

**LOS TEST DE PONDERACIÓN Y BALANCEO EN EL  
DERECHO COLOMBIANO**

**INVESTIGACIÓN DEL GRUPO DE TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN Y  
DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.**

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CARTAGENA DE INDIAS**

**2011**

# **LOS TEST DE PONDERACIÓN Y BALANCEO EN EL DERECHO COLOMBIANO**

**INVESTIGACIÓN DEL GRUPO DE TEORÍA DE LA INTERPRETACIÓN Y  
DERECHO CONSTITUCIONAL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD DE CARTAGENA.**

**Director:** David E. Mercado Pérez<sup>1</sup>.

## **Estudiantes Investigadores:**

JAIME BÁNQUEZ CORTÉS

LEIDER GÓMEZ CABALLERO

JOSÉ JORGE ROMERO ROJANO

**UNIVERSIDAD DE CARTAGENA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**CARTAGENA DE INDIAS**

**2011**

---

<sup>1</sup> Abogado de la Universidad de Cartagena, especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de la Universidad de Cartagena de Pregrado y Postgrado, desde hace 35 años. Tuvo a su cargo el diseño de la estructura Jurídica y Administrativa del Dpto. de Investigaciones, en 1997, de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. A Cargo de varias cátedras a lo largo de su carrera, hoy dicta D. Constitucional Colombiano I y II. El Grupo de Investigación a su cargo y el semillero respectivo poseen la categoría D de COLCIENCIAS.

## RESUMEN:

El 14 de Enero de 1936, el "Jefe Jurídico del Reich", Dr. HANS FRANK, expidió las siguientes directrices: "1.El Juez no está colocado por encima del ciudadano **ni considerado representante de la soberanía del Estado; es un miembro más de la comunidad alemana...** tiene que guardar concretamente el orden de la comunidad nacional... 2. **Base de la interpretación de todas las fuentes legales es la ideología nacionalsocialista, tal como aparece especialmente en el programa del partido y en las manifestaciones de nuestro führer.** 3. El Juez no tiene derecho alguno a justipreciar decisiones del führer aparecidas en forma de Ley o decreto. **El juez está también obligado a acatar las restantes decisiones del führer en que esté claramente expresada la voluntad de imponer el derecho....."**

Nació uno de los dos más importantes positivimos no liberales de nuestro tiempo, junto al ya nacido con STALIN en la extinta URSS; *Karl Schmitt* en Alemania y *Evgueni Paschukanis* en Rusia advirtieron rápidamente que el positivismo de Kelsen legitimaba formas jurídicas no apoyadas en el Estado de Derecho demo liberal, ya que este último sostenía que derecho positivo es solo el que emana del Estado, en el entendido, dicho sea en defensa de Kelsen, que por positivismo jurídico el ilustre maestro vienés defendía una concepción de estirpe liberal.

-- En estos términos, ¿Cómo defender un régimen de libertades?

A partir de la Carta de 1949 en Alemania Federal se adopta una fórmula que cambia cualitativamente el estado liberal clásico en "Estado Social de Derecho" que, entre otros aspectos, convertía al derecho Constitucional en el garante del régimen de libertades y derechos fundamentales inventando la modulación de los contenidos de las sentencias de constitucionalidad y los test de ponderación y balanceo cuando estos derechos estuvieren en juego, creándose una teoría al respecto. Aunque debe decirse que en Estados Unidos con ocasión del NEW DEAL la Supreme Court usó los test de ponderación para declarar exequibles las leyes de intervencionismo estatal de ROOSEVELT. Con la carta de 1991, con 42 años de desfase, estos cambios cualitativos entran al derecho Colombiano, ¿Cómo están operando?

**PALABRAS CLAVES:** Democracia, Política, Estado Social de Derecho, D.Constitucional, Test de Ponderación y Balanceo, Sentencias Modulativas.

## ABSTRACT:

On January 14, 1936, "Chief Legal Reich", Dr. Hans Frank, issued the following guidelines: "1.The judge is not over the citizen or considered representative of state sovereignty; he is rather a member of German community ... and he has to save the order of the national community ... 2. The very base of the interpretation of all legal sources is the National Socialist ideology, just as appears in the party program and the manifestations of our Führer. 3. The judge has no right to balance any decision of the Führer, taking the form of a law or decree. The judge is also required to follow the Führer decisions that are clearly expressed the will to impose the law...

And it was born one of the two most important liberal positivism of our time, and besides to Stalin's in the former USSR, Karl Schmitt in Germany and in Russia Evgueni Paschukanis quickly warned that Kelsen's positivism legitimized legal forms supported by the State of liberal

democratic law, since the latter held that positive law is only emanating from the State, in the sense, that the conception defended by Kelsen was a liberal one.

- In this line of thought, How to defend a freedom regime?

Since the 1949 Charter, West Germany adopted a formula that turns the classical liberal state to "Social State of Law" which, among other aspects, makes Constitutional law the guarantor of the regime of fundamental rights and freedoms inventing modulation of the contents of the Constitution and the technique of balancing when these rights are at stake, creating a theory about it. Although it must be said that the United States in the New Deal era, the Supreme Court used the balancing test to sustain interventionist laws of Roosevelt Administration. With the Charter of 1991, with 42 years of delay, these qualitative changes come into the Colombian law, the very question is, how are they working?

**KEYWORDS:** Democracy, Politic, Social State of Right, Constitutional Law, Weighting and balancing, Modulative Sentences.

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
1. ASPECTOS GENERALES	4
1.1. OBJETIVOS	4
1.2. DELIMITACION	4
1.3. JUSTIFICACION	5
1.4. MARCO TEORICO	8
2. DISEÑO METODOLÓGICO	14
2.1. FUENTES.	14
2.2. MARCO HISTÓRICO DE LOS TEST EN LA DEMOCRACIA LIBERAL.	16
2.2.1. El Control de Constitucionalidad antes de 1930	18
2.2.1.1. El Departmental Discretion entre 1819 y 1855	20
2.2.1.2. Entre los principios del <i>Departmental Discretion</i> y el <i>Judicial Review</i>	25
2.2.1.3. La regla del “error evidente”	27
2.3. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DEL JUDICIAL REVIEW	31
2.3.1. Análisis de Casos desde el enfoque de la “Living Constitution”	33
3. CONCEPTUALIZACIÓN TEÓRICA DE LOS TEST	41
3.1. Reglas y Principios	41
3.2. La Ponderación.	43
3.2.1. Concepciones sobre la Ponderación	44
3.2.1.1. Aceptación del Conflicto	44
3.2.1.1.1. Ponderación como actividad discrecional	45
3.2.1.1.2. Intuicionismo	45
3.2.1.1.2.1. Escepticismo	47
3.2.1.1.3. Ponderación como actividad racional	48
3.2.1.1.3.1. El particularismo moral	48
3.2.1.1.3.2. El universalismo	54
3.2.1.2. Negación del conflicto	56
4. FORMAS DE PONDERAR	59
4.1. FORMULACIÓN TÉCNICO JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	61
4.2. TEST DE PROPORCIONALIDAD EUROPEO	64
4.2.1. Sub principio de adecuación o idoneidad	66
4.2.2. Sub principio de necesidad	68
4.2.3. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto	69

4.3. TEST NORTEAMERICANO, SCRUTINY SISTEM.	72
4.3.1. Nivel de escrutinio estricto	72
4.3.2. Nivel de escrutinio intermedio	73
4.3.3. Nivel de escrutinio leve	74
5. TÉCNICAS HERMENEÚTICAS PARA ANALIZAR DESIGUALDADES	75
5.1. EL PROBLEMA DE GENERALIDAD EN LA LINEA JURISPRUDENCIAL	75
5.1.1. La igualdad como principio	78
5.1.2. La igualdad como derecho fundamental	80
5.1.3. La igualdad y el principio de no discriminación	81
5.1.4. C- 221 y C- 422 de 1992, Fundadoras de línea	84
5.1.5. El test de razonabilidad	87
5.2. SENTENCIA C-- 022 /1996	89
5.2.1. El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios	92
5.2.2. Sobre la intensidad del test de razonabilidad	93
5.3. SENTENCIA C-- 445 /1995	97
5.4. C--093/ 2001. SETENCIA DOMINANTE	105
5.5. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA DE LOS TEST DE PONDERACIÓN	110
5.6. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	116
5.7. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD	121
5.7.1. El Sub Principio De Idoneidad	122
5.7.1.1. La Legitimidad del Fin	123
5.7.1.2. La Idoneidad de la Intervención Legislativa	127
5.7.2 El Sub Principio de Necesidad	129
5.7.2.1. Análisis de la Idoneidad Equivalente	130
5.7.2.2. Búsqueda del Medio que Afecte en Menor Grado	131
5.8. EL SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO	134
5.8.1. Criterios que operan a nivel empírico	138
5.8.2 Construcción de la Relación de Precedencia Condicionada	139
6. CONCLUSIONES	145
BIBLIOGRAFÍA	147

## PRÓLOGO

El quehacer investigativo exige constancia y esfuerzo, tanto individual como colectivo, se materializa en la capacidad de proyectar al mundo académico los resultados de la actividad investigativa ya que la investigación es hoy por hoy el motor cuyo movimiento define la razón de ser de la Universidad. Es, la Investigación jurídica, así, la principal herramienta en la producción de teorías o, de argumentos filosóficos y científicos de la más alta calidad; en esa medida, es fundamental para la Universidad Cartagena, promover, al interior de sus unidades académicas, la investigación como productora de conocimiento fruto de la acción mancomunada de sus estudiantes y docentes investigadores vinculados a los diferentes grupos y semilleros de investigación; lo que se encuentra acorde con las políticas y estrategias diseñadas e implementadas por el señor Rector y la Vicerrectoría de Investigaciones, con miras a lograr y luego conservar la acreditación y registro calificado de sus respectivas facultades.

Este Informe de Investigación, en particular, conmueve nuestros espíritus ya que es el primero en la historia de nuestra facultad que se hace con estudiantes formados en un semillero, el nuestro, que poseen un alto nivel en el campo investigativo. Proseguirán, estamos seguros, como egresados su actividad investigadora.

Con este hito se reafirma nuestra voluntad de seguir haciendo investigación ya que ese es un aspecto medular de gestión académico-administrativa de la Universidad de Cartagena y su facultad de Derecho, por lo que se seguirán efectuando muchas otras investigaciones. Ese es el único camino para merecer una acreditación de calidad y lo que es más importante, proyectarla a estudios de posgrados tales como maestrías y doctorados que posean elevados estándares de generación de conocimiento.

Nuestro grupo de Investigación se cualifica para pasar a un segundo nivel, adscrito al departamento de posgrados, cual es el de investigadores profesionales donde los semilleros que culminen su capacitación encuentren un lugar para adelantar sus tareas investigativas.