sino ordinaria. La Corte una vez realiza el test de proporcionalidad, resuelve que no existe reserva de ley estatutaria en relación con los temas a los cuales se refiere dicha ley. En lo pertinente a la metodología de la proporcionalidad, la Corte precisó varios aspectos importantes, a saber: *Primero*, que no todo trato diferente es reprochable desde el punto de vista constitucional. *Segundo*, que un trato diferente basado en razones constitucionalmente legítimas es asimismo legítimo, mientras que un trato diferenciado que no se apoye en esas razones debe considerarse discriminatorio y, por lo tanto, prohibido. Tercero, que un trato diferente basado en una razón constitucionalmente legítima puede resultar inconstitucional si restringe desproporcionadamente los derechos fundamentales de una (o de algunas) persona(s). *De esa forma, al análisis de igualdad se incorporó también el juicio de proporcionalidad,*

¹⁵⁶Corte Constitucional. Sentencia C – 035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa. Consideración jurídica No. 32 a 36. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-035-15.htm> visitado 30 de marzo de 2018 00:12.

*compuesto por los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.*¹⁵⁷

Finalmente, la presente subsección culmina con el análisis de la metodología de la proporcionalidad para el año **2016**, por cuanto la subsección tres del capítulo dos aborda la metodología actual, esto la desarrollada en el año 2017, para lo cual se toma como eje de análisis la sentencia C 470 de 2016¹⁵⁸, en cuyo caso se trató de una demanda en contra del párrafo 1° del artículo 7° de la Ley 985 de 2005 que adopta medidas contra la trata de personas y normas para la atención y protección de las víctimas de la misma, por cuanto en criterio de la actora, esta disposición viola los artículos 1 y 2 de la Constitución, así como el bloque de constitucionalidad (Protocolo de Palermo I, artículos 6 y 9), al señalar una medida desproporcionada y lesiva de los derechos fundamentales de las personas sometidas a la trata de personas y de las víctimas. La corte termina declarando inexecutable el párrafo, el cual condicionaba la prestación de la asistencia mediata a que la víctima hubiere denunciado el delito ante las autoridades competentes. Uno de los ejes de análisis para el pronunciamiento de la Corte en el este caso, lo constituyó la metodología de la proporcionalidad, la cual se abordó a la altura de la consideración No. 9.2, en donde sostuvo la Corte que se han precisado tres niveles de intensidad del test: leve: el cual se aplica por ejemplo en los eventos de medidas de tipo económico, tributario o de política internacional, a asuntos que implican una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional, o a casos en los que del contexto normativo de la disposición demandada no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho o principio que se alega lesionado; por lo que el escrutinio de la Corte se limitará a establecer si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos, y si el medio escogido es idóneo para alcanzar el fin propuesto¹⁵⁹; intermedio, se apela a este nivel en aquellos casos de indicio de arbitrariedad que afectan de manera grave la libre competencia, o para el caso de acciones afirmativas, en este tipo de test la Corte verifica que el fin perseguido sea constitucionalmente importante y que el medio elegido sea efectivamente conducente a alcanzar el fin; y finalmente el test estricto, usado

¹⁵⁷Ibidem. Consideración jurídica No. 34. 35 y 36.

¹⁵⁸Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración jurídica No. 9.1. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-470-16.htm> visitado 30 de marzo de 2018 00:57.

¹⁵⁹Ibidem.

cuando está de por medio una categoría sospechosa (inciso 1º artículo 13 C.P.) medidas dirigidas a personas con debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados.¹⁶⁰

Como se puede verificar de la evolución jurisprudencial presentada el uso que ha dado la Corte Constitucional al juicio de proporcionalidad como metodología constitucional efectiva para realizar el control constitucional ha sido prolifero, tomándolo como eje en el ejercicio de su función de guardiana de la integridad y de la supremacía de la Constitución al efectuar el control constitucional (abstracto y concreto), y para la resolución de asuntos constitucionales de las más diversos índoles, pero todos ellos encuentran un punto en común la vida y existencia del ser humano en condiciones de una dignidad humana real. Presentada la anterior evolución, continúa esta sección con la descripción conceptual de la metodología del test o juicio de proporcionalidad.

2.3. Descripción de la metodología actual del test de proporcionalidad en la Corte Constitucional Colombiana (2017)

Presentada la evolución jurisprudencial acerca del uso del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana, corresponde en la esta sección hacer una descripción conceptual de la metodología que actualmente (2017) utiliza la Corte Constitucional para la aplicación de éste test, para lo cual se precisa inicialmente que el año 2017 fue uno de los de mayor uso y/o aplicación de esta metodología hermenéutica para el control constitucional, prueba de ello lo constituye el hecho de que fue empleado en 45 sentencias proferidas por la Corte Constitucional, a saber: C 003, C 041, C 044, C047, C 078, C091, SU097, C108, C 113, C114, C 115, T154, C 176, T180, C211, C 212, SU217, C 220, C225, C246, C247, C253, C 282, C 284, SU 297, C 316, C333, C 358, C391, C394, C 437, T 441, T444, C446, C 466, C467, C 535, C541, T547, T551, C571, T586, T595, C608 y T653 de 2017.

A continuación se expondrá el test de proporcionalidad aplicado en el año 2017, la metodología de análisis consistirá en: 1. Contextualizar el caso (demanda o hechos) y 2. Método de proporcionalidad aplicado por la Corte (nivel de intensidad del test y escrutinio).

¹⁶⁰ibidem.

Sentencia C 091¹⁶¹:

1. Contextualización: Se trató de una demanda interpuesta en contra del artículo 4 de la Ley 1482 de 2011 (modificado por el artículo 3º de la Ley 1752 de 2015), la cual modifica el Código Penal. En este caso los cargos de la demanda se centraron en señalar que el tipo penal de “hostigamiento” viola la Constitución Política, por tratarse de un concepto indeterminado, lo que en criterio del actor, resulta incompatible con el principio de legalidad que deben tener los tipos penales, y a porque a su vez impone una restricción a la libertad de expresión, la cual resulta desproporcionada.
2. Test de proporcionalidad aplicado por la Corte (nivel de intensidad del test y escrutinio): para resolver la cuestión la Corte Constitucional aplicó el método de la proporcionalidad en las consideraciones jurídica No. 107 a 115, señalando que *“En este marco, tomando en cuenta lo que se ha expresado acerca de la importancia del principio de no discriminación, y el hecho de que los discursos de odio están prohibidos directamente en el derecho internacional, la Sala evaluará la exequibilidad de la medida, no a través de un tipo calificado de examen, sino mediante el uso del principio de proporcionalidad, como se hace con toda decisión de las autoridades susceptible de limitar o restringir un derecho constitucional”*¹⁶²; y respecto de cada uno de los subprincipios desarrolló lo siguiente en para resolver el caso:

Idoneidad: señaló que la norma era idónea, por cuanto, las normas penales constituyen una herramienta válida a la luz de la Constitución para proteger bienes jurídicos, en este caso castigar conductas referidas a discursos discriminatorios, de odio, o la incitación a producir daño a determinadas personas, por su pertenencia a ciertos grupos, cuya identificación puede realizarse a través de los categorías sospechosas de discriminación. Señala en este caso que el subprincipio de idoneidad del tipo penal de hostigamiento,

¹⁶¹Corte Constitucional. Sentencia C – 091 de 2017. M.P. María Victoria Calle Correa. Consideración jurídica No. 108 a 115. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-091-17.htm> visitado 30 de marzo de 2018 12:55.

¹⁶²Ibidem, 107.

dado que busca atacar hechos complejos, dinámicos, si bien es idónea, debe cumplir cabalmente con el principio de tipicidad de las normas penales.

Necesidad: en este paso la Corte revisa la relación entre medios y fines, con el propósito de determinar la existencia de otros medios menos lesivos que permitan lograr el mismo fin en el mismo grado de eficacia.

Esta sentencia resulta relevante, porque en ella la Corte realiza una consolidación dogmática respecto del subprincipio de necesidad, precisando que: *primero, en el estudio de los medios la Corte debe ser deferente con el Congreso de la República; segundo, que el principio de necesidad sólo desvirtúa la validez de la medida cuestionada cuando existen argumentos razonables para sostener que existen alternativas que poseen un nivel de idoneidad similar. No basta entonces con que el Tribunal conciba cualquier medida hipotética para alcanzar ese fin*¹⁶³.

Señaló la Corte que este fenómeno (hostigamiento) *tiene causas muy diversas, afecta a distintos grupos en el marco de relaciones asimétricas o incluso de dominación, y el propósito de su erradicación es un anhelo universal (o al menos un propósito sobre el que existe el nivel de consenso más amplio posible en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos), entonces no cabe duda de que debe existir ... una protección multinivel de este derecho*, lo que le ordena al legislador sancionar los peores actos que se enmarcan en él. Con ello, señala la Corte que ante tal supuesto, no se puede afirmar que tipificar esta conducta sea innecesario, ya que se trata de conductas graves y lesivas de la dignidad humana por hacer parte de grupos históricamente marginados o de categorías sospechosas de discriminación. Superando con este escrutinio el margen de necesidad. Otro aspecto que resulta curioso mencionar de esta sentencia, lo constituye el hecho de que normalmente la Corte antes de iniciar el escrutinio (los subprincipios), siempre ha mencionado que primero debe definir el nivel de intensidad del test a aplicar; sin embargo, en el caso sub examine, la Corte señaló cual sería el test a aplicar, cuando se encontraba verificando ya el subprincipio de necesidad. Es decir, hubo una alteración en el modo de aplicar la metodología, por cuanto la Corte informa el test a aplicar, cuando ya se encontraba analizando el subprincipio de necesidad, momento en el cual manifestó que el test sería el de nivel estricto.

¹⁶³ *Ibidem*, 108.

Proporcionalidad: los derechos en colisión lo constituyen por un lado la libertad de expresión Vs. la prohibición de discriminación, ambos derechos tienen el mismo peso inicial y de gran valor en el sistema jurídico vigente en Colombia, pero en criterio de la Corte, las medidas contra la discriminación tienen una posición preferente y de amplia protección por parte del estado, si se compara con la afectación a la libertad de expresión, la cual puede resultar mucho menor. Arguye que, el beneficio que se obtendrá con la erradicación de la discriminación con la correlativa restricción a la libertad de expresión, es obvio, ya que el primero no puede garantizarse sin limitar el segundo. Por lo cual, la Corte declaró exequible la norma, salvo la expresión “constitutivos de hostigamiento”, la cual declaró inexecutable, por considerar que resulta un concepto vago e indeterminado.

Sentencia C 114¹⁶⁴:

1. Contextualización: el caso se reduce a una demanda instaurada en contra del artículo 6 (parcial) del Decreto Ley 999 de 1988, el cual subroga el artículo 94 del Decreto Ley 1260 de 1970, por considerar el actor que la prescripción legal según la cual solo es posible modificar el nombre mediante notaria por una sola vez, viola el derecho al libre desarrollo de la personalidad.
2. Test de proporcionalidad aplicado por la Corte (nivel de intensidad del test y escrutinio): La corte constitucional apela igualmente en el presente asunto al test de proporcionalidad de la consideración jurídica No. 29.1 a la 34.2, señalando que *(...) este tribunal ha establecido que, sin perjuicio de otros métodos de interpretación y argumentación, es pertinente aplicar el juicio de proporcionalidad en aquellos casos en los que debe definirse si una restricción de normas que admiten diferentes grados y formas de realización –usualmente conocidas bajo la denominación de principios- es compatible con la Constitución. Se trata de un instrumento que con fundamento en la obligación del Estado de garantizar la efectividad de los derechos establecidos en la Constitución (arts. 2, 4, 6 y 241) tiene por objeto evitar restricciones excesivas (interdicción del exceso) y protecciones insuficientes (interdicción de la infraprotección). Por ello entonces*

¹⁶⁴Corte Constitucional. Sentencia C – 114 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo. Consideración jurídica No. 29.1 a 34.2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-114-17.htm> visitado 30 de marzo de 2018 14:28.

la proporcionalidad es entonces también una categoría de cardinal relevancia para asegurar la exclusión de la arbitrariedad o del capricho (...) ¹⁶⁵

Precisada la dogmática del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional, da paso a la aplicación del test de proporcionalidad no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los casos, sino que lo primero que debe resolverse es la cuestión del nivel de intensidad del test a aplicar, señalando que *el juicio de proporcionalidad puede ser débil, intermedio o estricto*, y que la intensidad tiene incidencia en dos aspectos: la aplicación de cada uno de los pasos que componen el juicio y la relevancia de algunos de sus pasos, señalando la definición de cada uno de los niveles, a saber¹⁶⁶

Test estricto: exige verificar, previamente, si la medida restrictiva (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello se establece, debe determinarse si tal medio resulta (ii) efectivamente conducente, (iii) necesario y (iv) proporcionado en sentido estricto. En criterio de la Corte, es una revisión rigurosa de la justificación de la medida juzgada, se utiliza en casos de categorías sospechosas, afectación a grupos especialmente protegidos, o impacta el goce de un derecho constitucional fundamental¹⁶⁷.

Test de proporcionalidad intermedio: busca establecer, en un primer momento, si la medida (i) se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante. Una vez ello se comprueba, debe establecerse si resulta (ii) efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito. Este tipo de test es aplicado por la Corte en casos de categorías semisuspechosas, afectación de un derecho constitucional no fundamental o en casos de discriminación inversa¹⁶⁸.

Test de proporcionalidad débil: se determina si la medida (i) persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada. Se utiliza en el caso de medidas que

¹⁶⁵ *Ibidem*, 29.1.

¹⁶⁶ *Ibidem*, 29.2.2.

¹⁶⁷ *Ibidem*, 29.2.3.

¹⁶⁸ *Ibidem*, 29.2.4.

desarrollan competencias constitucionales específicas o en materia tributaria o económica¹⁶⁹.

En el caso concreto, la Corte sostuvo que el juicio a realizar sería el intensidad estricta, por cuanto, se trataba de una norma que impone una limitación muy grave a la facultad de las personas de definir su propia identidad, y que adicionalmente, se había fijado por parte del legislador extraordinario en el ejercicio de facultades extraordinarias, dada la tensión que ello presupone con el principio democrático en el marco del principio de separación de poderes, lo cual señala la Corte se compensa con un incremento de la intensidad del escrutinio judicial¹⁷⁰.

En relación con la idoneidad, la Corte dijo que la norma *persigue un objetivo constitucional imperioso en tanto pretende conferir al nombre cierto grado de estabilidad, en atención a la importancia que tiene en las diferentes dimensiones en las que actúan las personas*; en cuanto a la necesidad, señala que la medida contribuye a la consecución del fin inmediato de promover la estabilidad del nombre, como forma para conferir certidumbre a las diferentes actuaciones y relaciones de las personas en el contexto familiar y social, y además que mantener un control en dicha actuación permite evitar actuaciones fraudulentas o evasivas del control del Estado. En cuanto a la proporcionalidad, dispuso la Corte que la medida puede resultar en algunos casos desproporcionadas, como ocurre en aquellos casos en los cuales la modificación del nombre por segunda vez resulta imperioso, urgente y necesario para armonizarle con la identidad de género o para evitar prácticas discriminatorias, eventos en los cuales, la prohibición resulta desproporcionada¹⁷¹. Por lo que, la norma si bien superó, los pasos de idoneidad y necesidad, no superó el escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto.

Sentencia T 653 de 2017¹⁷²:

1. Contextualización: en el presente caso de trato del control de constitucionalidad concreto realizado en virtud de la revisión eventual que realiza la Corte de los fallos de tutela de conformidad con lo dispuesto en el artículo 241.9 de la C.P. Se trató de una

¹⁶⁹ *Ibidem*, 29.2.5.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 30.3.

¹⁷¹ *Ibidem*, 34.1.

¹⁷² Corte Constitucional. Sentencia T – 653 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Consideración jurídica No. 5.2. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-653-17.htm> visitado 1 de abril de 2018 14:29.

tutela interpuesta por un miembro de comunidad negra en contra del ICETEX, por una presunta violación del derecho a la educación superior al habersele revocado su crédito condonable por errores en el diligenciamiento del formulario referido al semestre a cursar, el cual la entidad respondió que no podía subsanar, con lo cual perdía la beca de manera automática la beca. En el presente caso la Corte decidió conceder el amparo solicitado, para lo cual abordó dentro de las consideraciones el test de proporcionalidad.

2. Test de proporcionalidad aplicado por la Corte (nivel de intensidad del test y escrutinio): como se señaló en el párrafo anterior, la Corte para resolver este caso, aplicó el test de proporcionalidad a la altura de la consideración jurídica No. 5.2., señalando que la proporcionalidad (...) *es un criterio de interpretación constitucional que busca impedir excesos o vicios en el ejercicio del poder público. También ha dicho que es un mecanismo específico para la protección o la realización de los derechos y libertades individuales (...) para que una restricción de los derechos fundamentales resulte razonable debe superar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad (...)*¹⁷³.

Señaló la Corte que para que una medida o decisión supere el test de proporcionalidad, la misma debe: (i) *perseguir un fin constitucionalmente imperioso; (ii) constituir un medio adecuado e idóneo para alcanzarlo; (iii) ser necesaria, por no existir otro medio menos lesivo con igual o similar eficacia para alcanzar el fin propuesto; y (iv) debe existir proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la aplicación de la medida (...)*¹⁷⁴

En esta sentencia que fue la última proferida por la Corte en el año 2017 en la cual resolviera el caso a la luz del test de proporcionalidad, también precisó que no en todos los casos se aplicaría el mismo nivel de intensidad del test de proporcionalidad, y consolida las definiciones dadas en las sentencia anteriores, con lo cual se puede afirmar que actualmente, el test mantiene sus tres tipologías: Leve, intermedio y estricto; y conserva los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad

(...) el juicio de proporcionalidad y razonabilidad no es aplicable con la misma intensidad en todos los casos, por lo que ha distinguido tres niveles de intensidad:

¹⁷³Ibídem, 5.2.

¹⁷⁴Ibídem. 5.2.

*leve, intermedio y estricto. El primero exige que la medida persiga un fin legítimo o no prohibido por la Constitución y que sea idónea para alcanzar el fin propuesto; el segundo requiere que el fin sea legítimo y además constitucionalmente relevante, dado que la medida promueve intereses públicos que gozan de protección constitucional. Así mismo, el medio no sólo debe ser adecuado sino, en efecto, consecuente para conseguir el fin perseguido y no puede resultar desproporcionado frente al bien constitucionalmente perseguido y el sacrificado. El tercero requiere que la finalidad de la medida sea imperiosa. Por tanto, el medio no sólo debe ser adecuado y efectivamente conducente, sino necesario, en otras palabras, no debe existir un medio alternativo menos lesivo y este debe ser estrictamente proporcional respecto de los beneficios de adoptar la medida, los cuales deben ser evidentemente superiores a las restricciones que ella impone sobre los principios constitucionales que se vieren afectados por la misma.*¹⁷⁵

Por otro lado, en esta sentencia precisó la Corte en qué eventos se debería aplicarse un test estricto de proporcionalidad, señalando que este opera en cuatro situaciones: 1) cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones o minorías insulares y discretas; 3) cuando la medida prima facie afecta el goce de un derecho constitucional fundamental; y 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.¹⁷⁶

¹⁷⁵Ibidem, 5.2.

¹⁷⁶Ibidem, 5.2.

CONCLUSIONES

El presente trabajo abordó el test de proporcionalidad a la luz del uso dado por la Corte Constitucional colombiana; el cual se desarrolló en dos capítulos, en el primero, se presentó el marco conceptual del test de proporcionalidad, desde su definición y origen, y a su vez se hizo una breve referencia al derecho comparado; y en el segundo, se describió el arribo de la metodología del test de proporcionalidad a la Corte Constitucional colombiana, estudio que tal y como se aclaró en su momento, solo se delimitó al test de proporcionalidad que ha aplicado la Corte constitucional colombiana, a partir de un análisis descriptivo de este método a partir de la expedición de la Constitución de 1991.

El capítulo dos a su vez, se estructuró en tres secciones: la *primera* desarrolló conceptualmente el principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana y la *segunda* sección, describió su uso y evolución al interior de dicha Corte, tomando como extremos los años 1998 a 2017; a su vez esta última sección presentó tres momentos: 1). Se describió la metodología a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de los subprincipios y niveles de intensidad del test de proporcionalidad. 2). Se describió el uso y evolución jurisprudencial del metodología denominada test de proporcionalidad. 3). Se desarrolla la aplicación actual del método de la proporcionalidad (año 2017). Para finalmente, en esta sección del documento presentar las conclusiones en relación con la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana.

Una vez descrita las secciones que se desarrollaron a lo largo del documento, las conclusiones que corresponden precisar son las siguientes:

1. **Nuevo enfoque de derechos humanos:** Con la entrada en vigencia del modelo de estado social de derecho dispuesto en la Constitución de 1991, se hacía necesario un nuevo enfoque o mirada de los derechos humanos, pasando de la mirada vertical a una postura horizontal de importancia de los mismos.
2. **Principio de supremacía constitucional:** con la Constitución de 1991 reitera la consagración del principio de supremacía constitucional, el cual ya había sido dispuesto desde la reforma constitucional de 1910; principio que incorpora no solo su manifestación teórica, sino que exige a su vez la implementación de la herramienta denominada control constitucional, con el objeto de garantizar la eficacia del citado principio.
3. **Órgano de control constitucional:** durante la vigencia de la Constitución de 1886 la función de control constitucional fue encomendada a la Corte Suprema de Justicia; corte encargada de cierre en la justicia ordinaria, la cual actuaba al lado del Consejo de Estado, éste último como órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa. Es decir, durante la vigencia de la Constitución de 1886 no existió el control constitucional estuvo a cargo de la Corte Suprema, corte de cierre de la justicia ordinaria. Situación que cambió con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la cual, se crea y establece la jurisdicción constitucional, creándose una alta corte, denominada Corte Constitucional, a la cual se le confió la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución. Es decir, se le encomendó la función de ejercer el control constitucional, tanto abstracto como concreto.
4. **Método del control constitucional:** Para el ejercicio del control constitucional (abstracto y concreto), la Corte Constitucional acogió desde sus inicios (tal como se señaló en la primera sección del capítulo dos) un importante principio, el cual no había tenido gran relevancia durante el modelo constitucional de 1886, como lo es el de *proporcionalidad*, lo cual lo hizo además atendiendo al nuevo modelo propuesto en la Constitución Política de 1991. En este punto vale la pena recordar

lo dicho por Aharon Barak cuando afirmó “*Vivimos en la era de la proporcionalidad*”¹⁷⁷.

El principio de proporcionalidad impone entonces, actuar con ponderación, razonabilidad, igualdad material (trato igual a lo igual), medidas legislativas de intervención para garantizar en el plano de lo real la eficacia de los derechos; todos estos, entre otros, constituyen parámetros que se imponen considerar actualmente en el ejercicio del control constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad a la luz de este principio.

Para lo anterior, la Corte Constitucional colombiana, acudió desde 1992 a la técnica del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica y argumentativa para realizar la función de control constitucional, y de esta manera garantizar el principio de supremacía constitucional. El test de proporcionalidad implementado por la Corte Constitucional colombiana, tiene influencia de la vertiente jurídica tanto norteamericana como europea; en el primer aspecto, en cuanto a los niveles de intensidad del test: leve, intermedio y estricto; y en el segundo, en cuanto a los subprincipios del test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Esta técnica actualmente (2017) sigue siendo utilizada por la Corte Constitucional y en un alto grado de aplicación, lo cual evidencia su fortaleza como técnica en el control constitucional, su solidez y consistencia en el ejercicio de esta función, por demás delicada; ya que si bien su uso, comenzó siendo muy tímido por algunos despachos de la Corte en 1992, actualmente (2017) el test ha ganado consistencia en dos aspectos: en su consolidación dogmática (fortaleza cualitativa) y en su incremento porcentual, ya que en si en el año 1992 fue aplicada en una sentencia de la Corte, para el año 2017 su uso aumentó a 45 fallos de control constitucional (fortaleza cuantitativa)

¹⁷⁷Aharon Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Nueva York, Cambridge University Press (2012), p. 457)

Como otra gran fortaleza del test, se menciona que éste ha sido utilizado para resolver casos complejos y difíciles del derecho, en los cuales un control efectuado mediante el método de verticalidad de los derechos humanos, o a la luz de los métodos positivistas o exegéticos, habían dado respuestas algunos, jurídicas, estas no habrían resultado acordes con la Constitución de 1991, pero lo que es aún más grave, no habría resultado acorde con los derechos humanos, y dentro de estos, el derecho “sol” o derecho vertebral y “subjetivo” pero transcendental derecho a la dignidad humana.

Finalmente, otra de las ventajas de este esquema de decisión, es su nivel de concreción de los casos, lo cual evita el riesgo de producir decisiones generales, abstractas y/o esquemáticas, que se producían en virtud del antiguo modelo (positivista), permitiendo con ello que se generen decisiones dentro del modelo de la “casuística”, y que podrían variar en cada caso concreto a la luz del test de proporcionalidad y la aplicación de cada subprincipio en cada caso. Esto podría generar para algunos inseguridad jurídica, pero ello, se considera no es así, por cuanto, en cada caso concreto, el control se efectúa con base en el test de proporcionalidad debiéndose superar éste de conformidad con el nivel de intensidad adoptado según la medida controlada. Lo cual permite a su vez, que no se definan previamente o prejuzgue eventuales casos futuros, en los cuales aparentemente puedan estar inmersos los mismos hechos, sino que se atiende de manera muy puntual y concreta a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

5. Posturas en favor del test de proporcionalidad:

Rogelio López Sánchez¹⁷⁸, señala que (...) *La visión que ofrecemos sitúa al principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias*

¹⁷⁸Rogelio López Sánchez. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. CEFD. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Área de Filosofía del Derecho. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. P. 1. Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>. 26/08/2017 14:41

del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea (...).

José Francisco García García¹⁷⁹, hace una defensa de esta técnica al interior de los tribunales constitucionales, y señala que si se trata de un método de control objetivo y que da mayor margen de fundamentación a las sentencias(...) *Las bondades de esta metodología de control son diversas: objetiviza el control, eleva la fundamentación y calidad de las sentencias y aumenta la certeza jurídica(...).*

L. Iván Díaz García¹⁸⁰, presenta las bondades de esta herramienta de control, y señala que se trata de un (...) *procedimiento de decisión claro, relativamente sencillo e intersubjetivamente controlable(...).*

6. Críticas del test aplicado por la Corte

Pero no todos son bondades, existe una línea que considera que razonar bajo la premisa de la proporcionalidad, en algunos casos ponderación, es un “*un paraguas propicio bajo el que una mayoría incapaz de ponerse de acuerdo en un razonamiento auténtico, puede superar sus discrepancias*”¹⁸¹. En este punto de las conclusiones, es oportuno aclarar que, pese a las menciones que se harán a continuación, el propósito de la presente investigación no consistió en hacerle críticas o juicios de valor al test de proporcionalidad, sino que se trató de una investigación meramente cualitativa y/o descriptiva del mismo. Pese a ello, existe dentro de la doctrina, un sector que critica su uso y aplicación como herramienta hermenéutica de la Corte Constitucional dado su alto grado de vaguedad y poca o nula objetividad.

¹⁷⁹José Francisco García García. El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N° 1, pp. 101 - 138 [2011]. Revista chilena de derecho versión On-line ISSN 0718-3437. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100006 26/08/2017 15:00.

¹⁸⁰L. Iván Díaz García. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre). [pp. 167 - 206]. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005. 26/08/2017 15:16

¹⁸¹Justice Brennan del Tribunal Supremo de Estados en el caso New Jersey v. T.L.O. (1985) pp. 369-371)

Dentro de los detractores de esta metodología, se encuentra, el ex magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería en el texto *Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*¹⁸², y señala en dicho texto que es una técnica con un gran *peso ideológico*. Señalando Araujo que esta técnica es subjetiva y caprichosa, y que invita a resolver cuestiones como “¿Quién determina la intensidad del test? ¿Por qué a unas materias se aplica un test leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto?”. Además el autor no solo crítica el test sino los niveles de intensidad aplicados a éste, arguyendo que (...) *el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos a ese control por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquella, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma acusada dentro de la Constitución según la materia a que ella se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alarga o se acorta según convenga, tal como ocurría con el lecho de procusto, en el que, para que el usuario cupiera, se les estiraba o cercenaba, a fin de que de todas manera diera la medida (...)*

Para algunos, el test de proporcionalidad plantea en lugar de respuestas, mayores problemas, y es que precisamente su talón de Aquiles, se presenta por su alto grado de vaguedad, y bajos niveles de verificación, rayando con ello no en un técnica argumentativa seria, sino del tipo **especulativo**, e incluso hay quienes lo enmarcan en una pura “**opinión**”¹⁸³, pero no en la técnica objetiva de un test. Un caso de subjetividad en la argumentación, podría ser la sentencia C – 034 de 2014¹⁸⁴. En este caso, se trató de una demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011¹⁸⁵, el cual reza:

¹⁸² Jaime Araujo Rentería en su escrito denominado “Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”¹⁸², Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. De la UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30334/27380> Consultado 23-09-2017. www.juridicas.unam.mx

¹⁸³ Justice Scalia, también del Tribunal Supremo EEUU en el caso *Bendix Autolite Corp. V. Midwesco Enter., Inc.* (1988), p. 897.

¹⁸⁴ Corte Constitucional. Sentencia C – 034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Corra. Análisis de constitucionalidad de la norma acusada No. 8. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm> visitado 9 de abril de 2018 18:20.

¹⁸⁵ Ley 1437 de 2011. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#40 consultado 9/04/2018 18:22.

*“Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. **Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos.** El interesado contará con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes de que se dicte una decisión de fondo. Los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales. Serán admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil” (La parte resaltada es lo que se demanda).*

El actor señaló que la disposición según la cual la no procedencia de recursos contra el acto que decida la solicitud de pruebas, es violatoria de la Constitución, por cuanto transgrede el artículo 29 de la misma, ya que una de las garantías del debido proceso lo constituye el hecho de presentar pruebas y no solo de controvertir las que se alleguen en contra, lo que en criterio del actor implica que en el evento de que se niegue la solicitud de pruebas, no se da la oportunidad de debatir sobre su pertinencia y conducencia. La Corte Constitucional, para resolver la cuestión planteada, lo hace mediante la aplicación del test de proporcionalidad señalando que a la luz de este método, la norma es legítima y adecuada, por cuanto:

(...) la medida escogida por el Legislador persigue un fin legítimo desde el punto de vista constitucional. Ese fin consiste en dotar de especial agilidad a las actuaciones administrativas, lo que a su vez se asocia a la satisfacción de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad, propios de la función pública (...) En ese sentido, y en atención al amplio margen de configuración de los procedimientos administrativos con que cuenta el Legislador, la exclusión de recursos en esa etapa del trámite es razonable (...) también el principio democrático y la soberanía del pueblo que, mediante representantes elegidos por voto popular, definen las reglas legales de carácter general y abstracto que regulan la vida social. A su vez, los principios de la función pública, concebidos como cauces para lograr que las actuaciones administrativas lleguen adecuadamente a su finalidad, permiten al Legislador incidir positivamente en la

*agilidad y celeridad de los procedimientos, aspectos que llevan a la Corte a asumir un análisis deferente sobre la razonabilidad de la medida objeto de estudio. 8.2. El estudio de idoneidad o adecuación en un test de razonabilidad leve se limita a indagar si potencialmente el medio escogido por el Legislador puede llevar al fin que se propone alcanzar. No corresponde a un estudio del nivel de eficacia, ni puede involucrar un análisis de su conveniencia, pues el Tribunal Constitucional no cuenta con las herramientas para pronunciarse sobre esos aspectos, ni debe sustituir al Congreso en la elección política de fines y medios, siempre que estos sean razonables y adecuados (...) 9. En consecuencia, a la luz del test leve de razonabilidad la medida es legítima y adecuada, de manera que el actor no logró desvirtuar la presunción de constitucionalidad que la ampara (...)*¹⁸⁶

Esta sentencia es un ejemplo de que la argumentación resultante de la aplicación del test de proporcionalidad puede resultar subjetiva, ya que una misma cuestión puede presentar y dar lugar a dos interpretaciones, por un lado una acorde a la constitución, y por el otro una que apunte a su inconstitucionalidad, y que la misma dependerá de la lectura interpretativa que para el efecto considere válida y pertinente la Corte Constitucional. Por ejemplo, en este evento, también aplicando el mismo test, los mismos pasos, etc, la corte pudo haber concluido que no era idóneo conducente y pertinente que el auto que niega pruebas en el procedimiento administrativo no era acorde a la Constitución, bajo las mismas premisas. De allí que se cuestione la fortaleza objetiva del test de proporcionalidad. Estos aspectos ponen de presente el riesgo que conlleva la aplicación del test por parte de los tribunales constitucionales, lo que los pone o ubica en la postura de un juez ideal. Lo cual se evidencia en aspectos tales como la complejidad subjetiva del test, los rasgos relativos de discrecionalidad a los que se puede ver expuesto, entre otros aspectos hacen que un instrumento que ha servido para proteger derechos humanos por parte de los tribunales y cortes constitucionales del mundo, no deje de verse por otro lado como una herramienta con pocos rasgos de objetividad y que pueda preocupar por las decisiones que a futuro se puedan tomar apelando a este criterio de la proporcionalidad, si la misma no es bien aplicada. Por lo que se considera que uno de los ejes centrales que permiten su control, es otro concepto que aunque pareciera igual de ambiguo, es propio

¹⁸⁶Ibidem.

para decidir cuestiones que involucran aspectos de derechos humanos, como lo es el principio, valor y derecho de la dignidad humana amparada a la luz e interpretación del marco internacional de los derechos humanos. Por lo que, se considera el test de proporcionalidad como herramienta metodológica para ejercicio del control constitucional aporta más ventajas que las desventajas que se le aducen, tales como:

- 6.1. A la luz de la mirada tradicional y rígida, la proporcionalidad y la aplicación del test resulta más garantista de los derechos que una mirada positivista o exegética del derecho.
- 6.2. No es caprichoso e irreflexivo por cuanto se sustenta en líneas jurisprudenciales fundamentadas en el precedente de los tribunales constitucionales y en el pilar fundamental de la dignidad humana interpretada de conformidad con los planteamientos que aporta el marco internacional de los derechos humanos.
- 6.3. Todo gira y se desarrolla dentro del marco de la argumentación constitucional propias de un proceso reflexivo y dentro del marco de los derechos humanos, que da cabida a lo racional y a lo dialógico propio del derecho contemporáneo, en los modelos actuales que dejando atrás rasgos autoritarios o dictatoriales.
- 6.4. Dignidad humana a la luz del marco internacional de los derechos humanos, ese debe ser su punto de partida, norte y punto de llegada. Tal como ocurrió en la mayoría de las sentencias citadas durante el transcurso del presente trabajo monográfico.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, VICTOR y COURTIS, CHRISTIAN. El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el estado social constitucional. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2006. CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional. Coordinador. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Página 21

Aharon Barak, Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations, Nueva York, Cambridge University Press (2012).

ARAUJO RENTERIA, Jaime. “Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. De la UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30334/27380> Consultado 23-09-2017. www.juridicas.unam.mx

BERNAL, Carlos. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios políticos constitucionales. Madrid. 2005.

CLERICO, LAURA. “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión por defecto.” En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.

FAVOREAU, LOUIS. Los tribunales constitucionales. Ariel, Barcelona, 1994.

F.S. Royster Guano Co. V. Virginia, 253 U.S. 412 (1920).

GARCIA DE ENTERRIA, EDUARDO. “La Interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria” Rap, número 30, 1959.

Geoffrey R. Stone et al Constitutional Law. Little, Brown and Company Boston.

Humberto Nogueira Alcalá. El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. Estudios Constitucionales, Año 9, Nº 1, 2011. ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.

John E. Nowak/Ronald D. Rotunda/J. Nelson Young, Constitutional Law, Third Edition, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1986, p. 530-531.

José Francisco García García. El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. Revista Chilena de Derecho, vol. 38 N0 1. [2011]. Revista chilena de derecho versión On-line ISSN 0718-3437. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100006 26/08/2017 15:00.

José Suay Rincón, El Principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García Enterría, Tomo II De los Derechos y Deberes Fundamentales, Civitas, Madrid 1991.

L. JORDANA DE POZAS, “El problema de los fines de la actividad administrativa” RAP, número 4, 1951.

L. MARTIN RETORTILLO, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos , en la Europa de los Derechos Humanos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

L. Iván Díaz García. La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre). http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005. 26/08/2017 15:16

MORESO, JOSE JUAN. “Alexy y la aritmética de la ponderación”. En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.

PRIETO SANCHIS, LUIS. “El juicio de ponderación constitucional”. En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.

MICHAEL J. SANDEL. “JUSTICIA. ¿Hacemos lo que debemos? Segunda edición. 2014. Editorial DEBATE. España.

O. MAYER, Derecho Administrativo Alemán, De Palma, Buenos Aires, 1940.

QUINCHE RAMIREZ, Manuel Fernando. Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas. Ediciones Doctrina y Ley LTDA. Cuarta Edición. P. 189. Bogotá, 2010.

ROBERT ALEXY. La fórmula del peso. En el principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Página 26, Universidad Externado de Colombia, 2010. Bogotá.

RODRÍGUEZ, cesar. El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. En: “La Corte Constitucional. El año de la consolidación. Universidad de los Nades, Siglo del hombre Editores, Bogotá, 1998. *Ibidem*, 44.

Rogelio López Sánchez. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. CEFD. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Área de Filosofía del Derecho. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. P. 1. Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>. 26/08/2017 14:41

SANCHEZ GIL, RUBEN. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En: El principio de proporcionalidad en el estado constitucional. Universidad externado de Colombia. Bogotá.

ZagrebelskyGustavo. Objeto y Alcance de la Protección de los Derechos Fundamentales. El Tribunal Constitucional Italiano en Louis Favoreu et al. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. citada por la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C - 673 de 2011.

Sentencias:

Corte Constitucional. Sentencia T – 530 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 606 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T – 015 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional. Sentencia T – 425 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional. Sentencia C – 022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia C – 070 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia C – 285 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional. Sentencia T – 311 DE 1998. M.p. Fabio Morón Díaz.

Corte Constitucional. Sentencia T – 067 de 1998. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional. Sentencia T – 972 de 1999. M.P. Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional. Sentencia T – 417 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Constitucional colombiana. Sentencia T – 268 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, Sentencia C – 1195 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. C – 1176 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional. C - 808 de 2001. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional. C – 673 de 2001. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 093 de 2001. M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia C – 916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 233 de 2002. M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 573 de 2003. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C 355 de 2003. M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia T – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynertt.

Corte Constitucional. Sentencia T – 042 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional. Sentencia T – 697 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimmy Yepes.

Corte Constitucional. Sentencia C – 024 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 796 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 822 de 2005. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C - 100 de 2005 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C – 301 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia T – 209 de 2006. M.P. Jaime Cordoba Triviño.

Corte Constitucional. Sentencia C – 355 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 857 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C – 061 de 2008. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional. C – 728 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C – 145 de 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sentencia C – 055 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional. Sentencia C - 823 de 2011. M.P. María Victoria Calle Correa.

Corte Constitucional. Sentencia C – 577 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C – 470 de 2011. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

Corte Constitucional. Sentencia C – 857 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C – 592 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional. Sentencia T – 248 de 2012. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

Corte Constitucional. Sentencia C – 741 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 258 de 2013. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 838 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C – 288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio PreteltChaljub

Corte Constitucional. Sentencia C – 035 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional. Sentencia C – 470 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional. Sentencia C – 114 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo

Corte Constitucional. Sentencia T – 653 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo