

INTRODUCCION

El estado liberal es un retorno a la concepción griega en cuanto se estima que la libertad está subordinada a la ley, dado que solo se es libre por ella pero esto supone que de modo simultáneo ella nos esclaviza. Se debe buscar en virtud de lo dicho el punto de equilibrio entre orden y libertad, ya que esta última es consustancial a la naturaleza humana pero que voluntariamente se limita al adherirnos sin coacción alguna a un orden. Colombia a lo largo de su atormentada historia no ha podido encontrar cual es dicho punto.

A partir de la Carta de 1949 en Alemania Federal, aprendimos en nuestras clases de derecho Constitucional Colombiano, que 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, llegándose así a crear una teoría al respecto. Aunque debe decirse que en Estados Unidos con ocasión del New Deal la Supreme Court “inventó” los test de ponderación para declarar exequibles las leyes de Roosevelt, en el Derecho Constitucional americano fue madurando la doctrina de su uso a lo largo de los años cincuenta, después de la segunda guerra mundial y se mostraron en toda su importancia para definir la constitucionalidad de la legislación sobre derechos civiles de los afroamericanos al establecer la igualdad real de las etnias; hoy desempeñan un papel protagónico en la jurisprudencia constitucional y se ha formando una teoría que tiene su mejor expresión en el Derecho Constitucional Alemán.

En Colombia los test solo se comienzan a aplicar con la Carta de 1991 y la Corte Constitucional, aunque ha hecho uso profuso de los mismos, no ha estructurado una teoría jurídica que los soporte presentándose como muy casuista, ya que los denomina “Test de Razonabilidad” para el examen de leyes que sean restrictivas de derechos fundamentales, sobre todo en lo atinente al “*Libre Desarrollo de la Personalidad*”, “*La Igualdad*” y los “*Estados de Excepción*”; mientras denomina “Balanceo” cuando sopesa el peso concreto de los derechos fundamentales cuando estos entran en conflicto y así definir cuál debe primar, pero dicho Balanceo, lo llama formalmente “Armonización Concreta”. Por lo expuesto se impone un trabajo

de investigación bibliográfica que deductivamente precise los grandes trazos de la línea y que los mismos sirvan de base para proponer una teoría al respecto.

Las normas en Derecho se aplican ya sea por subsunción o por ponderación, la segunda de estas formas hace referencia a como se aplican los principios o Ceteis, en especial después de la transformación del Estado de Derecho clásico a Estado social de derecho; esto hace que la ponderación se haya convertido en un método o “Ars Iuris” indispensable para la operabilidad de la función jurisdiccional y, de modo principal en el de los Tribunales o Cortes Constitucionales ya que las normas referentes a Derechos Fundamentales tienen estructura de principios al carecer de supuestos jurídicos y ser textos de estructura semántica abierta. Por lo tanto su “ponderación” necesariamente lleva a “dotarlas” de un “supuesto Jurídico” que implica inevitablemente una labor hermenéutica o interpretativa, más de la hermenéutica filosófica de Gadamer que de la tradicional hermenéutica de la Ley, decantada por la escuela exegética. De allí que la ponderación sea en sí una técnica de filosofía hermenéutica; se trata de establecer como la ha usado nuestra Corte Constitucional.

Por ello, nos hemos planteado en el proyecto que sustenta este Informe Final de Investigación: ¿cuáles son, de existir, los fundamentos filosófico-teóricos del uso de los test de ponderación y balanceo en el Derecho Colombiano para, a partir de los mismos, definir las bases de una Teoría para su empleo?

Desde el año 2001, dentro de la semana de la Universidad en el mes de Octubre, el rector saliente de la misma, señor Sergio Hernández Gamarra, implantó como una de sus políticas el estímulo a la investigación con miras a lograr los registros calificados de los distintos programas y posteriormente sus respectivas acreditaciones, apoyándose en el CICTE como órgano institucional encargado de planificarla e impulsarla. En el año 2003, dentro del marco antes descrito, presentamos un proyecto de investigación con los entonces integrantes del grupo del “Semillero de Investigación” de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena. Hoy ese semillero es un grupo de investigación categorizado y se ha formado otro semillero, en Teoría de la Interpretación y Derecho Constitucional.

El grupo que ha hecho esta investigación es el siguiente:

Director: David E. Mercado Pérez, docente.

Estudiantes Jaime Banquez Cortés, Leider Gómez Caballero y José Jorge Romero Rojano

Con este trabajo, como digo muchas veces, “hacemos camino al andar” según los bellos versos de Machado que musicalizara Serrat, en razón a que en la casi bicentenaria historia de la facultad de Derecho de nuestra Universidad de Cartagena, es la primera vez que estudiantes de pregrado y un docente coordinador de semilleros logran plantearse el reto de acometer una investigación jurídica. Honor que se aumenta por que la hemos financiado nosotros, ya que la Universidad a través de sus órganos pertinentes no financia nuestro esfuerzo.

La investigación al interior de nuestra facultad de Derecho es sisífrica, como tantas veces lo hemos dicho, ya que no podemos crear una “Masa Crítica” de investigadores que permita el desarrollo y profundización de la investigación a su interior, en razón a que no retenemos a nuestros egresados. Esperamos “Romper”, a partir de este trabajo, con ese nefasto “Paradigma”.

1. ASPECTOS GENERALES

El proyecto de investigación se propuso alcanzar los siguientes objetivos:

1.1. OBJETIVOS:

Como tales se señalaron estos:

A. General:

Determinar los fundamentos filosófico-teóricos del uso de los test de ponderación y balanceo en el Derecho Colombiano y a partir de los mismos definir las bases de una Teoría para el empleo de los mismos.

B. Específicos

- Establecer la evolución histórica de los test de ponderación y balanceo.
- Precisar cómo se ha estructurado por parte de la Corte Constitucional el sistema de test en el derecho colombiano y si se pueden deducir sus elementos comunes e identificables en el establecimiento de una dogmática jurídica.
- Definir la línea jurisprudencial en materia de empleo de los test por parte de la Corte Constitucional.
- Estudiar los conceptos propios de las diferentes teorías sobre ponderación de principios, para determinar los fundamentos filosóficos de la teoría acogida por Colombia.

1.2. DELIMITACION:

En lo **espacial**, el territorio nacional es el ámbito geográfico de la Investigación, ya que las bases filosófico-teóricas que nos proponemos determinar son válidas para todo el país en razón a que es dicho territorio que tiene aplicación el derecho nacional.

En lo **temporal**, analizaremos el período comprendido entre 1992 y 2008, período en el cual la Corte Constitucional ha expedido una amplia y variada jurisprudencia donde aplica los citados test, midiendo el impacto de estos.

En lo **conceptual**, entendemos por “*Jurisprudencia*”, lo que la Teoría Jurídica entiende por ella; por “*Modulación*” en el tiempo y en los contenidos lo que la Teoría del derecho Constitucional actual nacida en Alemania y asimilada por Colombia, entiende como tal. Por “*Derechos Fundamentales*”, se entiende lo que la Jurisprudencia Colombiana tiene dicho desde la muy conocida sentencia T-406/92 y por *test de ponderación y balanceo* lo que el derecho comparado y el colombiano han establecido.

1.3 JUSTIFICACION:

Hesiodo nos dice en su “Teogonía” que el Cosmos (Orden) de Zeus para los hombres es el siguiente: Dike (Justicia) es hija de Zeus y de Themis y hermana de Eirene y Eunomia, es decir la Justicia es hija del orden y hermana de la paz y de la recta legalidad. Este mito racionalizado después por los filósofos de la Hélade se explicó como que la armonización de las leyes y la paz necesariamente confirman la justicia que es intrínseca al cosmos u orden y todas entre sí concurren a dar el bien a la Polis bajo la guía y protección de Zeus. Este es el origen del derecho natural y de la noción de derechos humanos tal como aparece en el célebre diálogo de Antígona y Creonte en la conocida obra teatral de Sófocles y será luego pensado por los estoicos. En ese contexto, la Democracia es hija directa de la concepción de Nomos (Ley) en cuanto esta es una expresión para los humanos del Cosmos divino, de allí que cada griego se siente orgulloso de estar sometido a un orden legal y no a un hombre, puesto que ante la pregunta de quién es el sujeto de la acción política, el Demos o los Gobernantes y por ende quien hace de estos las leyes, la respuesta se imponía, solo el Demos.

El estado liberal es un retorno a la concepción griega en cuanto se estima que la libertad está subordinada a la ley, dado que solo se es libre por ella pero esto supone que de modo simultáneo ella nos esclaviza. Se debe así buscar el punto de equilibrio entre orden y libertad, por medio de considerar a esta consustancial a la naturaleza humana pero que voluntariamente se limita al adherirnos sin coacción alguna a un orden. Colombia en su atormentada historia no ha podido encontrar cual es dicho punto.

El 14 de Enero de 1936, el “Jefe Jurídico del Reich”, Dr. HANS FRANK, expidió las siguientes directrices¹: “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...

¹ El Tercer Reich, en fotografías y Documentos—1933 a 1945—de HEINZ HUBER y ARTUR MÜLLER, Edit. Plaza y Janes-1967-

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 así uno de los dos más importantes positivimos no liberales de nuestro tiempo, junto al que ya había nacido de la mano de Stalin en la extinta URSS; Karl Schmitt en Alemania y Evgueni Paschukanis en Rusia se dieron cuenta rápidamente de 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 o implícito, dicho sea de paso en defensa de Kelsen, que por positivismo jurídico el ilustre maestro vienés defendía una teoría de estirpe liberal. Los positivimos no liberales, se apoyaban, el primero en la idea de VOLK o comunidad nacional estructurada alrededor de la idea de la “Pureza de la sangre”, por lo que solo hacían parte de dicho Volk los arios, y el segundo, en la idea de la primacía del proletariado por lo que esta clase social debía ejercer la “Dictadura del Proletariado” por conducto de su vanguardia: El Partido Comunista.

Quedaban así abiertos los caminos para la mas inmensa tragedia de la especie humana en su historia, la de desconocerse la dignidad humana ejercida por medio del ejercicio de la libertad. La exclusión de los no arios del VOLK por medio de las “leyes raciales de Núremberg” condujo a Auswitch y a los demás campos de ignominia y la dictadura del proletariado condujo a los Gulags. O campos de trabajo forzado donde los “Enemigos de la clase Obrera” fueron masacrados por centenares de miles.

- 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, llegando así a crear una teoría al respecto. Aunque debe decirse que en Estados Unidos con ocasión del New Deal la Supreme Court “inventó” los test de ponderación para declarar exequibles las leyes de Roosevelt. En el Derecho Constitucional americano fue madurando la doctrina de su uso a lo largo de los años cincuenta, después de la segunda guerra mundial y se mostraron en toda su importancia para definir la constitucionalidad de la legislación sobre derechos civiles de los afroamericanos al establecer la igualdad real de las etnias; hoy desempeñan un papel protagónico en la jurisprudencia constitucional y se ha ido formando una teoría que tiene su mejor expresión en el Derecho Constitucional Alemán.

En Colombia los mismos solo se comienzan a aplicar con la Carta de 1991 y la Corte Constitucional aunque ha hecho uso profuso de los mismos no ha estructurado una teoría jurídica que los soporte presentándose como muy casuista, ya que los denomina “Test de Razonabilidad” para el examen de leyes que sean restrictivas de derechos fundamentales, sobre todo en lo atinente al “*Libre Desarrollo de la Personalidad*”, “*La Igualdad*” y los “*Estados de Excepción*”; mientras denomina “Balanceo” cuando sopesa el peso concreto de los derechos fundamentales cuando estos entran en conflicto y así definir cual debe primar, pero dicho Balanceo, lo llama formalmente “Armonización Concreta”. Por lo expuesto se impone un trabajo de investigación bibliográfica que deductivamente precise los grandes trazos de la línea y que los mismos sirvan de base para proponer una teoría al respecto.

Esta investigación es **viable** porque la información sobre las sentencias donde se aplican test de ponderación y balanceo se puede conseguir en la propia Corte Constitucional. El apoyo bibliográfico sería suministrado por la Biblioteca de la Universidad de Cartagena y libros especializados que se adquirirían. El recurso humano de que se dispone está capacitado para ejecutar este Proyecto. Es **factible**, si la Universidad de Cartagena la financia o se obtiene financiación. Por otro lado, es **de punta** por qué no se ha hecho por parte de nadie en Cartagena y en la región Caribe y podríase, a partir de sus resultados, abrir una línea de Investigación que sirva de núcleo para crear estudios de especialización en Teoría de la Interpretación aplicada al Derecho Constitucional.

1.4. MARCO TEORICO:

Las normas en Derecho se aplican ya sea por subsunción o por ponderación, la segunda de estas formas hace referencia a como se aplican los principios o Ceteis, en especial después de la transformación del Estado de Derecho clásico a Estado social de derecho; esto hace que la ponderación se haya convertido en un método o "Ars Iuris" indispensable para la operabilidad de la función jurisdiccional y, de modo principal en el de los Tribunales o Cortes Constitucionales ya que las normas referentes a Derechos Fundamentales tienen estructura de principios al carecer de supuestos jurídicos y ser textos de estructura semántica abierta. Por lo tanto su "ponderación" necesariamente lleva a "dotarlas" de un "supuesto Jurídico" que implica inevitablemente una labor hermenéutica o interpretativa, más de la hermenéutica filosófica de Gadamer que de la tradicional hermenéutica de la Ley, decantada por la escuela exegética. De allí que la ponderación sea en sí una técnica de filosofía hermenéutica.

Al respecto, nuestro director del grupo de Investigación sostiene que Interpretar² significa "Explicar acertadamente o no acciones, dichos o sucesos, que pueden ser entendidos de diferentes modos"; también significa "explicar o declarar el sentido de una cosa y principalmente el de textos faltos de claridad" conforme al Diccionario de la Real Academia Española de la lengua (20ª edición). Sin embargo, aunque en el lenguaje común, el interpretar se adelanta frente a muchísimos aspectos de la existencia y de la naturaleza, se omite algo fundamental que no hay, no puede haber interpretación sin lenguaje, luego la labor de cómo interpretar y como es que nosotros interpretamos supone estudiar la teoría lingüística. Al mismo tiempo hemos de abordar otro aspecto básico, no hay interpretación sin conceptualización y esto implica una actividad intelectual y racional que es en sí una acción sujeta a la lógica y a la teoría del conocimiento. Si lo anterior nos parece ya complejo, ello no quiere decir que hasta ese nivel llega tal complejidad, puesto que a su vez no existe operación lógica sin lenguaje y solo podemos conocer por medio de él.

Por consiguiente , siempre estamos " interpretando" , cuando interactuamos con lo que nos rodea y cuando lo hacemos con nuestros semejantes, ya que la información que nos da la realidad debemos organizarla y evaluar la operación que implica la elaboración de conceptos. Estos conceptos los cambiamos entre sí, los explicamos, etc. Esta operación es deductiva o

² David Mercado: La Interpretación en el Derecho. Revista Jurídica N°.16 de la Facultad de derecho de Unicartagena.

inductiva, es en suma, lógica; cuando nos comunicamos con nuestros semejantes debemos "entender" lo que nos dicen, vale decir darle un significado. Todo esto supone el uso del lenguaje con lo que debe entenderse que no puede haber racionalidad sin él; los griegos con la palabra LOGOS al mismo tiempo entendieron dos cosas distintas pero inseparables, la razón y la palabra.

Desde SAUSSURE y su obra, ya clásica, "CURSO DE LINGÜÍSTICA GENERAL" se advirtió que el idioma que contiene un lenguaje no es solo la gramática, ya que este tiene en sus palabras significantes y significados y es diacrónico y sincrónico. Lo anterior supone vincular las hablantes al idioma de manera tal que lo humano como cualidad no se puede comprender sin lenguaje, los significantes de las palabras movilizan lo psicológico para racionalmente captar el significado; las palabras cambian como tal o bien modifican su significación en el tiempo (diacronía) por lo que no son invariables por siempre sino en determinadas etapas históricas (sincronía).

El lenguaje es así sintaxis, semántica, semiótica y pragmática y por sobre todo ello pero apoyándose en todas, está la hermenéutica como algo intrínseco al lenguaje. Esto nos dice que no podemos usar un idioma sin estar siempre interpretando. También nos dice por que la filosofía del Derecho actual ha visto a un HABERMAS, a un PERELMAN, a un CHOMSKY, a un ROBERT ALEXY, etc. ya que no existe derecho sin lenguaje. ("La técnica del Derecho son sus palabras" --CELSO). De la semántica nace el estructuralismo lingüístico base del estructuralismo jurídico, por ejemplo; de la retórica o uso convincente del lenguaje que se apoya en la semántica, la semiótica y la pragmática nace la "Teoría Argumentativa" de PERELMAN, de ALEXY y otras. Con estas teorías debemos entender que solo por medio del lenguaje se produce el derecho y de paso elaborar una teoría lingüística del Derecho.

El lenguaje cuenta así con una suerte de "magia" ya que las palabras no solo designan la realidad, también crean "mundos" ; el logos, el verbo, permite al hombre "organizar" los flujos de información y retroalimentar la realidad que lo genera de modo tal que puede "inventar" realidades o mundos y, cuando el hombre así procede, se apodera de sí mismo. En lo semántico, el lenguaje sirve para designar objetos y representar circunstancias, en lo práctico, sirve para la comunicación humana, comunicación que se da en lo que es la transmisión y al mismo tiempo la comprensión o entendimiento en su función social; sirve también para crear

una idea de comunidad con quienes lo comparten, sobre la idea de "Comunidad" se erige la noción de patria y de alma colectiva o nación y, en lo retentivo, sirve para generar una memoria, de uno mismo o conciencia personal y una colectiva, por "Mnemesis" del conglomerado social. "Mnemesis Social" que es el asiento del alma colectiva que se decanta de su función social. El lenguaje es en suma la expresión de cada persona y de su respectiva personalidad en eso lo llamamos "espíritu" del hombre", es lo "humano" por antonomasia ya que es a partir de él que podemos buscarnos así mismo y al mundo, al mundo exterior o realidad. Así pues, somos cada uno de nosotros (El hombre es la medida de todas las cosas), a partir del verbum o logos.

Quien primero habló de la conversión de la realidad en lenguaje y de la capacidad de crear "mundos" por medio de él, fue Wilhem Von Humboldt, al introducir en la lingüística la distinción entre el idioma como "ergon" (trabajo, obra) y como "energía" (acto comunicador), por lo tanto todo lenguaje y forma de hablarlo lleva ya implícito una específica interpretación de la realidad. Él nos dice igualmente que la conciencia y el lenguaje son inseparables, porque la conciencia es conciencia de lenguaje, para lo que no tenemos palabras no hay registro ni memoria y Wittgenstein asegura que "palabra" y "pensamiento" y "palabra" y "significado" son igualmente inseparables, luego el significado no es un añadido a la palabra que pensemos sino que es de la esencia de la palabra en sí, de allí que solo se configure en el lenguaje.

A partir de tal consideración, Wittgenstein concluye en una de sus máximas que "el significado de una palabra equivale a su uso en el lenguaje" y como todas tienen varios significados, la polisemia equívoca del lenguaje común, es inseparable, es más, dicha equivocidad es la garantía de la dinámica evolutiva y de la flexibilidad del idioma, si las palabras fuesen unívocas, el idioma se momificaría.

Cuando abordamos el asunto de la relación entre Derecho y Lenguaje, encontramos que la palabra "Derecho" es "equivoca", algo paradójico; Kant afirmó "aún buscan los juristas una definición para su "concepto" de Derecho" y se quejaba por qué no se sabía "qué es el Derecho como tal" (Crítica de la razón pura); aún hoy estamos en lo mismo. Sea lo primero decir que una definición absolutamente lógica del derecho que permita un concepto elaborado con caracteres cerrados y por consiguiente unívocos, es imposible; solo podemos explicar con más o menos claridad lo que entendemos por derecho, por lo que se nos aparece como muy importante "el criterio" a partir del cual abordamos la fenomenología jurídica.

Así pues, el Derecho no se sirve del lenguaje, como proclaman los exegetas, el Derecho se produce por medio del lenguaje, aunque no solo a través de él, en forma tal que el lenguaje que "inventa realidades" "inventa la realidad jurídica", el "Mundo del Derecho", es decir de un "mundo" que deviene a partir de la palabra y por la palabra. Esto lleva a ARTHUR KAUFMANN a afirmar que "El Derecho es la correspondencia entre deber ser y ser", el deber ser de las cosas y el ser de la realidad. HUME en su "TRATADO DE LA NATURALEZA HUMANA" anticipó todo esto, al concebir el Derecho "COMO UNA FORMA DEL LENGUAJE", así, las cualidades jurídicas del "Derecho" de propiedad son "conferidas" o "dadas" experimental o empíricamente, nada les sirve de soporte. El Derecho es solo un grupo de signos, creados por nosotros para ponernos de acuerdo sobre la validez de determinados valores cualitativos imaginarios, que la sociedad juzga importante, por ello, concluye HUME, que las normas son propuestas de construcción de un lenguaje útil y práctico y una técnica comunicativa que se aplica para solucionar conflictos o divergencias entre contendientes del mismo grupo social. LUHMANN en nuestra época ha sustentado su funcionalismo en HUME.

RADBRUCH, en su obra "FILOSOFIA DEL DERECHO" al respecto afirmó: "Derecho es realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea del derecho". Empero, la "Idea" de Derecho. ¿ estará hoy esclarecida al tenerla como un "axioma", una "hipótesis", una "norma fundamental" o algo trascendental ?, empero, no la podemos comprender sin la "idea" de hombre y la "idea" de hombre implica que lo consideramos como creador de Derecho u orden (ser autónomo), como fin del "mundo" que crea y por ende del fin del Derecho (ser como medida de su creación) y como sometido al Derecho por el creado (ser heterónimo). La idea "hombre" es primaria y la de "Derecho " secundaria.

La filosofía de hoy ha tomado conciencia de que no sabemos lo que es el "Derecho", pero también la ha tomado sobre lo que ignoramos acerca de que es el hombre en sí, por ello está desconcertada. Se ha idealizado un concepto universal de hombre olvidando su concreta condición humana y cualquier filosofía del Derecho a elaborarse debe comenzar por repensar al hombre alguien que en sí, sin embargo está desconcertado consigo mismo porque ignora su propia fórmula. Por eso, a partir de la antropología cultural se ha tratado de elaborar una antropología iusfilosófica, necesaria en los tiempos de hoy, plenos de biotecnología y de desciframiento de la estructura del genoma, entre otras cosas.”.

Dijimos que la ponderación se aplica a los principios jurídicos y estos están unidos a los derechos fundamentales (Cuya defensa es la razón de ser de la Constitucionalización del Derecho), cuando estos se nos muestran jurídicamente como normas. Por ello, se establece como axioma básico que tales normas deben considerarse “Mandatos de Optimización”, no se olvide que por carecer de “Supuesto Jurídico” es imposible objetivar si un caso se puede subsumir en ellas o no, de allí que se consideren ORDENES de que “algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Robert Alexi, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, pgs.86 y 87.)³. ¿Qué entiende Alexi por “Mayor medida posible? Que siempre que se opera con principios se debe efectuar una confrontación con los principios opuestos, ya que en la casi totalidad de los casos se da una colisión de principios puesto que dicho caso es solucionable por dos o más principios, Ad Initio relevantes, pero incompatibles entre sí. Aquí está el quid del asunto, solo “*Ponderando*” es como podemos resolver la “*Incompatibilidad*” entre normas que son principios o bien, principios que aparecen positivizados, de allí la necesidad de elaborar una sólida Teoría Jurídica que los soporte y de pautas de un uso válido de la operación ponderativa.

Es ALEXI quien con más precisión y claridad ha estudiado y expuesto como es y de qué modo funciona la ponderación en la obra que hemos citado y para ello ha elaborado una teoría que nos permite hacer una “relación de precedencia” condicionada entre todos los principios en colisión; la misma dice que para hacer tal relación de precedencia se deben aplicar “tres elementos que están presentes en la estructura de la ponderación”, que son: *La Ley de Ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación*. Por Test aquí se entiende una formulación verbal dotada de fases o etapas para efectuar la ponderación, la Corte Constitucional los ha clasificado así:

- RAZONABILIDAD: Cuando se revisa una legislación frente a una posible vulneración de uno o más derechos fundamentales.
- IGUALDAD: Cuando se revisan leyes o actos públicos o privados que distingan o discriminen entre personas para evitar así una violación al derecho a la igualdad. Es en sí una forma depurada o refinada del test de razonabilidad.
- ARMONIZACIÓN CONCRETA: Cuando se sopesan conflictos entre derechos fundamentales.

³ Robert Alexi, obra traducida por Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Es tan notoria la ausencia de Teoría Jurídica, que la Corte Constitucional en la sentencia C-022/96 se vio obligada a establecer unas pautas generales para aplicar el test de razonabilidad que venía establecido en la T-230/94, como una suerte de fuerza “cuasi vinculante” ya que si un juez de tutela no los aplicase del modo allí dicho, incurre en una Vía de Hecho Constitucional; en efecto, se dijo que *“Una vez se ha determinado la existencia fáctica de un tratamiento desigual y la materia sobre la que recae, el análisis del criterio de diferenciación debe hacerse en tres etapas que en sí, integran el test de razonabilidad y que bien delimitadas son:*

- *La existencia de un objetivo perseguido a través del trato desigual.*
- *la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.*
- *La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre dicho trato y el fin perseguido”.*

Estas etapas corresponden a necesidades lógicas y metodológicas ya que solo es factible pasar a una etapa subsiguiente solo si el trato desigual sorteó con éxito la inmediatamente anterior. Estas técnicas son exclusivas del Derecho Constitucional y nacen con la tradición hermenéutica de la Supreme Court de USA que dice que *“Los Tribunales (Courts) deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (Diferenciadoras) establecidas en una Ley son razonables a la luz de su finalidad”*. El tribunal Constitucional alemán al respecto afirma: *“La máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una justificación razonable”*. Los test no son neutrales, no pueden serlo, ya que están intencionalmente al servicio de una forma especial de concepción del estado (La Demo liberal) e impregnados de fuerte pre comprensión hermética (La defensa militante de los derechos fundamentales al ser ellos un límite al poder del Estado) ya que el intérprete debe adoptar posiciones sustantivas sobre el impacto de los derechos y los efectos de la ponderación.

2. DISEÑO METODOLÓGICO

La investigación que nos proponemos hacer es descriptiva, bibliográfica, explicativa, de tipo cualitativa sobre el contenido y alcance de los test de ponderación y balanceo en el Derecho Constitucional Colombiano, a partir de la confección de la respectiva línea jurisprudencial para

constatar si se configura un precedente a partir de sus respectivas Ratio Decidendi que pueda considerarse como Teoría válida para su operación. Por ello:

En lo **descriptivo**, se expondrá la fenomenología económica, social y política de cómo se ha entendido desde la expedición de la Carta de 1991 el asunto de los test de ponderación en Colombia, determinando los criterios de utilización de los mismos.

En lo **bibliográfico**, se ubicarán y precisarán las bases filosóficas, ideológicas y teóricas, de existir, del empleo de los test en el derecho constitucional colombiano.

En lo **explicativo**, se verificarán las decisiones adoptadas en la parte resolutive de cada de las sentencias que conforman la línea jurisprudencial sobre test en Colombia.

En lo **cualitativo**, a pesar de que se representarán gráficamente los resultados obtenidos, se interpretarán los mismos partir de las bases reconocidas en el derecho comparado en el estudio propuesto y contrastadas conforme al Marco Teórico, para diagnosticar así cual es la situación real sobre la aplicación de los test de ponderación y balanceo en Colombia.

2.1 FUENTES

Como **fuentes primarias** se usarán las sentencias de la línea jurisprudencial sobre uso de los test que vienen citados.

Como **fuentes secundarias** se hará uso de la jurisprudencia extranjera, la doctrina europea que ha estructurado una escuela de filosofía jurídica sobre la ponderación y el balanceo y las obras señaladas en la bibliografía.

Por consiguiente, las investigaciones cualitativas se inscriben entre las denominadas “No tradicionales”, ya que el concepto de **CALIDAD** es de naturaleza abstracta y solo se nos revela por las propiedades del fenómeno estudiado, al ponerlas en evidencia como algo que es exclusivo de él. De allí que se hable de “*Etnográfico*” al referimos a la principal de las modalidades de la investigación cualitativa que, cuando nació—de allí su nombre—se dedicaba solo a observar y describir los variados rasgos y costumbres de una etnia o pueblo específico, por lo que fue inventada por los antropólogos; hoy, se usa para estudiar grupos concretos que realizan actividades comunes a todos sus integrantes. El uso de la metodología cualitativa--etnográfica posibilita dos tareas: 1.- Categorizar. 2.- Estructurar.

La primera, implica el uso de la técnica denominada “Comparación por temas” que nos permite revisar los datos recopilados y, sobre la marcha, según lo que los mismos muestren, elaborar un “Mapa de Ruta” de la investigación que al final de la misma, con las correcciones introducidas, nos permitirá ver cada parte y luego ensamblar estas en un todo, conforme dichas partes se relacionen entre sí. El análisis de los resultados de esta técnica parte la identificación primaria de los “dominios” del grupo estudiado, es decir, precisar los significados de los símbolos lingüísticos empleados como propios al grupo, que para el caso es de base idiomática pero que puede comprender una base iconográfica si la hubiere. Luego, se determinan las “relaciones por categorías” de los significados al comparar los símbolos semánticos y semióticos y, finalmente, se analizan los distintos componentes por medio de concretar la Extensión y Comprensión de los símbolos culturalmente usados por la jurisprudencia objeto de estudio, que en este caso es la de la Corte Constitucional, según se dijo. Agotada tal tarea, pasamos a la Estructuración de la información por medio de un Plan investigativo que tiene las siguientes tareas que en sí son fases de la investigación:

- Análisis de contexto.
- Delimitación definitiva del universo.
- Recolección de la información.
- Procesamiento de los datos y análisis de estos.
- Conceptualización analítica de la información.

Usaremos como base metodológica lo previsto por el jurista Jaime Giraldo Ángel⁴ en su obra *“Metodología y técnica de la Investigación Jurídica”* señalando como primer aspecto que *“el objeto del derecho es la regulación de los comportamientos sociales que tienen relevancia para un Estado en un momento histórico determinado”*. Esto es así porque el hombre es, por esencia, un animal social. Esta condición hace que todos los hechos y actos de su existencia tengan implicaciones que afectan a las demás personas del conglomerado en el cual habita, en forma positiva o negativa. Para propiciar los primeros, o para evitar los segundos, se han estatuido una serie de reglas de carácter cultural, moral, religioso, jurídico, etc. El conjunto de todas estas reglas constituye la normatividad que regula la vida social de la comunidad.

Algunos actos y hechos de esta vida social toman una especial relevancia jurídica, según la orientación política de un Estado determinado. En estos casos el Estado mismo asume el

⁴ Es el único jurista Colombiano que ha escrito una obra sobre Metodología de la Investigación Jurídica.

control sobre una regulación, para obligar a los asociados a que ajusten su comportamiento a las reglas que para el efecto expida. Esta normatividad constituye el ordenamiento jurídico de un país, al cual se deben conformar las relaciones de las personas o de los grupos que actúan dentro su ámbito, so pena de recibir el peso coercitivo de la justicia.

El derecho como racionalidad tiene, por consiguiente, dos niveles: el primero se desenvuelve en el análisis de las hipótesis normativas (fácticas y jurídicas) que se deben formular para resolver los problemas de una comunidad en un momento histórico determinado, teniendo en cuenta los condicionamientos políticos, sociales y económicos dentro de los cuales la hipótesis se debe desenvolver. El segundo parte de los postulados normativos ya formulados, para ver su desarrollo pragmático, vale decir, su eficacia, en la solución de los conflictos para los cuales han sido elaborados. El primer nivel es objeto de la investigación socio – jurídica, el segundo nivel es objeto de la investigación jurídica.”⁵ La que haremos por medio de este proyecto es una investigación jurídica, en el entendido de que el supuesto teórico del método es: El derecho y, por tanto, la normatividad, emanan del grupo social y, por consiguiente, expresa la forma en que deben establecerse las relaciones sociales según dicho grupo.

2.2. MARCO HISTÓRICO DE LOS TEST EN LA DEMOCRACIA LIBERAL.

La práctica de los escrutinios judiciales a la acción legislativa y ejecutiva ha sido entendida como un corolario necesario del principio del *judicial review*, es así que en la jurisprudencia norteamericana, al menos desde 1930, la escogencia de un nivel de escrutinio ha sido un paso esencial en la revisión constitucional de cualquier norma legislativa o ejecutiva, y en muchas ocasiones el factor determinante del análisis de constitucionalidad. Durante el periodo comprendido entre el caso *Marbury v. Madison* hasta el caso *United States v. Carolene Products Co.*, la Corte Suprema de Estados Unidos usó el mismo estándar de revisión, mientras que al tiempo se debatían entre la legitimidad o no del *judicial review*. Además, la Corte no usó ningún criterio analítico de los que en el futuro vendrían a ser usados con las decisiones de los escrutinios judiciales, como “criterios sospechosos” en la clasificación de individuos o grupo de individuos. Por el contrario, el análisis de constitucionalidad era muy sencillo; consistía en revisar si la acción del órgano que expidió la norma se encuadraba dentro del ámbito de

⁵ GIRALDO ANGEL, Jaime. Metodología y técnica de la investigación jurídica. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. Pág. 1 – 4. 1985

“discreción” o competencia de dicho órgano. Aunado a esto, el principio de la discrecionalidad (Departmental Discretion) implicaba que algunas acciones legislativas, ejecutivas o de los estados, no fueran objetos de revisión judicial, por considerarse actos meramente políticos (political questions), o estatutos dictados con base en sus poderes de policía. Sin embargo, con la Reconstrucción de las Enmiendas, *el juez adquiere un rol más activo como guardián de las libertades individuales y derechos de propiedad, que ahora adquirirían una mayúscula importancia y protección frente a las acciones interventoras del Estado, todo ello en razón de la Clausula del Debido Proceso de la Enmienda Catorce*. Es entre estos dos extremos, su nuevo rol con la reconstrucción de enmiendas y el principio de la discrecionalidad legislativa, estatal y ejecutiva, que la Corte se ve obligada a empezar un trabajo de “trazo de límites” (Boundary Tracing) entre los ejercicios legítimos del poder de policía y los ilegítimos, estos últimos, constitutivos de invasiones inconstitucionales en los derechos privados o individuales. La Corte justificó su posición, bajo el argumento que “en un orden constitucional Republicano su función no era otra que la de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos en contra de la usurpación estatal, y que en ese trabajo sólo estaba declarando principios de derecho, no creándolo o invadiendo el terreno de la política”. Al principio del siglo XX, la Corte en ejercicio de su labor de delimitación, fue restándole importancia al principio de la discrecionalidad de las ramas del poder (*Departmental Discretion*), haciendo uso de las formulas doctrinales que usó para trazar los limites legislativos entre lo permisible y lo no permisible⁶. Para la segunda década del siglo pasado, la idea de un juez creando Derecho, parecía ser incompatible con la teoría democrática, que se mostraba como una alternativa más viable que el Republicanismo, considerando un nuevo tipo de sociedad industrializada, con mayores exigencias de participación ciudadana en las decisiones públicas. Ante un panorama como éste, *se sugería la mutación del significado de la Constitución, para que se adaptara a nuevos contextos socio-económicos*. Al tiempo, en casos que involucraban la Clausula de Comercio y que versaban sobre regulación de la actividad económica o redistribución de beneficios económicos, la Corte empezó a abandonar su rol de delimitación (*Boundary Tracing*) y adoptó una actitud de deferencia general hacia el legislador. Sin embargo, la posición asumida por la Corte no fue completamente abdicante y de una serie de casos que van desde el de *Carolene Products* hasta casos de asuntos internacionales, nace una jurisprudencia sobre los test con niveles de escrutinio.

⁶ Lo permisible para el legislador era la intervención en la vida pública; cualquier intervención en la vida privada era impermisible.

2.2.1. El Control de Constitucionalidad antes de 1930

Para entender el cómo y el por qué del control de constitucionalidad, en lo que se conoce como la era tradicional⁷, se hace necesario tener un entendimiento del rol del juez en el Constitucionalismo Republicano de Estados Unidos, en el siglo XIX. En un caso muy temprano, el de *Dartmouth College*⁸, se establecía uno de los principios constitucionales fundamentales, a saber, “los poderes están limitados, no solo por las reglas de la justicia natural, sino también por la propia letra y espíritu de la constitución. Y la mayor fuente de esta restricción se encuentra encarnada en los tribunales de justicia”. Es así como el constitucionalismo norteamericano consideró a los tribunales, y en especial a su tribunal supremo, como los muros protectores de la Constitución, en contra los abusos legislativos, considerándose a los jueces como un cuerpo intermedio entre el pueblo y el legislador. Fue tanta la seguridad dada a los jueces desde la adopción de la constitución federal de Estados Unidos, que empezaron a ser considerados como personas imparciales, ajenos a las pasiones, los prejuicios, y los intereses de los hombres, y por tal motivo, la Rama Judicial se convertía en la barrera, incluso, en contra de los falsos populismos y el espíritu potencial de usurpador de asambleas populares.

Es clara la conexión entre ésta particular concepción del juez como intérprete constitucional y las premisas básicas de la Teoría Política Republicana. Esta conexión se concreta en que la libertad propia del Republicanismo pudiera eventualmente tener consecuencias negativas, como libertinaje, demagogia, corrupción y en el peor de los casos, tiranía⁹. Como contrapeso ante estos riesgos se erige la constitución como una estructura viva en el tiempo, enunciativa de los derechos de los individuos y las competencias del Estado. Además, y como un contrapeso más inmediato, una clase conformada por jueces independientes, garantes de los derechos consagrados por la Constitución.

Siguiendo los dictados de ley, en lugar de las pasiones y los intereses humanos, los jueces reafirmaban el rol central de la constitución, que era la preservación de la República Norteamericana de las inevitables presiones de la corrupción. Sin embargo, esa confianza casi ciega, era el lado más débil del Republicanismo de los fundadores. Por lo que el sistema judicial Norteamericano mantuvo como legítima la distinción entre imparcialidad judicial y arbitrariedad judicial. El trazado de estos linderos fue tan importante que es visible en algunos pasajes de

⁷ WOLFE, Christopher. *La Transformación de la Interpretación Constitucional*. Trad. María Gracia Rubio De Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991. p. 29-31.

⁸ *Dartmouth College v. Woodward*. 17 U.S. (4 Wheat). 316 (1819).

⁹ MCCOY, Drew R. *The Elusive Republic*. University Of North Carolina Press. 1980. pp.32-40.

dos de los más importantes jueces de la Corte Marshall, a saber, el juez Joseph Storey y el mismo Marshall. En el caso *Osborn v. Bank of the United States* (1824), Marshall sostuvo que las demandas en contra de la banca nacional debían ventilarse ante las Cortes Federales, y que los estados no podían imponer tributos a las operaciones bancarias. Decisiones como esta, le costaron a la Corte Suprema críticas que argüían que la Corte estaba usando el Estatuto del Congreso no solo para incrementar el poder de éste, sino también para incrementar su poder propio. En el caso referido Marshall se expresaba así: “Los tribunales son meros instrumentos de la ley, y no pueden determinar nada. Cuando ellos están llamados a ejercer discrecionalidad, esta es una mera discreción legal, una discreción que debe ser ejercida discerniendo el curso de acción prescrito por la ley... el poder judicial nunca es ejercido con el propósito de darle efectos a la voluntad de los jueces... [Solamente] con el propósito de darle efecto a la voluntad de la legislatura, o lo que es lo mismo, la voluntad de la ley”.¹⁰

Cuando Marshall habla de “discreción” y “voluntad judicial”, pone de presente una paradoja que reposa en el núcleo del rol idealizado de los jueces, al interior del Republicanismo Constitucional Americano, la de que la discrecionalidad revela una imagen de los jueces como partidarios de una ideología política específica, siendo esto admisible desde el republicanismo, toda vez que la militancia política es inherente a todo ser humano y los jueces no son la excepción. Sin embargo, toda la estructura del gobierno republicano estaba diseñada para el control de todo aquello que llevara a la demagogia, la corrupción y la tiranía; precisamente el objetivo de una constitución escrita era la codificación de protecciones a los ciudadanos en contra de un partidismo desenfrenado. El estado republicano concibió a los jueces como los protagonistas principales, en esta labor de control de las usurpaciones del poder, no obstante ser humanos y estar sujetos a las mismas pasiones e intereses propios. Así pues los jueces tenían un rol vital, ya que tenían no sólo el trabajo de control de las otras ramas, sino también el control de sus propias tendencias humanas, hacia la persecución de sus intereses ideológicos. Éste es un reto peligroso para la naturaleza humana, pero necesario para la conservación del régimen constitucional.

De esta paradoja surgen dos principios fundamentales en el entendimiento del constitucionalismo norteamericano: el de la “supremacía judicial” y el de “*departmental discretion*”. De acuerdo con el primero, los jueces son “sirvientes desinteresados”, partes de

¹⁰ 22 U.S. (9 Wheat) 738. 1824. (Traducción de los autores).

una elite concedora del derecho; como actores desinteresados, eran los llamados a la aplicación de los principios fundacionales de la constitución. Sin embargo, el principio de la supremacía judicial se conserva legítimo siempre que los jueces actuaran dentro de los parámetros del derecho y, en la resolución de “controversias jurídicas”. En esto consistía el poder de los jueces, a saber, la aplicación de la ley en la resolución de problemas jurídicos. El otro principio, el del “departmental Discretion”, es la fuente de la doctrina de los “actos políticos” (political questions). Esta doctrina sirvió para que ciertos asuntos de dimensiones jurídicas, incluso constitucionales, no fueran susceptibles de control judicial, todo ello en razón a que solo eran resolubles al interior del ejecutivo o legislativo. Sin embargo, Edwin Corwin, señala que a pesar de la incompetencia de las Cortes para decidir los “political questions”, las Cortes si decidían que era y que no era un “political question”¹¹. A través de una serie de casos se verá cómo los jueces de la Corte Suprema de Justicia tenían el poder de declarar que asuntos eran justiciables y cuáles no lo eran.

2.2.1.1. El Departmental Discretion entre 1819 y 1855.

El caso *McCulloch v. Maryland* de 1819 o la cuestión del Banco Nacional fue una de las primeras controversias del Constitucionalismo Norteamericano, se centró alrededor de la pregunta sobre la autoridad del Congreso para crearlo. El estado de Maryland había intentado imponerle tributos a todas las operaciones del “Second Bank of the United States”, por no haber sido creado en ese estado. En efecto, el Banco Nacional fue creado por el Congreso Federal de los Estados Unidos, el 8 de abril de 1816. El Banco inició operaciones financieras en el estado de Maryland en 1817. A renglón seguido, el 11 de febrero de 1818, la Asamblea General de Maryland aprobó una ley por medio de la cual se imponían tributos a las operaciones de todos los bancos o sucursales de estos, que no hubieren sido creados por el estado, la ley estaba dirigida exclusivamente a la sucursal del Banco Nacional. James McCulloch quien era el representante legal del banco para el estado de Maryland se rehusó a pagar el impuesto, y así, se fijó la controversia jurídico-constitucional. La idea de un Banco Nacional fue propuesta en 1790, por quien fuera el secretario del Tesoro y firmante del acta de independencia en 1776, Alexander Hamilton con la esperanza de que la creación un Banco Nacional contribuyera a una buena política financiera y monetaria, Hamilton propuso que el congreso ordenara su

¹¹ EDWIN S. Corwin, *Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review*, 12 MICH. L. REV. 538, 543 (1914). Citado por WHITE, Edward. *Historicizing Judicial Scrutiny*. En: University of Virginia Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Paper 31. 2005.

constitución. Sin embargo, esto implicó uno de los debates más candentes en torno a la interpretación de la constitución.

El nudo del debate era el de si la creación de este Banco constituía un acto necesario y adecuado, dentro de los parámetros de dicha clausula constitucional (Necessary and Proper Clause), para el desarrollo de los poderes nacionales¹²; habida cuenta que *la creación de un banco, no era uno de los poderes expresos que la constitución de la daba al congreso*. Así las cosas, James Madison, refiriéndose a la clausula de lo necesario y adecuado, razonaba que dentro de su alcance sólo podrían figurar poderes concomitantes a los poderes expresos, porque el poder de crear un banco nacional, que eventualmente podía adquirir tierras y dada su naturaleza podía establecer un monopolio económico, era un gran poder que pasaba de ser un mero *medio*, a convertirse en una prerrogativa distinta, independiente y sustantiva. Por su parte, Thomas Jefferson también argumentó en contra de la constitucionalidad del banco, al analizar la clausula de los poderes necesarios y adecuados, el entonces secretario de estado afirmó que la palabra “necesario” implica solamente aquellos medios sin los cuales la atribución de poder sería vana, y no aquellos meramente “convenientes”. De otro modo, cualquier poder no taxativo podría admitirse, dada esta interpretación (refiriéndose a la interpretación de Hamilton) tan amplia.¹³

Hamilton sostenía que la soberanía contenía de forma implícita un principio más general, de acuerdo con el cual los poderes de los que está investido un Estado suponen un derecho a emplear todos los *medios* que resulten necesarios para la consecución de los *finés* de dicho poder siempre que esos medios no estén prohibidos por la constitución, y no sean inmorales o contrarios a los fines esenciales de la sociedad política.¹⁴ Para Hamilton el gobierno era una delegación de poder, y, por lo tanto, el poder del Congreso es limitado; pero el determinar cuál es el poder delegado es una cuestión de hecho, que debe decidirse mediante razonamiento e interpretación, tomando como base los principios y fines generales del gobierno¹⁵, concluyendo que la competencia para crear un banco era un poder implícito porque es simplemente un

¹² WOLFE, Op. Cit. p. 44

¹³ LIPSCOMB Andrew y BERGH Albert. *The Writings of Tomas Jefferson*. (Washington, D.C., Thomas Jefferson Memorial Association, 1939) 3: 145 ff. Official Papers 145. Opinion against the constitutionality of a National Bank. Link: <http://www.constitution.org/tj/jeff03.txt>.

¹⁴ The Works of Alexander Hamilton. Henry Cabot Lodge. (Boston, Houghton, Mifflin & Co., 1882), 3: 445. Citado por WOLFE, Op. Cit. p. 47.

¹⁵ *Ibid.*

medio para un *fin*, entonces, la pregunta correcta era si los medios empleados guardan una relación natural con los fines legítimos perseguidos por el gobierno.

La Corte Suprema declaró la constitucionalidad del banco, al argumentar que aunque la constitución no le da al congreso el poder específico de crear bancos, si le delega la posibilidad de crear impuestos y ordenar gastos, y un banco es un adecuado instrumento para asistir las operaciones del gobierno en la recolección y desembolso de los ingresos. Además, las leyes federales tienen supremacía sobre las estatales, y por tal razón, Maryland no tenía derecho de interferir en las operaciones del Banco, por medio de impuestos en éstas. Esta decisión estableció dos principios fundamentales:

1. La Constitución le concede al Congreso *poderes implícitos* para implementar los poderes expresos en ésta, en aras de la creación de una gobernabilidad funcional.
2. Las acciones de los estados no puede interferir con los ejercicios legítimos del gobierno federal¹⁶.

De igual importancia es la formulación que hace Marshall, en este caso, con respecto al principio del “departmental discretion”. Su primer argumento es del siguiente tenor: *“De acuerdo con la Constitución, la judicial es una rama creada al mismo tiempo, y procedente de la misma fuente que las ramas legislativas y ejecutivas. Ninguna rama es la representante de la totalidad, o de las otras dos... cada uno está confinado a su esfera de acción, prescrita por el pueblo de los Estados Unidos, y dentro de esa esfera cada quien ejerce su poder... en una cuestión judicial, la rama judicial es el Estado, y puede ejercer el poder judicial de los Estados Unidos”*.¹⁷

Aunque este argumento de Marshall ha sido visto como un simple esfuerzo de invocar el axioma de la separación de poderes para reforzar la idea del judicial review, su argumento es más concreto al sostener que el judicial review es una consecuencia lógica del principio del Departmental Discretion. Su segundo argumento reza: *“Todo el sistema político está fundado sobre la idea, que las ramas del poder son los agentes de la nación, y cumplirán, dentro de sus respectivas esferas, los deberes a ellas asignados... ¿A quién más seguro que a los jueces deben asignarse las cuestiones judiciales? ... para asegurar la imparcialidad, ellos son perfectamente independientes. No tienen ningún interés en agrandar el poder legislativo. Su*

¹⁶ *James McCulloch v. The State of Maryland, John James*. 17 U.S. (4 Wheat.) 316; 4.

¹⁷ GUNTHER, Gerald. *John Marshall's Defense of McCulloch v. Maryland*, Stanford University Press. 1970. p.156.

principal interés es la prosperidad pública, en la que se incluye la suya propia y la de sus familias... el pueblo es el autor de todo, las ramas del poder son sus agentes; y de no tener ningún interés, el juez está exento de cualquier interés político que pueda influenciar su opinión”.

Este argumento claramente ata la estructura del Estado al axioma republicano de que la soberanía descansa en el pueblo de Estados Unidos. Sin embargo, el propósito principal de Marshall no era intinar el principio del “departmental discretion” con la teoría republicana, más bien era proveer razones justificativas de la competencia de los jueces para la decisión de los llamados “judicial questions”, como quiera que se trataba de asuntos atinentes a la prosperidad pública, conflictos entre ciudadanos, y entre éstos y el Estado. La razón principal se fundaba en la idea de independencia de los jueces y la falta de intereses personales en los asuntos llamados a su decisión.

De esta forma, para 1819, Marshall había confeccionado conexiones conceptuales fuertes entre el principio de “departmental discretion”, el judicial review y dos axiomas fundamentales del republicanismo, a saber, la separación de los poderes del Estado y la soberanía popular. La consecuencia esperada por Marshall era la justificación del poder de los jueces para determinar que era un asunto justiciable, y que asunto le concernía a otra rama del poder empero, sus argumentos pueden ser entendidos en dos sentidos diferentes, en términos del judicial review, cuando una judicial question se presentara, entonces las cortes federales tenían total poder para revisar la constitucionalidad o legalidad de los actos de otra rama y en términos de test de escrutinio, cuando se configuraba una cuestión judicial con respecto a un acto de otra rama del poder, *no existía ninguna presunción sobre la legalidad o constitucionalidad de ese acto*, es decir, el único nivel de escrutinio era “estricto”. Así las cosas, cuando actos de otras ramas no comportaban cuestiones judiciales en sí mismos, las cortes federales no tenían ningún poder de control, en estos casos el judicial review sólo llegaba hasta la determinación del acto como no justiciable, en consecuencia, el principio del judicial review le cedía espacio al “departmental discretion”. La línea de argumentación de Marshall tenía un único propósito, cual era, el establecimiento de una teoría que permitiera determinar si un problema particular debía ser abocado por el sistema judicial o no.

Muchos fueron los casos, entre 1819 y 1855, que fueron decididos sobre la construcción teórica de Marshall, y, por lo tanto, declarados no justiciables. Sin embargo, la cuestión nunca fue tan sencilla de determinar, y los magistrados de la Corte Suprema parecieron tener problemas, en la primera mitad del siglo XIX, para establecer una línea divisoria entre los asuntos *políticos* y los *justiciables*. El Magistrado Woodbury en la opinión del *Caso Luther v. Borden* enunció una lista de 20 casos donde se había aplicado la distinción que se agrupaban en dos categorías, ejemplos de discreción ejecutiva no justiciable y ejemplos de discreción legislativa no justiciable. No obstante, algunos casos conocidos por la Corte Suprema en la época descrita muestran un panorama más complejo del que parece, y a pesar que en dichos casos se determinó que los actos estaban fuera de la providencia judicial, su argumentación sobre “*justiciabilidad*” implícitamente decidía sobre algunas cuestiones de fondo. Esto implicó que cualquier ejercicio del poder discrecional por parte de la rama ejecutiva o legislativa podía eventualmente ser sujeta al conocimiento de la rama judicial y, además, que si en la decisión de estos casos se aplicación del principio del “*departmental discretion*” se determinaba la no justiciabilidad del caso, algo que era en sí era un tipo de control. La posibilidad de que la Corte se convirtiera en la autoridad final en la determinación de sus competencias, fue uno de los principales inconvenientes de la jurisprudencia de dicho principio. De otro lado, el lenguaje de Marshall en *Marbury* y en *McCulloch* pareciera sugerir que la línea divisoria entre las cuestiones políticas y las cuestiones jurídicas fuera fácil de trazar. Sin embargo, dicha línea divisoria no fue fácil de trazar siempre y el *Caso Foster v. Neilson* es un ejemplo de la complejidad de la aplicación del principio del “*departmental discretion*”, dando una muestra clara que muchas de las decisiones tomadas por el ejecutivo y el legislativo podrían afectar derechos de los ciudadanos, además, los tratados sobre el estatus de la tierra con otros gobiernos era sólo un ejemplo. El caso *Foster* puso sobre el tapete una controversia sobre los poderes del Ejecutivo y del Senado para la regulación de las relaciones exteriores, en su responsabilidad en la firma y ratificación de tratados entre los Estados Unidos y otras naciones. En la lista de los 20 casos que cita el Juez Woodbury en *Luther v. Borden* como ejemplos de deferencia judicial hacia los actos de las otras ramas, diez de ellos involucraron el tema de las relaciones internacionales. Es más, el mismo Marshall desde el propio caso de *Marbury*, identificó las relaciones internacionales como ejemplo paradigmático de cuestiones que no eran justiciables, como quiera que hubieran sido facultades otorgadas al ejecutivo por la misma Constitución.

En suma, lo que sobresale de casos como *Foster v. Neilson*, *Luther v. Borden* y *Murray's lessee v. Hoboken Land and Improvement Co.*, es que los tres envuelven rasgos jurídicos que se conectan con la función esencial de otra rama del Estado y dónde esa rama realmente ejerció esa función. En el período entre la Guerra Civil y la Primera Guerra Mundial, dos nuevas características aparecieron en el panorama constitucional norteamericano que pusieron presión sobre las delgadas líneas entre lo político y lo jurídico. La primera es la Reconstrucción de las Enmiendas, especialmente la enmienda catorce de la igualdad, que contenía disposiciones que presuntamente engrandecían el rol de la Corte como controlador del poder de policía del legislador. La segunda es el crecimiento de la actividad legislativa, a nivel de los estados, pero en el siglo XX este crecimiento también se ve a nivel federal. La pregunta era si con ese crecimiento de la actividad de regulación legislativa en la vida de los ciudadanos, iba a aparecer un rol equivalente de la judicatura, en el control de la legislación, en la medida en que se luchaba con esta pregunta, la jurisprudencia del *departmental discretion* y la hasta ese momento desarticulada doctrina de los niveles de escrutinio empezaron a ser cuestionadas.

2.2.1.2. Entre los principios del *Departmental Discretion* y el *Judicial Review* en la revisión de la Legislación de los poderes de policía.

Las categorías de "legislativo" y "ejecutivo" creadas por la jurisprudencia del principio del *Departmental Discretion*, de acuerdo a las cuales algunos asuntos no eran justiciables, se volvieron menos efectivas porque después de la Guerra Civil empezó a aparecer más legislación sobre poderes de policía y, con ella más impugnaciones a esa legislación. Como quiera que con el reconocimiento de que la cláusula del debido proceso pudiera incorporar derechos adquiridos y principios anti-clasistas, el trabajo de trazar los límites entre el ejercicio del poder público y los derechos privados se empezó a convertir en una responsabilidad habitual de las Cortes. En un principio la Corte Suprema se resistió a esta labor, dándole continuidad a su jurisprudencia de la discrecionalidad de las ramas del poder al sostener que el poder legislativo para promover asuntos como la salud pública y la seguridad eran excluyentes del legislador y, por lo tanto, no justiciables. Sin embargo, el enfrentamiento cada vez más frecuente entre la cláusula del debido proceso y la legislación, la suposición de que los derechos privados debían ceder cada vez que la acción legislativa caracterizara sus actos como promotores de la salud pública o la seguridad, se volvió más difícil de sostener. La Corte reconoció que si la Cláusula del debido proceso imponía algunas restricciones sobre las legislaturas, la judicatura necesitaba decidir cuáles eran esas restricciones. El resultado fue que

las categorías creadas por la jurisprudencia del principio del “departmental discretion” no sirvieron más para definir el alcance de la legislación de policía. Entonces la tarea del trazo de límites (Boundary Tracing) necesitaba algo más: la respectiva categorización para saber que caía de un lado del límite como legítimo ejercicio del poder de policía y que caía en el terreno de lo impermisible por considerarse intrusiones en los derechos privados. *En lugar de equiparar el debido proceso con el alcance permisible del poder legislativo según lo determinado por el mismo legislador, las cortes equipararon el debido proceso con una línea de decisiones que categorizan algunas leyes como ejercicios validos del poder de policía y otras como usurpaciones invalidas en los derechos individuales. Así, una doctrina del debido proceso, confeccionada judicialmente, se convirtió en un sustituto del escrutinio judicial de los tipos de legislación.*

Los casos *Mugler v. Kansas* (1887) y *Powell v. Pennsylvania* (1888) son ejemplos de las colisiones entre la clausula del debido proceso y los poderes de regulación. En ambos, la Corte revisó legislación que prohibía la manufactura de cerveza para uso privado y otra que prohibía la venta de margarina. La corte consideró que ello se encontraba dentro de los dominios de los poderes de policía del estado. En *Mugler*, la Corte sostuvo: “*Si a juicio de la legislatura, la manufactura de licores para el uso propio quien lo hace... tendería a paralizar... el esfuerzo por proteger a la comunidad de los males que se desprenden de la ingesta de tales licores, no le corresponde a las Cortes ... desconocer la determinación legislativa de esa cuestión*” (*Mugler*, 123 U.S.). En *Powell* dijo que si los peligros provenientes de la margarina en el mercado-incluso cuando ésta es sana- requerían de la “completa supresión del negocio” era una “cuestión de política pública que le corresponde determinar a la rama legislativa”.¹⁸ La Corte, además, concluyó en *Mugler* que la clausula del debido proceso podría prevalecer si “una ley que se proponía proteger la salud pública, la moral pública, o la seguridad pública, no tenía *relación real o sustancial* con esos objetivos.”¹⁹ Así pues, es notable que ya desde el siglo XIX la Corte Suprema empezara a estructurar los que serían los elementos de los test de escrutinio.

A finales de dicho siglo, entre mayor era el compromiso de la Corte en el “trazo de límites” en los casos de uso de los poderes de policía y la clausula de debido proceso, mayor fue el afianzamiento del rol de la judicatura. El juez Brewer describió ese rol en 1893, aunque su propósito era el de confirmar el rango limitado de la Rama Judicial, cuando dijo: “Las Cortes no

¹⁸ *Powell v. Pennsylvania*. 127 U.S. 678 (1887).

¹⁹ *Powell*, 127. U.S.

tienen ni bolsa ni espada, no pueden corromper ni controlar arbitrariamente, no hacen leyes, no establecen ninguna política, nunca entran en el dominio de la acción popular. No gobiernan. Sus funciones... son limitadas a ver qué es lo que hace la acción popular para no pasar por encima de los derechos y la justicia como la establecen las constituciones escritas y el derecho natural”.²⁰ Estos comentarios de Brewer estaban enmarcados dentro de las definiciones convencionales de las funciones de la Rama Judicial y en la ortodoxia jurisprudencial del *departmental discretion*, ponen de presente que la Reconstrucción de las Enmiendas habían alterado esas funciones. Algunas de sus expresiones (No hacen leyes, no establecen ninguna política, nunca entran en el dominio de la acción popular) reafirman la existencia de límites claros entre la Judicial y otras ramas del poder. Sin embargo, de sus declaraciones también se desprende una imagen de las Cortes como veedores de potenciales intrusiones de las otras ramas en el dominio de los “derechos y la justicia”. Aunque comentarios reflejaron un terreno en el que la Rama Judicial no puede entrar, también planteó una imagen de los jueces como agentes puestos en el límite entre esa esfera y la esfera de los derechos privados, salvaguardando estos frente a los excesos de los actores públicos.

2.2.1.3. La regla del “error evidente”: Un paso hacia el escrutinio judicial deferente.

Mientras el juez Brewer hacía sus comentarios, otros reconocían el potencial de la reconstrucción de las enmiendas para el incremento del poder interpretativo de la Corte Suprema disolviendo las líneas entre las cuestiones judiciales y aquellas confinadas a la competencia de las otras ramas. James Bradley Thayer contrastó los contextos del régimen tradicional de la jurisprudencia del *departmental discretion* a principios del siglo XX. Thayer, después de una lectura de la Constitución concluye que el poder del legislador no sólo es un poder para promulgar leyes si no que es un poder para establecer una interpretación legítima de la constitución.²¹ Así, si un ciudadano consideraba que sus intereses privados están afectados por un acto del Congreso, el juez debía invalidarlo cuando aquellos que están facultados para crear leyes no sólo cometieron un error, sino uno que sea muy evidente. Invalidar un acto del Congreso cuando este ha sido producto de un simple error no es extralimitación de los poderes judiciales. Para 1901, Thayer presagiaba un incremento en la acción de control judicial, y sobre todo una interferencia de la judicatura en la legislación; debido

²⁰ BREWER, David P., Justice of the United States Supreme Court, *The Nation's Safeguard* (Ene. 17, 1893), en 13 PROC. N. Y. ST. B.A. 37, 46 (1893).

²¹ THAYER, James B. *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, 7 Harv. L. Rev 129 (1893).

al incremento del litigio y la aparición de nuevos problemas en los negocios, el gobierno y las políticas, incluyendo el crecimiento de las empresas y los cambios en las opiniones sobre asuntos sociales, como las relaciones entre capital y trabajo.

En los albores del siglo XX, Thayer temía que esa avalancha de nuevos problemas jurídicos y sociales fuera a tentar a las Cortes de perder de vista el principio del *departmental discretion*. Este autor sostenía que la Corte debía más bien, considerar lo estrecho que eran las funciones que la Constitución le había asignado y cuan amplia era la gama de obligaciones asignadas a las otras ramas, sobre todo la legislativa. Su propuesta era la de adoptar una regla de acuerdo con la cual no se debe declarar inexecutable ningún acto del legislador a menos que éste haya cometido un “error constitucional evidente”, de otra forma el juez debería mantener sus manos fuera del trabajo legislativo. Este enfoque de *judicial review* explica el por qué los tribunales de Estados Unidos revisan lo que hacen las otras ramas del poder y ello ha implicado la obtención de grandes logros. La regla del “error evidente” puede ser vista como un punto intermedio entre dos universos constitucionales²² diferentes que coexistieron brevemente durante el siglo XIX. Los casos de *departmental discretion* previos a la Guerra Civil reflejaron el universo tradicional y sus más sobresalientes categorías centradas en la justiciabilidad y las delgadas líneas entre lo judicial, lo legislativo y lo ejecutivo. El otro universo lo reflejó el incremento de controles judiciales de la legislación de poderes de policía bajo la cláusula del proceso debido, en donde las Cortes trataban de establecer la línea entre los poderes públicos y los derechos privados. En este universo la regla del “error evidente” servía como un sustituto del escrutinio judicial deferente.

En las primeras dos décadas del siglo XX, la Corte empezó a confeccionar una serie de formulas doctrinales que sirvieran como guía para el trabajo de trazar los límites entre los

²² Para Thayer estos universos se superponen porque él asume que todos los actos del legislador que plantean alguna cuestión constitucional es un juicio implícito sobre esa cuestión. Un acto visto desde el universo tradicional, su aprobación significaría un juicio legislativo sobre su validez legal y constitucional. Así, bajo los principios del *departmental discretion*, la legislatura es el juez apropiado para determinar los límites de su poder. Ahora bien, en los términos del universo de la jurisprudencia constitucional moderna, Thayer reconoce, que bajo la enmienda catorce, y otras disposiciones asimilables en las Constituciones Estatales, la actividad legislativa se ve avocada a reconocer ciertos límites impuestos. Sin embargo, si esas limitantes iban a ser declaradas por los jueces, entonces éstos deberían hacerlo de modo deferente, al reconocer que el legislador es el más autorizado intérprete constitucional. Conceptos doctrinales, como la regla del “error evidente”, fueron intentos para perpetuar el principio del *departmental discretion*, o en su defecto que mutara pero para convertirse en una forma de control judicial limitado. Con todo, en las primeras dos décadas del siglo XX, la Corte empezó a confeccionar una serie de formulas doctrinales que sirvieran como guía para el trabajo de trazar los límites entre los poderes públicos y los derechos privados.

poderes públicos y los derechos privados. Al tiempo que Estados Unidos entraba en la Primera Guerra Mundial en 1917, la jurisprudencia constitucional empezaba a sufrir algunos cambios importantes, en lo que respecta al uso de la metodología del “Boundary Tracing”, en 1923 este es descrito por un sector de la Corte así: “El límite del poder de policía, más allá del cual su ejercicio se convierte en una invasión de la garantía de libertad bajo los dictados de las Enmiendas Quince y Catorce”.²³ Rápidamente, esta herramienta de técnica jurídica se convirtió en la metodología usada siempre que se revisasen las acciones de las agencias administrativas federales y el alcance de los poderes del gobierno federal para regular el comercio. *El crecimiento masivo de la industria en el último cuarto del siglo XIX, obligó al Congreso a hacer intervenciones sólo para asegurar la libertad de competencia en el mercado. Y para ello el Congreso de los Estados Unidos escogió dos vías de intervención: la primera fue la aprobación de leyes que previnieran la combinación de capitales que tendían a disminuir la competencia, y la segunda fue la creación de Agencias Administrativas Federales, que iban a ser delegadas del Congreso en la regulación y vigilancia del comercio interestatal.*

El Interstate Commerce Act de 1887 y el Sherman Anti trust Act de 1890 constituyeron los primeros ejemplos de la intervención legislativa en la economía. El primero creó la agencia federal “Interstate Commerce Commission” (ICC), encargada de la regulación del comercio interestatal, y el segundo declaró que cualquier contrato, o intento de conspiración en contra del libre mercado, o cualquier intento de monopolio eran ilegales. A pesar de que en principio, estos dos actos del legislador parecieran estar libres del judicial review, la Corte en varios casos determinó que las palabras “cualquier combinación de capital en desmedro del libre cambio” podía verse limitada por algunos principios doctrinales del common law, y confeccionó una regla de acuerdo con la cual fue posible hacer algunas excepciones de prácticas monopolísticas que no entraban dentro del alcance de estas leyes. Es decir, la Corte no renunció al control. Si estos casos se miran como ejemplos de Boundary Tracing, análogos a los casos de poder de policía-debido proceso, son esfuerzos por implementar el common law y las doctrinas constitucionales –ahora asociadas con la cláusula de comercio- para alcanzar las mismas separaciones de invasiones impermisibles en los derechos privados y los usos permisibles del poder público de los que habló la Corte en los casos de poderes de policía de los Estados. Frente a los casos de la Cláusula de Comercio la Corte enfrentó un problema parecido al enfrentado con los casos del poder de policía de los Estados bajo la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce.

²³ Adkins V. Children’s Hospital., 261 U.S. 525,562 (1923) (Salvamento de Voto: Magistrado Taft).

La Corte reconoció que podía hacer una cosa de dos posibles: podía tratar el esfuerzo legislativo de ejercer los poderes de policía como un juicio definitivo sobre la constitucionalidad de ese ejercicio y dejar que el legislador definiera su propio alcance frente a sus poderes de policía y el debido proceso, o podía ponerse a la tarea de *trazar límites*. Con los casos del Interstate Commerce Act y el Sherman Act, ocurrió algo similar. Pudo tratar la existencia de un poder federal sobre el estatal como una justificación suficiente para regular las prácticas de “combinación de capitales” y demás prácticas mercantiles interestatales, o podía decidir dónde terminaba el control federal sobre el comercio interestatal y dónde empezaban otros regímenes, en especial aquellos en los que los individuos pudieran perseguir sus propios objetivos económicos con libertad de la regulación gubernamental. La Corte eligió el control de constitucionalidad, y concluyó que el comercio tiene definiciones limitadas, por lo tanto, de la misma manera, el poder federal sobre el comercio está limitado. El resultado fue que la Corte empezó a ejercer control sobre todas las políticas y actos de las agencias administrativas federales. En ese proceso la Corte fue creando una red doctrinal basada en las interpretaciones del Sherman Act e Interstate Commerce Act. Cuando empezó a revisar los actos de las agencias administrativas federales el robusto principio del “departmental discretion” todavía existía. En este contexto, es posible ver las interpretaciones sobre la Cláusula de Comercio y las del Debido Proceso como los equivalentes funcionales de las decisiones de los niveles de escrutinio. El principio del departmental discretion y su concepción de justiciabilidad empezaron a quedar obsoletos frente a la nueva concepción de control constitucional de las leyes expedidas por el Congreso, que presuntamente representaban invasiones en los derechos individuales. En su lugar, la Corte empezaría a trazar el alcance de los poderes desde la resolución de casos concretos.

Así, mientras la justiciabilidad se convirtió en un instrumento analítico, en los casos de control de actos de las otras ramas, lo que quedó fue simplemente una línea divisoria entre lo permisible y lo impermisible bajo las cláusulas de comercio y debido proceso. En ese desarrollo jurisprudencial, fueron apareciendo categorías jurídicas como las de “directo” e “indirecto” en lo que se refiere a los efectos de una actividad de comercio interestatal, o “razonable” versus “irrazonable” sobre las restricciones al comercio, negocios “privados” o aquellos que “afectan el interés público.” Estas distinciones servían como señales para la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos de las otras ramas y el ejercicio del judicial review estaba

controlado por los mismos desarrollos doctrinales de la misma Corte, y poco a poco se desvaneció la idea de Ramas que ejercían sus poderes dentro de sus esferas discrecionales. Se trataba sin duda, de un nuevo régimen en el que las formulas doctrinales de la Corte determinaban el espectro discrecional de las otras ramas del poder, que reemplazaba el régimen tradicional en el que convivían los principios del judicial review y el departmental discretion. Mientras este panorama acaba de tomar forma, surgían preguntas sobre la autoridad de la Corte para hacer esas determinaciones. Esa autoridad reposaba en los principios de la Teoría Republicana, sin embargo ésta misma se iba a ver cuestionada en el siglo XX.

2.3. LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DEL JUDICIAL REVIEW

En la primera mitad del siglo XX, una nueva concepción del rol del juez vuelve a aparecer: la de intérprete constitucional. *En lugar de ser glosadores de la Constitución se convirtieron en constructores de ésta.* Su nuevo rol les imponía la modificación de los significados constitucionales para que se pudieran adaptar a las nuevas condiciones sociales y económicas de la modernidad. Ahora, las decisiones de los jueces debían ser vistas como ejercicios de la política pública, con contenidos ideológicos definidos. Es en este escenario, donde los niveles de escrutinio hacen su aparición.

El principio del *departmental discretion* que rigió en la era de la jurisprudencia tradicional decimonónica, se fundamentaba en dos axiomas republicanos: La constitución existe para asegurar los derechos de los individuos frente a las usurpaciones de los gobiernos y que el poder judicial, en lugar de crear Derecho, lo declaraba. Estos axiomas, netamente republicanos, empezaron a verse rezagados frente a las nuevas corrientes políticas. Es que precisamente, un sector de la academia norteamericana argumentaba que el republicanism no era totalmente compatible con la modernidad.²⁴ Ésta fue vista como el encuentro de un capitalismo industrializado con teorías seculares del conocimiento humano que reposan en las contribuciones científicas y no en los dogmas religiosos; en este panorama, el ser humano era capaz de transformar su entorno, así pues, ser moderno implicaba tener poder para influir en el desarrollo del universo²⁵. La nueva concepción política daba importancia a los ciudadanos como hacedores de su futuro y de sus destinos como sociedad. El constitucionalismo Democrático enfatizaba en la necesidad de que el Estado promoviera dos especies de derechos. La *primera*

²⁴ Ver ROSS, Dorothy. *The Origins of American Social Science*. Cambridge University Press (March 27, 1992).

²⁵ WHITE, Edward. *The Constitution and the New Deal*. Harvard University Press.2000. p.5.

es la inclusión de derechos para todos los ciudadanos para la intervención y participación en los asuntos públicos; derechos como la libertad de expresión, libertad de religión, y acceso irrestricto a las deliberaciones públicas. La *segunda* especie relevaba la necesidad de establecer reglas de juego justas para los trabajadores, como el establecimiento de un mínimo salarial y un máximo número de horas. Este nuevo catálogo axiológico frente a los derechos, y otros eventos, como la depresión económica de 1929, le dieron al Estado Federal un rol más activo en la promoción de políticas económicas e intervencionistas.

No obstante, al tiempo que el papel del Estado y su actividad crecían, los jueces debieron buscar la forma de enfrentarse a una concepción ampliada de los derechos y el Estado, para ello, la Corte acudió a su doctrina sobre la interpretación de la Constitución en el tiempo. Como lo había dicho Marshall en *McCulloch v. Maryland*: “La constitución está diseñada para adaptarse a los variados asuntos de los problemas humanos.”²⁶ Para Marshall y sus contemporáneos el hecho de que las disposiciones constitucionales fueran capaces de adaptarse para resolver nuevos problemas, en manera alguna implicaba el cambio de significado de éstas. Empero, la visión republicana de Marshall no era tan acogida en la primera mitad del siglo XX, ya que cuando los jueces adaptan una disposición constitucional para aplicarla a una nueva controversia, que los fundadores no habían previsto, no sólo se está reconociendo que la norma constitucional es apropiada en la resolución del problema sino el de admitir que esa adaptación implica un nuevo significado de la norma Constitucional.²⁷ De acuerdo con esta visión, la Constitución es un documento vivo cuyo contenido puede cambiar con las condiciones sociales y económicas variables, y más importante, que los jueces al intervenir en la mutación de los significados de las normas constitucionales, están haciendo Derecho, es precisamente esa, la consecuencia que le atribuyen a los jueces quienes suscriben la tesis de la “Living Constitution” o Constitución Viviente.

2.3.1. Análisis de Casos desde el enfoque de la “Living Constitution”

En el caso Chicago, *Burlington & Quincy Railroad v. Chicago*, la Corte concluyó que la cláusula del proceso debido de la Enmienda Catorce exigía que los Estados ofrecieran justas compensaciones en los casos de expropiación de propiedad privada para usos públicos.²⁸ Bajo esta perspectiva, la garantía de que el Estado no podía expropiar para uso público sin una

²⁶ *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316,415 (1819).

²⁷ WHITE, Op. Cit. 2000.p. 269.

²⁸ 166 U.S. 226 (1987).

indemnización justa, era una forma de decir que la Judicatura tenía una obligación de determinar, en los casos de poderes de policía, si las medidas adoptadas por el legislador eran razonables. Por ello, la Corte empezó a incorporar derechos en las Enmiendas de la Constitución, en una línea de casos entre 1925 y 1938. Casos que envolvían problemas relacionados con la libertad de prensa²⁹, libre ejercicio de la religión³⁰, o derecho de reunión pacífica³¹, de la Enmienda Primera, la Corte explícitamente dice que se incorporan derechos a la enmienda. En otros casos, referentes a la Sexta Enmienda, en los que la Corte identifica derechos de los acusados a ser asistidos por un abogado³², y a ser informado y explicado sobre los cargos en su contra³³. El lenguaje de la Corte es más general, al hablar de la concepción del debido proceso legal, en este punto el nivel del control se hacía estricto, bajo las razones de fundamentalidad de los derechos en juego, pero, a pesar de la existencia de la doctrina de “los derechos incorporados”, en otros casos resueltos el control no fue todo lo estricto que hubiere sido de desear. En el Caso *Carolene Products v. United States*, la Corte dijo: *“Podría existir un margen más estrecho para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece claramente caer dentro de una prohibición específica de la Constitución, como la de las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando quedan incluidas por la Enmienda Decimocuarta. Véase Stromberg v. California. No es necesario examinar ahora si las leyes que restringen aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que logren la derogación de legislación indeseable, deben ser sometidas a un escrutinio judicial más estricto en virtud de la prohibición general de la Enmienda Decimocuarta que la mayor parte de los otros tipos de legislación”*.

En 1938, la Corte consideró la constitucionalidad del Filled Milk Act de 1923³⁴, mediante el cual el Congreso prohibió el envío entre estados de leche desnatada que contenía grasa o aceites

²⁹ *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 707 (1931)

³⁰ *Hamilton v. Regents of University of California*. 293 U.S. (1934).

³¹ *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. (1937).

³² *Powell v. Alabama*, 287. U.S. 45, 71, (1932).

³³ *Conally v. Gen. Constr. Co.*, 269 U.S. 385,391 (1926).

³⁴ A continuación se transcribe el famoso pie de página cuatro: “Podría existir un margen más estrecho para el funcionamiento de la presunción de constitucionalidad de una ley cuando la legislación parece claramente caer dentro de una prohibición específica de la Constitución, como la de las primeras diez enmiendas, que se consideran igualmente específicas cuando quedan incluidas por la Enmienda Decimocuarta. Véase *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359 de 369- 370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 452. No es necesario examinar ahora si las leyes que restringen aquellos procesos políticos de los que normalmente se espera que logren la derogación de legislación indeseable, deben ser sometidas a un escrutinio judicial más estricto en virtud de la prohibición general de la Enmienda Decimocuarta que la mayor parte de los otros tipos de legislación. Sobre las restricciones del derecho al voto, véase *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536, *Nixon v. Condon*, 286 U. S. 73; sobre restricciones a la difusión de información, véase *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U. S. 697, 283 U. S. 713-714, 283 U. S. 718-720, 283 U. S. 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U. S. 233; *Lovell v. Griffin*, *supra*; sobre interferencias

provenientes de productos diferentes a la leche. La compañía Carolene Products manufacturaba una versión de leche desnatada, Milnut, que reemplazaba la mantequilla (butter) con leche de coco, por lo que fue acusada frente a un jurado federal por la violación de la ley mencionada. La compañía argumentó que la ley excedía los poderes del Congreso para la regulación del comercio violándose así proceso debido, ya que no existía ningún hecho que corroborara que sus productos carecían de valor nutricional. El juez Stone deja de lado el argumento de la cláusula de comercio –el Congreso puede excluir artículos del comercio interestatal siempre que encontrara que eran perjudiciales para la salud pública³⁵, para concentrarse en el argumento del debido proceso. La Corte dejó claro que el Congreso podía prohibir la venta de productos, incluso nutritivos, si se descubría que su venta implicaba un fraude para el público. Stone mostró evidencia que el Milnut era “indistinguible” de la leche desnatada hecha con “butterfat”, y de esa forma se hacía fácil su distribución, y difícil la protección del consumidor. El único asunto serio pareció ser si el Congreso necesitaba basar su decisión de prohibición del Milnut, en algunos descubrimientos fácticos de que el producto no era saludable o era engañoso. Ese asunto no fue tan problemático en el caso *Carolene*, porque el Congreso basó su declaración de que la leche ligada era mala para la salud siendo un fraude para el público según informes del Senado y el Comité de la Cámara. Sin embargo, el juez Stone aprovechó el caso para hacer unos comentarios más generales sobre la postura de la Corte hacia el control constitucional de la legislación³⁶.

con organizaciones políticas, véase *Stromberg v. California*, *supra*, 283 U. S. 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U. S. 380; *Whitney v. California*, 274 U. S. 357, 274 U. S. 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U. S. 242, and see Holmes, J., in *Gitlow v. New York*, 268 U. S. 652, 268 U. S. 673; en cuanto a la prohibición de reunión pacífica, véase *De Jonge v. Oregon*, 299 U. S. 353, 299 U. S. 365.

Tampoco es necesario examinar si consideraciones similares se aplican a la revisión de leyes dirigidas a minorías religiosas, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U. S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U. S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U. S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U. S. 284, o raciales en particular, *Nixon v. Herndon*, *supra*, *Nixon v. Condon*, *supra*; si el prejuicio contra minorías discretas e insulares puede ser una condición especial, que tiende a limitar seriamente el funcionamiento de aquellos procesos políticos en los que regularmente podemos confiar para la protección de las minorías, y que pueden en consecuencia necesitar una mayor supervisión judicial. Comparar 17 U. S. 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U. S. 177, 303 U. S. 184, n 2, y los casos citados”.

³⁵ *Champion v. Ames* (The lottery case), 188 U.S. 321 (1903); *Hipolite Egg Co. v. United States*, 220 U.S. 45 (1911): El Congreso puede hacer uso de poder de comercio para proteger la salubridad pública, el bienestar y las buenas costumbres. *Carolene Products.*, 304 U.S. en 147.

³⁶ La Corte empieza por sostener que ningún pronunciamiento legislativo puede prevenir un ataque sobre la constitucionalidad de la prohibición que promulga, mediante el uso de “epítetos oprobiosos” que caracterizan los males del objeto de la prohibición. Tampoco podía una ley vetar la refutación probatoria, en procesos judiciales, de los elementos que demostrarían una carencia de base racional (Rational Basis) para su exequibilidad. Pero que no era necesario fundamentar la legislación de regulación de transacciones comerciales ordinarias, en argumentos fácticos. La existencia de hechos que apoyan el juicio legislativo debía ser presumida por las Cortes. Sólo cuando existieran otros hechos que pusieran en duda la presunción que la legislación reposa sobre una base racional dentro del conocimiento y experiencia de los legisladores, entonces la Corte debía abandonar esa presunción de constitucionalidad. En suma, la Corte presumía la base racional (Rational Basis), y por ende, la constitucionalidad

Aunque presumir la constitucionalidad de toda una categoría de legislación fue una notable característica de la opinión de Stone en el caso *Carolene*, la idea de tratar tal legislación como constitucional, es decir, racional y no arbitraria, ya había sido expuesta en dos decisiones anteriores.³⁷ Aquellos casos indicaron que la Corte podía abandonar la tarea de trazar límites entre lo permisible y lo impermisible en el control de legislación económica. La característica totalmente nueva del caso *Carolene* es que la presunción de constitucionalidad no se podía extender a otra línea de casos. La primera línea de su pie de página cuatro, es prueba de ello, y leído en conjunto con la afirmación de la Corte en el caso *Palko*³⁸, es deducible que la Corte estaba encaminada a establecer una jerarquía de derechos constitucionalmente protegidos. El principal efecto del pie de página cuatro era, en últimas, la creación de diferentes niveles de escrutinio judicial para diferentes tipos de legislación. Dichos niveles de escrutinio se pusieron en marcha con algunos comentarios dispersos de la Corte en casos habidos entre 1930 y 1940, en el caso *Schneider v. State*³⁹, se analiza una ordenanza anti-basura dirigida a un testigo de Jehová que distribuía literatura religiosa en público. La Corte trató el caso como un uso ordinario de poder de policía, sin embargo se dijo que la libertad de expresión y de prensa son derechos fundamentales. Además, las preferencias o creencias legislativas respecto a asuntos de conveniencia pública podían muy bien apoyar regulaciones dirigidas a otras actividades personales, pero que éstas (preferencias o creencias) eran insuficientes para justificar tales disminuciones a los ejercicios de derechos tan fundamentales para el mantenimiento de las instituciones democráticas.

La formulación que hace la Corte en *Schneider* puede derivar tres proposiciones diferentes. La *primera* es que la legislación que restrinja derechos fundamentales sería tratada de forma diferente de otro tipo de legislación. Que una medida legislativa que busca la conveniencia

de las transacciones comerciales ordinarias. Así, la legislatura no estaba en la obligación de ofrecer ninguna fundamentación para este tipo de leyes, la carga de la prueba reposaba en los demandantes, que debían demostrar que la ley en cuestión, carecía de la mínima razonabilidad. **Fue esta la primera vez que la Corte Suprema generalizó una categoría completa de legislación, presumiéndola constitucional. En la práctica, tenía el mismo efecto que el principio del *departmental discretion* del siglo XIX -reconocer discrecionalidad a una rama del poder para la regulación de ciertos asuntos.**

³⁷ *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937); *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).

³⁸ *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319. (1937): "la libertad de pensamiento y de expresión son derechos fundamentales".

³⁹ 308 U.S. 147 (1939).

pública es justificable siempre que no restrinja el ejercicio de derechos fundamentales, por tal motivo, cuando la medida involucraba restricciones en derechos fundamentales, era necesaria una mejor justificación. En últimas, esta primera proposición se refiere a los niveles de escrutinio por aplicar a los diferentes tipos de legislación, y se encuentra en clara concordancia con las primeras líneas del pie de página cuatro del caso *Carolene*. La *segunda* es que la Corte reconoce que la libertad de expresión y de prensa son derechos fundamentales. Esta afirmación sugería que unos derechos podían ser menos fundamentales que otros, y que la respuesta de la Corte a la legislación podría variar, como el Juez Hughes le dice al juez Stone en la carta que el primero le envió al segundo a propósito del caso *Carolene*, dependiendo de la naturaleza del derecho invocado.⁴⁰ Finalmente, la *tercera* es que tanto la libertad de prensa como de expresión eran expresiones fundamentales para el mantenimiento de las instituciones democráticas.

En otro caso importante de la década de los cuarenta, *West Virginia State Board of Education v. Barnette*⁴¹, la Corte concluye que los estados no podían obligar a los hijos de los testigos de Jehová a saludar la bandera en las escuelas públicas. La Corte ahora “calificó la libertad de cultos como un derecho fundamental que había sido excluido del Bill of Rights por las vicisitudes de las controversias políticas”. Por lo expuesto, el juez Jackson une las tres proposiciones expuestas por Roberts en *Schneider* en la forma de un nuevo estándar de judicial review en casos que involucran legislación que interfiere con derechos fundamentales, al afirmar que *“El derecho del Estado para regular, por ejemplo, una utilidad pública puede incluir, en lo que al test del debido proceso se refiere, poder para imponer todas las restricciones de las que la legislatura tenga una base racional (rational basis) para adoptar. Pero las libertades de expresión, de prensa y de cultos no pueden ser infringidas por tales razones. Éstas están sujetas a restricción solamente para prevenir graves e inmediatos peligros a los intereses que el Estado está obligado a proteger”*⁴². De esta manera la Corte había hecho un conjunto de asociaciones entre la idea de derechos incorporados, democracia, y el estándar apropiado de revisión constitucional de la legislación. En primer lugar, la Corte le dio mayor importancia a los derechos específicamente enumerados en el texto constitucional, en lugar de

⁴⁰ Carta del Chief Justice Hughes al Justice Stone (abril. 18, 1938). Citada en AMERICAN CONSTITUTIONAL INTERPRETATION (3rd Ed), by Walter F. Murphy, James E. Fleming, Sotirios A. Barber, and Stephen Macedo. NY: Foundation Press 2003. Pp 486.487. ISBN: 1566629691.

⁴¹ 319. U.S 624 (1943).

⁴² Ibid.

los derechos surgidos de las “glosas jurisprudenciales”, aunque no todos los derechos del Bill of Rights fueron incluidos en el proceso debido, sólo los fundamentales, la jurisprudencia de la Corte entendió estos derechos como esenciales para un régimen de libertad ordenada.

Cuando la legislación infringía derechos fundamentales la Corte requería a la legislatura para que mostrara más que una base razonable para la restricción, ahora era necesario demostrar peligros graves e inmediatos a los intereses que el Estado debía proteger, por lo que la carga probatoria era más fuerte cuando se trataba de derechos fundamentales que cuando eran otro tipo de derechos puestos a consideración del control. En este punto, la Corte había empezado su jurisprudencia de los niveles de escrutinio. En el caso *Skinner v. Oklahoma*,⁴³ un hombre que había sido condenado una vez por robar pollos, y dos veces por robo a mano armada, impugnó un estatuto estatal que establecía la esterilización para criminales habituales. La esterilización estaba concebida para delitos que implicaban alguna depravación moral, con excepción de algunos delitos como la malversación de fondos, violaciones a prohibiciones legales menores u ofensas políticas. Aunque los procesados eran provistos de juicios públicos, con jurados, la única cuestión polémica era si la salud del procesado se vería afectada por el procedimiento de esterilización. Las razones públicas y morales parecían evidentes, a pesar de las numerosas excepciones que traía la ley. La mayoría de la Corte acompañó al Juez Douglas en la afirmación de que el caso Skinner no era uno de poder policía sino de derecho a la protección igual. El argumento de Douglas se basó en el hecho de que la ley excluía a aquellos que cometían malversación pero si incluía a aquellos que cometían robo en propiedad ajena o fraude. La Corte determinó que la distinción era una clara discriminación de individuos, porque la ley reposaba sobre un trato desigual de personas que habían cometido ofensas sustancialmente iguales, esterilizando a unos y dejando incólumes a otros.

Douglas siguió explicando que la legislatura podía clasificar diferentes tipos de problemas pero sin violar la cláusula de igual protección. Podía, por ejemplo, clasificar los delitos e imponer diferentes penas. La legislación estudiada en *Skinner* restringía uno de los derechos civiles básicos de los hombres el del matrimonio y la procreación fundamentales para la existencia misma de la raza. Una persona esterilizada estaba para siempre privada de una libertad básica.

⁴³ 316. U.S. 535 (1942).

“Así, el escrutinio estricto de la clasificación hecha por la ley era esencial,” y era estricto el escrutinio porque los derechos afectados por el estatuto de Oklahoma eran fundamentales. En *Korematsu v. United States*,⁴⁴ un ciudadano americano descendiente de un japonés impugnó una orden militar que lo obligaba a reportarse a un “centro de concentración” en West Coast. La milicia usaba esos centros para detener personas con ancestros japoneses hasta que fueran llevados a “relocation centers” u ordenados para que regresaran a sus casas siempre que fuera lejos de zonas militares. Después de ser procesado y condenado por permanecer en casa, desafiando la orden, Korematsu sostuvo que la orden era una violación inconstitucional de la clausula de la Protección Igual. El demandante arguyó que la orden militar estaba basada en la raza y no en la seguridad nacional, como quiera que singularizó personas con ancestros japoneses, cuando debió también incluir a los alemanes e italianos, pues Estados Unidos también se encontraba en guerra con estos países. La Corte confirmó la orden, no sin antes decir que todas las restricciones que todas las órdenes legales que limitan los derechos civiles de grupos raciales particulares *eran inmediatamente sospechosas*, y por lo tanto, debían estar sujetas al más estricto escrutinio. A pesar que la Corte apoyó la decisión del Gobierno porque el país se encontraba en guerra con el imperio japonés, se creó una característica nodal del escrutinio estricto, cuales es la de las categorías legislativas sospechosas.

Podemos concluir, luego de este esbozo histórico, que la toma de las posiciones explicadas resultaría, a principios del siglo XX, en una jurisprudencia de niveles de escrutinio. En 1940, una línea de casos reforzarían esta jurisprudencia y los argumentos de la Protección Igual se volvieron cada vez más fuertes en la medida que la Corte enfrentó casos de segregación racial. Las consideraciones hechas en *Skinner* se volvieron actuales en los casos en que los estados pretendían prevenir que niños de diferentes razas fueran a las mismas escuelas,⁴⁵ o que se casaran personas de diferente raza.⁴⁶ Una vez la Corte estableció el escrutinio estricto en estos casos, se debió debatir entre los criterios discriminadores, sexo, raza, extranjería, preferencias sexuales. Para 1970, aparece el escrutinio intermedio para los casos de discriminación por género⁴⁷. La jurisprudencia de niveles de escrutinio quedaba así consolidada alrededor de los derechos fundamentales, los cuales jugaron un papel crucial en la consolidación de los niveles de escrutinio. En casos de la década de los 60s, la Corte exigió de las leyes que prohibían la

⁴⁴ 323 U.S. 214 (1944).

⁴⁵ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁴⁶ *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 190 (1967).

⁴⁷ *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

diseminación de información de control de natalidad a las parejas casadas⁴⁸ y a las personas solteras⁴⁹, o que prevenían a las mujeres de terminar sus embarazos, reposaran sobre más que una base racional (rational basis), porque la opción de tomar decisiones personales íntimas era fundamental. El tránsito del departmental discretion al Bourdary Tracing y, finalmente, a los niveles de escrutinio es un giro a la teoría democrática ya que la técnica de las presunciones de constitucionalidad relevó a la Corte de tener que controlar los actos de ramas popularmente elegidas. Sin embargo, cuando se trató de derechos que la Corte estimó que no podían ser infringidos por la mayoría, incluso en una sociedad regida por la regla mayoritaria, por lo que el control debía ser robusto. En esta tarea jugó un papel importante la cláusula del debido proceso de la Enmienda Catorce. Los casos de discriminación racial, y los de restricción a la libertad de expresión en el periodo de anti-comunismo anterior a la Guerra Fría y actitudes estatales frente a la sexualidad, es decir, en la medida en que el legislador hiciera clasificaciones en torno a la raza u otras características segregacionistas endémicas, como reprimir la libertad de expresión, o reforzar los tabúes sexuales, siempre fueron declaradas como inconsistentes con los axiomas básicos de la democracia y la filosofía de los derechos fundamentales.

A lo largo de la historia de la jurisprudencia de niveles de escrutinio han sido numerosas las críticas, la principal es la de ser mera racionalización de resultados ideológicamente predeterminados; sin embargo, lo dicho demuestra que no es posible una solución definitiva al problema de reconciliar el control constitucional con una teoría política. Todas las “soluciones” previas, republicanism, principio del departmental discretion, Bourdary Tracing, presunciones de constitucionalidad o niveles de escrutinio, tuvieron su éxito en su específico período histórico. En un punto de la historia, la Jurisprudencia Constitucional Norteamericana presumió que era inteligible la distinción entre cuestiones justiciables y cuestiones políticas. En otro punto, presumió que los límites entre el poder público y los derechos privados podían ser trazados de forma coherente. En otro, presumió que había una clara diferencia entre la legislación merecedora de un escrutinio robusto y la merecedora de uno mínimo⁵⁰.

⁴⁸ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

⁴⁹ Eisenstadt v. Baird, 405 U.S. 438 (1972).

⁵⁰ **Esas presunciones no provinieron de la Constitución o de alguna otra fuente jurídica, sino que encontraron su fuente en un conjunto de actitudes sociales y políticas compartidas que le dieron forma al rol de la Judicatura en el constitucionalismo norteamericano.** En la medida que cambiaron esas actitudes, las presunciones cambiaron con ellas ya que ningún régimen interpretativo se puede demeritar o declarar superior al otro. Los niveles de escrutinio tienen una historia en Estados Unidos de ochenta años, en Colombia cuenta con una de veinte años; no obstante, entender su historia es comprender su estatus contingente.

3. CONCEPTUALIZACIÓN TEÓRICA DE LOS TEST

La utilización de los Test de Ponderación responde a la necesidad de establecer un sistema coherente a nivel formal y material, el cual no se distancie de la anhelada racionalidad, y que además, nos marque un derrotero en la puesta en escena de derechos fundamentales o principios constitucionales que se encuentren enfrentados, cuidamos de no mencionar la palabra “conflicto” pues hay quienes sostienen que entre principios constitucionales lo que existe en un conflicto aparente y niegan catalogar el enfrentamiento de Principios como conflictivo. Empero, para no detenerme constantemente en tal precisión, a la puesta en escena de dos principios o derechos fundamentales en colisión, la reconoceremos como problemática.

En Colombia, se ha presentado una respuesta “correcta” al interrogante qué hacer cuando dos derechos fundamentales o principios constitucionales chocan entre sí, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ostenta la única respuesta cuanto se está en presencia de antinomias constitucionales. La precisión conceptual elaborada en el presente capítulo ofrece una visión más allá de lo que podríamos encontrar en la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando utiliza la ponderación, el Test de proporcionalidad y demás sub reglas y niveles de escrutinio a la hora de resolver un conflicto constitucional. Para comprender las teorías que gravitan alrededor de la de Ponderación, es ineludible entender previamente la situación en que se encuentran ciertas categorías esenciales, para así introducir sin obstáculos conceptuales el núcleo esencial de la presente conceptualización. En un primer momento será vista la diferencia entre Reglas y Principios en cuanto a su modo de aplicación y método de resolución de conflictos; después de ello, se mostrara la clasificación de concepciones sobre la ponderación, sus diferencias, ventajas y puntos cuestionables; para así llegar a la descripción de las características de los distintos Test de Ponderación reconocidos internacionalmente.

3.1. REGLAS Y PRINCIPIOS

Dos criterios de diferenciación nos interesan: la forma de aplicación y el método para resolver los conflictos; así, una Regla se diferencia de un Principio en que la primera, es aplicable a un

caso particular a través de la subsunción lógico – deductiva, de suerte que bástese con verificar el cumplimiento del supuesto de hecho de la norma en lo acaecido para resolver de acuerdo a la consecuencia preestablecida por la norma. Tomemos un sencillo e hipotético ejemplo, Art. 203: El contratista que incumpla el contrato, deberá indemnizar a la contraparte una suma equivalente al doble de la prestación acordada; de esta manera, frente al caso: Sujeto S1 conviene con S2, que este último debe construir una casa en tres meses, y al paso del término S2 no ha realizado gestión alguna tendiente a la construcción de la vivienda. Diremos con facilidad, que el caso planteado se adecua a la hipotética norma del Art 203, ya que aquel se subsume en el supuesto de hecho de la norma, y por lo tanto, se debe aplicar la consecuencia prevista.

Así, un conflicto entre normas jurídicas de naturaleza ordinaria, goza de diferentes opciones, todas enmarcadas en los métodos de resolución de antinomias: ley posterior deroga la anterior, ley superior deroga ley inferior y ley especial deroga la general, criterio cronológico, de jerarquía y de especialidad respectivamente; por ejemplo: entre un norma ordinaria que prescribe la posibilidad de reformar en perjuicio de apelante único, frente a la norma constitucional del artículo 31 CN, prohibición de la *reformatio in pejus*, la jerarquía de la norma resuelve de plano el conflicto que alguien podría avistar entre ambas disposiciones, o una ley promulgada en el presente año deroga tácitamente las disposiciones pasadas que la contrapongan.

De otra arista, continuando con la hipótesis, tenemos el principio de la libertad de expresión, redactado en una constitución liberal hipotética también al tenor de la siguiente letra: Toda persona tiene derecho a la libre expresión, sin más límite que el nacido de los derechos y libertades de los demás, ante esto, se dirá que por ser expresión de un principio, su aplicación es problemática, por su textura abierta, contienen un sin número de situaciones no especificadas en el texto que los contenga, por ello los principios son definidos como mandatos de optimización, “*deberes que ordenan que algo sea realizado en la mayor media posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes*”⁵¹, su aplicación no es posible a través de la subsunción, sino a través de la optimización de los mismos, se realizan en mayor o menor grado.

Cuando de derechos fundamentales o principios constitucionales hablamos, ambos gozan del mismo nivel de jerarquía, promulgados al mismo tiempo en la expedición de la constitución que los contenga, en este caso, por esto la resolución del conflicto no podría venir de los métodos de resolución de

⁵¹ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales: En Revista Española De Derecho Constitucional. 66: p. 13-64.

antinomia de reglas, sino que se ha visto como necesario resolver los conflictos constitucionales a través de la Ponderación, y esto, porque los principios tienen un peso abstracto y concreto, el cual los obliga a ser medidos a efectos de determinar quien tiene más peso concreto que el otro en determinadas circunstancias. Las Reglas por el contrario no son susceptibles de medición, su ubicación en una balanza no arrojaría ninguna variación, los Principios sí.

Así las cosas, se ha polarizado el método de aplicación y la forma como se resuelven los conflictos de las Reglas y los Principios. Los primeros se aplican a través de la subsunción y su resolución de enfrentamientos se procede a través de los cánones de antinomias, por otro lado, los principios constitucionales no se aplican a través de la subsunción, sino que se optimizan, y sus conflictos se resuelven a través de la Ponderación.

En la presente investigación, el tema central gira alrededor de los conflictos constitucionales resueltos vía ponderación por intermedio de los Test de Ponderación, examen al que es sometido un caso que contenga, como embrión, un choque u afectación de derechos o principios constitucionales. La conexión entre el problema y la forma de resolverlo aun está sometida a debate, empero, la respuesta que se impone a nivel doctrinal y jurisprudencial ha sido la utilización de la Ponderación en sus distintas formas, por ello, será el actor principal a estudiar detenidamente y a renglón seguido.

3.2. LA PONDERACIÓN

Si tuviésemos que elegir entre dos productos cotidianos y nos ofreciesen dos de ellos por el mismo precio, igual calidad, e igual relevancia para nosotros y advirtiésemos que uno de ellos parece tener más contenido que el otro, los podríamos someter a ejercicio comparativo en una balanza, a fin de determinar, por lo menos en el peso, cual de ambos hemos de preferir al contener uno de ellos más kilogramos que el otro. Si nos vendieran una balanza que no solo midiese el peso, sino que frente a dos o más objetos nos arrojara cuál de ellos, según la variable que necesitamos, es el de mayor contenido. Frente a la variable “saludable” colocásemos dos productos A y B en la balanza uno de sus brazos se inclinase a B indicando el más saludable de los dos.

El “*bilanciamento*”, “*weighing and balancing*” o ponderación coinciden varios autores como Alexy⁵², Aleinikoff⁵³, o Mendonca,⁵⁴ que es una metáfora utilizada para determinar cuál de dos elementos puestos en una balanza pesa más que el otro. La ponderación judicial entonces, ha sido entendida como el método por medio del cual se busca determinar la relación de preferencia entre dos principios enfrentados. A nivel constitucional el ejemplo universalmente más utilizado se concentra en la colisión del derecho al honor y el derecho a la información; si un medio de información pública una noticia donde revela la ubicación y nombres de la familia de un sentenciado por acceso carnal violento con el fin de prevenir en seguridad pública, la noticia publicada afecta evidentemente el derecho al honor del referido. La ponderación busca dar respuesta al interrogante ¿cuál de ambos derechos debe ser preferido? y el por qué de la inclinación de la balanza a favor de uno de ellos.

3.2.1 CONCEPCIONES SOBRE LA PONDERACIÓN

La labor racional de pretensión objetiva que busca la ponderación consiste en ofrecer pautas para el ejercicio de atribuir a un elemento más peso que otro, y así, preferir a uno frente a otro; ahora, más allá del lugar común de ver la ponderación como un método que busca establecer cuál de ambos principios vence, la manera como se llega al resultado y como se visualiza o identifica el problema aun está en discusión, por ello, a continuación veremos las distintas posturas que sobre la ponderación existen, sin dejar de mencionar que la siguiente clasificación fue tomada del autor David Martínez Zorrilla, en su libro *Conflictos Constitucionales, Ponderación E Indeterminación: Normativa*⁵⁵: El tema principal versa sobre Las Concepciones de la Ponderación, la cual se divide en dos grandes grupos: La Aceptación del Conflicto, y Negación del Conflicto; en el primero de destacan dos subgrupos más, la ponderación como actividad Discrecional y como actividad Racional; a su vez en el primero de este subgrupo se destacan dos posturas, La Intuicionista y La Escéptica; y en el segundo, como actividad racional, El Particularismo y El Universalismo Moral. Cada una de ellas será acreedora de una detenida descripción y un concomitante análisis.

⁵² ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993: p. 98.

⁵³ ALEINIKOFF, Thomas. Balancing en Garvey. P.102. y Aleinikoff, Modern Constitutional Theory. Saint Paul: West Publishing Company, p. 102-112.

⁵⁴ MENDONCA, Daniel. Interpretación y Aplicación del Derecho. Universidad de Almería: Servicio de Publicaciones, 1997: p. 59ss.

⁵⁵ ZORRILLA, David. Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa. Madrid: Marcial Pons, 2007: p. 157.

3.2.1.1. Aceptación del conflicto

Comenzaremos con la postura que acepta el conflicto entre principios, afirma que cuando trata de choque entre principios estamos frente a un real conflicto constitucional, y por ello, a través de la ponderación se determinara quien vence y quien cede. Es en este grupo donde se sitúa la mayoría de la doctrina vigente, de él tenemos las posturas que reconocen el ejercicio de la ponderación como una actividad eminentemente subjetiva y por lo mismo discrecional, donde inicialmente veremos la concepción Intuicionista y la Escéptica, posteriormente las concepciones racionales del Universalismo y Particularismo moral.

3.2.1.1.1. Ponderación como actividad discrecional

En este subgrupo de concepciones que aceptan el conflicto destacamos una cualificación particular, el ejercicio de la ponderación es una actividad que está determinada por el arbitrio del operador jurídico que ostente la calidad de decisor frente a la disputa de principios y/o derechos encontrados. Varía la manera cómo nace la discreción, ya sea por una percepción moral, o por una interpretación de disposiciones que a la postre otorguen valor y peso a derechos en conflicto; en todo caso, el ubicar las siguientes concepciones en la categoría "Discrecional" no quiere decir las teorías que se ubiquen por fuera excluyan absolutamente el arbitrio judicial, lo que ofrecen estas, permitiendo su diferenciar, es que pretenden evitar un procedimiento ponderativo sin pautas racionales a seguir. Entendemos que en cuanto a teorías jurídicas se ha pretendido distanciar las concepciones que acepten la incidencia del sujeto en la creación del derecho, de las que reconocen la incidencia de aquel, lo subjetivo de lo objetivo, calificando lo primero como irracional para atribuir a lo opuesto el calificativo de racional y así obtener un estatus mucho más vinculante que aquel; no obstante, la presente clasificación sitúa a las corrientes de acuerdo a su abierta consonancia, ya sea con la discreción o con el procedimiento racional en la ponderación judicial. No es posible la objetividad en el derecho, lo probable es controlar la subjetividad jurídica.

3.2.1.1.2. Intuicionismo

Esta concepción gravita su argumento central en que así como captamos la realidad física a través de los sentidos humanos, de igual forma el ser humano posee un sentido especial que permite identificar la moralidad de los hechos que se le presentan en consideración, es posible describir la corrección e incorrección moral de una acción pues no se trata de un ejercicio racional si no de una percepción moral.

Peczenik,⁵⁶ tratándose de la ponderación jurídica, sostiene que esta puede ser llevada a través de la percepción moral que del caso particular se tenga, para este autor, en la ponderación, entran en juego consideraciones sustantivas básicamente morales para llegar a una solución del caso individual. Es imposible formular una regla general que resuelva todos los casos sujetos a ponderación, o lo que es lo mismo, cada solución al problema tiene que construirse bajo las premisas que del mismo caso se desprendan, siendo inviable establecer reglas generales que a otros casos puedan ser aplicables. De esta postura destacamos dos aspectos fundamentales y diferenciadores del intuicionismo: Primero, el *modus operandi* de la ponderación es un ejercicio de percepción moral, no racional del caso; y segundo, existe un particularismo en cuanto a que cada caso tendrá una premisa mayor y un resultado exclusivamente específico y operante en el problema que se trate el cual es absolutamente inutilizable por fuera de ese problema particular; por lo tanto, de ningún conflicto puede ser creada una regla general de resultados de la ponderación que sea aplicable a casos análogos. Por ejemplo, en la ponderación entre la libertad de culto y el derecho a la vida supongamos un caso particular que contenga el elemento transfusión de sangre como vital para la vida de un creyente inconsciente al momento de la operación, a quien sus creencias religiosas le impiden realizar dicho procedimiento médico. En este problema planteado, si un tribunal constitucional percibe que frente a este caso específico, la intuición moral se inclina a favor de la libertad de culto, decidirá a favor de ésta sin más consideraciones. Otro caso que contenga la mayoría de los elementos que el anterior no puede tomar la regla percibida por aquel para decidir, pues cada caso debe ser sometido a la intuición moral específica que arroje cada situación en el operador judicial. Nótese en este ejemplo las dos características descritas líneas arriba: el sentido moral y el particularismo casuístico.

Delegar la justificación de las decisiones a la percepción que el operador judicial tenga del caso, impide que se cuente con un patrón de medida objetivo y racional; y ¿cuál es la necesidad de estas dos cualidades? Si una decisión judicial fue tomada en virtud de un patrón subjetivo, no tendríamos certeza jurídica con respecto a la corrección de dicho resultado, pues frente a diferentes percepciones morales, lo que para unos es moralmente correcto para otros puede no serlo, en el caso de la libertad de cultos frente al derecho a la vida, preferir uno u otro

⁵⁶ PECZENIK, Alexander. Legal Collision Norms And Moral Consideration En Brower, *Coherence and Conflict in Law*. Deventer: Kluwer Academic Publisher.1992: p. 195.

dependería del sujeto decisor y la argumentación, justificación y racionalidad del derecho se verían atrofiadas por falta de uso. El intuicionismo utilizado en la ponderación conlleva a un subjetivismo moral altamente inconveniente y por su indeterminación, se alejaría de las pretensiones de justicia formal y material a la hora de resolver conflictos constitucionales.

3.2.1.1.2.1. Escepticismo

Ricardo Guastini⁵⁷ en lo que se ha considerado su “Concepción escéptica de la interpretación” plantea que el legislador no crea normas sino que redacta disposiciones las cuales el intérprete les da el sentido y alcance verdaderamente vinculante; por lo tanto, aquellos textos redactados pasan de ser meras disposiciones a convertirse en reales normas jurídicas. El eje central de la teoría consiste en la interpretación de disposiciones legislativas, las normas jurídicas del sistema serán entonces el resultado de la interpretación que aquellas reciban. Según la concepción escéptica, por ser actos de voluntad, las interpretaciones no son susceptibles de ser catalogados de verdaderos o falsos, hay tantas interpretaciones como interpretes existan.

En cuanto a la ponderación, considera Guastini que el método consiste en otorgar un valor y/o peso a cada norma fundamental en juego, el cual es otorgado discrecionalmente por un intérprete que asignara un peso mayor a unos en relación con los demás; así, cuando colisionen dos derechos fundamentales, en realidad lo que hay que atender es al peso que tenga cada uno de ellos luego de la interpretación de los mismos, labor que le corresponde al juez constitucional pues en la constitución no está la hermenéutica establecida de manera previa, el peso que tenga cada derecho será el resultado de un ejercicio judicial eminentemente personal. El valor otorgado a un derecho no es estático, pues cada caso particular tendrá una interpretación específica que le otorgue un valor determinado a cada derecho enfrentado, creándose una jerarquía móvil que al igual que el intuicionismo deseche la posibilidad de crear una regla general, que en este caso sería una interpretación general sobre el peso de los derechos; de lo anterior, resumimos en dos ideas en esta concepción: (i) que hay una jerarquía de principios y derechos que se establece en cada caso de acuerdo a su respectiva interpretación y (ii) la modificación del peso relativo en virtud de cada caso.

⁵⁷ GUASTINI ,Ricardo. “I Principi del Diritto Positivo” en Distingüendo. Studi de Teoria e Metateoria del Diritto. Torino. Giappicheli. Citado por la versión castellana de Ferrer, J. 1999. Distingüendo. Estudios De Teoría y Metateoria Del Derecho. Barcelona: Gedisa. p. 302-304.

En nuestro ejemplo particular, si se elige la libertad de cultos, lo será porque la interpretación de los elementos particulares del caso arroja como resultado de la ponderación la prevalencia de la libertad de cultos frente al derecho a la vida; lo anterior, previo a una interpretación de la disposición constitucional convertida en norma jurídica a través del proceso hermenéutico; obsérvese, al igual que la concepción anterior, que persiste una inclinación a la discrecionalidad en la ponderación, pero en esta oportunidad, el foco de discreción se centra en que no se establecen los elementos que permitan atribuir más peso a un derecho que a otro, lo cual deja a la deriva el resultado en cada caso particular. La posición escéptica está situada en el extremo discrecional del cuadro clasificatorio porque no ofrece una postura racional que pueda seguirse a la hora de ponderar entre dos derechos encontrados, desbocar toda la solución a la interpretación que un juez le otorgue a un derecho sin más pautas, no coincide con un criterio formal de justicia del cual pueda predicarse un procedimiento objetivo a la hora de sustentar la decisión judicial. Si por interpretación fuera, así como en la posición intuicionista una percepción puede variar dependiendo del sujeto, también la interpretación del peso jurídico de un derecho puede ser una para el juez y diferente para otra persona distinta, entre ellas, un juez superior.

3.2.1.1.3. Ponderación como actividad racional

Así las cosas, la ponderación es una pura actividad de la razón para hacer viable la aplicación de esas abstracciones sin las cuales el derecho no puede existir: Los principios generales y sus postulados ideológicos, de los cuales la Igualdad es esencial.

3.2.1.1.3.1. El particularismo moral

El elemento “felicidad” puede ser un gran argumento en contra o a favor de la moralidad de un comportamiento, piénsese en dos situaciones, uno, que un sujeto en particular le compre un anillo de compromiso de oro a su prometida pues a ella le causa felicidad las prendas de ese precioso metal; y dos, la prometida manifiesta que sería muy feliz si su ex prometido muriese y efectivamente el actual comprometido da de baja a su antecesor. Si elaborásemos una regla general que indicara que un ser humano tiene que hacer feliz a otro, pues es esto el objetivo de la humanidad, la corrección de ambos comportamientos sería igual, pero en cuanto a su justeza material estaría en duda, pues bajo un elemento particular como la felicidad no puede

elaborarse una regla que incline la balanza siempre hacia las pretensiones felices máxime cuando tal circunstancias puede ser incorrecta desde alguna perspectiva moral.

Partiendo de la base que cada problema en particular tiene sus circunstancias específicas que lo diferencian de sus pares, según la presente concepción, no es viable la construcción de reglas generales que sean subsumibles en casos análogos. Se busca en esta oportunidad una teoría que resuelva los conflictos constitucionales, a través de la ponderación, que a su vez tenga en cuenta la justeza del caso y la racional justificación de la decisión. El particularismo moral como teoría es mas general que la ponderación, busca centralizar el problema en el caso particular sin que la regla utilizada para resolver el conflicto sea extrapolable a otros casos por muy similar que parezcan.

Antes de puntualizar las características del particularismo es imperioso aclarar lo siguiente: Generalmente, a la hora de decidir un choque de principios se puede utilizar el particularismo moral en la ponderación, en el sentido de identificar la “regla individual” que solucione el choque, a partir de los elementos que nos ofrezca la situación específica que estudiemos, sin que aquella regla pueda ser utilizada para solucionar otros casos que compartan elementos comunes; por otra parte, una concepción distinta afirmaría que la respuesta al enfrentamiento de principios debe buscarse en una “regla general” preestablecida; la cual, haya sido el resultado de ponderaciones previas entre principios, cuyos casos comparten propiedades comunes relevantes y sea posible la construcción de esa regla general aplicable a casos análogos que compartan las mismas propiedades relevantes, esta ultima postura es el Universalismo Moral utilizado en la ponderación.

Pues bien, en razón a que ambas concepciones pueden ser utilizadas para resolver conflictos constitucionales, resumiremos los puntos nodales que las diferencian, centrándonos en mayor medida en el particularismo dejando al universalismo moral para la siguiente sección. El ejemplo inicial de la “felicidad” ilustra perfectamente lo que pretende evitar el particularismo moral, veamos a continuación por qué:

a) Concepción Holista de la Razones: En el atomismo lógico, la materia está compuesta por elementos irreductibles combinados de manera indisoluble; por ejemplo, la confluencia de elementos “a + b + c” en una situación específica determinan, por estar reunidas, el resultado

de la formula, de tal manera que toda vez que se reúnan las propiedades mencionadas arrojará el mismo resultado. El particularismo moral rechaza el atomismo lógico, la incidencia de un elemento no depende de su conjunción con otras partículas, sino de las circunstancias del caso específico. Si la “felicidad” mas el “compromiso”, mas la “condición de ser humano” da como resultado la prevalencia de la felicidad, esta especie de atomismo lógico es ampliamente rechazada por el particularismo moral, pues supone la creación de una regla general que olvida lo diferente que puede ser cada problema en específico así como la diferente incidencia que puede tener la felicidad en diversos casos. Retomando los elementos relevantes del ejemplo citado como exordio de esta postura, la propiedad “A” = “felicidad”, no incide en el resultado de forma preestablecida; es decir, la presencia del elemento “A” no es determinante por sí misma para variar o no el resultado del conflicto, su valor e incidencia está determinado por las características específicas del caso.

Cada caso individual tiene propiedades que lo conforman, de todas ellas, el Universalismo Moral diferenciaría las relevantes de las irrelevantes para construir la “regla general” a partir de las primeras; por el contrario para particularismo moral, todas las circunstancias que tiene un caso son relevantes, cada contexto es único, pues todos los elementos son razones relevantes a la hora de resolver el caso, a esto le llaman *Concepción holista de las razones*, no diferenciar entre las relevantes y las menos importantes sino tener en cuenta todo lo que conforma un caso. En el ejemplo en que se confrontan la libertad de cultos y el derecho a la vida, el “consentimiento” de la persona sometida a transfusión de sangre, el tipo de “religión”, el “hospital” donde se realiza la operación, cada una de estas circunstancias son razones incidentes a la hora de resolver el conflicto, por sí mismas, alejadas del caso no tienen valor ni influencia en el problema; a su vez, el hecho de que estén juntas en otro caso similar no quiere decir que se deba proceder de igual forma, solo cuando se estudia aquellas dentro del caso particular se procederá de una forma específica e individual.

Cada una de las características que estamos describiendo en relación a esta concepción aproxima hacia la otra, pues de la *concepción holista de las razones* se desprende que sea imposible una *relación de superveniencia* entre las propiedades de un caso.

b) Relación de superveniencia: Cuando un objeto presenta cierta propiedad “A1” que necesariamente conlleva a otra u otras, las cuales no son reducibles o definibles a la primera,

estamos en una relación de superveniencia. Por ejemplo, cuando el agua por efecto de ser sometida a temperatura de 100°C (A1), hierve (B1), no podemos definir el hervir como agua a 100°C; luego, si decimos que mentir es incorrecto, toda acción que se encuadre en incorrecto no es mentira, pues la incorrección, como término moral no puede ser definida en términos no morales como lo sería la mentira.

La superveniencia en el ámbito moral tiene que ver con que un caso que se valore de un modo si otro presenta los mismos elementos relevantes debe ser valorado de manera igual. Según el Universalismo Moral aplicado a la ponderación, cuando un conjunto de propiedades en un caso donde colisionen dos derechos fundamentales estén presentes supervienen a un resultado de manera ineluctable, de tal manera que si otro caso presenta esas propiedades debe, de manera necesaria, recibir el mismo desenlace. El Particularismo moral, en especial autores como Dancy⁵⁸ no niegan que exista una relación de superveniencia entre elementos no morales y su corrección o incorrección moral, lo que niegan es la posibilidad de que dos casos tengan los mismos elementos relevantes, pues consideran que todas las características de un caso tiene la misma relevancia. Para los particularistas, el elemento “el tatuaje de rosas que tenía la víctima” es tan relevante como cualquier otro, haciendo materialmente imposible la igualación de dos casos.

c) Racionalidad narrativa: La subsunción de casos similares en reglas generales establecidas por otro caso, es la operación lógica que rechazan los Particularistas, no coinciden en generar de la confluencia de los elementos a, b, c de un caso una regla que indique que cuando estos estén presentes debe ponderarse a favor de determinado derecho. Una operación de subsunción en la ponderación puede ser la descrita en el siguiente ejemplo: El derecho a la información en conflicto con el derecho al honor; una información que sea a) veraz, b) de relevancia pública y c) no sea injuriosa debe prevalecer su publicación por encima de que afecte el derecho al honor de quien se vea afectado. Así, establecida la regla: “veracidad más relevancia pública y que no sea injuriosa hace prevalecer el derecho a la información”, cualquier caso que presente estas características a, b, c se subsume en la consecuencia de la operación racional de subsunción, propia de la postura basada en el Universalismo Moral.

En cambio, el Particularismo Moral al rechazar la incidencia de los elementos preestablecidamente, no coincide con la posibilidad de subsunción propia del Universalismo Moral. La base del Particularismo es la *racionalidad narrativa*, el razonamiento moral no consiste en subsumir casos individuales en

⁵⁸ DANCY, Jonathan. *Moral Reasons*. Oxford: Basel Blackwell: 1993: p.73-77.

principios morales generales, sino el ofrecer una visión y comprensión correcta a la situación que se nos presenta ante nosotros. Se rechaza toda posibilidad de racionalidad subsuntiva. El mismo Dancy⁵⁹, hace una analogía entre lo estético y el razonamiento moral, si un edificio es juzgado desde su composición estética, tendríamos que verlo para determinar qué elementos inciden en nuestro juicio que nos hacen concluir que el edificio que estamos apreciando es estéticamente agradable. De este ejemplo podemos deducir que para este autor, *el razonamiento moral trabaja como una forma de percepción y no con un razonamiento deductivo.*

Por otra parte, tenemos que puntualizar que no hay una conexión teórica expresa entre el particularismo moral y la ponderación, no se puede usar el primero como base o justificación del segundo de manera abierta, lo que se encuentra en la jurisprudencia Europea son providencias donde parece utilizan las bases teóricas del particularismo moral para la ponderación, en STC 104/1986 de 17 de julio el Tribunal Constitucional Español, donde se resuelve un recurso de Amparo: “Por consiguiente, cuando del ejercicio de la libertad de opinión [artículo 20.1 a)] y/o del de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d)] resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontraremos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras.”⁶⁰

“Necesaria y casuística ponderación” quiere decir que no se trata de una regla general que marque el derrotero a seguir entre dos derechos colisionados, será desde el caso donde emane la respuesta que dirima la ponderación. Esta forma de fundamentar la ponderación es la que encontramos acorde con los lineamientos del particularismo moral. En otro fallo del mismo tribunal, STC 320/1994 del 28 de noviembre se lee algo similar: *“La solución al problema que plantea la colisión o encuentro entre derechos y libertades fundamentales consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio. No se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias «a priori», sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos,*

⁵⁹ Ibid., p. 95.

⁶⁰Ver Sentencia STC 104/1986 en <http://212.128.130.23/eduCommons/ciencias-sociales-1/derecho-a-la-informacion/contenidos/SENTENCIAS/2do%20BLOQUE/PDF/STC%201041986%2C%20de%2017%20de%20julio.pdf>

*en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente.”*⁶¹

El tribunal constitucional como acabamos de ver niega el peso *a priori* de derechos fundamentales; es decir, los elementos por sí mismos no inciden en el análisis hasta que no son vistos en el problema concreto, por ello, no hay regla preestablecida a la cual pueda acudir vía subsunción, todo nace y termina en cada conflicto resuelto. Leído estos apartes jurisprudenciales recuérdese la *concepción holista de las razones, la relación de superveniencia y la racionalidad narrativa* ya estudiadas y que conforman las herramientas conceptuales de la teoría Particularista Moral aplicada a la ponderación judicial.

Luego, es inevitable esbozar los dos puntos cuestionables que puede tener esta concepción de manera general y con respecto a su aplicación a la ponderación judicial: *Primero*, con respecto a captar el valor moral de los comportamientos de acuerdo a las circunstancias del caso, en nada se distinguiría esta postura del intuicionismo; dejar el resultado del problema a la percepción que se tenga a través de ese sentido moral que todos poseemos, y que no es menos cierto que en cada individuo puede tener intuiciones diferente, es en el fondo igual de discrecional que la concepción intuicionista ya estudiada. Tal como condensa Bayón⁶² Esa misteriosa capacidad de percibir la moralidad de las acciones no es susceptible de ser utilizada como fundamentación racional de las decisiones jurídicas. En este punto es menester remitirse a lo expuesto como crítica en el intuicionismo.

Segundo, con respecto a la *concepción holista de las razones*, entender que cada elemento se constituye en una propiedad relevante para un caso por el hecho de darle el caso esa importancia no sería muy adecuado ni materialmente cómodo, un elemento del caso obtiene relevancia no por el caso, sino por la norma o disposición jurídica que le imprima determinada relevancia, por ejemplo, la marca de un producto, su peso y su estado de conservación no sería relevante por sí mismo sino es porque una norma jurídica de contrato civil enumera esos elementos como propiedades relevantes para determinar un posible incumplimiento de contrato de transporte; en consecuencia, se excluye de un caso los elementos irrelevantes de los

⁶¹Ver Sentencia STC 320/1994 en <http://www.legalsolo.com/ShowSentencia.do?sentencialId=STC1994-320&sentenciaType=Sentencia&text=Hijos+a+lo+que+necesita+%C3%A9l%2Fella#div2>.

⁶² BAYÓN, Juan Carlos. La Normatividad Del Derecho. Deber Jurídico y Razones Para la Acción. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2001:p. 57.

verdaderamente relevantes, no definidos estos por el caso, sino por el marco jurídico donde este sumergido los elementos de ese asunto particular. La justa o injusta agresión de un particular hacia otro es un elemento que la norma referente a la legítima defensa penal lo califica como propiedad relevante; la marca de tenis, estado de conservación y demás vestimenta de uno de los sujetos es irrelevante para el marco jurídico en que se presenta el caso.

3.2.1.1.3.2. El universalismo

Un periódico de amplia circulación nacional, publica una noticia donde expone las relaciones extramatrimoniales del presidente de la república, con ocasión de esto el primer mandatario ha sido tocado gravemente en su honor, de este caso podríamos enumerar, según el marco jurídico de la injuria y el derecho a la información, que los elementos abstractos del caso son: a) información (no) veraz, b) de (i)relevancia pública y c) (no) injuriosa, los cuales hay que verificar de qué manera están presente en el caso. Supongamos que existe una regla preestablecida, la cual nos marca que si la información es veraz, no es injuriosa y no es de relevancia pública prevalece el derecho al honor de quien haya sido expuesto públicamente a través de la información noticiosa, solo tendríamos que verificar si se cumplen las propiedades relevantes y de qué manera. Pensemos que en nuestro ejemplo la información es veraz, pues es cierto que el señor presidente sostiene relaciones amorosas por fuera de su matrimonio, no es injuriosa en cuanto que no se utilizó lenguaje obsceno e irrespetuoso, pero la noticia no es de relevancia pública, en cuanto que dicha información no es importante para el desempeño del cargo público por el cual fue electo el mandatario. Una vez logrado esto solo tendríamos que subsumir el presente caso en el supuesto de hecho de la regla que enunciamos: a) veracidad + b) no injuriosa + c) no relevancia pública = prevalencia del honor sobre el derecho a la información; siendo así, por simple subsunción, y operación deductiva nos arrojará que en nuestro ejemplo mentado, al no ser de relevancia pública la noticia, prevalece el derecho de honor del presidente.

Tan sencillo como contundente, el Universalismo Moral aplicado a la ponderación consiste en el siguiente planteamiento: la mejor manera de ajustarse a un modelo de control racional se logra a través de la utilización de reglas y casos genéricos que sean subsumibles en otros que compartan las mismas propiedades relevantes. Por mucho que cada caso deba ser resuelto en virtud de las variantes que presenta, se trata de extraer de ese caso particular las propiedades relevantes y encontrar en el universo de reglas y casos genéricos aquel que coincida con aquel

para subsumir las reglas universales de resolución en la ponderación y así sumergir la decisión en una racionalidad que no depende de la psiquis del juez sino de una patrón objetivo establecido con anterioridad, evitando así la arbitrariedad judicial.

Existen dos procedimientos esenciales en esta concepción: primero, el establecimiento *a priori* de las propiedades relevantes de un caso genérico, el cómo se llega a la conclusión en torno a que si una información tienen las características de veracidad, relevancia pública y no injuriosa sean relevantes estas tres y no otras, pues bien, sabemos que dicha importancia es producida por el marco jurídico que guarde estrecha relación con esas áreas, la constitución política y su interpretación es un marco jurídico-general para determinar la relevancia o no de propiedades en un choque específico de derechos fundamentales. El segundo procedimiento gira en torno a construir las reglas generales que puedan ser aplicable por vía de subsunción; una vez identificadas las propiedades relevantes del primer procedimiento se pueden construir varias reglas generales; por ejemplo, regla general "RG3" : información a) no veraz, b) no relevancia pública y es c) injuriosa = prevalencia del derecho al honor; por lo tanto, toda vez que se encuentren en la balanza la libertad de información y el derecho al honor prevalecerá este último solamente si el caso tiene las propiedades relevantes comunes con "RG3". Así, de esta manera racional de ponderar, se evita la inseguridad jurídica que ocasiona el confiar el resultado a la percepción moral que tenga el juez determinado sobre el caso, resultado que no tendrá nada que ver con posibles casos análogos donde se presenten ese conjunto de propiedades descritas en la misma forma del caso presente, todo gracias a la casuística extrema propia de la concepción Particularista que ya hemos analizado.

Sin perjuicio de las diferencias entre los autores Universalistas, los dos procedimientos descritos son los que caracterizan a grandes rasgos esta postura; ahora, dentro de lo que hemos entendido por concepción universalista de la ponderación, podemos ubicar a autores como Alexy, Mendonca o Moreso⁶³ quienes comparten los grandes rasgos que hasta aquí hemos detallado, con sus diferentes particularidades. Para Alexy, las reglas obtenidas en una ponderación pasan a ser "*normas de derecho fundamental adscriptas*"⁶⁴, las cuales pasan a incorporarse en el contenido del principio que corresponda, sirviendo como base para futuros casos donde se presenten las mismas circunstancias.

⁶³ MORESO, José. Guastini sobre la Ponderación En Isonomía, 17. 2002. p. 227-245.

⁶⁴ ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales. Óp. Cít., p. 98.

Siendo innegable el avance que supone este método racional en la ponderación, quien se adscriba a esta noción debe resolver un interrogante esencial: discurre sobre la aparición de un nuevo elemento relevante no previsto con anterioridad, ya que es perfectamente posible que de un caso nuevo nazca la necesidad de tomar como relevante un nuevo elemento no previsto en ningún caso genérico, y no contenido en ninguna regla general, lo cual lleva a un irremediable problema, y es que se encuentren propiedades relevantes en cada caso estudiado, y se ocasione una casuística que acerque el Universalismo a su lado opuesto. Si cada caso aporta un elemento relevante nuevo, la regla general se vería modificada a cada momento, y se estaría subsumiendo a partir de una regla general no preestablecida sino creado a partir de cada caso individual. Empero, es reconocido el avance que el universalismo aporta a la ponderación a nivel internacional, no es fortuito que la mayoría de los sistemas jurídicos descansen en autores universalistas.

3.2.1.2. Negación Del Conflicto

Qué conflicto real existiría entre dos normas si en todos los eventos habría excluyentemente una sola norma aplicable. La supuesta problemática entre dos normas sería meramente aparente, lo único a lo que debemos recurrir es a la ubicación de la norma exacta aplicable al caso. La tendencia a ver un choque entre derechos fundamentales se puede explicar para los autores que defienden la negación del conflicto de la siguiente manera: o bien se trata de una comprensión inadecuada de las normas constitucionales de derechos fundamentales (Habermas), o no se tiene en cuenta la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales que imposibilita sus conflictos (Ferrajoli), o se trata sobre una mala comprensión de los límites de cada derecho (De Otto, Jiménez Campo). A continuación desarrollaremos solamente esta última, por implicar una postura de gran recepción doctrinal.

Limitación y delimitación, dos conceptos distintos, el primero supone que un derecho sea sacrificado o recortado en sus condiciones de aplicabilidad, reducir el conjunto de situaciones que se entienden cobijadas por él; por el contrario, delimitación, implica precisar los contornos o fronteras de un derecho, siendo expresos en las condiciones de su aplicación y el conjunto de facultades que comprende determinado derecho o libertad, de este modo, obtenida la delimitación sabremos lo que se encuentra dentro y fuera del radio de cobertura de un derecho, la delimitación se obtiene de la interpretación de los textos constitucionales. En palabras de De Otto: *“Estos límites necesarios que derivan de la propia naturaleza del derecho..., son los*

*contornos o fronteras del derecho o libertad que resultan de la propia norma constitucional que reconoce el derecho protegiendo jurídicamente una esfera de la realidad que menciona*⁶⁵

Los aparentes conflictos constitucionales no serían reales, pues solo hay que delimitar de la manera correcta cada derecho y ubicar cada caso en el radio de cobertura correcto de un determinado derecho o libertad. El mismo autor expone a manera de ejemplo sentencias donde el tribunal constitucional español delimita el contenido de un derecho, dentro de ellas tenemos la sentencia STC/1983, en la que encontramos el siguiente aparte:

*“Pues bien, forma parte del contenido esencial del derecho de sindicación el derecho de celebrar reuniones a las que concurran los afiliados al Sindicato que las convoque, con el objeto de desarrollar los fines del propio Sindicato, pues de otra forma el ejercicio del derecho sería lógicamente imposible;... (...) La Sala no puede compartir la tesis de la parte actora. Los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y entre ellos el de reunión, no son derechos ilimitados sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 de la Constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos, según hemos reiterado en diversas ocasiones. Por ello no puede afirmarse, de forma absoluta e incondicionada, que el derecho de reunión comprende el de que, para su ejercicio, un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad, ni que la entidad donde prestan su servicio deba soportar, en la misma forma absoluta e incondicionada, el que la reunión se celebre dentro del horario de trabajo.”*⁶⁶

Puntualizar correctamente en qué consiste cada derecho suena atractivo; sin embargo, estaríamos trasladando el foco de atención a forma como se delimitan “correctamente” los derechos y libertades. Ante esto, Luis Prieto Sanchíz⁶⁷ considera que los principios y las reglas se diferencian en que los primeros tienen una textura abierta e indeterminadas condiciones de aplicabilidad, por lo que sería erróneo realizar un listado de situaciones cobijadas por un principio; por otra parte, David Martínez Zorrilla⁶⁸ reduce a dos la crítica sobre la teoría de la

⁶⁵ DE OTTO, Ignacio. La Regulación del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el art. 51.1 de la Constitución En De Otto y Martín Retortillo. 1988, Derechos Fundamentales y Constitución. Madrid: tecnos.1988: p. 142.

⁶⁶ Ver Sentencia STC/1983 en http://www.legalsolo.com/ShowSentencia.do.sentencial_STC1983-091&sentenciaType=Sentencia&text=STC+23%2F2008

⁶⁷ PIETRO SANCHÍZ, Luis. Diez Argumentos a Propósito de los Principios En Pietro Sanchíz 1998. “Ley Principios Derechos”. Madrid: Dykinson: 2003: p. 217.

⁶⁸ ZORRILLA, Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa. Óp. Cít., p. 191-192.

delimitación: Primero, el hecho de que las normas estén delimitadas no implica que concuerden entre sí, puede que exista una norma N1 que prohíbe fumar a pasajeros de vuelos nacionales y otra norma N2 que permite fumar a pasajeros de vuelos cuyo trayecto sea superior a 2.000 kilómetros, ambas normas están perfectamente delimitadas; sin embargo, en el supuesto de una situación en que el vuelo sea superior a 2.000 km y sea de carácter nacional, existiría un real conflicto de aplicación, las normas no encajan en el rompecabezas, delimitación no implica entonces coherencia entre normas. Como Segundo aspecto, tomando en consideración a Jiménez Campo⁶⁹, partidario de la concepción negadora del conflicto, este diría que la constitución hace remisiones a la ley para completar el sentido de sus textos, “delimitación indirecta”, por ello es partidario de una interpretación unitaria y sistemática de la carta constitucional. Martínez Zorrilla⁷⁰, por el contrario considera que la remisión a otras disposiciones es una muestra de la insuficiencia que genera la interpretación de la constitución por sí misma para la delimitación pretendida, la necesidad de una hermenéutica integral se implementa precisamente para evitar los conflictos constitucionales, cuando los autores que defienden la postura negadora del conflicto, acuden a la interpretación unitaria y sistemática, implícitamente están reconociendo implícitamente la existencia real de choques entre derechos constitucionales, los cuales se pretenden evitar a través de una visión que va mas allá del texto constitucional.

⁶⁹ JIMENEZ CAMPO, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Madrid: Trotta: 1999: p. 39-40.

⁷⁰ ZORRILLA, Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa. Óp. Cít., p. 192.

4. FORMAS DE PONDERAR

La ponderación o proporcionalidad en últimas se refiere a la justicia en cada caso concreto, mide el impacto que tiene el ejercicio del poder sobre los ciudadanos, y persigue la carga o el deber de motivación que por el ejercicio de ese poder le corresponde al Estado, de manera que al legitimar la acción estatal de acuerdo al fin que se persigue, el ciudadano no se convierte en un mero objeto de intervención pública. Esta prohibición de exceso en la actividad del Estado frente a las libertades ciudadanas de cada cual, es considerada el control jurídico más antiguo que existe. La proporcionalidad se ve también unida a la idea de justicia material y, por consiguiente, ha estado presente, de un modo u otro, a lo largo de la historia del pensamiento no sólo jurídico, sino moral (por ejemplo “el fin no justifica los medios”) y filosófico, ello muestra la importancia que ha tenido el razonamiento en torno a los medios.

En las tesis del origen del poder político, vemos el origen del principio, se remontan a la Antigüedad y al pensamiento clásico por ejemplo, el poder originario de Dios, llega al rey por medio de la comunidad (omnis potestas nisi a Deo per populum) según Tomás de Aquino en el siglo XIII, quien sentó las bases de una concepción teocrática del orden político donde Dios actuaba indirectamente por medio de la divina providencia a través de su instrumento, la Iglesia Romana. Si el pueblo confía a una persona el poder, razonaba el aquinate, está legitimado también para retirárselo o para ejercer un adecuado control, pero sujeto todo ello a que el Pontífice guiado por el Espíritu Santo, así lo declarase. Los reyes debían proteger la fe, gobernar con justicia y mantener la paz.

Para cumplir con estos fines dispone de la fuerza de las leyes, pero debe adecuar también su comportamiento a esos fines para ser un monarca ejemplar⁷¹.

Como presupuestos jurídicos y políticos que determinaron su nacimiento y formación con el perfil actual, tenemos la concepción alumbrada por el Estado liberal que emerge en los albores

⁷¹ También apoya su concepción en el modelo de Israel, de Teocracia administrada por los profetas, el sumo sacerdote y el Rey, cuando los profetas corregían a los reyes que se desviaban de la ley de Dios, puesto igual que para el “pueblo Elegido” en el sistema César-papista, el concepto de justicia y de Derecho se identifica con los mandatos divinos.

de la Edad Contemporánea, tras la Revolución Inglesa, la Formación de Estados Unidos y el estallido de la Revolución francesa de 1789. El nuevo Estado liberal asume como función básica la conservación de la paz y de la seguridad interna y externa, como instrumento garante del bienestar de sus ciudadanos, por lo que la formulación inicial del principio de proporcionalidad está vinculado dentro del ámbito del Derecho Penal⁷², en el que prontamente adquiere relevancia, de forma particular, y se evidencia en un criterio clásico de determinación de las penas, según el cual estas “deben ser graduadas en forma proporcional a los delitos”. De estas formulaciones por ejemplo Beccaria, quien en su obra “DE LOS DELITOS Y LAS PENAS”, propugnaba que esta fuere proporcional a la culpabilidad por ser la única pena útil. Este principio recibió gran acogida a finales del siglo XVIII al ser acogido por el Estado Liberal de manera que hace parte del texto de la DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO de 1789, que decía: “La Ley no debe establecer otras penas que las estrictas y evidentemente necesarias”. Además, las penas se establecerían con algún grado de proporcionalidad sobre la base de la importancia social de un hecho y el bien jurídico protegido; dicha exigencia surge a su vez del concepto clásico de derecho penal conocido como la “prohibición de exceso”, que se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Contencioso Administrativo de Prusia (1875-1941)⁷³.

Durante el siglo XIX, el principio de proporcionalidad hizo parte del derecho penal y del derecho administrativo, y se tuvo como criterio de control sobre los poderes discrecionales de la administración y como límite al ejercicio del poder de policía.

Algunas referencias doctrinales en las que este principio aparece explícitamente --como señala Fernández Nieto⁷⁴--, vienen dadas por el *Polizeirecht* de H. Berg, así como las obras de Mayer, Merkl o Fleiner, para quienes el principio de proporcionalidad se configura como una medida natural de la potestad de la policía, la cual amerita la importancia de un régimen jurídico. Otto Mayer explica que la medida del poder de policía exige que sea proporcionada, que derive del derecho natural y la propia naturaleza del ejercicio de esta potestad porque se trata de una

⁷² FUENTES CUBILLOS, H., —El principio de proporcionalidad en Derecho penal. Algunas consideraciones acerca de su concretización en el ámbito de la individualización de la penall, *Ius et praxis*, vol. 14, nº 2, 2008, p. 42.

⁷³ MARTIN IBLER, “Pasado y presente de la relación entre el Derecho constitucional y el derecho administrativo en Alemania”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrigue Furió Ceriol*, Valencia, núm. 50/51, p. 17.

⁷⁴ FERNÁNDEZ NIETO, J., Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho común europeo, p. 281.

medida natural que “adquiere la importancia de un límite jurídico serio”⁷⁵. Afirmaban, en este sentido, que de este principio se deriva que la intervención policial debe guardar proporción con el mal que se trata de evitar y que la autoridad debe elegir aquellos medios que menos daño produzcan a los derechos e intereses de los individuos; o, en palabras más generales, que la limitación de la libertad individual no debe exceder jamás de la medida absolutamente necesaria y que la intervención gubernativa ha de ser siempre proporcionada a las circunstancias concurrentes en cada caso.

Ahora bien, aunque es cierto que la reivindicación de la proporción en la intervención estatal frente al ciudadano, entendida como prohibición del exceso, surge o, al menos, se explicita en el ámbito penal y en el policial, inmediatamente se traslada a otros ámbitos jurídicos, tales como el moderno Derecho Administrativo y el Derecho público en general, en relación con todo tipo de medidas restrictivas de derechos.

4.1. FORMULACIÓN TÉCNICO-JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

El origen de la base teórica de la proporcionalidad puede establecerse en el principio de Estado de Derecho (*el Rechtsstaat*), el Tribunal alemán tomo este concepto sin profundizarlo en sus fallos. Además, la idea de derecho como *ars aequi et boni*⁷⁶, el *aequus* contiene la idea de “proporcionalidad”. Sin embargo el concepto de Estado social de Derecho puede servir como fundamento básico del concepto, ya que el mismo se basa en normas, las cuales en algunas situaciones entran en colisión, sobre todo aquellas que tienen que defender el interés general y los derechos individuales. Por otra parte se deriva el concepto de proporcionalidad de los derechos fundamentales, señalando que son inherentes a estos; Existe razón a ello, en cuanto a que los derechos fundamentales se definen como garantía de una esfera privada protegida contra las intervenciones del Estado de cualquier tipo. La constitución autoriza al Estado a restringir los derechos fundamentales, pero no especifica las condiciones para hacerlo, la autorización no significa que todas las restricciones son legítimas, y para hacerlo necesita una justificación, no solo formal sino material. Si no fuese así entonces el legislador podría limitar los derechos fundamentales a su arbitrio, sin consideración alguna, dejándolos a la suerte de su buena voluntad.

⁷⁵ OTTO MAYER, *Derecho administrativo alemán*, trad. de H. Heredia y E. Krotoschin, 2 ed., Buenos Aires, Depalma, 1982, II, p. 3

⁷⁶ “El derecho es el arte de lo bueno y de lo justo” atribuido a Celso, recogido en el Digesto

En efecto, la ponderación se inscribe en el constitucionalismo alemán en el contexto de la interpretación según valores o principios, que prescinde de los cánones tradicionales de la interpretación jurídica, y en el círculo más amplio del principio de la proporcionalidad de las leyes, donde se concreta como principio de la proporcionalidad en sentido estricto. La teoría jurídica construida alrededor del principio de proporcionalidad, en aras de reducir su indeterminación, tal y como se entiende en la actualidad, es obra fundamentalmente de la doctrina y la jurisprudencia constitucionales y administrativas alemanas, a quienes se debe su elaboración técnica.

En Alemania se aplicaba este concepto en la jurisdicción administrativa antes de la primera guerra mundial, al ponderar los intereses privados y públicos. El Tribunal Federal alemán rápidamente consideró que los principios tradicionales del derecho administrativo eran principios constitucionales, y así llevó la máxima de la proporcionalidad al control de los actos estatales que regulan o intervienen sobre los derechos fundamentales⁷⁷. Si aceptamos la fundada opinión de Winfried Kluth, el Tribunal Constitucional Alemán reconoció expresamente en 1968 que la —prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y el —principio de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*)— eran reglas generales aplicables en todos los ámbitos de la actividad estatal, cuyo rango constitucional deriva del principio constitucional del Estado de Derecho del que aquéllas reglas se deducen⁷⁸.

La prohibición de exceso y principio de la proporcionalidad en sentido amplio serían expresiones casi equivalentes, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se equipararía al principio de ponderación. En realidad, parece ser que el *Bundesverfassungsgericht* aplicó por primera vez la técnica de la ponderación —*Abwägung*— en su sentencia sobre el caso Lüth (BverGE 7, 198, 210 y ss.), en el que, partiendo de la idea de la Constitución como “totalidad dinámica que ha establecido un orden objetivo de valores”, el Tribunal fundamentó su decisión en la ponderación de los valores concurrentes en el pleito suscitado.

⁷⁷ DONALD P. KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2 ed., Durham

⁷⁸ WINFRIED, Kluth, señala que el Tribunal Constitucional alemán y parte de la doctrina normalmente aluden al principio de prohibición de exceso y muy raramente al de proporcionalidad (vid. Winfried Kluth, —Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en Derecho alemánII, *Cuadernos de Derecho Público, El principio de proporcionalidad*, n. 5, septiembre-diciembre 1998, INAP, pp. 220 y ss.

La aplicación del principio de proporcionalidad implica la realización por el Tribunal de un triple juicio: el de adecuación o idoneidad (*Geeignetheit*), el de necesidad (*Erforderlichkeit o Notwendigkeit*) y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (*Proportionalität o Abwägung*). Con la ponderación se pretende determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una intervención en los derechos fundamentales, estableciendo en cada caso cuál es la jerarquía entre los bienes supuestamente enfrentados. Los alemanes, por otra parte, a la hora de ponderar utilizan de modo indistinto los términos ‘intereses’, ‘bienes’ y ‘valores’⁷⁹ y se sirven de la expresión *Güterabwägung*.

Así como hemos estudiado la historia del test Norteamericano, la creación judicial de los principios de proporcionalidad y de ponderación y sobre todo su conversión en normas de control de la constitucionalidad de leyes y actos de los poderes públicos por parte del Tribunal Constitucional alemán fue objeto de algunas críticas pero también se ha terminado aceptándose por la generalidad de la doctrina aunque permanece la posición de que esta transformación de los derechos constitucionales en valores, y la misma interpretación científico espiritual, que liberan al juez de constitucionalidad no solo de los otros instrumentos argumentativos del juez del “civil law”, sino de la carga de proceder con un instrumental de argumentos típicos; terminan en una creatividad jurisprudencial difícilmente controlable.”

Sin embargo, el tribunal alemán ha realizado mediante sus sentencias aportaciones importantes en el reconocimiento del principio, las cuales han ayudado a asentar el concepto de que —en la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva como ya lo hemos dicho del principio de Estado de Derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales. Esta concepción se ha mantenido hasta la actualidad por la jurisprudencia y la doctrina alemana entiende a este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de todos los derechos, por lo que se le tiene como una institución esencial.

Los derechos fundamentales⁸⁰ son considerados el eje central de la protección del Derecho Constitucional alemán.

⁷⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*, CEC, Madrid, 1994, pp.286 y ss.

⁸⁰ ROBERT ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 291. Bernal Pulido simplifica la cuestión y afirma que “lo que es desproporcionado, vulnera el contenido esencial”. Bernal Pulido, ob. cit., p. 595.

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

Las concepciones vistas aquí y en el capítulo Tercero, han pretendido dar respuesta al interrogante sobre cómo opera la puesta en escena de los principios y los derechos constitucionales; a un nivel más práctico, en los tribunales constitucionales, se ha creado una serie de exámenes que detectan la justificación de las decisiones judiciales, en casos donde se ha afectado un derecho fundamental. Estos test, han sido: a) Juicio o Test de Proporcionalidad europeo; b) Escrutinio de Intensidad Norteamericano.

Antes, a título de nota, hay que revelar que es de mucho más recibo a nivel nacional e internacional el reconocimiento de la posición conflictivista de la ponderación, y a su vez, más específicamente la adopción de una línea teórica con respecto al método y concepción de la ponderación a partir de R. Alexy. Notamos en la jurisprudencia constitucional colombiana la inclusión de las palabras adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, así como la frase “niveles de intensidad” esto responde a la inclinación nacional a una concepción de base europea y norteamericana, prácticamente fusionadas entre sí.

4.2. TEST DE PROPORCIONALIDAD EUROPEO

Según R. Alexy⁸¹ cuando se encuentran dos derechos fundamentales en colisión, el conflicto se resuelve a través del establecimiento de una relación de precedencia entre ambos, la cual puede ser de dos formas: Incondicionada, si se crea una regla la cual incline siempre la balanza a favor de un derecho frente a otro, por ejemplo, entre la puesta en escena del derecho a la libertad de cultos y el derecho a la vida, se puede establecer que cuando se enfrentan estos

⁸¹ ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, Óp. Cít., p. 90-98.

dos, prima el derecho a la vida; y la segunda forma, una relación de precedencia condicionada en la cual se estipule que prima el derecho a la vida siempre en cuanto se cumplan una serie de condiciones, o dejen de cumplirse. Entendiendo por **P** relación de precedencia, cuando se encuentren **D1** y **D2** existiría una regla: **(D1 P D2) C**, representando **C** el cumplimiento de condiciones A, B, C, vemos entonces, en gráfica, una regla de prevalencia condicionada a favor de **D1**.

En la ponderación se parte de una relación de prevalencia condicionada⁸², Donde **C** cumple un papel determinante en **R** que es la regla general que se construye, recuérdese que la teoría de ALEXY coincide en sus rasgos característicos con el universalismo moral ya expuesto con anterioridad. Estando así las cosas en un caso de choque entre la libertad de culto y el derecho a la vida, solo si existe las condiciones establecidas en una regla general prevalecerá el derecho a la vida sobre la libertad de culto, lo cual fue el resultado de la subsunción del caso en una regla general establecida, la cual se utilizó por haber compartido las mismas propiedades relevantes del caso particular. La mayoría de las teorías judiciales pretenden ofrecer una forma de justificación digna de ser calificada de racional. Cómo gozar de ese estatus ha llevado a elaborar la metodología de justificación racional de las decisiones judiciales. En Alemania y Europa en general tal necesidad ha sido cubierta a través del principio de Proporcionalidad, tanto la jurisprudencia como la doctrina constitucional alemana entienden a este principio como el máximo criterio delimitador del contenido esencial de los derechos, y es considerado una institución primordial del derecho constitucional alemán. En palabras de Javier Báñez el principio de proporcionalidad es: *[E]l principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades.*⁸³

⁸² *Ibid.*, p. 90-98

⁸³ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario. *en* Revista de Administración Pública, nº 135, septiembre-diciembre, 1994, p. 500

La proporcionalidad se condensa en lo que Alexy denomina "*Ley de la ponderación: cuando mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*"⁸⁴. Una relación de prevalencia condicionada está debidamente justificada si ha superado el principio de proporcionalidad. En Europa, sentencias como la SSTC 66/1995 Y 55/1996, descomponen el principio de proporcionalidad en tres sub reglas: a) el sub principio de adecuación o idoneidad; b) el sub principio de necesidad y c) el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto. La situación fáctica que implique la prevalencia de un derecho sobre otro, debe tener estas sub reglas como condiciones imperiosas, de no cumplirse el sacrificio de uno de los derechos sería injustificado y, al no darse las condiciones, no prevalecería un determinado derecho sobre el otro. Estas sub reglas operan como requisitos de procedibilidad así: solo si es superada la sub regla adecuación podrá continuarse con la sub regla de necesidad y una vez satisfecho ambos se medirá la proporcionalidad en sentido estricto. Definiremos en qué consiste el contenido del principio de proporcionalidad y los sub principios enunciados.

4.2.1. Sub principio de adecuación o idoneidad

Este sub principio supone que "*toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo*"⁸⁵. Dos exigencias que componen esta sub regla pueden ser fácilmente detectadas: a) que el fin perseguido con la medida que restringe o limita el derecho sea constitucionalmente legítimo y b) que la medida sea adecuada o idónea para la obtención o consecución de tal fin. La doctrina ha distinguido la aplicación del principio de proporcionalidad a los recursos de amparo, tutela en nuestro, cuando impliquen un conflicto constitucional de derechos o principios, y a los juicios de constitucionalidad de las normas jurídicas proferidas por el poder legislativo.

En cuanto al fin perseguido, para Pietro Sanchíz⁸⁶ y Bernal Pulido⁸⁷, cuando el conflicto versa sobre examen de constitucionalidad de una norma jurídica la exigencia de idoneidad y adecuación no se interpreta en su sentido positivo, en el sentido de que la medida tiene que buscar un fin expresa o implícitamente constitucional, si no que se entiende en el sentido negativo, es decir, que la norma no debe perseguir un fin implícita o expresamente prohibido

⁸⁴ ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, Óp. Cít., p.161.

⁸⁵ BERNAL, Carlos. El Principio De Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales: 2003: p. 687.

⁸⁶ PIETRO SANCHÍZ, Diez argumentos a Propósito de los Principios, Óp. Cít., p.199.

⁸⁷ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. 2003: O. Cít. p 690 ss.

por la constitución, lo anterior por cuanto el principio democrático de la autonomía parlamentaria y la presunción de constitucionalidad que goza toda ley; por ello, solo se excluyen los fines abiertamente contrarios a la constitución. En cuanto a las acciones de tutela, en donde se discurren acciones entre particulares entre sí o con el estado, la exigencia no puede verse de la misma manera, se evaluara la idoneidad y adecuación en un sentido positivo, si el acto o medida estudiada busca un fin legítimamente constitucional. En el ejemplo de la libertad de cultos y el derecho a la vida, se estudiará si la posición de un centro médico que ordena la transfusión de sangre persigue un fin constitucional, si no busca con ella “propiciar la donación de sangre en el país” ya que este fin no es de aquellos legítimamente constitucionales, por lo que la medida entonces no superará esta exigencia. De otro lado, en el segundo requisito de este primer sub principio, la idoneidad o adecuación en la consecución de un fin constitucional se entiende como el examen de utilidad o aptitud de la medida en relación con el logro del fin perseguido. Recordemos que para Alexy, en la ponderación hay un derecho o principio sacrificado el cual se justifica si se satisface otro, si la medida es inútil o no es propicia en relación con el fin, no estaría justificada.

En esta oportunidad también se hace necesario distinguir la ponderación legislativa de las que se enmarquen en una acción de tutela; pues bien, en cuanto a la primera, una *norma* será idónea o adecuada bajo un sentido negativo de esta exigencia, solo se excluyen aquellas normas que son inútiles o inadecuadas, aquellas que no aportan definitivamente en nada a la obtención del fin perseguido; en cuanto a las decisiones en la acción de tutela se tendrá por superada esta exigencia cuando la medida contribuya en cualquier grado a la obtención del fin constitucional buscado.

Damos por agotada la exigencia inicial de la estructura del principio de proporcionalidad, con un extracto de jurisprudencia alemana donde abordan puntos tratados en este sub principio:

“La restricción aparece también como un medio adecuado y un requisito indispensable para alcanzar los fines legislativos. Un medio es adecuado cuando con su ayuda se puede tener éxito. Es indispensable, cuando el legislador no hubiera podido elegir otra medida igualmente efectiva, que hubiere restringido menos el derecho fundamental del afectado (BVerfGE 30, 292 [316]). Para la valoración constitucional de la idoneidad de una medida es decisivo determinar si el legislador, desde su perspectiva, con las medidas adoptadas, pudo desarrollar sus ideas. Si sus pronósticos para la evaluación de las relaciones político económicas fueron adecuados y sustentables, sólo lo podrá negar el Tribunal Constitucional Federal cuando el legislador, luego de haber agotado todas las posibilidades al momento de la expedición de la ley, hubiere podido

*establecer de manera evidente que las medidas no eran idóneas para la obtención de los fines. Por consiguiente, para aplicar los principios desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, la inconstitucionalidad de una medida legal, desde el punto de vista de la falta de idoneidad para la consecución de los objetivos, se puede determinar sólo en pocas ocasiones y en casos bastante especiales (BVerfGE 30, 250 [263])”.*⁸⁸

4.2.2. Sub principio de necesidad

Según afirma ALEXI, el requisito de la necesidad puede concebirse como una aplicación al ámbito jurídico de la idea del Óptimo de Pareto: *“la exigencia de la necesidad descansa en la idea de que la solución justificada es aquella en la que no es posible mejorar la posición de uno de los elementos en conflicto sin empeorar la posición del otro”*⁸⁹. Se colma la sub regla de necesidad cuando en el sacrificio del derecho o principio constitucional no exista una medida que lo lesione en menor grado con por lo menos el mismo grado de idoneidad. De la definición extraemos los requisitos en los cuales se considera una medida como necesaria: Si a) no existen otras alternativas, b) o existiendo son más gravosas y c) las otras alternativas gozan de un grado inferior de idoneidad.

En cuanto a la existencia de alternativas menos gravosas, es imperioso decir que: puede que no se conozcan otras medidas, o que conociéndose se dude si afectan en mayor o menor grado el derecho o principio constitucional; pues bien, no se exige que el legislador a la hora de crear una norma estudie todas las posibilidades y creé todas las hipotéticas situaciones de afectación, entendiendo que la finalidad de este requisito de justificación es evitar sacrificios innecesarios de derechos, se dará por colmada esta exigencia si no se vislumbran en el panorama de aplicación alternativas ostensiblemente menos gravosas que la estudiada. En el ejemplo de la libertad de cultos frente al derecho a la vida, donde se propone una transfusión sanguínea, la cual es abiertamente rechazada por la religión a la cual está adscrito el paciente, si existe un método médico, distinto de la transfusión de sangre, que sea mayor o por lo menos igual de útil en la consecución del fin “derecho a la vida”, un médico que deba realizar la operación debe desechar la transfusión sanguínea por representar un sacrificio innecesario a la libertad de cultos.

4.2.3. Sub principio de proporcionalidad en sentido estricto.

⁸⁸ Ver Sentencia BVerfGE 39, 210 [Ley sobre la Estructura de los Molinos]

⁸⁹ ALEXI, Robert. Epílogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales: en Revista Española De Derecho Constitucional. 66: p. 29.

Si el grado de satisfacción del derecho o principio constitucional que prevalece compensa la lesión o menoscabo del otro principio o derecho predicaremos que existe una proporcionalidad en sentido estricto. A esta tercera exigencia se le ha denominado Ley de la Ponderación y es donde descansa la racionalidad de esta teoría de ponderación, en otras palabras, una decisión es correctamente justificada si los beneficios obtenidos superan los costos que esta conlleva. Para Alexy⁹⁰, cada principio tiene un peso abstracto y uno concreto, el primero se trata de la relevancia de principio de manera genérica; el peso concreto es el que proviene de la importancia del principio en un caso específico, así, puede que un principio P1 tenga más peso abstracto que otro P2, *prima facie*, pero de acuerdo a las circunstancias y condiciones que arroja el caso individual, tenga más peso concreto P2 que P1.

En filosofía jurídica, el carácter *prima facie* se entiende en términos de condición o circunstancialidad, una norma es *prima facie* cuando su aplicación depende de que se cumplan ciertas condiciones, o que estas estén ausentes; por ejemplo, el derecho a la información es *prima facie* predominante frente al derecho al honor, en este caso, teniendo por propiedades relevantes: a) información veraz b) de relevancia pública y c) no injuriosa, la relación *prima facie* de prevalencia seguirá así, solo si un caso particular cumple estos tres requisitos, de no tenerlos se destruye la relación inicial de preferencia, por no sostener las circunstancias condicionales de esa relación. De igual forma opera el peso abstracto *prima facie*, y el concreto.

Para Alexy⁹¹, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se desarrolla en tres fases consecutivas: i) la determinación del grado de lesión o menoscabo que la decisión provoca en uno de los elementos del conflicto; ii) la determinación del grado o la importancia de la satisfacción del otro elemento del conflicto, y iii) la comparación de las magnitudes anteriores en orden a comprobar si la importancia de la satisfacción del elemento prevalente justifica la lesión o afectación del otro elemento. Desarrollaremos cada una a continuación.

Los dos primeros grados de satisfacción o de afectación de cada uno de los derechos o principios enfrentados se obtienen según una escala tríadica que Alexy divide en tres: *leve*, *moderado* y *fuerte*⁹². Tomemos la variable “**A**” como nivel de afectación y “**S**” Como variable

⁹⁰ ALEXY, Teoría de los Derechos Fundamentales, 2002: Óp. Cít., epígrafe III.3b.

⁹¹ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A structural Comparison en Ratio Juris. 2003: p. 436-437.

⁹² *Ibid.*, p. 437ss.

de satisfacción, los principios enfrentados “**P1 y P2**” y finalmente “**C**” como circunstancias. El esquema que representaría al **P1** en el supuesto que este sea el principio que se esté afectando sería **AP1C** y el principio satisfecho **SP2C**, pues bien, la gradación: L (leve), M (moderado) y F (fuerte) será lo que nos determine la prevalencia o no de un principio frente a otro, si el nivel de afectación de **P1** es Leve y el de satisfacción de **P2** Fuerte, prevalecerá el principio **P2**. Matemáticamente solo son posibles nueve casos:

Situaciones donde P1 prevalece sobre P2 por ser el grado de afectación mayor que el de satisfacción:

1. AP1C:F / SP2C:L
2. AP1C:F / SP2C:M
3. AP1C:M / SP2C:L

Situaciones donde P2 prevalece sobre P1 por ser el grado de satisfacción mayor que el de afectación:

4. AP1C:L / SP2C:F
5. AP1C:M / SP2C:F
6. AP1C:L / SP2C:M

Situaciones de empate:

7. AP1C:F / SP2C:F
8. AP1C:M / SP2C:M
9. AP1C:L / SP2C:L

Considera el autor alemán, que en las situaciones de empate puede decidirse de acuerdo a la discrecionalidad del fallador, si se trata de recursos de amparo, la decisión estaría igual de justificada si se decide a favor de una actuación o en su contra, no sucede lo mismo en ponderación legislativa, donde la presunción de constitucionalidad inclinaría la balanza hacia la norma en caso de empate. Para mayor claridad, el referido autor utiliza la fórmula del peso, donde los valores de L, M y F son cuantificables en 1, 2 y 4 respectivamente, siendo necesario aclarar que para él esta fórmula solo es metafórica, pues no es posible cuantificar la lesión o satisfacción, tal reduccionismo no es lo que se pretende, pues se estaría utilizando escalas cardinales propiciando la idea de que todo puede reducirse a una escala métrica. Amén de esto, en la fórmula del peso en los casos en que el resultado arroje 2 o superior prevalecerá **P1** sobre **P2** y así se medirá todas las nueve posibilidades, gráficamente la fórmula sería la siguiente donde “**G**” equivale al peso jurídico:

AP1C: F

GP1, P2 = ----- = GP1, P2= 4/2 = GP1, P2= 2

SP2C: M

Este primer Test expuesto, se muestra como una opción racional a la hora de fundamentar una decisión judicial que resuelva un conflicto de principios y/o derechos fundamentales; no obstante, debería ofrecer una respuesta a los siguientes cuestionamientos: en primera instancia, parecería que existe una excesiva formalización y lo notamos con la llamada fórmula del peso; la cual, si bien es cierto funge de manera explicativa e ilustrativa, hay autores como el español David Zorrilla⁹³ que la consideran como un recurso innecesario y poco útil, por los siguientes motivos: R. Alexy no ofrece una serie de criterios que permitan atribuir a determinado sacrificio o satisfacción el calificativo de Leve, Moderado, o Fuerte, la relación entre estos tres niveles y las circunstancias del caso no se halla definida igual de racional que el resto del método de proporcionalidad, A su vez, continúa el autor español considerando que así como se ofrece una serie de pautas para examinar la adecuación de una medida, hubiese sido necesario señalar pautas para modular la incidencia de una circunstancia o condición en un principio o derecho constitucional específico, pues se desconoce cómo se obtiene la conclusión L, M o F de la *fórmula del peso*, siendo estos grados los que a la postre definen la prevalencia o no de un principio sobre otro, bástese con que se argumente formalmente una afectación Leve para concluir en la fórmula del peso que el principio “a” se prefiere antes que el “b” y así, todo el análisis de adecuación y necesidad se ve minimizado ante la atribución de un nivel de intensidad, sin más parámetros que los que el operador judicial le atribuya.

4.3. TEST NORTEAMERICANO, SCRUTINY SYSTEM

Si el ya estudiado, Test de Proporcionalidad, tiene sus orígenes y desarrollo en Europa, el presente encuentra sus raíces en Estados Unidos de América donde surgió la necesidad de modular el control normativo, por ello se crearon tres tipos de test o estándares de medición, (*scrutiny*), que se utilizan a la hora de aplicar las dos cláusulas de la enmienda XIV: el debido proceso sustantivo y la protección de la igualdad, pero fundamentalmente para esta última; así, se crearon tres niveles de intensidad para el examen de constitucionalidad de las normas

⁹³ ZORRILLA, Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa. Óp. Cit., p. 249.

jurídicas, a) El nivel de intensidad Estricto, b) El intermedio y C) El débil. El nivel de control estricto sobre las leyes implica supeditar el control al análisis minucioso, evaluando todos los aspectos posibles a la hora de examinar la constitucionalidad de una norma; un control con escrutinio débil se aplica mayormente sobre las leyes económicas, donde su confrontación constitucional no es tan estricta pues solo se verifica los aspectos mínimos de constitucionalidad; a su vez, el Test intermedio, revisa en ciertas circunstancias y bajo unos estándares regulares la constitucionalidad de las normas que se presentaban a su disposición. Como es de esperarse, los elementos y circunstancias de cada uno de estos niveles nos detendrán a continuación.

4.3.1 Nivel de escrutinio estricto

En el más exigente nivel de intensidad, “*strict scrutiny*”, una norma, medida o actuación que se involucre con un derecho fundamental o las consideradas libertades preferidas, es *prima facie* inconstitucional; el Estado entonces tiene la carga de probar que el acto se dictó con la finalidad de perseguir un interés estatal “imperioso” (*compelling State interest*) y, además, que es necesario y se encuentra “confeccionado a la medida” (*narrowly tailored*).

Las características de este Test son las siguientes: con respecto a cuándo debe aplicarse, se utiliza este test estricto: (1) cuando se estén en juego Derechos fundamentales y Libertades preferidas, las cuales han sido entendidas como un conjunto de derechos que exigen la más alta protección estatal que gozan de la mínima intervención legislativa, escaso margen de configuración por parte del poder legislativo, son derechos llamados también ‘personalísimos’ que carecen de contenido económico, como el derecho de información, la libertad religiosa, el derecho a la privacidad, los derechos de participación política, etcétera; (2) cuando se establezca una diferenciación de acuerdo a “categorías sospechosas” como por ejemplo la raza, la religión, el origen nacional, y de género⁹⁴.

En cuanto a los requisitos o exigencias materiales tenemos: (1) la búsqueda de un fin imperioso, aquí se requiere que la norma no sólo busque un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado, en los términos que cada estado lo defina, no basta entonces que el fin sea de los que están consagrados a nivel constitucional, sino que debe colmar la exigencia de “imperioso”; (2)

⁹⁴ Ver caso: *Brown v. Junta de Educación*, *Yick Wo v. Hopkins* (EE.UU. 118 356) *Korematsu v. EE.UU.* (323 EE.UU. 214).

Que la medida sea necesaria indispensable para la obtención del fin, significa que la norma debe ser la menos discriminatoria o la menos restrictiva de la libertad entre todas las alternativas posibles para conseguir el mismo fin, de este modo se requiere un ejercicio de comparación y conveniencia, sin perder de vista que la misma será necesaria no solo por ser la menos restrictiva sino por representar una utilidad igual o superior a las otras variantes posibles.

4.3.2 Nivel de escrutinio intermedio

Escrutinio intermedio (*intermediate scrutiny*) por medio de este Test, se controlan las regulaciones normativas que persigan intereses estatales legítimos, no con el carácter de “imperiosos”, sino “importantes”, además se exige que los medios para obtener el fin importante sean sustancialmente efectivos, es decir, demanda una precisa adecuación de los medios a sus fines. Igual que en el escrutinio estricto, tenemos que la norma sometida a examen es presumida inconstitucional, el Estado tiene la carga de la prueba, debiendo destruirla.

Para que proceda el Test intermedio, se requiere siempre que estemos tratando con derechos fundamentales excluidos del nivel de intensidad superior, se excluyen las “libertades preferidas” controlables con el test estricto por ocuparse este de categorías sospechosas. El Test intermedio trabaja con categorías semi sospechosas, como la orientación sexual⁹⁵. Se pueden resumir las exigencias de este nivel de intensidad en: (1) “Importancia” del fin buscado, gradualmente es menos relevante un fin Importante que uno Imperioso, las diferencias se encuentran en cada situación y momento histórico contenido en la jurisprudencia norteamericana; (2) Que los medios sean adecuados; es decir, sustancialmente efectivos para alcanzar la finalidad, esta adecuación de los medios hacia los fines tiende a adoptar un carácter técnico, tal como podrá apreciarse, por ejemplo en el caso Estadounidense *Craig v. Boren*, en donde la Corte echa mano de estadísticas para resolver que tan efectivos son determinados medios en la obtención del fin importante.

4.3.3 Nivel de escrutinio leve

El control de relación razonable “*rational basis review*”, se trata de un examen residual sobre normas que no caen dentro del radio de aplicación de los escrutinios anteriores, este test exige

⁹⁵ Ver casos *Romer v. Evans* y *Lawrence v. Texas*.

que la medida o norma jurídica mantenga una relación apenas razonable o racional con la finalidad perseguida, la cual debe ser legítima, y además que los medios utilizados resulten adecuados a la misma. Tenemos entonces que para superar las exigencias de este test, se debe: (1) No tener la medida estudiada asomo alguno que nos avizore la existencia de alguna “categoría sospechosa” o semi sospechosa ya reveladas, la base de las clasificaciones racionales de este nivel débil, son en gran medida materia económica⁹⁶, donde a la par del gran margen de configuración del legislativo, el control judicial merma, como en una relación inversamente proporcional; (2) Se tenga un interés legítimo del Estado, y (3) que haya una relación razonable entre los medios y el interés legítimo. La definición de legítimo interés, ha ido de la mano con el nivel mínimo que este test propone, un interés legítimo no es “imperioso” ni “importante”, es sencillamente menos que las dos categorías que manejan los niveles superiores de intensidad ya desarrollados.

⁹⁶ Ver caso EE.UU. c. Productos Carolene, 304 EE.UU. 144.

5. TÉCNICAS HERMENEÚTICAS PARA ANALIZAR DESIGUALDADES EN CONTEXTOS LEGISLATIVOS

El problema fundamental que se plantea bajo el test es el siguiente: la expedición de legislación busca, al menos en teoría el logro de un fin constitucionalmente aceptable; pero a veces la consecución del fin aceptable ocasiona la restricción de un derecho fundamental. Una respuesta legalista le daría prioridad absoluta a la ley en virtud del principio democrático, una respuesta constitucionalista sería darle primacía a los derechos por razón de la supremacía de la constitución. La dificultad con ambas soluciones está en que las dos son parcialmente correctas, por lo que para acomodar estos intereses en choque se debe ponderar la legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado.

Antes del análisis jurisprudencial, haremos uno doctrinal sobre el tema de los test de igualdad. La corte suprema de Estados Unidos empezó a usar desde los años 30 del siglo pasado una serie de doctrinas a las cuales denomino "test", que florecieron en los años 50 y 60, pero siguen siendo de gran importancia en la jurisprudencia contemporánea. Esta idea básica, originalmente aplicada al examen de la legislación (confrontaciones estado-particular) se aplicó luego a casos donde chocaban derechos contra derechos. Nuestra corte constitucional ha utilizado los test en ambos contextos. Usa el "test de razonabilidad" para mirar la constitucionalidad de legislación que restringe derechos fundamentales en casos, con frecuencia relacionados a igualdad, libre desarrollo de la personalidad y estados de excepción. Usa el balanceo para medir el peso de dos derechos constitucionales en conflicto y determinar cuál de ellos ha de predominar por medio del Test de "armonización concreta."⁹⁷

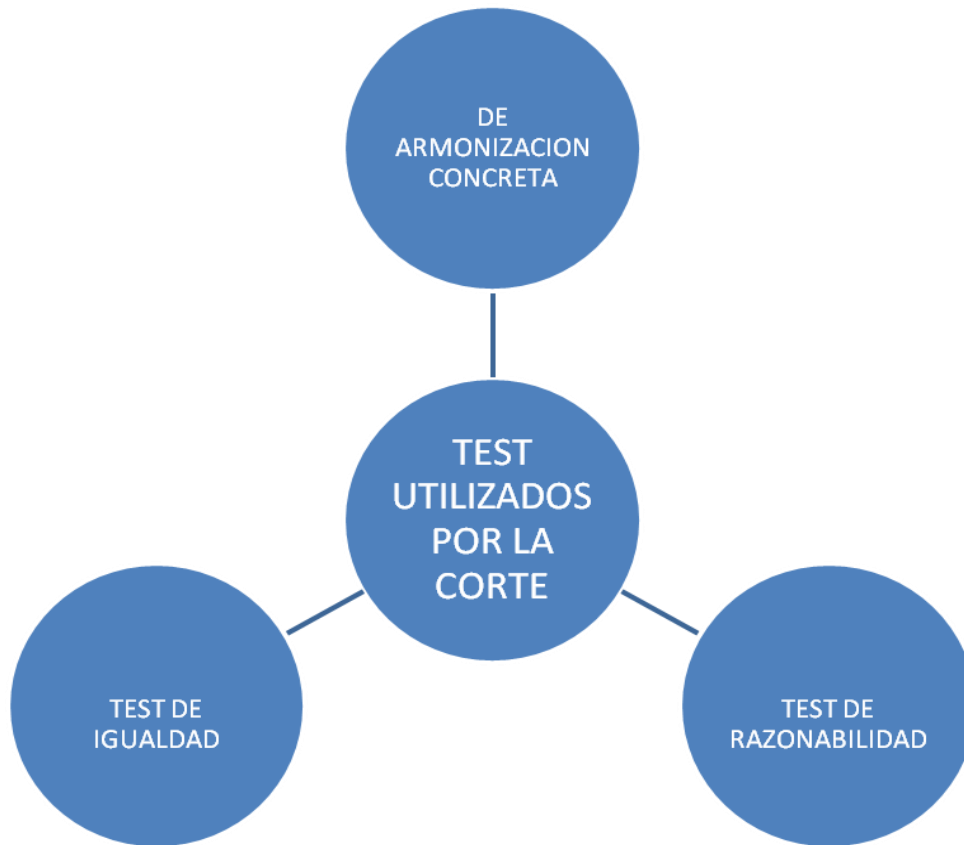
5.1. EL PROBLEMA DEL NIVEL DE GENERALIDAD EN LA LINEA JURISPRUDENCIAL⁹⁸

Resalta Diego López Medina que uno de los problemas de la línea, es el nivel de generalidad y abstracción del problema jurídico, afirma que el encabezado de la línea, es decir, el problema jurídico debe tener una elaboración o un escenario constitucional de tal manera que el problema jurídico este descrito en términos fácticos y no solo conceptual. Esto quiere decir que el

⁹⁷ MERCADO PEREZ, David. Test jurisprudenciales para ponderar y balancear. Universidad de Cartagena.

⁹⁸ LOPEZ MEDINA Diego, El derecho de los jueces segunda edición. Legis. págs. 187, 188.

problema jurídico debe tener amplia comprensión y una reducida extensión, por ello, el uso de los test tiene un alto grado de abstracción. En la siguiente gráfica se muestran los Test usados por la Corte Constitucional.

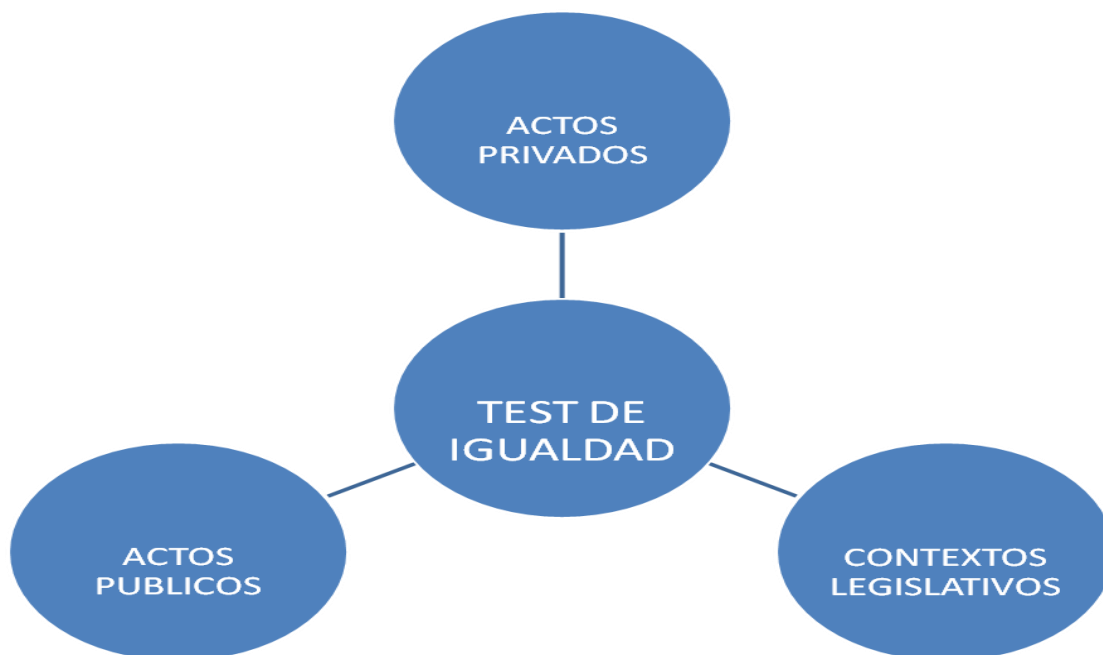


TEST DE RAZONABILIDAD: Se usa para la revisión de legislación, examinando la violación genérica de cualquier derecho constitucional por parte de esta. Sin embargo la Corte lo ha utilizado para examinar normas expedidas en estados de excepción o para controlar normas que limitan derechos fundamentales.

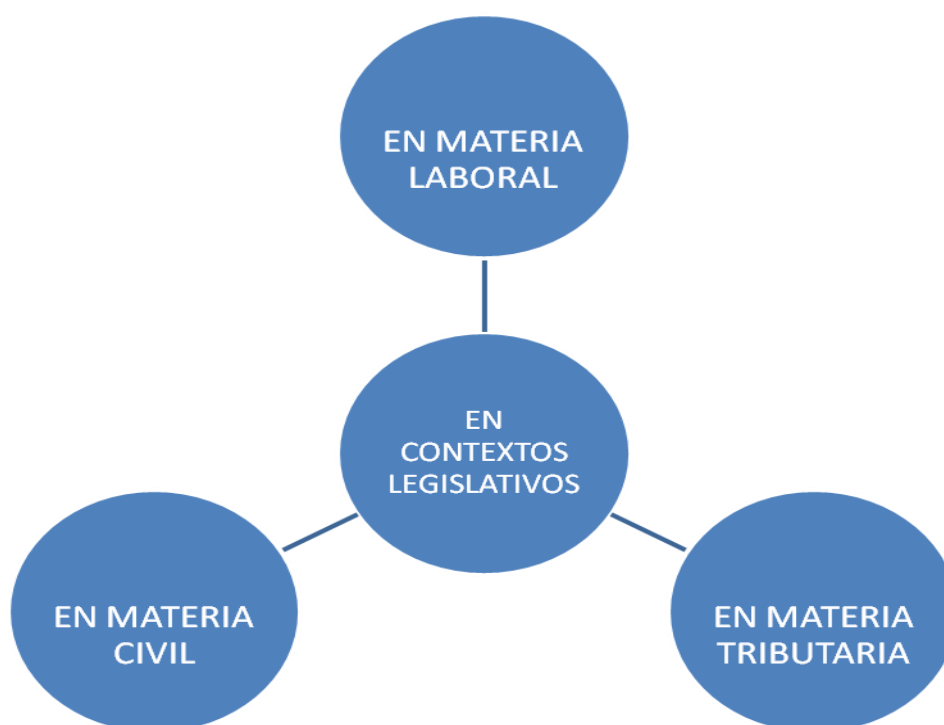
TEST DE IGUALDAD: Para la revisión de legislación o actos públicos o privados que distinguen entre personas, para controlar violaciones del derecho de la IGUALDAD. Es una forma específica y detallada del test de razonabilidad.

ARMONIZACION CONCRETA: Para el balanceo de derechos fundamentales en conflicto.

Para la realización de la línea hemos escogido el test de igualdad, pero necesitamos quitarle abstracción y darle más concreción.



Para seguir dándole concreción a nuestra línea jurisprudencial escogimos el uso del test en contextos legislativos. No obstante, este proceso de concreción del tema de la línea, se podría seguir delimitando, veamos:



Estos son algunos de los escenarios en los que se puede dar la aplicación del test en contextos legislativos, pero en este trabajo no escogimos ninguno de estos escenarios, decidimos quedarnos en el contexto legislativo, es decir, nuestro problema jurídico tiene un nivel de

abstracción media, lo elegimos de esta forma porque nos brinda una mayor perspectiva de la aplicación de los tests, perspectiva que se puede ver coartada en caso de escoger un escenario demasiado concreto. Aclarado esto, se procede a plantear el problema jurídico: La igualdad en la constitución colombiana.

Ad Initium, encontramos como más reciente, la sentencia de tutela T- 340/10, donde la Corte, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao, hace un resumen de lo que en Colombia se ha entendido la igualdad: *“La jurisprudencia constitucional sobre el principio de igualdad es especialmente amplia y ha transitado por diversos escenarios que dan cuenta de la multiplicidad de dimensiones que caracterizan este principio. Esta situación se explica por el lugar cardinal que ocupa este principio dentro del orden jurídico colombiano. De un lado, se trata de un principio fundante del orden político que se proyecta en el carácter general y abstracto de las leyes, elemento esencial del Estado de Derecho; y en los deberes del Estado para la satisfacción de los derechos constitucionales mediante la garantía de un mínimo de condiciones materiales para su ejercicio por parte de todas las personas, desde la perspectiva social del Estado. De otro lado, posee una relación inextricable con la dignidad humana, fuente y fin de los derechos fundamentales, representada en la concepción de la dignidad como atributo de todos los seres humanos, de donde deriva su derecho al goce de todos los derechos humanos por igual (Artículos 2º y 5º de la Constitución Política).*

En atención a lo expuesto, el Constituyente consagró como norma positiva el derecho fundamental a la igualdad en el artículo 13 de la Carta, dotándolo de un contenido normativo complejo, en el que las características ya reseñadas del principio, se concretan así: en el inciso 1º se establece el principio de igualdad formal o igualdad ante la ley; este principio, en términos muy simples implica que las normas jurídicas de origen legal (o aquellas que se le asemejen como los decretos y los actos administrativos de carácter general), sean aplicadas de forma estandarizada cada vez que se configure su supuesto de hecho. Consustancial a este principio es la prohibición de discriminación que prohíbe establecer un trato desigual frente a algunos sujetos en razón de ciertos rasgos de su identidad, tales como la raza, el sexo, la religión y la filiación política o ideológica.

El mismo precepto constitucional establece en sus incisos 2º y 3º una dimensión promocional de la igualdad, destinada a superar las desigualdades que, de hecho, enfrentan ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados, o las personas que, por diversos motivos, se encuentran en situación de vulnerabilidad o debilidad manifiesta. Esta dimensión de la igualdad permite -y en determinados contextos obliga- al Estado a adoptar medidas positivas en favor de esos colectivos o personas, que pueden consistir en una compensación transitoria para lograr la igualdad de oportunidades, en la entrega de beneficios concretos, o en cambios políticamente determinados en la distribución de recursos dentro de la sociedad. Si bien cada una de esas medidas tiene sus especificidades, en su conjunto se agrupan dentro del concepto de igualdad material, para denotar su diferencia con la igualdad formal y resaltar su estrecha relación con el Estado Social de Derecho”.

5.1.1. La igualdad como principio

Si bien la constitución política de Colombia no consagra de manera expresa la igualdad como principio o valor superior, este carácter se infiere del análisis sistemático y teleológico de las

normas constitucionales que versan los principios fundamentales del estado colombiano, así lo entendido la jurisprudencia constitucional. Si revisamos el preámbulo del texto constitucional, reconoce en la igualdad uno de los cometidos del Estado colombiano al establecer, entre otros fines, el propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco democrático, pluralista y social justo.⁹⁹ Por otra parte, de la interpretación de los preceptos del título I, de los principios fundamentales del Estado colombiano, la Constitución hace referencia de manera implícita a la igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico.¹⁰⁰ De esta manera el artículo 1º de la Carta, al señalar las características del Estado, establece que Colombia es un Estado social de derecho, democrático, pluralista, fundado en el respeto a la dignidad humana y en la prevalencia del interés general.

Del referido precepto puede deducirse el reconocimiento implícito de la igualdad constitucional como principio cardinal del Estado colombiano. Esto con base en que la igualdad como principio constitucional se fundamenta, por un lado, en la dignidad del ser humano, en el sentido de que éste es el único atributo que en efecto hace a las personas iguales.¹⁰¹ Por otra parte, la democracia, entendida ésta como el sistema en virtud del cual se manifiesta la voluntad general en la que se funda directa o indirectamente el ordenamiento jurídico colombiano, en consonancia con lo señalado anteriormente, el art. 3 Superior también establece que la soberanía reside en el pueblo del que emana el poder público, quien la ejerce de manera directa o por medio de sus representantes. También resulta muy ilustrativa la mención tácita a

⁹⁹ “El preámbulo de la Constitución incorpora, mucho más allá de un mandato específico, los fines hacia los cuales tiende el ordenamiento jurídico; los principios que inspiraron al constituyente para diseñar de una determinada manera la estructura fundamental del Estado; la motivación política de toda la normatividad; los valores que esa Constitución aspira a realizar y que trasciende la pura literalidad de sus artículos. El preámbulo da sentido a los preceptos constitucionales y señala al Estado las metas hacia las cuales debe orientar su acción; el rumbo de las instituciones jurídicas”. Sentencia T-330 de 1993: “El principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo”.

¹⁰⁰ Sentencia T-406, 5 de junio de 1992: “Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el art. 4 del texto fundamental”. Si bien la Constitución no establece de manera expresa qué y cuáles son los principios fundamentales del ordenamiento Superior, lo cierto es que sí reconoce como tal a los consagrados en los preceptos del título primero de la Constitución (art. 1-10). Lo anterior, habida cuenta de que las citadas disposiciones se hallan contenidas bajo el epígrafe “de los principios fundamentales”.

¹⁰¹ PÉREZ ROYO, Javier, 2000, “Curso de Derecho Constitucional”, Madrid, Marcial Pons, pág. 300 s.s. Sentencia C-082, de 17 de febrero de 1999: “El principio de tratamiento igual reconocido constitucionalmente se configura, entonces, en un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana”. T-556 de 6 de octubre de 1998: “El concepto de dignidad humana no constituye hoy, en el sistema colombiano, un recurso literario u oratorio, ni un adorno para la exposición jurídica, sino un principio constitucional, elevado al nivel de fundamento del Estado y base del ordenamiento y de la actividad de las autoridades públicas. En virtud de la dignidad humana se justifica la consagración de los derechos humanos como elemento esencial de la Constitución Política”

la igualdad que hace el artículo 5 Superior cuando establece que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona, entre los que se encuentran de manera determinante la dignidad de la persona (art. 1º)¹⁰² y el libre desarrollo de la personalidad (art. 16)¹⁰³. Sobre este la Corte se ha pronunciado reconociendo la inclusión de la igualdad en la norma citada al establecer que: *“el principio de igualdad descrito en los artículos 5º y 13 de la Constitución Política, pregonan un mismo trato, sin discriminación, para todas las personas que se encuentran frente a una misma situación jurídica”*¹⁰⁴.

5.1.2. La igualdad como derecho fundamental

El artículo 13 de la Carta, siguiendo una línea similar a la de los demás países establece en la primera parte de la norma que *“todas la personas nacen libres e iguales ante la ley”*¹⁰⁵. La Corte

¹⁰² Sentencia T-499, 21 de agosto de 1992: “El principio fundamental de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco (art. 1º, 5 y 13). La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal. El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para las autoridades (art. 1º)”. En efecto, en el art. 1º, la Carta reconoce que el de Colombia es un Estado fundado, entre otros principios, en el respeto de la dignidad humana.

¹⁰³ La Corporación constitucional ha ampliado el radio de acción de este derecho y también le ha reconocido el estatus de principio fundamental. En el sentir de la Corte “el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga fuerza a su contenido. Debe ser por tanto considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales” Sentencia T-542, 19 de junio de 1992. Con base en la consideración de que el del libre desarrollo de la personalidad constituye uno de los principios en que se funda el ordenamiento jurídico colombiano, la Corte ha desarrollado muy buena parte de las posiciones más progresistas e innovadoras en el Derecho colombiano.

¹⁰⁴ Sentencias C-36/1996 y T-171/de 1999.

¹⁰⁵ Además de la mención expresa a la cláusula de no discriminación en sus distintas variantes, la práctica totalidad de las Constituciones de América Latina, España y Portugal reconocen el principio de igualdad. Argentina: art. 16: “Todos sus habitantes son iguales ante la ley”. Bolivia: art. 6 (I) “Todo ser humano (...) goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución”. Brasil: art. 3 “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federativa de Brasil: (...) y reducir las desigualdades (...), promover el bienestar de todos (...) sin discriminaciones”. Chile: artículo 1º “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Costa Rica: artículo 33 “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”. Cuba: artículo 41: “Todos los ciudadanos gozan de iguales derechos y están sujetos a iguales deberes”. Ecuador: art. 17 y 23 “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas (...) 3. La igualdad ante la ley”. El Salvador: art. 3 “Todas las personas son iguales ante la ley”. Guatemala: art. 4 “En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos”. Honduras: art. 60. “Todos los hombres nacen libres e iguales en derechos. (...) Todos los hondureños son iguales ante la Ley”. México: art. 1º “(...) todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”. Art. 4 “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Nicaragua: art. 27 “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección”. Panamá: 20: “Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley”. Paraguay: art. 46 “Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos”. Perú: art. 2 (2) “Toda persona tiene derecho: a la igualdad ante la Ley”. Puerto Rico: art. 2 (1). “La dignidad del ser humano es inviolable. Todos los hombres son iguales ante la ley”. Uruguay: art. 8º. “Todas las personas son iguales ante la ley”. Venezuela: art. 1º “La República Bolivariana de Venezuela (...) fundamenta su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia (...)”. España: art. 14 “Los españoles son iguales ante la ley”. Portugal: art. 13 (1) “Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad y son iguales ante la ley”. La República Dominicana es el único país de que no consagra en la Constitución norma expresa que se refiera a la igualdad. Es de observar que las citadas cláusulas de igualdad ante la ley, reconocidas en los

Constitucional ha considerado que con base en lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución la igualdad se “*constituye en un derecho constitucional fundamental, así como en un valor fundante del Estado social de derecho y de la concepción dignificante del ser humano que caracteriza nuestro ordenamiento superior*”. La consagración expresa de la igualdad está contemplada en el título segundo –bajo el epígrafe de los derechos, las garantías y deberes constitucionales–, capítulo primero –contentivo de los derechos fundamentales–, y ubicado justo después de los derechos fundamentales a la vida (art. 11) y a la integridad personal (art. 12). Es decir, que a la luz de la Constitución colombiana la igualdad, además del carácter de principio fundamental, tiene la consideración de derecho fundamental de las personas, entendido éste como un derecho subjetivo susceptible de ser amparado a través de la interposición de la acción de tutela (art. 86 de la C.P.)

Más aún, de conformidad con lo dispuesto en el art. 85 de la C.P. la igualdad es uno de los derechos fundamentales de aplicación inmediata, es decir, que para su ejercicio no requiere de desarrollo legislativo alguno y es susceptible de ser aplicado directamente por los Operadores Jurídicos.¹⁰⁶

5.1.3. La igualdad y el principio de no discriminación

El inciso 1º del art. 13 consagra la cláusula general de igualdad y no discriminación al establecer: “*todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica*”. Adicional e independiente a esta norma, de conformidad con el art. 5º de la Carta, la Constitución reconoce expresamente este principio, prohibiendo de manera categórica cualquier forma de discriminación¹⁰⁷. Lo anterior, a efecto de que “*no se otorguen privilegios, se niegue el acceso a un beneficio o se restrinja el ejercicio de un derecho a una persona o grupo de personas de manera arbitraria e injustificada*”¹⁰⁸.

regímenes constitucionales mencionados, están inspiradas en las consagradas en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 1º y 6); en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (art. 1º, 2 y 7); los Pactos de Derechos de la ONU (art. 2º) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 1º y 24).

¹⁰⁶ Sentencia T-403, 3 de junio de 1999

¹⁰⁷ En este mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional. Cfr.

Sentencia SU-253, 27 de mayo de 1998. Así, pues, con base en lo establecido en ambos preceptos (art. 5 y 13), la Corte ha reconocido en el de no discriminación el carácter de principio, y ha señalado que éste guarda estrecha relación con el de igualdad sustancial reconocido en la misma disposición: Sentencia T-432 de 1992.

¹⁰⁸ Sentencia T-591, 4 de diciembre de 1992.

Con respecto a la prohibición de discriminación la Corte en sentencia T-340/10 señaló: *“El examen de igualdad presenta también algunas particularidades cuando se examina una eventual violación a la prohibición de discriminación. Básicamente, una discriminación se presenta cuando las autoridades adoptan tratos diferenciados entre personas o grupos en situaciones similares, sin que exista para ello una razón legítima. Además, la prohibición de discriminación ha sido desarrollada tanto en el artículo 13 de la Carta Política, como en otras cláusulas del Texto Superior y en diversos instrumentos del DIDH que señalan grupos, colectivos, o situaciones en las que la discriminación sigue un patrón de exclusión histórico crónico, razón por la cual la carga de la prueba sobre la legitimidad de la medida (razonabilidad) se traslada a la autoridad”*.

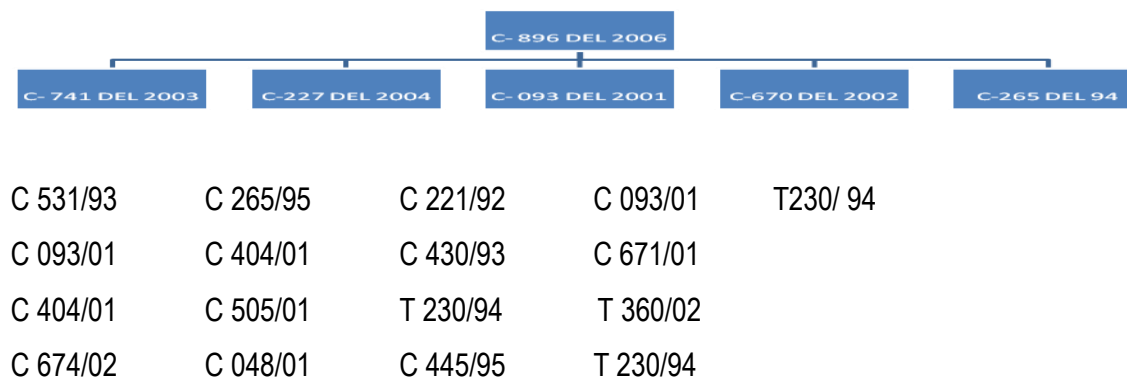
En consecuencia, cada uno de los pasos del examen de razonabilidad y proporcionalidad se hace más estricto, pues las medidas de diferenciación basadas en tales criterios se presumen inconstitucionales. En la sentencia C-371 /2000, afirmó la Corte: *“El principio de no discriminación, por su parte, asociado con el perfil negativo de la igualdad, da cuenta de ciertos criterios que deben ser irrelevantes a la hora de distinguir situaciones para otorgar tratamientos distintos. Estos motivos o criterios que en la Constitución se enuncian, aunque no en forma taxativa, aluden a aquellas categorías que se consideran sospechosas, pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y a colocar en situaciones de desventaja a ciertas personas o grupos, vgr. Mujeres, negros, homosexuales, indígenas, entre otros.”*

En la sentencia C-481/1998, se sostuvo que los criterios sospechosos son *“categorías que (i) se fundan en rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad; (ii) han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; y, (iii) no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.”* En la sentencia T-1090 de 2005, al estudiar si la conducta de los dueños de unas discotecas de Cartagena, orientada a prohibir la entrada de afro descendientes a sus instalaciones constituía una actitud discriminatoria, la Corte señaló que, a pesar de la importancia del principio de no discriminación, el concepto no había sido definido con claridad por la jurisprudencia constitucional. Con el fin de llenar ese vacío, la Corte reiteró lo dicho en la sentencia T-098 de 1994 al respecto: *“[Por discriminación se entiende] un*

acto arbitrario dirigido a perjudicar a una persona o grupo de personas con base principalmente en estereotipos o prejuicios sociales, por lo general ajenos a la voluntad del individuo, como son el sexo, la raza, el origen nacional o familiar, o por razones irrelevantes para hacerse acreedor de un perjuicio o beneficio como la lengua, la religión o la opinión política o filosófica (...) El acto discriminatorio es la conducta, actitud o trato que pretende ... anular, dominar o ignorar a una persona o grupo de personas, con frecuencia apelando a preconcepciones o prejuicios sociales o personales, y que trae como resultado la violación de sus derechos fundamentales. || Constituye un acto discriminatorio, el trato desigual e injustificado que, por lo común, se presenta en el lenguaje de las normas o en las prácticas institucionales o sociales, de forma generalizada (...) siendo contrario a los valores constitucionales de la dignidad humana y la igualdad, por imponer una carga, no exigible jurídica ni moralmente, a la persona”.

A partir de esto, señaló este Tribunal que cuando se presenta un acto de ese tipo, corresponde al juez de tutela efectuar un análisis jurídico riguroso para establecer sus causas y definir las medidas necesarias para “*enmendar la irregularidad*”, razón por la cual la acción de tutela es procedente para otorgar protección a quienes han sido víctimas de actos discriminatorios. Alrededor de estos supuestos jurídicos, sociales y económicos se plantea el problema básico sobre los juicios de igualdad: *¿Cual es la técnica hermenéutica más conveniente usada por la corte para comportar un juicio de igualdad en contextos legislativos?*

La metodología utilizada fue la escogencia del punto arquimédico, entendemos por tal la sentencia que nos sirvió para tratar de dar solución a las relaciones estructurales entre otras sentencias e identificar las sentencias hitos. Es la más reciente que trata el problema planteado y para este aspecto es la C-896 del 2006. Desde ella haremos la *ingeniería reversa* para llegar al nicho citacional, que es el siguiente:



C 673/01	C 579/01	C 022/96	C 445/95
C 265/94	C 673/01	T 352/97	C 309/97
T 230/94	C 401/03	C 563/97	C 481/98
T 309/97		C 112/00	C 671/01
		C 309/97	C 112/00
		C 183/98	

La **sentencia fundadora de línea** es aquella que trató por primera vez el problema jurídico planteado, se caracteriza:

1. Por estar colmada de *obiter dicta*.
2. No contener invocación de precedente, porque es la primera en analizar el problema.
3. Presenta desarrollos doctrinales bastante amplios.
4. *Generalmente expresa balances constitucionales sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia.*
5. Poseer alta carga política, debido a la entonces reciente creación de la corte constitucional; tienden a estar bastante ajustadas hacia uno de los polos del problema.

Para nuestro estudio, la sentencia fundadora de línea es la C—221/1992, junto con la T-- 422 de 1992, su importancia está en que fueron las primeras en establecer, aunque someramente los lineamientos del test de igualdad Europeo o de proporcionalidad.

5.1.4. C- 221 y C- 422 de 1992, Fundadoras de línea

En la Jurisprudencia Constitucional Colombiana las primeras referencias al principio de proporcionalidad (Test de proporcionalidad), la encontramos en las sentencia de constitucionalidad, C-221/92, y de Tutela T-422/92, del 29 de mayo y 19 de junio de 1992 respectivamente. En la C-221 se plantea un problema de igualdad en el contexto laboral, la norma demandada es el el Decreto 119 de 91, expedido por el gobierno nacional, la norma establecía una distinción a la hora de remuneración y pagos de viáticos. La corte procede al juicio de igualdad de la siguiente manera: *“El operador jurídico, al aplicar la igualdad con un criterio objetivo, debe acudir a la técnica del **juicio de razonabilidad** que, en palabras del tratadista italiano Mortati, “consiste en una obra de cotejo entre hipótesis normativas que requieren distintas operaciones lógicas, desde la individualización e interpretación de las hipótesis normativas mismas hasta la comparación entre ellas, desde la interpretación de los*

contextos normativos que pueden repercutir, de un modo u otro, sobre su alcance real, hasta la búsqueda de las eventuales disposiciones constitucionales que especifiquen el principio de igualdad y su alcance."

Esta sentencia, como fundadora de línea que es, no se remite a otra jurisprudencia sino a un autor de origen europeo, no obstante la mención que se hace al juicio de razonabilidad, no se presenta ningún desarrollo de la figura hermenéutica, simple y llanamente es mencionada.

La T-422 del 92 analiza un caso de concurso de meritos para acceder a la carrera administrativa, analizara la corte si hay una discriminación por cuanto no se eligió al que quedó en primer lugar dentro de la prueba. Afirmando: *"La igualdad designa un concepto relacional y no una cualidad. Es una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones. Es siempre resultado de un juicio que recae sobre una pluralidad de elementos, los "términos de comparación". Cuáles sean éstos o las características que los distinguen, no es cosa dada por la realidad empírica sino determinada por el sujeto, según el punto de vista desde el cual lleva a cabo el juicio de igualdad. La determinación del punto de referencia, comúnmente llamado **tertium comparationis**, para establecer cuando una diferencia es relevante, es una determinación libre más no arbitraria, y sólo a partir de ella tiene sentido cualquier juicio de igualdad."*

El primer aporte de esta sentencia es haber introducido por primera vez el concepto de tertium comparationum, acuñado por el constitucionalista alemán Peter Häberle, hace referencia al punto de comparación o término de comparación teniendo en cuenta que la igualdad es un concepto relacional¹⁰⁹. Pero la T-422/92 no llegó hasta allí, dio luces más claras que las dadas por la C-221/92 acerca del test de proporcionalidad, al decir: *"De otra parte, los medios*

¹⁰⁹ Al precisar estructura del derecho a la igualdad en la formulación de la ley, no puede obviarse que nunca dos sujetos jurídicos son iguales en todos sus aspectos, sino que tanto la igualdad como la desigualdad de individuos y situaciones personales es siempre igualdad y desigualdad con respecto a determinadas propiedades; por ello, en la aplicación de la lingüística estructural al análisis de las proposiciones jurídicas, se ha llegado a determinar que los juicios de igualdad que constatan la igualdad con respecto a determinadas propiedades, son juicios sobre relaciones triádicas; o, dicho con otras palabras, los juicios de igualdad son juicios sobre igualdad parcial, una igualdad fáctica referida sólo a alguna y no a todas las propiedades de lo comparado. --- Si es claro que la igualdad designa un concepto relacional, no una cualidad de las personas, aquélla ha de referirse necesariamente a uno o varios rasgos o calidades discernibles, lo que obliga a recurrir a un término de comparación, comúnmente denominado tertium comparationis--; éste no viene impuesto por la naturaleza de las realidades que se comparan, sino su determinación es una decisión libre, aunque no arbitraria de quien elige el criterio de valoración. Se trata, pues, de una igualdad valorativa, pero que resulta relativizada de dos maneras: se trata, en primer lugar, de una igualdad valorativa relativa a igualdad valorativa relativa a determinadas consecuencias jurídicas.

escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo”

Se empieza a hablar de conceptos como medios, fines y proporcionalidad de medios y fines, pero además, afirma: *“Aunque existe una justificación razonable para aceptar el criterio diferenciador enunciado, éste debe ser proporcional. El juicio de proporcionalidad entre el fin buscado por la norma y los medios escogidos para ello tiene en cuenta no sólo la necesidad y la adecuación de estos últimos al primero, sino además la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido”*

La Corte sustenta su decisión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹⁰, estableciendo que no todo trato diferenciado traerá como consecuencia una discriminación sino sólo aquéllos que no sean justificables en términos constitucionales. Por tanto, el juez en cada caso concreto debe realizar un estudio atendiendo a la finalidad y los efectos de la medida controvertida, entre los cuales debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. Finaliza estableciendo que el trato discriminado debe estar justificado, porque la discriminación es necesaria y adecuada para el logro de fines constitucionalmente válidos. El principio de proporcionalidad erigido así, busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo. En este orden, es posible identificar el principio de un *test* de proporcionalidad estrictamente ligado al principio de igualdad. Es menester aclarar que se trata de un primer desarrollo ya que no existe todavía una conceptualización clara: primero se distingue la razonabilidad de la proporcionalidad de la norma en distintos apartados, pero posteriormente se mezclan los conceptos al hablar de la «relación razonable de proporcionalidad».

¹¹⁰ Juicio de proporcionalidad o ponderación (Sentencia del TC 76/1990), procede del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo recogió a su vez de la justicia alemana. La proporcionalidad encuentra su consagración explícita en el convenio europeo de derechos y libertades fundamentales, en la medida que las injerencias a las libertades que consagra solo son admisibles en cuanto constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática para los objetivos que se precisan en el apartado segundo de los art 8, 9, 10 y 11 del Convenio. Véase el caso Marck versus Bélgica, de 13 de junio de 1979.

Dos años después aparece la figura del *Test de razonabilidad* en la acción de tutela T- 230/94, el tema jurídico se da en torno al derecho de igualdad de los sindicatos, se plantea un modelo argumentativo que sirve para analizar el trato diferenciado en torno a la igualdad:

5.1.5. El "test de razonabilidad".

Dos años después aparece la figura del *Test de razonabilidad* en la acción de tutela T- 230/94, el tema jurídico se da en torno al derecho de igualdad de los sindicatos, se plantea un modelo argumentativo que sirve para analizar el trato diferenciado en torno a la igualdad cuando se dice: *La vinculación entre los supuestos de hecho diferentes y el "patrón de la igualdad", debe ser tal, que el trato diferenciado se encuentre justificado. Para lograr este propósito la doctrina internacional ha señalado los siguientes aspectos constitutivos de la justificación:*

1. *Diferencia de los supuestos de hecho.*
2. *Presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato.*
3. *Validez constitucional del sentido (fin) propuesto*
4. *Eficacia de la relación entre hechos, norma y fin.*
5. *Proporcionalidad de la relación de eficacia.*

Y prosigue: *El "test" tiene la ventaja de mostrar la complejidad del juicio hermenéutico, al separar elementos que usualmente quedan confundidos en una perspectiva general. Sin embargo, esta perspectiva es víctima del defecto contrario al que desea evitar: la falta de unidad. En efecto, al considerar que cada uno de los cinco pasos representa una variable autónoma, se tiene la impresión de un análisis puramente lógico y mecánico que desconoce el verdadero problema de ponderación que está en juego y que no es otro que el de la interpretación razonable.*

De los pasos previstos en el "test", el primero, referido a los hechos distintos, más que un elemento de análisis es un dato, comprobable empíricamente (desigualdad de los supuestos de hecho). Los dos siguientes puntos pueden ser reunidos en un sólo estudio normativo referido al fin (finalidad) válido (razonabilidad) como justificación de la decisión que introduce la diferencia. La eficacia de la relación entre el medio normativo y el fin o valor constitucional (racionalidad), así como la adecuación (proporcionalidad) pueden unirse en un solo momento, que es sin duda, el punto decisivo y de mayor complejidad.

El término "proporcionalidad" es propio de las relaciones entre objetos, o partes de los mismos, susceptibles de cuantificación, por razones de grado, intensidad, magnitud u otro motivo. La idea de adecuación, en cambio, es más amplia e introduce una connotación estimativa y circunstancial que es más propia del análisis constitucional

de valores. En efecto, cuando el intérprete sopesa el todo, compuesto por los hechos, la norma que introduce la distinción y el patrón de igualdad (constitución) realiza un acto único e irrepetible, como son las circunstancias que se presentan a su juicio. Su labor no consiste en subsumir los hechos en la norma legal y ésta, a su vez, en la norma constitucional con el objeto de constatar una adecuación lógica de lo particular a lo general. El juez constitucional está llamado, más bien, a comprender - con toda la fuerza semántica de esta palabra - la relación de adecuación entre los elementos indicados. Es una labor hermenéutica en la que los elementos configuran un todo dotado de sentido y no simplemente una sumatoria de partes separables".

Y en otro aparte muy interesante, resalta: *Sobre el tema de la razonabilidad la Corporación ha señalado en sentencia T-422 de 1993: "Al juez constitucional no le basta oponer su "razón" a la del legislador, menos cuando se trata de juzgar la constitucionalidad de una norma legal. La jurisdicción es un modo de producción cultural del derecho; el poder del juez deriva exclusivamente de la comunidad y solo la conciencia jurídica de esta permite al juez pronunciarse sobre la irrazonabilidad o no de la voluntad del legislador."*

Sobre el concepto de razonabilidad ha dicho también la Corte en la misma providencia: *"Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo."*

A pesar del avance de estas dos sentencias, no se lograba aun la perfección metodológica que necesitaba un test de proporcionalidad, esto fue mejorando sentencia tras sentencia pero, indudablemente. Fue en el año 1996 cuando alcanzó su mayor definición.

La Corte Colombiana se tomó la aplicación del «test de razonabilidad» en serio, al incluir en la parte motiva de sus fallos, argumentos que pretenden defender este modelo metodológico, como una adecuada técnica jurídica en su labor de adjudicar derechos constitucionales, que persigue la concreción de una verdadera justicia material, fin del estado social de derecho, y no un simple cambio de criterio caprichoso. En suma, no se está ante un caso en el cual se importa un modelo de la doctrina internacional sin mayor justificación sino que la Corte entiende la relevancia del cambio de criterio y los efectos que ello conlleva, de esta manera dice: *"El carácter normativo de todos los enunciados constitucionales y el principio de la efectividad de los derechos, imponen, hoy más que nunca, este tipo de razonamiento. Si la Carta de derechos*

demanda del juez constitucional decisiones en derecho que sean a la vez justas, en las cuales los valores y principios esenciales del ordenamiento encuentren realización, forzoso es entonces concluir que los procedimientos formales de validez no siempre serán el camino para el descubrimiento de la solución ideal. Dicho en otros términos, la primacía constitucional de los postulados axiológicos fundamentales, condiciona el seguimiento de los criterios positivos de validez normativa al respeto de los valores y principios.”¹¹¹

5.2. SENTENCIA C- 022 /1996

La mejor definición de la metodología de esta primera versión del test se halla en la sentencia de constitucionalidad C-022/96. En esta Sentencia, la Corte Constitucional debía decidir una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, el debate giraba en torno a los privilegios que otorgaba a los estudiantes que habían completado el servicio militar, que consistía en un aumento del 10% del puntaje en los exámenes estatales, que los bachilleres deben presentar con miras a acceder a la Universidad. La Corte al resolver el problema jurídico, sostuvo que el privilegio a favor de estos bachilleres sólo sería admisible constitucionalmente, de existir una “razón suficiente” que lo justificara. (Fallado el 23 de enero de 1996.) En esta ocasión la Corte dedica un análisis más detallado a los elementos de la proporcionalidad—tal y como son aplicados por el Tribunal alemán— dentro de su propio test de razonabilidad. Al respecto, la Corte explica que en la teoría jurídica alemana el principio de proporcionalidad puede ser aplicado de una forma adecuada y conveniente si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad. Señala que éste 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, entonces, es al juez constitucional quien debe determinar si esa reducción es proporcionada de acuerdo a la importancia del principio afectado a la luz de la Constitución.

Explica además que el concepto de proporcionalidad, comprende tres elementos: “*la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, que implica,*

¹¹¹ Ver sentencia T-230/94, Juan de Jesús Jiménez v. COOP-FEBOR, Corte Constitucional

que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.

Luego adapta el concepto de proporcionalidad al principio de igualdad, explicando que en el análisis de tratos diferenciados un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios —dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad— que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. En conclusión, los pasos metodológicos del test Europeo, explicados en capítulos anteriores, quedan configurados en esta sentencia. Estos son tres, que comprenden el «test de razonabilidad», dentro del cual el tercero de sus elementos se desdobra en tres más, como lo hace el Tribunal alemán y de acuerdo a lo dicho por Alexy, son:

- 1°. Identificar el objetivo que persigue la medida que implica el trato desigual.
- 2°. Verificar que la finalidad sea constitucionalmente admisible.
- 3°. Evaluar la razonabilidad del trato al sopesar la relación entre los medios y fines, siguiendo los siguientes sub pasos:
 - a) Adecuación: Que los medios escogidos sean adecuados para lograr el fin perseguido.
 - b) Indispensabilidad: La necesidad de la utilización de los medios para el logro del fin.
 - c) Proporcionalidad en sentido estricto: Persigue que la medida no sacrifique valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se busca satisfacer.

Cabe anotar la diferencia entre los términos «proporcionalidad en sentido estricto» y «principio de proporcionalidad». El primero se refiere a una cuestión cuantitativa: que el principio que se busca satisfacer no sacrifique otros principios de mayor importancia. Posteriormente la Corte cita su propia jurisprudencia acerca del «principio de proporcionalidad» estableciendo que la medida debe aplicarse de tal manera que no afecte los intereses de otras personas o que ello suceda en la menor medida posible. Claramente estos dos conceptos no se identifican con la terminología alemana, Al respecto señala Bernal Pulido¹¹²: *“Las deficiencias de claridad conceptual de esta definición del “test de razonabilidad” saltan a la vista. Por una parte, la Corte incluye a la propia “razonabilidad” como una de las etapas del “test” –la tercera- (de este modo,*

¹¹² BERNAL PULIDO, Carlos *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, pág. 6, 7.

lo definido se incluye parcialmente en la definición); y, por otra, la Corte parece equiparar a esta etapa con el principio de proporcionalidad. No obstante, esta equiparación tampoco parece ser tan tajante, pues en la misma sentencia, la Corte indica que “el concepto de razonabilidad puede ser aplicado satisfactoriamente sólo si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad”. Aquí, entonces, la proporcionalidad no se equipara a la razonabilidad, sino que es el concepto que la “concreta” (?).

Por último, la Corte incurre en una redundancia, pues al definir el principio de proporcionalidad, incluye dentro del subprincipio de idoneidad las dos primeras exigencias de la razonabilidad: que el trato diferente tenga un objetivo y que éste sea válido, Bernal Pulido dice: “En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato.” De este modo, la existencia de un objetivo y su validez, se examinan dos veces dentro del mismo procedimiento.

En la adaptación de esta herramienta hay que decir que se ha equivocado la Corte al sostener que el principio de proporcionalidad en Europa se aplica siempre con la misma intensidad; En el derecho constitucional alemán, cada uno de los sub principios de proporcionalidad debe ser aplicado con una intensidad diferente –un control de evidencia, un control intermedio o un control material intensivo–, de acuerdo con la seguridad que ofrezcan las premisas empíricas, analíticas y normativas relevantes y, de acuerdo con la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en el derecho fundamental objeto de consideración. De este modo, cuanto más intensa sea la injerencia en el derecho fundamental y cuanto más seguras sean las premisas relevantes, más intenso o estricto deberá ser el control de proporcionalidad.¹¹³

¹¹³ Ver aparte de la sentencia C 093 de 2001: “Así, como lo ha mostrado la doctrina, el juicio de proporcionalidad europeo tiene la virtud de aclarar analíticamente cuáles son los diversos pasos que debe realizar el juzgador. Pero es discutible que el mismo análisis de proporcionalidad pueda ser aplicado en todos los casos, pues no parece razonable estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en criterios de mérito. Precisamente, por la necesidad de contar con herramientas diferenciadas para estos diversos tipos de casos, es que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense han desarrollado la idea de que deben existir juicios de igualdad de distinta intensidad.” Por su parte César Rodríguez señala refiriéndose sólo a la aplicación del principio de proporcionalidad

Empero, estas deficiencias no le quitaban mérito al total acercamiento de la corte al test de proporcionalidad Europeo. Las deficiencias manifiestas obedecen a que el test de índole europeo se usó para solucionar conflictos donde se ponía en peligro las libertades del estado liberal, en cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales, habría de respetarse con todo el principio de proporcionalidad; el magistrado Carlos Gaviria es quien sistematiza y acopla este test inicialmente creado para proteger derechos fundamentales y libertades individuales, a determinar violaciones al principio de igualdad. Debido a esta dificultad, en cuanto a la aprehensión de las variables de intensidad en el derecho europeo, la Corte Constitucional ha recurrido a una extrapolación del modelo norteamericano del juicio de igualdad.

5.2.1. El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios

La adecuación del *test* europeo a la justicia colombiana, no ha sido la única técnica de la cual se ha hecho la Corte para ponderar principios, en su jurisprudencia se distinguen otros dos modelos diferenciados. Se distinguen tres diferentes tipos de *tests*: uno europeo basado en la proporcionalidad con intensidad constante, otro americano que se matiza con base en distintos niveles de intensidad y un tercero, construido por la Corte Colombiana que combina los dos anteriores. Estos son:

a) El juicio de igualdad como principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Se trata del primer modelo utilizado, que adopta los elementos básicos del juicio de proporcionalidad, que es aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional Español y el Tribunal Constitucional Alemán —este último a partir de la «nueva fórmula»— y que se estructura con base en el principio de proporcionalidad. La Corte se refiere a este juicio indistintamente como de «proporcionalidad» o de «razonabilidad», aunque en sentido estricto estos términos no son sinónimos.

b) El juicio de igualdad con tres tipos de escrutinios. El segundo modelo utilizado está basado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre la aplicación de la cláusula

en los casos de igualdad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: “Mientras que el test europeo es único y se aplica a todo tipo de casos relacionados con el derecho a la igualdad, la Corte americana ha desarrollado tres niveles distintos del test, cada uno de los cuales implica un diverso grado de severidad...” , “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, pág. 273 y sig.

de la *equal protection* prevista por la decimocuarta enmienda. Se utilizan distintos niveles de intensidad en los «escrutinios o «tests» de igualdad, sean estrictos, intermedios o débiles, cada nivel ha tenido una historia y su propio desarrollo jurisprudencial de acuerdo a las necesidades propias de la administración de justicia en la sociedad norteamericana.

c) El juicio integrado de la igualdad. En la Sentencia C-093 /2001 la Corte Constitucional intentó construir un «juicio integrado de igualdad», que combinara las ventajas del juicio de igualdad de índole europea —estructurado alrededor del principio de proporcionalidad— con las ventajas del juicio norteamericano. Con el uso de este método se aprovecha tanto la mayor claridad analítica que ofrece el procedimiento de la proporcionalidad, como la posibilidad de que cada uno de sus sub principios sea aplicado con una intensidad diferente, de acuerdo con la extensión del ámbito de apreciación que el Legislador o la Administración tenga en la materia que sea relevante.¹¹⁴

La segunda de sus líneas jurisprudenciales sobre el principio de igualdad, “*con raíces en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*” –toma los elementos de la más reciente jurisprudencia norteamericana sobre la aplicación de la cláusula *equal protection*, prevista por la decimocuarta enmienda-, “*se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los “escrutinios” o “tests” de igualdad (estrictos, intermedios o débiles)*”. Se trata de niveles de intensidades para la aplicación del principio de la igualdad.

5.2.2. Sobre la intensidad del test de razonabilidad¹¹⁵

El examen de constitucionalidad de una norma legal supone la intervención de la jurisdicción constitucional en la órbita de competencias del legislador, en aras de preservar los principios y valores constitucionales. El principio democrático (art. 1 C.P.), el principio de la separación de las ramas del poder público y de colaboración armónica entre ellas (art. 113 inciso 2 C.P.) y el principio de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.) deben ser interpretados sistemáticamente y ponderados en concreto de forma que se respeten las competencias constitucionales tanto del legislador como de la Corte Constitucional. Tal es el sentido básico de los distintos grados de intensidad con los que debe aplicarse el test de razonabilidad de una medida legislativa. Ello explica que en materia de igualdad el test de

¹¹⁴ BERNAL PULIDO, Carlos, *El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Óp. Cit. pp. 5, 8, 13.

¹¹⁵ Desarrollo jurisprudencial de la intensidad, Sentencia C 673-2001 Corte Constitucional.

razonabilidad, con variantes importantes pero también con elementos comunes significativos, sea el método aplicado en otras democracias constitucionales, e, inclusive, por órganos jurisdiccionales regionales.

Además, es pertinente subrayar que el test de razonabilidad sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada¹¹⁶ e internacional¹¹⁷ 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.

En efecto, en los Estados Unidos desde el año 1920 se menciona explícitamente el test leve aplicable al examen de una medida legislativa para determinar si vulnera el principio de igualdad de trato. Ya en 1937 la Corte Suprema aplica un test estricto de constitucionalidad a las medidas que clasifican a las personas según sus habilidades para ejercer derechos o sobre una base sospechosa. La Corte justifica el “endurecimiento” de su control en la existencia de su función judicial de proteger ciertos derechos constitucionales fundamentales, así como a minorías insulares. En la jurisprudencia norteamericana se han identificado tres grados de rigor en el juicio de igualdad denominados test de relación racional, test intermedio y test estricto.¹¹⁸

En Alemania se desarrolla y aplica el test de proporcionalidad de las medidas legislativas tempranamente por el Tribunal Constitucional que empezó a ejercer sus funciones en 1951. *En el fallo sobre “droguerías” (1958) la Corte Constitucional alemana aplica ya un test con intensidad diferencial según la importancia de los bienes en juego y el grado de intrusión de las medidas legislativas en los derechos fundamentales.*

¹¹⁶ LÓPEZ PINA, Antonio. La Garantía Constitucional de los Derechos Fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia. Editorial Civitas. Madrid, 1991. Louis Favoreu et al. Droit Constitutionnel. Dalloz. Paris, 1998. Louis Favoreu et al. Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984. Walter F. Murphy y Joseph Tanenhaus. Comparative Constitutional Law Cases and Commentaries. St. Martin's Press, Inc., New York, 1977.

¹¹⁷ EMMANUEL DECAUX, PIERRE-HENRI IMBERT. La Convention Européenne Des Droits De L'Homme. Economica. París, 1995. Vincent Berger. Jurisprudence de la Cour Européenne Des Droits de l'homme. Sirey. París, 1989; y para el sistema interamericano Diego Rodríguez Pinzón, Claudia Martín y Tomás Ojea Quintana. La Dimensión Internacional de los Derechos Humanos, American University- BID. Washington D.C. 1999.

¹¹⁸ Sobre la evolución y las controversias a propósito de las características de estos tres “niveles de escrutinio”, ver, por ejemplo, Geoffrey R. Stone et al Constitutional Law. Little, Brown and Company Boston. págs. 495 a 689. Aunque la tridivisión de grados de intensidad parece semejante a la existente en Colombia hay diferencias sustanciales en ambos países, derivadas de las diferencias de los textos de la Constitución y de la cultura jurídica de cada país, que no es del caso analizar en esta oportunidad.

En Francia, el Consejo Constitucional también ha aplicado un criterio de razonabilidad de las diferenciaciones a partir del objeto que la misma ley ha establecido. Desde su decisión inicial sobre el principio de igualdad del 27 de diciembre de 1973,¹¹⁹ este ha sido el referente más frecuentemente empleado por el Consejo Constitucional. El juicio de razonabilidad que dicho órgano ha venido aplicando ha evolucionado hasta llegar a una formulación convencional según la cual “el principio de igualdad no se opone a que el legislador regle de forma diferente situaciones diferentes ni a que establezca excepciones a la igualdad siempre que, en uno u otro caso, la diferencia de tratamiento que resulte esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece”. También ha distinguido entre grados de intensidad del control lo cual conduce a que se pase de un control normal a uno más estricto. Por ejemplo, el Consejo Constitucional aplicó un control más estricto en el caso de las “Cuotas por Sexo” donde de oficio declaró inconstitucional una disposición legislativa dirigida indirectamente a establecer un porcentaje mínimo de 25% de mujeres en las listas de candidatos a las elecciones municipales.¹²⁰

En Italia, la Corte Constitucional desde finales de los años cincuenta ha interpretado el principio de igualdad de tal manera que comprende la necesidad de que las leyes sean razonables. De manera explícita una sentencia de 1960 dijo 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.”¹²¹

En Canadá, la Corte Suprema de Justicia también ha aplicado una metodología especial para apreciar la razonabilidad de una diferenciación. El énfasis del análisis gira en torno a la relevancia objetiva de una diferenciación lo cual permite apreciar su razonabilidad, a partir del caso *Andrews*¹²² decidido en 1989, el cual responde a la adopción de la Carta de Derechos y Libertades de 1982. Antes de dicho fallo, las cortes canadienses aplicaban una fórmula más rígida para determinar quién estaba situado en una posición semejante a otro y por lo tanto debía recibir un trato igual. El criterio que guiaba dicha fórmula era el de la existencia de un

¹¹⁹ Caso “Taxation D’ Office”. Recogido por Louis Favoreu y Loïc Philip. “Les Grandes Décisions Du Conseil Constitutionnel. Dalloz. París. 1995, pág. 277 y ss.

¹²⁰ Decisión de 18 de noviembre de 1982. Sobre las intensidades del control de constitucionalidad en materia de igualdad en Francia ver Louis Favoreu. *Droit Constitutionnel*. Dalloz. París, 1998 pág. 882.

¹²¹ Sentencia N° 15 de 1960 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.*

¹²² *Andrews vs Law Society of B.C.* (1989) 1 S.C.R. 143.

“objetivo federal válido” lo cual equivale a un test más deferente que el que ha sido denominado leve en nuestra jurisprudencia.¹²³

En España, el Tribunal Constitucional viene aplicando desde mediados de los ochenta el test de razonabilidad en materia de igualdad en la ley. La desigualdad introducida por la norma impugnada es evaluada por el Tribunal respecto de su congruencia con los fines perseguidos y de su aptitud para alcanzarlos (test de razonabilidad en sentido restringido).¹²⁴ En ciertos casos sometidos a un escrutinio más estricto, además del anterior, el Tribunal Constitucional español aplica un test de proporcionalidad entre los medios y los fines, como en el caso de la Ley sobre el Impuesto sobre la Renta de Personas Físicas, donde el máximo tribunal español declaró inconstitucional por no pasar el test de proporcionalidad la medida que declaraba la unidad familiar y acumulaba las rentas tributarias de los cónyuges para efectos impositivos, sin pararmientes a las consecuencias jurídicas de dicho tratamiento.¹²⁵

La Corte Europea de Derechos Humanos aplica el test de proporcionalidad desde 1968 al examen de las normas acusadas de violar la Convención de Derechos Humanos. Así en el caso del Asunto Lingüístico¹²⁶ 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 medida bajo consideración. El principio de igualdad también se viola cuando se establece claramente que no hay una relación razonable de

¹²³ Sobre la evolución de la metodología para aplicar el principio de igualdad en Canadá ver Peter W. Hogg. *Constitutional Law of Canada*. Thomson Professional Publishing. Carswell-2000. pág. 988 y ss.

¹²⁴ SUAY RINCÓN, Jose. 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.

¹²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional STC 209/1988, del 10 de noviembre (BOE de diciembre 12 de 1988).

¹²⁶ Corte 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.

proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos que se pretende sean realizados.”¹²⁷

Para terminar esta breve referencia al derecho comparado, es importante subrayar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha aplicado criterios de razonabilidad en el ámbito del principio de igualdad. En una opinión consultiva de 1984 la Corte definió aspectos tanto de la razonabilidad como de la proporcionalidad en materia de igualdad y citó de manera expresa el caso sobre el “Asunto Lingüístico Belga” de la Corte Europea de Derechos Humanos anteriormente mencionado sin que ello signifique que se haya adoptado la metodología europea de manera específica. ¹²⁸ En armonía con esa tendencia general, la jurisprudencia constitucional colombiana ha aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un test estricto, un test intermedio y uno leve. Cada uno de estos tipos del test supone una diferente intensidad. Las diferencias básicas entre estas tres modalidades del test estriban en su estructura, sus elementos de análisis y sus consecuencias en materia probatoria y argumentativa.

5.3. C- 445 /1995 ¹²⁹

Esta sentencia es la que da las primeras luces sobre la intensidad del test, nótese que es del año 1995, antes que Carlos Gaviria perfeccionara el test de proporcionalidad Europeo, lo que muestra que la corte ya se había percatado del vacío conceptual que tenía el test de proporcionalidad para analizar casos relacionados con la igualdad y a su vez la necesidad de el juez constitucional, como intérprete de la constitución y en un sentido descriptivo, hace uso de variadas técnicas de interpretación para ejercer la labor de defensa de la integridad y supremacía de la constitución. La sentencia empieza haciéndose un interrogante bastante interesante para la teoría política, y que luego trataremos: ¿Hasta qué punto debe avalar el juez

¹²⁷ 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 Tita Loenen y Peter R. Rodríguez. *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague. 1999. págs. 25 a 51.

¹²⁸ Opinión consultiva OC-04-84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafos 12 a 16 (propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización).

¹²⁹ En relación con la carga de la prueba y de la argumentación, la Corporación ha concluido que varía según la intensidad del test. En el test leve de razonabilidad se parte de la presunción de constitucionalidad de la medida, unida a elementos que prima facie no arrojan dudas de ella, lo que hace más exigente la demostración de su inconstitucionalidad para el demandante. En cambio, en el test estricto de razonabilidad basta al actor sustentar correctamente su demanda, a partir de elementos que prima facie despiertan inquietudes claras o sospechas sobre el contenido de la norma demandada, v.gr. una clasificación fundada en la opinión religiosa o el sexo o la raza. Corresponde entonces al autor de la medida asumir la carga de justificar su constitucionalidad. De esta forma se opera una inversión de la carga probatoria y argumentativa en favor del ciudadano.

constitucional --en función del pluralismo político y del principio de mayoría-- los criterios de diferenciación establecidos por la ley o por las autoridades políticas como mecanismos para alcanzar determinados objetivos estatales o sociales, puesto que los resultados del examen varían de manera sustantiva si el tribunal constitucional aplica criterios rigurosos o más flexibles en el examen de la igualdad?

En otras palabras, el problema es, según López Medina¹³⁰ el siguiente: *“La expedición de legislación busca, al menos en teoría el logro de un fin constitucionalmente aceptable; pero a veces la consecución del fin aceptable ocasiona la restricción de un derecho fundamental. Una respuesta legalista le daría prioridad absoluta a la ley en virtud del principio democrático; una respuesta constitucionalista sería darle primacía a los derechos por razón de la supremacía de la constitución. El problema con ambas soluciones, es que las dos solo son parcialmente correctas. Para acomodar estos intereses en choque se trata de ponderar, entonces, la legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado. Esta idea básica, que fue originalmente aplicada en Estados Unidos al examen de la legislación (es decir a confrontaciones estado-particular) se traspasó luego a casos donde chocaban no legislación y derechos, sino derechos contra derechos. La corte constitucional colombiana ha utilizado los test en ambos contextos”.*

Dijo la Corporación al respecto, en esa sentencia: *“Un juicio constitucional de igualdad estricto, en todos los campos, corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del Legislador, pues resulta poco probable que las numerosas clasificaciones efectuadas por las diversas leyes sean siempre estrictamente necesarias. En tales circunstancias, si el juez constitucional lleva su examen de la igualdad con el mismo rigor en todos los campos termina por vaciar la función normativa del Legislador, con lo cual no sólo se desconoce el pluralismo político sino que se afecta la propia capacidad del ordenamiento jurídico para regular en forma diferenciada la vida en sociedad. Pero, de otro lado, un análisis constitucional de la igualdad demasiado flexible y amplio puede hacer perder toda eficacia jurídica al principio de igualdad, que es una norma y un derecho fundamental de aplicación inmediata (CP art. 13), cuya integridad y supremacía debe ser, entonces, garantizada por el juez constitucional”.*

¹³⁰LOPEZ MEDINA. Diego, *Interpretación Constitucional*. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2002. P. 56-57.

De las sentencias **C-445 de 1995**, **C-371 de 2000**, **C-673 de 2001**, **C-563/97** y **C-309/97** resulta depurada la doctrina de los escrutinios de intensidad de esta manera:

Escrutinio débil. El escrutinio débil, llamado también "*rational basis-Test*", representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el Derecho norteamericano. Se limita a establecer la *legitimidad* del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, 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. Este es, por así decirlo, el punto de partida o de arranque en el análisis de la razonabilidad.

La intensidad leve como punto de partida del test de razonabilidad tiene como fundamento el principio democrático, así como la presunción de constitucionalidad que existe sobre las decisiones legislativas. La aplicación ordinaria de un test leve en el análisis de razonabilidad tiene como finalidad exigir que el legislador no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. Esta carga que pesa sobre el legislador, al igual que sobre cualquier autoridad pública y órgano estatal, surge directamente de la razón de ser misma del constitucionalismo que, desde sus orígenes históricos y su consolidación en el periodo de la Ilustración, aspira a lograr que el poder sea ejercido de conformidad con la razón no con la fuerza. De ahí que preguntarse qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin), sean criterios elementales para determinar si la afectación de la igualdad, u otro derecho fundamental, es razonable y, por lo tanto, constitucional o, arbitraria, y, por lo tanto, inconstitucional.

En diversas hipótesis la Corte ha optado por aplicar un test leve de razonabilidad, por ejemplo en ciertos casos que versan exclusivamente sobre materias 1) económicas, 2) tributarias o 3) de política internacional, sin que ello signifique que el contenido de una norma conduzca inevitablemente a un test leve. Por ejemplo, en materia económica una norma que discrimine por razón de la raza o la opinión política sería claramente sospechosa y seguramente el test leve no sería el apropiado. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, de una norma contenida en

un tratado que afecta derechos fundamentales. Por otra parte, la jurisprudencia de la Corporación ha aplicado igualmente en tres hipótesis más un test leve de razonabilidad de medidas legislativas: 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.¹³¹ El escrutinio débil, consta así de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.

Escrutinio estricto. El escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada “nueva” jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta. El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la constatación de que el “*rational basis-Test*” no era un instrumento adecuado para enjuiciar las medidas de diferenciación que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por ello, merecían recibir una protección especial por parte del Estado.

En el referido test los elementos de análisis de la constitucionalidad son los más exigentes. El fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además *imperioso*. El medio escogido debe ser no sólo adecuado y efectivamente conducente, sino además *necesario*, o sea, que no pueda ser remplazado por un *medio alternativo menos lesivo*. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto. El juicio de *proporcionalidad en sentido estricto* es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por dicha medida. La Corte ha aplicado un test estricto de razonabilidad en ciertos casos, por ejemplo:

1) Cuando está de por medio una clasificación sospechosa de diferenciación o criterios “*potencialmente discriminatorios*” son aquellos que aparecen incluidos en los mandatos de igualdad tipificados por la Constitución –el mandato genérico del Artículo 13 o los mandatos específicos de los artículos 19, 42, 43 y 53.

¹³¹ Ver considerandos y fundamentos de la sentencia C 673-2001

- 2) Cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental
- 3) Aquellos que afectan de manera desfavorable a “*minorías o grupos sociales que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta*”, cuya especial protección a cargo del Estado aparece prescrita por los Artículos 7 y 13 de la Constitución.
- 4) Cuando se examina una medida que crea un privilegio.

Más recientemente, la Corte ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que (1) “*se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad*”; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y (3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

En los casos de escrutinio estricto, para que el tratamiento diferente de un destinatario o de un grupo esté justificado, “*debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso*”. Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un *compelling interest*) y que (2) la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea. La aplicación de estas dos exigencias estrictas hace que el escrutinio estricto deba ser sólo una excepción, aplicable a los ámbitos mencionados, en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión. Asimismo, en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la medida *sub examine* no reciba una justificación atendible, “*se mantiene la presunción de trato inequitativo*”.

Escrutinio intermedio. El último de los escrutinios, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años setenta, es el intermedio. Involucra elementos más exigentes de análisis que el test leve. Primero, se requiere que el fin no sólo sea legítimo

sino también constitucionalmente *importante*, en razón a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino *efectivamente conducente* a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial.

Pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de *“affirmative action”*. En algunos de estos supuestos, por ejemplo, se utiliza el criterio sospechoso del género, pero no para discriminar a las mujeres, sino para obtener la igualdad real entre mujeres y hombres. La aplicación del escrutinio débil en estos casos no resulta plausible, por cuanto la diferencia se basa en un criterio sospechoso. Sin embargo, tampoco parece atinado aplicar el escrutinio estricto, porque la diferencia no perjudica, sino favorece al grupo históricamente discriminado. Asimismo, la Corte Constitucional entiende que el escrutinio intermedio debe aplicarse *“1) cuando la medida 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 competencia”*.

El escrutinio intermedio también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen diferencias al cumplimiento dos exigencias. La Corte Constitucional las ha expuesto del siguiente modo: *“es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante”*. Es decir, (1) que el objetivo del trato diferente sea *“importante”* y (2) que entre dicho trato y el objetivo exista una relación de idoneidad *“sustantiva”*, o en otros términos, *“que el medio, no sólo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial”*.

Cabe anotar que la enumeración anterior de las condiciones que inciden en la determinación de la intensidad del test que ha hecho la Corte no es taxativa. Así, en este caso, la Corte señala que hay otro criterio relevante para determinar la intensidad del test, v.gr., que la norma no fue expedida por el Congreso sino por el Ejecutivo. Adicionalmente, los efectos de cada criterio tampoco son definitivos, porque dicha determinación depende del peso de los elementos propios de cada caso, los cuales son apreciados y ponderados en forma independiente por esta Corporación. Ahora bien, en comparación con el juicio de proporcionalidad de índole europea,

esta gradación de juicios de la igualdad de origen norteamericano presenta ventajas y desventajas. Meritoria es su capacidad para diferenciar entre diversos ámbitos de aplicación del juicio de igualdad, de acuerdo con la correlativa amplitud del ámbito de apreciación que deba ser reconocido al Legislador, a la Administración o a los particulares (la autonomía privada). De este modo, por ejemplo, mientras el amplísimo margen de apreciación política en materia económica debe ser correlativo a un control constitucional débil, la necesidad de respetar rigurosamente la igualdad en cuanto a la raza, debe conducir a un control estricto.

No obstante, esta gradación de escrutinios suscita también algunos inconvenientes, sobre todo si se concibe en la manera como la Corte Constitucional la ha llevado a la práctica. En primer lugar, no siempre es tan clara la correspondencia entre los diversos tipos de escrutinio y los ámbitos en que se aplican. Así lo demuestra la discusión norteamericana sobre la extensión del horizonte que abarcan los criterios “sospechosos. No existe un criterio seguro para fijar el límite del espacio que ocupan los criterios sospechosos. En todo caso, esta seguridad no puede provenir de ningún modo de criterios tan indeterminados y generales, como algunos de los que ha establecido la Corte Constitucional. La idea de que el test estricto de igualdad debe aplicarse siempre que las medidas legislativas de trato diferente o paritario “*restringan derechos fundamentales*” o “*no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales*”, llevan a catalogar como criterios potencialmente discriminatorios a casi todos los criterios posibles.

La aplicación de estos criterios para determinar la intensidad del test de igualdad parece, por tanto, enteramente incompatible con la exigencia derivada del principio democrático, según la cual, el test débil debe aplicarse por regla general y el test estricto sólo debe aplicarse excepcionalmente. La única manera de hacer operativa esta exigencia, consiste en delimitar y concretar los criterios sospechosos a un catálogo muy preciso, que además debe ser interpretado de manera restrictiva. Ni que decir tiene, que esta interpretación extensa e imprecisa de los criterios potencialmente discriminatorios por parte de la Corte Constitucional, ha conducido a concepciones jurisprudenciales tan poco diáfanas desde el punto de vista argumentativo, como aquella que se refiere a los “*criterios semi sospechosos*” (?) de discriminación o aquella que desfigura el test intermedio, como medida de enjuiciamiento de los casos de acción afirmativa, y lo aplica a guisa de fórmula conciliatoria, cuando no es tan nítida la presencia de criterios sospechosos en el caso concreto.

En segundo lugar, puede suceder que en un caso ubicado en un ámbito, dejado en principio a la competencia legislativa de configuración, confluya un criterio sospechoso, sin que *prima facie* exista una medida clara para resolver estas colisiones entre criterios para la aplicación del principio de igualdad con una u otra intensidad. Por ejemplo, ¿qué tipo de escrutinio debe aplicarse para una medida de diferenciación de índole económica (escrutinio débil), pero que afecta derechos fundamentales de los implicados (escrutinio estricto). En tercer lugar, como reconoce la propia Corte Constitucional, la gradación de escrutinios de igualdad tiene una claridad analítica menor a la del principio de proporcionalidad. En estos escrutinios sólo es relevante la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación. Estos escrutinios no tienen en cuenta que dicho objetivo podría ser alcanzado también por un medio igual o más idóneo y que a la vez no implicara una diferenciación (principio de necesidad), y que la legitimidad de las diferenciaciones debe depender también de la relación que existe entre la intensidad en que se alcanza el objetivo de la medida y la intensidad en que se afecta el derecho de igualdad y los demás derechos fundamentales de los afectados (principio de proporcionalidad en sentido estricto).¹³²

Por estas razones, la Corte Constitucional ha reconocido la posibilidad de presentarse colisiones entre los diferentes criterios para la fijación de la intensidad del test. En estos casos, podrán seguirse dos vías, realizar una ponderación entre dichos criterios, unidos a otros propios del caso, con miras a determinar la intensidad del test de razonabilidad a emplear en el control de constitucionalidad. (Sentencia C-673/2001) O apelar a un enjuiciamiento de igualdad que permita aplicar una diferente escala de intensidades dentro de los subprincipios de la proporcionalidad. Esta tercera vía, sugerida anteriormente en el contexto colombiano por César Rodríguez¹³³, ha sido acogida y desarrollada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-093 de 2001. El interrogante está en si esta versión del *“juicio integrado de la igualdad”* es analíticamente adecuada.

5.4. C-093/ 2001. Sentencia Dominante

¹³² BERNAL PULIDO, ensayo “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana”, Óp. Cit., pág. 10.

¹³³ Citado por Bernal Pulido. CESAR RODRIGUEZ, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, óp. cit., pág. 285 y sig.

Tipo de test usado: Juicio integrado de igualdad, Juicio de proporcionalidad y test de distintos escrutinios (Test flexible).

Ámbito de control: La edad como criterio de diferenciación (Derecho de familia, adopción).

Decisión tomada: Exequibilidad de la expresión "haya cumplido veinticinco años", contenida en el inciso primero del artículo 89 del Decreto 2737 de 1989

Sentencias citadas en la sentencia:

Juicio integrado de igualdad

C-309 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero

T-352 de 1997, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

La intensidad de los análisis de igualdad, la supremacía constitucional y la libertad de configuración del Legislador.

C-265 de 1994, MP Alejandro Martínez Caballero

C-676 de 1998, MP José Gregorio Hernández Galindo

C-563 de 1997

C-197 de 1997, MP Carmenza Isaza de Gómez

C-445 de 1995, MP Alejandro Martínez Caballero

RESUMEN:

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Jorge González Jácome demandó un aparte contenido en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989, "por el cual se expide el Código del Menor." El actor considera que la disposición acusada vulnera el artículo 13 de la Constitución, por cuanto consagra un trato diferente, por razones de edad y de filiación, que no es razonable y que no encuentra justificación constitucional.

Problema jurídico general:

La Corte deberá determinar si la exigencia de que los padres adoptantes tengan una edad mínima de 25 años vulnera o no el derecho a la igualdad y a constituir una familia, o si por el contrario ese requisito se ajusta a los preceptos constitucionales.

Consideraciones:

En esta sentencia de entrada la Corte encuentra existe un conflicto de principios, la libertad configurativa del legislador, y la supremacía constitucional. El problema jurídico supone una supuesta violación derecho a la igualdad que lleva a dos direcciones, el optar una o la otra dependerá de la interpretación que de estos dos principios se haga, por lo cual si se opta por un test suave, respetaremos la libertad configurativa del legislador, y el resultado será la

exequibilidad de la norma demandada, mientras si se opta por un test estricto la norma demandada resultaría inexecutable.

La Corte con el juicio integrado combina los dos modelos de test y aplica la intensidad al procedimiento que supone el juicio de ponderación. Luego analiza los criterios para ver con que intensidad va aplicar el test, de acuerdo a la materia que se debate, la edad como criterio de diferenciación, y encuentra que como regla general ésta, no es un criterio sospechoso luego de un estudio histórico y comparado; sin embargo anota que en algunas situaciones podría decirse que es semi sospechoso, por lo que en estos casos habría que aplicar un test intermedio. Afirma en el asunto que se debate debe aplicarse un test flexible porque: *“A la luz de lo expuesto, concluye la Corte que una diferenciación con fundamento en la edad, no puede ser tachada como sospechosa de discriminación cuando se establecen mínimos para el ejercicio de una actividad. En cambio, ella se torna más problemática si fija topes (máximos) a partir de los cuales no podrá ejercerse una actividad, sencillamente porque la edad se convierte ahora en rasgo permanente de la persona y del cual no podrá prescindir voluntariamente. Y, además, las evidencias sociológicas tienden a mostrar que las prácticas discriminatorias contemporáneas tienden a recaer primariamente sobre aquellas personas que han superado un cierto umbral cronológico. Así las cosas, la Corte concluye que cuando la ley establece requisitos mínimos para realizar una labor o recibir un beneficio, esa regulación está sujeta a un juicio de igualdad dúctil, mientras que deben ser consideradas problemáticas o semi-sospechosas aquellas normas que establecen límites máximos a partir de los cuales una persona es excluida de una cierta actividad o de un determinado beneficio. Estas últimas regulaciones están entonces sujetas a un escrutinio de igualdad intermedio. Con estas pautas, entra entonces la Corte a examinar específicamente la expresión acusada”*.

Luego de hacer estas consideraciones la corte entra a ver la constitucionalidad de los 25 años como requisito para adoptar, ponderando con un test flexible, lo que la lleva a la conclusión de declarar executable la norma.

Consideramos que esta es una sentencia importante porque es la primera en establecer una posición *sui generis* con respecto al problema teórico, la Corte Constitucional modificó su tradicional forma de afrontar el juicio de constitucionalidad sobre medidas legislativas y por vía jurisprudencial creó una nueva especie de “test” que se sitúa entre los dos anteriormente

analizados. La Corte argumentó que los dos tipos de test usados antes de 2001 lejos de ser contradictorios son complementarios y que ambos tienen sus ventajas y particularidades propias. Así, el test europeo delimita analíticamente sus pasos y el norteamericano es voluble con respecto a las materias involucradas y la intensidad del control, por lo que para la Corte resulta adecuado combinar estas dos teorías para proteger y garantizar la supremacía de la constitución sus valores y principios, realiza la corte un juicio integrado de igualdad no porque lo considere necesario o conveniente, sino porque la carta tacita o expresamente lo exige.

Esto lo expresa de la siguiente manera: *“La doctrina y la jurisprudencia constitucional comparada, así como la propia práctica de esta Corporación, parecen indicar que existen dos grandes enfoques para analizar los casos relacionados con el derecho a la igualdad.*

El primero de ellos, que ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y por los 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”.

La Corte en su argumentación reconoce la existencia de dos tradiciones que dan una respuesta para el problema de la ponderación de principios, arguye que las dos tradiciones pueden llegar

a complementarse. 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 mientras que en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad.

Se explica que se utiliza el europeo en unos casos y en otros se el norteamericano. Lo que la corte en últimas va a hacer en la presente sentencia es unificar los dos test, dándole vida a un nuevo y mejorado test de ponderación, bajo el nombre de **JUCIO INTEGRADO DE PROPOCIONALIDAD**. Dice: *“El juicio integrado de proporcionalidad, que combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los tests de distinta intensidad estadounidenses, implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido”.*

En efecto la corte fusiona estas dos técnicas interpretativas, tomando las fortalezas de cada una, tomando del test de proporcionalidad la metodología de sus pasos y tomando del test de escrutinios los matices de intensidad que estos proporcionan. La corte realiza un juicio integrado de igualdad ya la carta tácita o expresamente lo exige, para proteger y garantizar la supremacía de la constitución sus valores y principios

Analítica y sistemáticamente el test queda construido de la siguiente forma:

Determinación del tipo de escrutinio. El primer paso consiste en determinar *“según la naturaleza del caso”, “el nivel o grado de intensidad con el cual se va a realizar el estudio de la igualdad”*. Esta determinación es un paso previo a la aplicación de los subprincipios de la proporcionalidad. Cuando la Corte Constitucional se refiere a la *“naturaleza del caso”*, alude a la materia o el ámbito en que se incluya la medida *sub examine*. Si en el caso concreto está en juego una materia que depare al Legislador un ámbito de apreciación amplio, entonces el

escrutinio de la igualdad deberá ser débil. Lo contrario ocurrirá, si el ámbito del Legislador es restringido.

Juicio de adecuación. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad *“no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto”*. Será necesario que la medida *“sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura”*. En cambio, cuando se trata de un escrutinio débil, únicamente se exige que la medida *sub examine* tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo que se proponga.

Juicio de indispensabilidad. Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de indispensabilidad, *“la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional”*. Por el contrario, cuando el juicio de igualdad es débil, *“basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria”*.

La reconstrucción de este juicio de la igualdad que la Corte efectúa, presenta varias deficiencias. En primer lugar, dicha reconstrucción no desarrolla de manera exhaustiva la estructura de cada subprincipio de la proporcionalidad. La Corte realmente reproduce con otro nombre el modelo norteamericano, en el que sólo es relevante la determinación del tipo de escrutinio, la legitimidad del objetivo constitucional y la idoneidad de la medida que establece la diferenciación. En la versión de la Corte, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto aparece únicamente mencionado, y el subprincipio de necesidad –*“indispensabilidad”*- no observa una correspondencia con el subprincipio que integra la proporcionalidad –que no exista un medio alternativo al trato diferente, mediante el cual se pueda alcanzar el objetivo con igual o mayor idoneidad, sin afectar tanto al derecho a la igualdad-, sino que se trata de una mera reiteración del subprincipio de idoneidad, aunado a la exigencia de que no existan *“restricciones menos gravosas”*

5.5. CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA DE LOS TEST DE PONDERACIÓN Y BALANCEO.

Quizás la crítica más fuerte a la doctrina de los test de ponderación utilizados por la Corte Constitucional, la encontramos en el seno del mismo alto Tribunal. El desarrollo jurisprudencial caótico e impreciso de la técnica interpretativa en estudio es prueba de la fuerte dialéctica de los debates que se plantearon. El magistrado Jaime Araujo Rentería (periodo 2001-2009) fue uno de los críticos más férreos de los test de ponderación, y del uso que la Corte le ha dado durante el periodo de consolidación de su jurisprudencia. Es ya famoso el argumento que Araujo presentó en numerosos fallos de la Sala Plena de la Corte Constitucional, en unas ocasiones en la forma de salvamento de voto y en otras de aclaración de éste. El argumento en mención es del siguiente tenor: *“Con el debido respeto aclaro mi voto, con el propósito de consignar algunas inquietudes:*

1. *Si bien es cierto las Cortes o Tribunales que hacen control de constitucionalidad han aplicado una técnica que se recoge en la ponencia denominada "Test de razonabilidad del criterio de igualdad", esta técnica se aplica no sólo al derecho fundamental a la igualdad (artículo 13 de la Constitución Política de Colombia), sino a todos los demás derechos fundamentales. Esta técnica se utiliza cuando una ley limita cualquier derecho fundamental y busca salvaguardar el contenido esencial de ese derecho.*

2. *Esta técnica busca proteger los derechos fundamentales aún frente al propio legislador, ya que la posibilidad que éste tiene de limitar los derechos fundamentales no es ilimitada. El Congreso sólo puede restringirlos, cuando estas restricciones se hacen en interés del bien común, es decir, cuando se pueden justificar con consideraciones razonables y objetivas del bien común (fin perseguido) y se compaginan con el principio de proporcionalidad. La limitación tiene que ser adecuada a la obtención del objetivo público perseguido. El medio tiene que resultar necesario o sea que no se hubiera podido elegir otro medio igualmente eficaz pero que no afectara o lo hiciera en medida sensiblemente menor el derecho fundamental.*

3. *Como se puede observar esta técnica, que como toda técnica es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:*

- a. *¿Quién determina el fin perseguido?*
- b. *¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?*
- c. *Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿porqué se privilegia un fin frente a los otros?*
- d. *¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?*

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

- a. *¿Qué es la razonabilidad?;*
- b. *¿Quién determina lo razonable?;*
- c. *¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?;*
- d. *¿Qué es lo irrazonable?;*
- e. *¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;*

f. ¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o, es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales?

Unos pocos ejemplos nos demuestran como lo razonable es un concepto histórico; Aristóteles, descubridor de la lógica, que no son más que las reglas del razonar correctamente, y que no puede ser acusado de irracional o de ser persona que no supiera razonar; sin embargo consideraba razonable que unos hombres fuesen esclavos de otros hombres.

La Suprema Corte de los Estados Unidos consideró durante más de 150 años que era razonable que los negros estuviesen separados de los blancos y que existiese el apartheid en las escuelas; y aún después de reconocer la igualdad entre negros y blancos se regía por el principio de "iguales, pero separados". Para la Corte Suprema era razonable al comienzo que negros y blancos no eran iguales y después cuando los consideró iguales, era razonable que los iguales estuviesen separados y sólo hasta el año 1954, en una célebre sentencia dio la razón a la familia Brown, para que los iguales no estuviesen separados. Estos dos ejemplos, muestran como el concepto de razonabilidad debe ser sometido a crítica constante.

Idénticos cuestionamientos podemos hacer respecto del concepto medio o de las características de este como son la eficiencia o la necesidad. ¿Qué es lo eficiente o ineficiente? ¿Qué es lo necesario o no necesario? etc.

1. Cuestionamientos parecidos podemos hacernos en relación con el concepto de intensidad del test (leve, mediano o estricto); ¿Quién determina la intensidad del test? ¿Por qué a unas materias se aplica un test leve o uno estricto? Sobre este tema podríamos seguir preguntando ad infinitum.

El suscrito magistrado, siempre se ha opuesto a que la Corte Constitucional se "case con la tesis de que a ciertas materias se aplique de antemano un test de una intensidad determinada"; por ejemplo: Que a las materias económicas se aplique un test leve de razonabilidad ya que eso compromete a la Corte y la pone andar un camino que después no puede deshacer y le impide examinar con objetividad cada caso concreto. De aceptar que a todas las materias económicas hay que aplicarles el mismo test de intensidad, hay que aceptar también que todas tienen la misma importancia; lo que no es cierto, ya que hay algunas materias económicas que tienen más importancia que otras; por ejemplo; no es lo mismo una ley que concede un subsidio a los veteranos de la guerra del Perú (de los cuales quedan muy pocas personas) que la ley que contiene el plan de desarrollo; en mi sentir a la segunda ley hay que aplicarle un test muy estricto. Igual razonamiento podemos hacer respecto de los Tratados Internacionales; no es lo mismo un tratado destinado al intercambio de revistas entre Colombia y Venezuela, que un tratado entre los mismo países que establezca la pena de muerte para quienes crucen la frontera sin la correspondiente visa; no hay duda de que en el segundo caso el test debe ser estricto aunque se trate, como en el primer caso, de un tratado internacional donde se podría aplicar un test más leve".¹³⁴ (Negrillas nuestras)

La primera aclaración que hace el ex magistrado es que el test de razonabilidad es una técnica que es igual de útil para el control de constitucionalidad de todos los derechos fundamentales y

¹³⁴ Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-673 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinoza. Aclaración de voto Jaime Araujo Rentería. Salvamentos de voto de las sentencias C-810 de 2001; C-1026 de 2001; C-810 de 2002; C-888 de 2002.

no sólo de la igualdad. Y es que la práctica jurisprudencial tanto de la Corte Suprema de Estados Unidos como la de los Tribunales Constitucionales Europeos corrobora esa realidad. La razonabilidad es un criterio que debe ser atendido siempre que el legislador restrinja cualquier derecho fundamental en pro de fines que se plantea.

Los interrogantes planteados en el fundamento tercero son de igual importancia, tanto para el entendimiento y adecuado uso de los test de ponderación, como para el control de constitucionalidad en sí mismo.

La crítica más importante al test de escrutinios, es precisamente la intensidad de éste. La Corte Constitucional trasladó un modelo de *judicial review* confeccionado por los jueces de la Corte Suprema de Estados Unidos a una Constitución y a circunstancias diferentes¹³⁵. El autor sostiene que el parámetro de control constitucional de nuestro ordenamiento jurídico claramente prohíbe el uso de diferentes intensidades a la hora de realizar el control, como quiera que el artículo 241 superior lo que estipula es la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución¹³⁶. No siendo posible, que se establezca por parte del juez unos casos en los que el control es más leve o más estricto que otros. En este punto, es que la aclaración de voto se pregunta, ¿Quién debe determinar la intensidad del test? O ¿por qué a unas materias se les aplica un test leve y a otras uno estricto? Estas preocupaciones van dirigidas a una crítica que han sufrido los tests de escrutinios, y que es de *larga data*. Ésta consiste en que la determinación de la intensidad del control o test, es de suyo una determinación sobre la constitucionalidad de la norma en cuestión. Así, cuando la Corte elige de antemano un control débil, el resultado es la constitucionalidad de la norma,¹³⁷ y cuando se elige un nivel estricto, de antemano se sugiere la inconstitucionalidad de la medida. A pesar que el argumento tiene mucho sentido, toda vez que el requisito de racionalidad mínima en el test leve, es muy fácil de cumplir; y en el mismo sentido, los requisitos del test estricto resultan de difícil cumplimiento. No

¹³⁵ ARAUJO RENTERIA, Jaime, *El derecho Fundamental a la Igualdad: Precisiones*. Bogotá: Corporación Universitaria Republicana, 2004, p.89.

¹³⁶ *Ibíd.* p. 95.

¹³⁷ Es menester señalar que este argumento, en la práctica, no es del todo cierto. Un ejemplo de ello es la Sentencia C-653 de 2001. M.P.: Manuel José Cepeda Espinoza. En este caso la Corte revisó parágrafo del artículo 26 de la Ley 200 de 1995, que se consideró discriminatorio por los demandantes, al establecer que incurrirán en causal de mala conducta, únicamente los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, que violen el debido proceso; sin tener en consideración a la totalidad de los servidores públicos, quienes dentro del ejercicio de sus funciones pueden incurrir en la mencionada violación. La Corte determinó que la intensidad del control sería leve, toda vez que se trataba de tipificación de faltas por parte del legislador, y se trataba de una materia cuya regulación se encuentra plenamente librada al principio democrático (C.P., artículo 150). La parte resolutive de la sentencia decide declarar inexecutable la norma demandada.

siempre que se usa un test estricto el resultado del control es la inexequibilidad de la norma, de la misma manera que no es siempre la exequibilidad el resultado del test leve.

En el derecho comparado, el tratamiento por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de la idea del resultado predeterminado también ha sido problemático. En el medio jurídico norteamericano uno de los epítetos más famosos fue acuñado por Gerard Gunther en 1972, refiriéndose al escrutinio estricto sostuvo: *"is strict in theory and fatal in fact"*¹³⁸ (estricto en teoría y fatal en la práctica), la aseveración de Gunther va encaminada a mostrar como la escogencia del estricto escrutinio derivaba en la declaratoria de inconstitucionalidad de la medida analizada. Adam Winkler demostrara que la frase de Gunther llego a convertirse en un mito, que como tal distaba de la realidad, mito que le fue inculcado a los estudiantes de derecho norteamericanos. Winkler terminara demostrando con cifras como el escrutinio estricto no es fatal en la práctica¹³⁹, no obstante el test estricto aun es un examen muy difícil de superar, y la tendencia en la práctica sigue siendo la declaratoria de inconstitucionalidad, o lo que es lo mismo la escogencia del test determina la decisión.

Sin embargo, de acuerdo con las motivaciones de la Corte Constitucional, es posible pensar que teóricamente, la crítica de Araujo tiene fundamento, al respecto algunos apartes de sentencias de constitucionalidad sostienen lo siguiente:

"Como es obvio, las consecuencias que derivan de la aplicación de estas diversas pruebas de igualdad son diferentes, pues una norma que sería admisible si se aplicara un "test" débil podría resultar inconstitucional si el control es fuerte o estricto. En el juicio débil basta que la clasificación sea potencialmente adecuada para obtener resultados admisibles, mientras que, conforme al "test" estricto, la diferencia de trato debe ser necesaria, y el objetivo buscado debe ser imperioso". (Negrillas fuera de texto)¹⁴⁰.

La constitucionalidad de la medida no la está determinando su constatación integra con la constitución sino el tipo de test que el juez emplee. Al respecto veamos que dijo la corte en oportunidad posterior:

¹³⁸ GUNTHER, Gerald *The Supreme Court, 1971 Term – Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection*, 86 HARV. L. REV. 1, 8 (1972). En: Winkler, A, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 59, p. 793-891, 2006 UCLA School of Law Research Paper No. 06-14.p.795. Versión electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=897360>.

¹³⁹ WINKLER, Adam, "Fatal in Theory and Strict in Fact: An Empirical Analysis of Strict Scrutiny in the Federal Courts", *Vanderbilt Law Review*, 59, p. 793-891, 2006 UCLA School of Law Research Paper No. 06-14. Versión electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=897360>.

¹⁴⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia 445 de 1995, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

“El anterior análisis parece llevar a la siguiente conclusión: el punto decisivo en el presente caso es la intensidad con la cual se debe adelantar el llamado juicio de igualdad. En efecto, si la Corte adopta un estándar dúctil y exige únicamente que el trato diferente constituya un medio razonable para alcanzar un objetivo constitucionalmente válido, entonces es claro que la expresión acusada es exequible. Por el contrario, si el juez constitucional recurre a un escrutinio estricto y considera que ese trato diferente debe ser no sólo un medio razonable sino el único instrumento para obtener esa finalidad, entonces habría que concluir que la norma impugnada es discriminatoria, pues el Legislador cuenta con otros mecanismos para asegurar la idoneidad de los futuros adoptantes”. (Negrillas fuera de texto).¹⁴¹

En la aclaración de voto a la sentencia C-573 de 2003, Araujo Renteria vuelve a entablar duras críticas, esta vez sobre la forma de utilización, por parte de la Corte Constitucional, del control constitucional por medio del juicio de proporcionalidad. El ex magistrado sostiene que *“lo primero que hay que aclarar es que el juicio de proporcionalidad es distinto al test de igualdad.” El último proviene del constitucionalismo norteamericano y el primero proviene del europeo. Señala que el juicio constitucional de proporcionalidad “no es más que una relación entre medios y fines.¹⁴²”* A renglón seguido, procede a explicar los elementos del juicio, a saber, idoneidad, necesidad y adecuación. Con respecto a la necesidad de la medida, sostiene que:

“La Corte Constitucional de Colombia ha aplicado mal el principio de proporcionalidad ya que en muchos casos se ha limitado a controlar que el medio sea adecuado sin hacer el control de necesidad, lo que ha permitido que muchas leyes inconstitucionales se encuentren ajustadas a la Constitución. Esta confusión se ha originado por mezclar el sistema norteamericano de test de igualdad (flexible, medio, estricto) con el sistema de control europeo de proporcionalidad; que como ya dijimos son distintos”.¹⁴³

La crítica se centra, básicamente, en la dilución del sub-principio de necesidad, que siendo un concepto de todo o nada, pierde su esencia cuando se une el test europeo y el norteamericano. Araujo recalca la importancia de completar todos los pasos del test, y de aclarar que si falta un paso, no se puede seguir con el siguiente, dando como resultado indefectible, la inconstitucionalidad de la norma. Termina su aclaración así:

“Como vemos la sentencia que hoy se aprobó no hace un análisis completo de todos los elementos del principio de proporcionalidad; como no lo ha hecho la Corte en otras oportunidades, donde el análisis es igualmente deficiente o lo que es más grave confuso, confuso en cuanto a los conceptos y confuso en cuanto mezcla este método europeo, con el método norteamericano del test de igualdad”.¹⁴⁴

¹⁴¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-093 de 2001, M.P.: Manuel Cepeda Espinoza. Cit. p.13.

¹⁴² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-573 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño. Aclaración de voto Jaime Araujo Renteria.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

De las palabras de la aclaración de voto, es deducible el rol fuerte que le atribuye Araujo Rentería al control de constitucionalidad, enfocando la tarea del juez en la protección de los derechos de los ciudadanos, en lugar del respeto o deferencia debidos a los órganos representativos de la soberanía popular, es decir, el Congreso de la República.

Así las cosas, vemos que son muchas las críticas que al interior de la Corte se han presentado con respecto a la adopción de los test, señalando las debilidades al momento de adaptar estos modelos foráneos, desconociendo el contexto social, económico y político que le dio origen, principalmente el modelo Norteamericano, aunque también existen serias críticas al modelo europeo. Sin embargo resulta interesante la crítica de Bernal Pulido¹⁴⁵, en el sentido que afirma que el juicio integrado de proporcionalidad, en el fondo no es una seria y conveniente invención de la jurisprudencia Colombiana, sino que es una especie de réplica del modelo norteamericano, con ropaje colombiano, al respecto afirma: *“De esta manera, la Corte Constitucional parece adoptar irreflexivamente la graduación de las intensidades en el juicio de la igualdad, más por imitación de la doctrina de origen norteamericano –cuyos inconvenientes ya se han señalado-, que por atender a la necesidad de distinguir entre las premisas más o menos seguras, que se aplican dentro de la estructura de la proporcionalidad, y de tener en cuenta la mayor o menor medida en que el principio de igualdad se ve afectado con los variados tipos de diferenciaciones establecidas por los poderes públicos y los particulares. En este aspecto, además, la Corte toma el efecto por la causa. Sostiene que mientras la existencia de un mayor ámbito de apreciación legislativa implica la práctica de un escrutinio estricto, el reconocimiento al Legislador de un ámbito más reducido exige la aplicación del escrutinio débil. En realidad, entre estos dos fenómenos existe una relación de correlatividad y no de causalidad - cuanto más débil sea el escrutinio, mayor será el ámbito de apreciación legislativa-. La verdadera causa de uno y de otro reside en la seguridad de las premisas relevantes en cada etapa del juicio de proporcionalidad y en la intensidad de la restricción del principio de igualdad: cuanto más seguras sean las premisas y cuanto más intensa sea la restricción del principio de igualdad, más intenso debe ser el escrutinio y menor ámbito de apreciación debe ser reconocido al Legislador, a la Administración y a los particulares. Así, por ejemplo, la ilegitimidad de una diferenciación fundada en el criterio de la raza es una premisa normativa segura, que implica una restricción severa del principio de igualdad, dada la inclusión de la raza, en cuanto criterio prohibido, en el Artículo 13 de la Constitución y su aceptación*

¹⁴⁵ BERNAL PULIDO, CARLOS, El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, Universidad Externado de Colombia, Colombia, Óp. Cit. pp. 13, 14.

generalizada en el constitucionalismo occidental. La seguridad que ofrece esta premisa, otorga a la Corte Constitucional una mayor competencia de control sobre las decisiones del Legislador y, por tal razón, fundamenta la práctica de un escrutinio estricto. Estas deficiencias en la versión de la Corte Constitucional, hacen necesario proponer un esquema más completo del juicio integrado de la igualdad, estructurado con base en el principio de proporcionalidad.

5.6. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD SEGÚN CARLOS BERNAL PULIDO

Hablar de la estructura de este principio es referirse a los sub-principios que lo conforman, a saber: *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*. Sin embargo, es necesario tener claro que cuándo hablamos de principio de proporcionalidad, hablamos de los escenarios constitucionales en que hace su aparición. En este capítulo, seguiremos a Carlos Bernal Pulido en su estudio del Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Este principio es una herramienta usada por el juez constitucional en el control de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, es decir, al aplicar el principio de proporcionalidad se está seguro de algo, y es de la intervención legislativa en el derecho fundamental, que se presenta por la contradicción de la ley con una norma que se adscribe *prima facie* a éste.

1. La Intervención Legislativa

La intervención legislativa en el derecho fundamental se da cuando la ley afecta una norma adscrita a un derecho fundamental, o la afectación de esa norma de derecho fundamental *prima facie* por parte del acto del legislador.

El primer evento en la adscripción *prima facie* es de carácter interpretativo. Lo que se busca determinar es si la norma que aparentemente está siendo invadida por la ley puede ser incluida dentro de los dominios normativos de un derecho fundamental. Es una interpretación de los supuestos de hechos de las normas iusfundamentales, con el objeto de determinar si la norma legal cae dentro de sus ámbitos, lo que de suyo representa un problema, como quiera que las normas de derechos fundamentales no explicitan supuestos de hecho.¹⁴⁶ El ámbito de

¹⁴⁶ “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.

protección del derecho está determinado por el conjunto de normas y posiciones adscritas *prima facie* a él.

2. La Adscripción Prima Facie

En este proceso es importante la argumentación de la que se valga el Tribunal Constitucional, con el fin de llevar a cabo la adscripción *prima facie* de la norma a la disposición de derecho fundamental. Bernal, en este punto, estima necesario diferenciar entre la fuente de estos argumentos y su fundamentación analítica¹⁴⁷. Con respecto a las fuentes de los argumentos, es claro que estos provienen de una multiplicidad de aquellas. La primera fuente tanto en el proceso de constitucionalidad, como el cualquier otro proceso judicial, son las alegaciones de las partes procesales, y por partes procesales entendemos no sólo el actor de la acción de inconstitucionalidad y el organismo llamado a defender, sino también las personas e instituciones intervinientes, y por supuesto, el ministerio público. Otra de las fuentes de los argumentos interpretativos para la adscripción *prima facie* son los métodos de interpretación tradicionales, como el método literal y el teleológico. Mediante el literalismo se busca la existencia de un vínculo semántico entre las palabras que redactan la norma iusfundamental y la norma que se adscribe. Asimismo, cuando no es posible adscribir *prima facie* la norma relevante, con la disposición de derecho fundamental, porque no existe un vínculo semántico claro, entonces se puede acudir al método de interpretación teleológico, que buscará realizar la adscripción en razón del vínculo con la finalidad de la norma. Escribe Bernal: *“En otros términos, la pregunta es: si el fin de la disposición iusfundamental, entendido en términos subjetivos (la finalidad del Constituyente) o en términos objetivos (el fin o la función social de la disposición iusfundamental, establecido de manera razonable), implica la validez prima facie de la norma cuya adscripción se pretende”*.¹⁴⁸

También existen otras fuentes en las que el Tribunal Constitucional puede extraer argumentos interpretativos para la adscripción *prima facie*, tales argumentos también pueden encontrar su fuente en tratados internacionales, la jurisprudencia constitucional, la ley y las demás fuentes de derecho que puedan contener normas iusfundamentales. Es posible derivar la primera regla argumentativa desde la fuente de los argumentos, siguiendo las reglas establecidas, son:

¹⁴⁷ BERNAL, Carlos. El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003. p. 616.

¹⁴⁸ *Ibíd.* p. 619.

Regla 1. Para adscribir prima facie una norma o una posición a una disposición de derecho fundamental, el Tribunal Constitucional debe tener en cuenta los argumentos aducidos por las partes del proceso constitucional, debe interpretar la disposición respectiva con ayuda de los métodos tradicionales de la interpretación jurídica y debe considerar las demás fuentes de los derechos fundamentales¹⁴⁹.

En lo que se refiere a la fundamentación de los argumentos, adquiere mucha importancia la conceptualización analítica que de los derechos fundamentales hace el Tribunal Constitucional. Son numerosas las premisas analíticas que existen en nuestro ordenamiento, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre derechos como el derecho a la intimidad¹⁵⁰, el derecho a la educación¹⁵¹ o la libertad religiosa.¹⁵² Las definiciones hechas por la Corte Constitucional tienen sin duda un carácter cultural, y como tales son formulaciones institucionales de usos lingüísticos generalizados en la sociedad y en la comunidad de

¹⁴⁹ *Ibíd.* p. 624.

¹⁵⁰ *Dependiendo del nivel en que el individuo cede parte de su interioridad hacia el conocimiento público, se presentan distintos grados de intimidad. Dichos grados de intimidad se suelen clasificar en cuatro distintos niveles, a saber: la intimidad personal, familiar, social y gremial (C.P. art. 15). La primera, alude precisamente a la salvaguarda del derecho de ser dejado sólo y de poder guardar silencio, es decir, de no imponerle a un determinado sujeto, salvo su propia voluntad, el hecho de ser divulgados, publicados o fiscalizado aspectos íntimos de su vida. La segunda, responde al secreto y a la privacidad en el núcleo familiar, una de cuyas principales manifestaciones es el derecho a la inmunidad penal, conforme al cual, "nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes entro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil". La tercera, involucra las relaciones del individuo en un entorno social determinado, tales como, las sujeciones atinentes a los vínculos labores o públicos derivados de la interrelación de las personas con sus congéneres en ese preciso núcleo social, a pesar de restringirse-en estos casos-el alcance del derecho a la intimidad, su esfera de protección se mantiene vigente en aras de preservar otros derechos constitucionales concomitantes, tales como, el derecho a la dignidad humana. Finalmente, la intimidad gremial se relaciona estrechamente con las libertades económicas e involucra la posibilidad de reservarse-conforme a derecho-la explotación de cierta información, siendo, sin lugar a dudas, uno de sus más importantes exponentes, el derecho a la propiedad intelectual.* Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-787 de 2004. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁵¹ *Siendo la educación un derecho constitucional fundamental, el incumplimiento de las condiciones para el ejercicio del derecho, como sería el no responder el estudiante a sus obligaciones académicas y al comportamiento exigido por los reglamentos, puede dar lugar a la sanción establecida en el ordenamiento jurídico para el caso y por el tiempo razonable que allí se prevea, pero no podría implicar su pérdida total, por ser un derecho inherente a la persona. El principio de la autonomía universitaria consagrado en el artículo 69 de la Constitución, debe ser leído en el marco del artículo 2, por ser la primera una norma orgánica mientras que este último es un principio material que irradia toda la Constitución. La educación puede ser encauzada y reglada autónomamente pero no negada en su núcleo esencial.* Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-002 de 1992. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

¹⁵² *El derecho a la libertad religiosa implica para toda persona no sólo la autonomía para actuar conforme a su libre voluntad, sino la inmunidad para estar excluida de cualquier género de impedimento. La libertad religiosa, es simultáneamente una permisión y una prerrogativa. Como permisión significa que el hombre no puede ser obligado a actuar contra su creer y su sentir. Como prerrogativa, que nadie puede impedirle obrar de acuerdo con sus creencias y sentimientos. Cuando se ejerce el derecho a la libertad religiosa en su ámbito de manifestación o exteriorización, tal ejercicio puede ser limitado por leyes cuyo objeto sea la tutela del orden público o de intereses jurídicos cuya existencia y mantenimiento se estiman indispensables para la existencia, la conservación y el desarrollo de la sociedad.* Colombia. Corte Constitucional, Sentencia T-430 de 1993. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

juristas¹⁵³. Así pues, esos usos lingüísticos son fundamentales a la hora de realizar la adscripción *prima facie*. Ahora bien, el vínculo entre la concepción analítica de los derechos y la norma que se adscribe *prima facie* al caso, se fundamenta no sólo en las premisas analíticas, sino también en las empíricas, que tienen que ver con la certeza fáctica de los elementos estructurales de cada caso, y eso se logra mediante el convencimiento probatorio.

Así, Bernal plantea su segunda regla sobre la fundamentación analítica de los argumentos.

Regla 2. La adscripción *prima facie* debe respetar las reglas lingüísticas vigentes en la práctica constitucional mediante las cuales se define el significado de los términos que componen las disposiciones de derecho fundamental. Asimismo, dicha adscripción debe tener en cuenta las premisas empíricas relevantes en el caso, los criterios jurisprudenciales para la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental y los criterios provenientes de las teorías materiales de los derechos fundamentales¹⁵⁴.

Es claro, que la adscripción *prima facie* es un análisis interpretativo de las normas iusfundamentales. Como es una investigación en el supuesto de hecho de la norma de derecho fundamental, la tercera regla de Bernal se plantea así:

Regla 3. En la adscripción *prima facie*, debe interpretarse ampliamente el supuesto de hecho de la norma iusfundamental directamente estatuida que resulte relevante¹⁵⁵.

La interpretación amplia encuentra su fundamento en la teoría externa de los derechos fundamentales, así como en los principios de *in dubio pro libertatis* y efectividad de los derechos fundamentales. De acuerdo con este último, los derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, y se les debe reconocer el ámbito de validez más extenso posible. Ahora, de conformidad con el primer principio, se presume el ejercicio de la libertad para todo ciudadano, como la regla general del comportamiento social normal, y la consecuencia principal de esa presunción es la carga probatoria, esto es, cualquier intervención negativa en ella debe ser justificada. Esta interpretación amplia de la semántica de las disposiciones iusfundamentales encuadra una gran cantidad de intervenciones que *prima facie*

¹⁵³ BERNAL. Op. Cit. p. 626.

¹⁵⁴ *Ibíd.* p. 630.

¹⁵⁵ *Ibíd.* p. 631.

deberían ser declaradas inconstitucionales, sin embargo no es de carácter definitivo. La constitucionalidad la determinan los sub-principios.

¿Qué es una norma fundamental *prima facie*?

Una norma ostenta validez *prima facie*, siempre que considerada en sí misma, constituye una norma con vocación de ser cumplida. Pero que cuando se le considera de cara a las demás normas del sistema, encuentra otras normas jurídicas con deberes contrarios.¹⁵⁶ En otras palabras, la validez *prima facie*, existe hasta tanto no se hayan considerado las premisas empíricas y analíticas que juegan en sentido contrario, pues el conflicto de mandatos de optimización no se ha resuelto, en consecuencia, es una validez provisional. Es este tipo de validez de la que gozan las normas que colisionan entre sí. Es de resaltar que la validez *prima facie* es un concepto aplicable tanto a las reglas como a los principios.

La Intervención Negativa en un Derecho Fundamental

El otro presupuesto para la aplicación del principio de proporcionalidad, y sus correspondientes sub-principios es la intervención negativa en un derecho fundamental. Este concepto es propio del derecho administrativo alemán, luego adoptado por el derecho constitucional debido a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn. Así, la doctrina alemana desarrolló unos criterios que deben ser verificados para saber si estamos en frente de una intervención legislativa en un derecho fundamental. La primera de ellas es la finalidad explícita de intervención en el derecho fundamental, la segunda es la inmediatez con la que lo afecta, la tercera es su carácter jurídico, es decir, que el acto adquiera o tenga la forma de un acto jurídico tramitado con los requisitos de ley. El cuarto requisito alude a la coercibilidad, que tenga vocación de obligatoriedad, y finalmente, la imperatividad, ósea, que no exista consentimiento del titular del derecho.

Sin embargo, estos criterios se fueron modificando y volviéndose más laxos. El tránsito conceptual más importante fue el paso de la subjetividad de la intervención a la objetividad de ésta. Lo relevante, entonces, no es si el legislador tenía el propósito deliberado de afectar el derecho fundamental, sino si objetivamente existe una relación entre el acto estatal y la restricción negativa del derecho. La intervención legislativa también debe ser interpretada de

¹⁵⁶ *Ibíd.* p. 639.

manera amplia. Sin embargo, el concepto de intervención al que hacemos referencia aquí, puede sintetizarse de forma muy sencilla, a saber, toda ley que afecte de forma negativa el goce y ejercicio de un derecho fundamental. Por su parte el concepto de afectación negativa se refiere a las desventajas que una ley puede crear sobre un derecho en particular. Esto presupone de entrada la idoneidad de la norma para realizar tal afectación.

Analizados los dos presupuestos del principio de proporcionalidad, abordaremos los sub-principios que lo componen.

5.7. EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

Analizados los dos presupuestos del principio de proporcionalidad, abordaremos los sub-principios que lo componen, estos son: Idoneidad, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto, ellos conforman la estructura del principio de proporcionalidad europeo, desarrollado mayoritariamente por la jurisprudencia del tribunal federal alemán en consuno con la doctrina y demás sistemas judiciales del viejo continente. En un primero momento podríamos condensar la estructura del principio de proporcionalidad conformado por los sub principios de Idoneidad y Adecuación, Necesidad y Proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo a la forma cómo interactúan de manera escalonada cada uno de ellos, el primero abre paso al estudio de las exigencias del segundo y así con el tercero.

El principio de proporcionalidad implica que el tribunal constitucional respectivo verifique si una norma que interviene en un derecho fundamental es idónea y adecuada, de serlo, debe evaluar la necesidad de la misma, y de salir airosa debe someterse al escrutinio de proporcionalidad en sentido estricto, de no cumplir con el primer o cualquier requisito se detendrá en análisis y será declarada inconstitucional la norma que interviene en un derecho fundamental. Partiendo de los sub principios de la proporcionalidad y su estructura escalonada Javier Báñez ha construido una definición global e integral del referido principio así:

“El principio constitucional en virtud del cual la intervención pública ha de ser “susceptible” de alcanzar la finalidad perseguida, “necesaria” o imprescindible al no haber otra medida menos restrictiva de la esfera de libertad de los ciudadanos (es decir, por ser el medio más suave y

*moderado de entre todos los posibles —ley del mínimo intervencionismo—) y “proporcional” en sentido estricto, es decir, “ponderada” o equilibrada por derivarse de aquélla más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes, valores o bienes en conflicto, en particular sobre los derechos y libertades”.*¹⁵⁷

5.7.1. El Sub Principio De Idoneidad.

El concepto del sub principio de idoneidad se condensa en que: *“Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”*¹⁵⁸, de serlo predicaremos la idoneidad de la intervención legislativa. De la anterior definición podemos advertir dos exigencias del presente sub principio: (i) La legitimidad del fin que fundamenta la intervención legislativa en el derecho fundamental y (ii) La idoneidad de la intervención legislativa con relación al fin inmediato.

Cuando tratamos los conceptos de adecuación e idoneidad en realidad estamos haciendo referencia a dos etapas distintas del primer sub principio de la proporcionalidad, primero debe verificarse que la intervención legislativa o actuación pública persiga un fin considerado como legítimamente constitucional, esto es la adecuación; mientras que en la idoneidad es donde debe estudiarse la utilidad que representa la medida legislativa en aquel fin legítimo buscado por ella. Veremos el primero de aquellas exigencias, La Adecuación.

5.7.1.1. La Legitimidad del Fin que Fundamenta La Intervención Legislativa en el Derecho Fundamental

Una intervención legislativa en derechos fundamentales es adecuada cuando va tras la huella de un fin legítimo desde el punto de vista constitucional; de antemano, hay que establecer cuál es el fin que busca la ley y, una vez individualizado este, detectar la legitimidad del mismo. La definición de “fin legítimo” tiene una postura amplia y una restrictiva, la primera señala que un derecho fundamental solo puede ser intervenido legítimamente cuando una ley busca un fin que contenga otro derecho fundamental; así, contra la intervención en un derecho fundamental, la única posibilidad de legitimidad estaría radicada en la búsqueda de otro derecho fundamental por parte de la intervención legislativa; por otra parte, el fin legítimo desde un sentido amplio

¹⁵⁷ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y Comunitario, Óp. Cit., p. 500.

¹⁵⁸ BERNAL, Carlos. El Principio De Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2007. p. 693.

contiene no solo otro derecho fundamental como contraposición, sino también cualquier principio constitucional invocado.

A juicio de Bernal Pulido¹⁵⁹ estas concepciones resultan poco admisibles, pues desconocen el “Principio de libertad de fines del legislador”, donde se le reconoce la competencia al órgano legislativo para fijar objetivos propios diversos de aquellos que se encuentren en la constitución, la democracia y el proceso deliberativo se garantizan al no impedir que el legislador trace nuevas finalidades siempre en cuando no vaya en contra de la constitución. De esta manera, tenemos que la adecuación se entiende desde una perspectiva negativa; es decir, un fin se considera como legítimo, cuando no esté prohibido explícita e implícitamente por la constitución¹⁶⁰, esta concepción negativa, amén de estar acorde con el principio de libertad de fines, es compatible con la libertad de configuración legislativa y la presunción de constitucionalidad *prima facie* de las leyes, pues invierte la carga de la prueba; en este sentido, para destruir la constitucionalidad con que está revestida toda ley y sus respectivas finalidades, es imperioso demostrar evidentemente la incompatibilidad del fin legislativo con la constitución, de esta y no otra manera, se conjugan la supremacía constitucional y las facultades del poder legislativo tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional Español STC 83/1984 donde señala que “nada impide que (los poderes públicos) se propongan otras finalidades u objetivos no enunciados allí (en la constitución) aunque tampoco prohibidos”.

La forma como se debe buscar la no discordancia con la constitución del fin legislativo merece una precisión aparte. Un “fin” no está prohibido por la carta magna de dos maneras: una explícita e implícita¹⁶¹, las primeras aparecen textualmente en el contenido de la constitución; mientras que las segundas se desarrollan a través de la interpretación de la constitución, ambas prohibiciones pueden ser definitivas o pueden ser de carácter *prima facie*¹⁶², con las definitivas o absolutas es imposible una ponderación, pues de manera sencilla, si un fin buscado por una ley está prohibido explícita o implícitamente de manera definitiva o absoluta, la ley es inconstitucional; por el contrario, en las prohibiciones *prima facie* hay que verificar la derrotabilidad de ese carácter *prima facie* de la prohibición. Es sabido que el carácter *prima*

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p.698 y ss.

¹⁶⁰ GAVARRA DE CARA, Juan. *Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994: p.294 y ss.

¹⁶¹ Ver Sentencia STC 9/1990.

¹⁶² CLERICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Nomos, Baden – Baden, Einleitug. Excurso II del primer capítulo de la primera parte, 2.1. Definitive oder *prima facie* – Verbote.

facie en este caso opera como una prohibición sujeta a condiciones de derrotabilidad, de manera que si los argumentos a favor de la prohibición cobran validez, su nivel *prima facie* muta a ser de carácter definitivo, por el contrario, si cobran validez los argumentos a favor de la medida legislativa la prohibición *prima facie* habrá quedado derrotada.

Un caso que puede ser considerado “fácil” es aquel donde la ley que intervenga en un derecho fundamental choca contra una prohibición definitiva; o bien, de manera ostensible se evidencia su no prohibición; contrariamente, podríamos encontrar con una ley sujeta al examen de proporcionalidad que se enfrente a una prohibición *prima facie*, en este caso se duda sobre la legitimidad del fin perseguido por la ley. Bernal Pulido¹⁶³ defiende la posición donde se debe prevalecer la ley sometida a examen, pues una prohibición *prima facie*, al no ser definitiva, pueden ser objeto de una ponderación con razones que jueguen a favor de la legitimidad de la intervención legislativa o incluso pueden ceder ante tales razones. Teniendo en cuenta esto, cuando una ley persiga un fin que esté prohibido *prima facie* debe declararse la legitimidad de ese fin; postero a ello, en la proporcionalidad en sentido estricto se evaluarán las razones que pesan a favor de una y otra disposición. Toda duda con respecto a la legitimidad de un fin legislativo debe manejarse a favor de este último, de esta manera la presunción de constitucionalidad que la cubre estará efectivamente garantizada, eliminar de tajo una ley en virtud de una prohibición *prima facie* es *mutatis mutandi*, violar su derecho de defensa en un estado superior del juicio.

Ahora, con respecto a los tipos de fines que pueden fundamentar la intervención legislativa, podríamos señalar intereses, valores, bienes y principios; empero, de una manera más precisa R. Alexy¹⁶⁴ diferencia entre intereses valores y principios en cuanto al plano en que se proyectan, atribuyendo a los principios la perspectiva de proyección eminentemente deóntica, siendo esta la perspectiva referente a los deberes del legislador; de esta manera, la naturaleza de los fines que deben ser perseguidos por una intervención legislativa es la de *Principios*, los cuales pueden garantizar derechos individuales o colectivos dependiendo de su orientación estatal; Y con respecto al rango que pueden tener los Principios, como fines legítimos, tenemos: (1) los derechos fundamentales, (2) los demás principios constitucionales y los llamados (2) principios constitucionales de segundo grado¹⁶⁵.

¹⁶³ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cit. p.702.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. El Concepto y la Validez Del Derecho. ed.2. Gedisa: 2004: p.187 y ss.

¹⁶⁵ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cit. p.709.

De esta manera cuando se trate de un derecho fundamental perseguido estaríamos frente a una colisión de derechos fundamentales; si se trata de un principio constitucional de primera generación, estos se encuentran tipificados en el texto de la constitución, por ejemplo: “toda persona es libre, sin más limitaciones que las que imponga el orden público.” aquí, el Orden público es un principio constitucional de primer grado. En otro sentido, un principio de segundo grado es el que no está consignado en la constitución de manera enunciativamente expresa, su nombre no aparece escrito en la constitución, pero si se hace referencia a ellos de manera abstracta sin nombrarlos, se determinan con todas aquellas disposiciones constitucionales que introduzcan la frase final “sin más limitaciones que las que la ley imponga o en los términos que la ley establezca”.

En resumen, una intervención legislativa que afecte un derecho fundamental debe perseguir un principio que puede ser otro derecho constitucional, o principios constitucionales de primer o segundo grado. Vale decir que no tendrá el mismo peso un principio constitucional de primer grado que uno de segundo, pero tal valoración no debe ser estudiada en este primer sub principio del principio de proporcionalidad, ya que será evaluada su influencia en el último estrado por el cual debe desfilarse la ley que intervenga o afecte un derecho fundamental donde es probable que una intervención basada en un principio de segundo grado no prevalezca sobre un derecho fundamental de gran peso concreto y abstracto.

Una precisión más habría que hacer con respecto al fin legítimo, pues una ley que intervenga en un derecho fundamental persigue fines mediatos e inmediatos, la tarea del juez constitucional consiste en determinar esos fines de la manera más precisa posible, lo cual puede ser obtenido en varias fuentes: (i) en la propia constitución, (ii) en el texto de la ley enjuiciada o en su (iii) exposición de motivos o los debates parlamentarios que dieron su origen¹⁶⁶, de esta manera el tribunal constitucional debe precisar cuál es el fin *inmediato* de la ley juzgada, entendido este como un estado de cosas fácticas o jurídicas a las cuales quiere llegar la ley, en virtud de estar ordenado por un principio constitucional que hace las veces de fin *mediato* de la ley, siendo este la finalidad última de la medida legislativa. Por ejemplo una ley que disponga la prohibición de exhibiciones sexuales en parques públicos, busca como fin

¹⁶⁶ Ver sentencia SSTC 9/1990 Y 66/1991 Fj 3.

inmediato: la eliminación actos sexuales en los parques, mientras que su fin mediato sería: la preservación del orden público.

Por lo tanto entre el fin inmediato y el mediato se constituye una relación de medio - fin, donde se busca maximizar el segundo a través del primero, es el fin mediato el sujeto de estudio de la legitimidad de fin como requisito del primer sub principio de la proporcionalidad, de manera que si una ley busca un determinado fin mediato, sobre este debe recaer el estudio de no prohibición definitiva o *prima facie* con la constitución; por ello, es importante precisarlo y determinar si se trata de un derecho fundamental, o un principio de primero o segundo grado. Otro ejemplo es extraído de la sentencia del tribunal constitucional español STC 161/1997 donde se debatía sobre la atribución legislativa de una sanción penal para el conductor que se niegue a ser sometido a prueba de alcoholemia, en este caso se establecieron como fines inmediatos: la protección de la seguridad pública en el tráfico rodado y la protección a la obediencia de la autoridad; como fines mediatos se detectaron: la protección a la vida y la integridad de las personas, la protección del orden público y de la dignidad en el ejercicio de la legítima función pública. Sobra decir que si hay varios fines que persigue la ley, debe estudiarse cada uno de la manera como se ha descrito en estas líneas. De esta manera, identificado el fin de la media legislativa y verificada su no prohibición se abre paso el estudio del segundo requisito de este primer sub principio de la proporcionalidad.

5.7.1.2. La Idoneidad de la Intervención Legislativa con Relación al Fin Inmediato

Una vez individualizado el fin inmediato, haberlo adscrito a un fin mediato y verificado la legitimidad de este último el Tribunal Constitucional debe estudiar la contribución de ese fin inmediato para alcanzar la finalidad mediática ya establecida. Estudiaremos en qué consiste la idoneidad de la intervención legislativa, su estructura y los criterios que deben ser aplicados.

Tal como lo define Bernal Pulido: *“Una medida adoptada por una intervención legislativa en un derecho fundamental, no es idónea, cuando no contribuye en ningún modo a la obtención de su fin inmediato.”*¹⁶⁷ De entrada señalaremos el carácter negativo de este último paso del primer sub principio, de tal manera que si la ley a estudiar contribuye en algo, así sea mínimo, para la obtención del fin perseguido, será idónea. La relación entre el medio y el fin debe ser idónea, debe facilitar la consecución del fin perseguido; sin embargo, esta relación se puede determinar

¹⁶⁷ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Op. Cit p. 724.

en varios grados, desde el punto de vista de la *eficacia*, un medio puede ser más o menos eficaz para la obtención de un fin; desde el ámbito *temporal* un medio puede contribuir con mayor o menor rapidez a la obtención de su objetivo, desde la perspectiva de la *realización* del fin un medio puede contribuir para que se realice en más o menos aspectos relativos al fin; y en cuanto a la *probabilidad*, un medio puede ayudar con mayor o menor seguridad para alcanzar el fin propuesto¹⁶⁸.

Un examen fuerte de idoneidad afirmaría que la medida debe comportar un grado máximo en cada una de estas categorías enunciadas, el tratadista Bernal Pulido¹⁶⁹ ha considerado la postura dúctil o débil de la idoneidad, en cuanto que solo con que represente el cualquier grado alguna de estas perspectivas se considerará idónea la medida legislativa; por ello, solo será inidónea aquella medida que no aporte en nada, desde ninguna perspectiva y en ningún grado a la obtención del fin. Una postura diferente conduce a la inconstitucionalidad prematura de leyes que contribuyan en cierta proporción, no máxima, a la realización del fin, y se estaría prescindiendo de la libertad de configuración legislativa y de la posibilidad de estudiar si no había otra alternativa posible que aquella que contribuía medianamente en el fin, foco de análisis del sub principio de Necesidad.

Por otro lado, la estructura argumentativa de la idoneidad se condensa en una relación de causalidad positiva entre la medida del legislador y el fin que se propone en el sentido de que si no existiera la norma legislativa N1, no se produciría el aumento en el fin perseguido, la relación de causalidad es eminentemente fáctica, pues supone la no producción de ningún cambio en las condiciones de hecho del fin al suprimir la medida que lo busca, de tal forma que el aumento en las condiciones de realización de dicho fin se da por la existencia de la medida legislativa.

En resumen, en la relación empírica entre la ley y su fin inmediato se busca enfocar la idoneidad, o utilidad de aquella en relación con la última; mientras que en la adecuación se busca la legitimidad de fin mediato buscado a través del fin inmediato, la no prohibición con la constitución, vínculo que no es empírico como el primero, si no que se da en un plano jurídico - analítico. Tanto la inicial etapa del primer sub principio de la proporcionalidad, como la segunda se condensa en que la imposibilidad de conectar analíticamente (adecuación) el fin inmediato del legislador con un fin mediático legítimo, da lugar a la ilegitimidad del fin legítimo mediato,

¹⁶⁸ CLERICO, Die Struktur der Verhältnismäßigkeit, Op. Cit. Cap: 1,II.

¹⁶⁹ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Op. Cit. p. 726.

prohibido por la constitución. Por su parte, la falta de correlación empírica (idoneidad) entre el medio legislativo o ley, y el fin perseguido, genera la carencia de idoneidad del medio.

Por último, este sub principio de la idoneidad y adecuación, debe aplicarse desde una *perspectiva e intensidad* definida. Dos enfoques deben ser tenidos en cuenta: la *ex ante* y la *ex post*¹⁷⁰, la primera consiste en precisar si el legislador habría podido avizorar la ineptitud de su medida de acuerdo a los conocimientos existentes en el momento en que se expidió la norma legal y con las limitaciones en cuanto a los medios, el tiempo y la información con que contaba; la perspectiva *ex post* consiste en la evaluación del medio legislativo de acuerdo con los medio con que se cuenta en el momento, no de la expedición de la ley, sino del enjuiciamiento de la misma. Ante esta dualidad la inclinación doctrinal se aproxima a una perspectiva *ex ante*, donde una norma debe catalogarse de idónea, solo si desde el comienzo, desde su expedición, el legislador hubiese podido haber previsto su ineptitud en relación con su finalidad inmediata. Por lo tanto solo los ostensibles pronósticos de inutilidad de la ley hacen inidónea la misma, pues con los elementos que contaba el legislador en el momento de su expedición son con los que se debe evaluar el reporte de utilidad de la medida que escogió en el momento de la expedición de la ley.

En tratándose de la intensidad, hay que distinguir tres tipos de esta, desarrollados por el Tribunal Constitucional Alemán, seguidos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos. Existe un control débil, denominados control de evidencia, uno intermedio, y un control sustancial intensivo. En el control de evidencia una norma es constitucional a menos que sea ostensiblemente evidente su incompatibilidad con la constitución, demostrada con premisas seguras, lo opuesto es el control intenso, por medio del cual la carga argumentativa juega a favor de los derechos fundamentales esenciales y habrá que demostrar con premisas muy seguras la constitucionalidad de las leyes que intervengas en aquellos derechos; por ultimo un control intermedio que se sitúa entre los dos extremos reseñados.

Amplio sector de la doctrina¹⁷¹ y jurisprudencia¹⁷² afirma que el sub principio de la idoneidad y adecuación debe aplicarse de la forma débil, es decir con un control de evidencia, pues la presunción de constitucionalidad de la ley, invierte la carga de la prueba al otro extremo, desde

¹⁷⁰ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cit. p. 734.

¹⁷¹ JAVIER BÁRNEZ, BERNAL PULIDO, W. KLUTH entre otros.

¹⁷² Ver Sentencia STC 11/2006, STC 48/1995.

donde se debe demostrar al evidente inconstitucionalidad de la ley enjuiciada, de no ser así seguirá el curso del juicio de proporcionalidad en sus dos etapas restantes.

5.7.2 El Sub Principio de Necesidad

De acuerdo con este sub principio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna posible con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten, por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto¹⁷³. Este sub principio implica un ejercicio de comparación entre el medio que se estudia y las otras posibles alternativas al momento de la expedición de la ley. Destacamos dos exigencias que deben tener los medios alternativos para impregnar de inconstitucionalidad la intervención legislativa: (1) si revisten por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa en relación con el fin legítimo perseguido; y (2) si afecta en menor grado al derecho fundamental aludido. De no encontrarse una alternativa que tenga estas dos exigencias o de no existir si quiera otra alternativa, la medida enjuiciada será Necesaria en los términos del principio de proporcionalidad. En este sub principio, la elección de los medios alternativos, la intensidad con que aquellos contribuyan en el fin y el grado de afectación serán los puntos a precisar, sobre los cuales es menester la comprensión de cómo se determinan.

El análisis de necesidad, es una comparación de medios, entre la medida legislativa que se examina y otros medio hipotéticos que apunten hacia el mismo fin mediato que la norma sometida a consideración; pues bien, para identificar aquellos medios alternativos se han sentado una pautas de selección que consisten en determinar los medios alternativos de acuerdo a los conocimientos científicos, técnicos, dogmaticos y generales, existentes en el momento de la expedición de la norma legislativa examinada, identificados estos, se estudiara la respectiva idoneidad igual o superior que la ley enjuiciada y el reporte menor de daños al derecho fundamental intervenido por la Ley. Estudiemos cada una de estas exigencias.

5.7.2.1. Análisis de la Idoneidad Equivalente o, Mayor de los Medios Alternativos

Recuérdese que los criterios para determinar la idoneidad de la medida en relación con su fin inmediato son, Eficacia, Temporal, Realización Y Probabilidad, aunque el análisis sustancial es el mismo, en este caso de lo que se trata es de verificar la idoneidad, no de la media legislativa, sino de los medios alternativos al momento de la expedición de la ley que interviene un derecho fundamental, haciendo un análisis de idoneidad hipotético, donde no solo se trata de verificar si

¹⁷³BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cít. p.740.

las alternativas son idóneas, sino que se debe precisar el grado en que se encuentra dicha relación de utilidad entre los medios alternativos y el fin inmediato que persigue la ley examinada, si esa contribución, de los medios alternativos, tiene el mismo grado o superior, se habrá cumplido uno de los requisitos para que la medida legislativa que interviene en un derecho fundamental sea declarada innecesaria. Por ello abra que determinar, por ejemplo, el grado de Eficacia tanto de la medida legislativa cuestionada, como de los distintos medios alternativos que persigan el mismo fin mediato y compararlos.

So *pretexto* de buscar un medio alternativo que reporte mayor o igual idoneidad, lo hipotético de los medios alternativos no debe conllevar a incluir medios alternos imposibles o de muy difícil aplicación por sus costos exorbitantes, estos medios alternos imposibles no deben ser tenidos en cuenta para la comparación de idoneidad e intervención exigida por este sub principio.

Téngase en cuenta que la necesidad como sub principio del juicio de proporcionalidad, estudia la comparación entre la relación de causalidad empírica de los medios alternativos en relación con el fin inmediato identificado en el primer sub principio de la idoneidad o adecuación; por ello, en la necesidad no se está debatiendo la conexión normativa entre los medios alternativos y el fin perseguido por la ley enjuiciada, fin mediato, esta relación es eminentemente analítica y normativa, que no es del resorte de Necesidad como etapa que estamos estudiando. O lo que es lo mismo, en el sub principio de necesidad no se debate si el fin es legítimo o no, pues los medios alternativos que deben identificarse son todos aquellos que, al igual que al norma o medida legislativa enjuiciada, persigan el mismo fin mediato, lo que se verifica es el grado de idoneidad tanto de la norma enjuiciada como de los medios alternativos para alcanzar dicho fin mediato que ambas comparten, para así, realizar el ejercicio comparativo.

De lo dicho hasta hora podemos resumir tal como lo ha estructurado Bernal Pulido¹⁷⁴ que en este primer escollo del examen de necesidad debe estudiarse el grado de idoneidad de los medios alternativos, a la luz de las perspectivas de eficacia, temporalidad, realización de fin y probabilidad, y compararla con el nivel de idoneidad de la medida legislativa que intervenga o afecte un derecho fundamental, de ser superior, no por ello estamos frente a un caso de inconstitucionalidad de la ley, por cuanto debe estudiarse la segunda etapa de este sub principio de la Necesidad.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p.747.

5.7.2.2. Búsqueda del Medio que Afecte en Menor Grado el Derecho Fundamental

En este estado se debe comparar entre el nivel de intensidad de la intervención sobre el derecho fundamental que tenga la medida que se juzga y el(los) medio(s) alternativo(s). De tal modo, una medida será innecesaria si alguno de los medios alternativos que tenga por lo menos una idoneidad igual al medio enjuiciado, además de ello, no interviene o interviene en un grado inferior al derecho fundamental afectado.

Recuérdese en el acápite de los presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad, las pautas para considerar una intervención legislativa. Debe tenerse en cuenta el concepto de afectación negativa, entendida como la existencia de una relación de causalidad o idoneidad negativa donde se suprima o elimine la norma o posición iusfundamental afectada; o se contradiga lo establecido por la norma iusfundamental adscrita *prima facie*, o se impida o dificulte el ejercicio de acciones o situaciones propias del ejercicio del derecho afectado. Por esto, las pautas para considerar un medio alternativo deben ser consideradas bajo el enfoque ya estudiado de la intervención legal en un derecho fundamental, donde un medio alternativo se considerará como intervención negativa si conduce a un esto de cosas en que la realización del derecho fundamental se vea disminuida.

En esta etapa, podemos resumir ciertas diferencias de la intervención como presupuesto de aplicación, de la que se debe estudiar en el sub principio presente, teniendo en cuenta que estamos frente a una intervención de carácter hipotético, de un medio alternativo de igual característica; por lo tanto, debe visualizarse la relación de causalidad negativa de una manera imaginaria pero probablemente real, no imposible, con consideraciones que puedan suceder hipotéticamente a futuro de aplicarse determinado medio alternativo, amén de esto, el examen no debe versar únicamente, como lo hemos estudiado en los presupuesto de aplicación, como intervención a secas, sino que debe especificarse el grado de intervención o afectación tanto de los medios alternativos como de la ley que se está enjuiciando, para que una vez obtenido ambos niveles o grados de intervención se proceda al estudio comparativo de ellos.

Ahora, los criterios para medir la intervención pueden ser de carácter empírico o normativo - analítico; los primeros deberán ceñirse a las perspectivas de la idoneidad pero en un sentido negativo, es decir, un medio será más benigno, desde el punto de vista empírico, si afecta con menor eficacia, de modo menos duradero, y con menor probabilidad a la norma o posición fundamental afectada, objeto de la intervención o si la afecta en menos aspectos que la ley que

está siendo sometida a análisis de proporcionalidad¹⁷⁵. Nótese que las perspectivas que se han propuesto pueden funcionar para detectar la utilidad del medio hacia su fin, así también como para la determinación del grado de intervención de la medida legislativa en relación con el derecho fundamental afectado.

Frente a la posible situación donde la medida alternativa representa un beneficio mayor que la ley interventora en ciertas perspectivas y en otras no, al igual que en la idoneidad, debe preferirse optar por la constitucionalidad de la ley que interviene un derecho fundamental en consonancia con la presunción de constitucionalidad que reviste las normas proferidas por el poder legislativo, siempre que no se demuestre un medio más benigno desde todos los puntos de vista estudiados, con amplio margen de certeza sobre cada uno de ellos. Una ley que pase el examen de necesidad por su presunción de constitucionalidad más que por sus argumentos a favor, será candidata probable a no superar el juicio estricto de proporcionalidad, de hecho, no superar este último escollo el tribunal que decida sobre su inconstitucionalidad debe inclinarse por una sentencia aditiva donde cree una medida legislativas más benigna que la examinada, y esa medida será, muy seguramente, los medios alternativos que se estudiaron en las consideraciones de la sentencias atinentes a la necesidad de la ley examinada.

Con respecto a los criterios normativos y analíticos para determinar el grado de intervención, un medio alternativo se revela como más benigno desde el punto de vista analítico y normativo, si la norma o posición que habría afectado, de haber sido adoptado por el legislador, tiene un significado o una fundamentalidad menor dentro del ámbito normativo del derecho fundamental, que la norma o posición afectada por la medida legislativa cuya constitucionalidad se controla. En tratándose de la fundamentalidad, hay normas que afectan en menor grado el ámbito de los derechos fundamentales; por ejemplo, una norma que prohíbe, a una cadena de televisión cuya ideología es de oposición política al gobierno, transmitir informaciones relativas a la actividad electoral del partido de izquierda, intervendría en mayor grado la libertad de información, que una norma que prohibiera a la misma televisora, la divulgación de programas dedicados a revelar las relaciones sentimentales de los actores de cine del país. En este sentido, una medida legislativa será innecesaria si alguno de los medios alternativos igualmente idóneos afecta posiciones iusfundamentales menos significativas que aquella que constituye el objeto de la intervención legislativa.

¹⁷⁵ *Ibíd.*, p.750.

En el ejercicio de comparación, siempre que los argumentos en contra de la necesidad de la medida examinada no tengan el carácter de premisas absolutamente ciertas, debe, por las dudas, preferirse el voto afirmativo a favor de la intervención legislativa. En este caso particular, si no hay suficiente claridad con respecto al grado o nivel de afectación que producen los medios alternativos desde una perspectiva empírica, analítica y normativa, debe preferirse la ley examinada. Lo anterior abre paso a la identificación de la perspectiva e intensidad del examen de necesidad. El examen de necesidad debe efectuarse desde la perspectiva *ex ante* del legislador. Esto quiere decir, que la medida legislativa solo puede considerarse innecesaria, si dados los conocimientos existentes en la época en que fu adoptada, el parlamento habría podido avizorar la existencia de un medio igualmente idóneo y más benigno con el derecho fundamental afectado. De esta manera se le atribuye cierta inmunidad en contra de eventuales medidas con mayor grado de idoneidad que hayan podido producirse con posterioridad a la medida que se estudia.

Por otra parte, el nivel de intensidad del juicio de intensidad es el Control de Evidencia, nivel de intensidad mínimo, al igual que el examen de idoneidad, el tribunal constitucional español como pionero, ha desarrollado esta consideración, cuando afirma que debe resultar: “*evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo*”¹⁷⁶ en conclusión, un medida debe ser declarada inconstitucional innecesaria, únicamente cuando aparezca de modo evidente, con fundamento en premisas empíricas, analíticas y normativas seguras, que existe un medio alternativo que, siendo igualmente idóneo, interviene con menor intensidad en el derecho fundamental.¹⁷⁷ Al igual que en la consideraciones hechas en el sub principio de idoneidad, tanto la perspectiva *ex ante*, como el grado de intensidad control de evidencia son posturas que se acompasan en mayor medida al principio democrático y la libertad de configuración legislativa.

5.8. EL SUB PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Aquella norma que constituya una intervención legislativa en un derecho fundamental que haya superado el sub principio de Idoneidad y de Necesidad deberá ser evaluada bajo el tamiz de la proporcionalidad en sentido estricto; el cual, consiste en que el grado de la intervención en un

¹⁷⁶ Ver Sentencia STC 55/1996.

¹⁷⁷BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Op. Cít. p.763.

derecho fundamental debe estar justificado por el grado de realización del fin perseguido por la intervención legislativa. Bernal Pulido¹⁷⁸, distingue tres pasos del principio de proporcionalidad en sentido estricto: (i) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas; (ii) comparar dichas magnitudes y (iii) construir una relación de precedencia condicionada. Veamos cada una de ellas:

1. La determinación de la importancia de la intervención en el derecho fundamental y de la importancia de la realización del fin legislativo

Los objetos normativos que concurren a la ponderación son, por un lado, el derecho fundamental intervenido y por el otro extremo, el fin mediato (principio de 1er o 2do grado, derecho fundamental) que busca la ley que intervenga a aquel derecho fundamental. Empero, lo que se pondera no son los objetos normativos descritos, el balanceo propiamente dicho, se presenta entre las magnitudes obtenidas de la identificación del grado de afectación sobre el derecho fundamental y el grado de satisfacción del fin perseguido por la ley enjuiciada.

Cuando se habla de afectación estamos haciendo referencia al nivel de la intervención sobre el derecho fundamental afectado; en cuanto a la satisfacción, consiste en la importancia de la realización del fin perseguido por la norma interventora, a una y otra magnitud se le conoce como “peso”¹⁷⁹, la determinación del peso de cada una de los extremos en una ponderación debe tener en cuenta la existencia de dos tipos de peso, el *abstracto* y el *concreto*; en el primero, cuanto mayor sea la importancia material de un principio constitucional dentro del sistema de la constitución, mayor será su peso en la ponderación; así, un principio constitucional de primer grado tiene mayor peso abstracto que uno de segundo grado; y en el peso concreto, cuanto más intensa sea la intervención en el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho en la ponderación, correlativamente, cuanto más intensa sea la realización del principio que fundamenta la intervención legislativa, mayor será su peso en la ponderación.

El derecho fundamental a la libertad de cultos, puede tener gran peso concreto dependiendo de las circunstancias del caso, en específico, si su nivel de afectación es grande. En uno y otro caso, para determinar el grado de intervención (afectación) en un derecho fundamental y el grado de realización (ganancia o satisfacción) del principio perseguido por la norma deben

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 765.

¹⁷⁹ ALEXY, Teoría De Los Derechos Fundamentales, Óp. Ci., p. 89.

seguirse, a juicio del tratadista Bernal Pulido,¹⁸⁰ los siguientes niveles y criterios que a renglón seguido expondremos:

2. Niveles y criterios para determinar la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y la intensidad de la realización del fin legislativo

El grado de afectación y de satisfacción referido, debe responder a dos tipos de niveles, el analítico – normativo y el nivel empírico; en el primero, con relación a la intensidad de la *intervención* en el derecho fundamental debe tenerse en cuenta lo fundamental que es la norma o posición adscrita y cobijada dentro del ámbito normativo del derecho fundamental afectado; distintamente, para determinar el grado intensidad de la *realización* del fin perseguido, debe tener en cuenta lo fundamental o relevante que es el fin inmediato para la realización del fin mediato.

Por su parte, en el nivel empírico la intensidad de la intervención en el derecho fundamental depende de la Eficacia, Rapidez, Probabilidad, Alcance y Duración con los que la *intervención* afecte negativamente a la posición fundamental *prima facie*; de otro lado, en cuanto a la *realización* del fin mediato perseguido por la ley interventora, depende de la Eficacia, Rapidez, Probabilidad, Alcance y Durabilidad con que la intervención legislativa contribuya a obtener el fin mediato del legislador. De esta manera, habiendo identificado estos dos niveles, normativo – analítico y el empírico, existen unos criterios que ayudan a determinar las respectivas magnitudes o intensidades en cada uno de ellos.

3. Criterios en el nivel analítico - normativo

En relación con los criterios que operan en el nivel analítico – normativo, el primero consiste en el *Grado de afectación negativa y positiva*. Así, en la *intervención*, cuanto mayor sea la porción del ámbito normativo del derecho fundamental que se vea afectada por la intervención legislativa, mayor será la intensidad de dicha intervención y mayor será el peso que deba otorgarse al derecho fundamental intervenido en la ponderación; o en otras palabras, cuanto más grande sea el grado de afectación sobre el derecho fundamental, mayor será el peso del derecho fundamental en la ponderación. Con relación al extremo de la *realización*, cuanto mayor sea la porción del ámbito normativo del principio constitucional de 1er o 2do grado, o

¹⁸⁰BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cít. p. 768.

derecho fundamental que se acaricie, mayor será el grado de realización del fin mediato, y mayor será su peso en la ponderación, el nivel de satisfacción o ganancia está determinado por la mayor o menor porción en que el fin inmediato realiza o aporta al fin mediato.

En cuanto a la función. La fundamentalidad de la posición *intervenida* en relación con el derecho fundamental al cual se adscribe se determina teniendo en consideración la importancia de aquella para que el derecho fundamental pueda desempeñar su función democrática, de defensa y de derecho de prestación en sentido amplio, de acuerdo al grado en que la medida interventora permita el desempeño de las funciones del derecho fundamental aludido, así será su peso en la ponderación; de modo correlativo, para la medida interventora en relación con el fin que persigue, cuando el fin inmediato permita que el fin mediato desempeñe sus funciones en mayor medida, mayor será la fundamentalidad de aquel con este y por lo tanto mayor será el peso del fin perseguido en la ponderación.

En cuanto al estatus. Cuanto mayor valor tenga una determinada posición fundamental, desde las perspectivas temporal, espacial y material, como condición para que el derecho fundamental pueda realizarse, mayor será el peso de este. Por otro lado, en relación con la medida interventora y su fin mediato, cuanto más valor tenga un fin legislativo inmediato, desde la perspectiva temporal, espacial y material, como condición para la realización del fin legislativo mediato, mayor será su peso en la ponderación del principio perseguido por la ley enjuiciada.

En cuanto a los efectos positivos o negativos de su afectación sobre otras posiciones jurídicas. Cuanto mayor efecto tenga la posición fundamental afectada sobre otras posiciones fundamentales, mayor será su fundamentalidad y, por lo tanto, mayor peso tendrá en la ponderación el derecho fundamental al cual se adscribe. En la otra orilla, cuanto mayor sean los efectos que tenga el fin inmediato sobre otras posiciones adscritas al principio constitucional que persiguen el fin mediato, mayor será su fundamentalidad y el peso del principio perseguido por la medida legislativa en la ponderación.

En cuanto a los efectos positivos y negativos de su afectación sobre otros principios constitucionales diversos al que se adscribe. Cuanto mayor efecto tenga la posición fundamental afectada sobre otros derechos fundamentales y principios constitucionales, mayor será el peso del derecho fundamental en la ponderación. A su vez, cuanto mayor efecto tenga

el fin inmediato de la medida legislativa sobre otros principios constitucionales, mayor será el peso del principio perseguido. Un principio constitucional tendrá más peso en la ponderación, si a su vez puede fundamentarse en otros principios constitucionales; o si su posición *prima facie*, afectada en el caso concreto, puede adscribirse a la vez a otros principios constitucionales o derechos fundamentales.

De acuerdo al reconocimiento de la prioridad de un principio en decisiones anteriores. El peso del derecho fundamental en la ponderación será mayor, si en alguna decisión institucional anterior se ha reconocido su prioridad sobre el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa en razón de una intervención análoga. Lo mismo puede decirse del principio que constituye el fin mediano perseguido por la intervención legislativa.

Criterios exclusivamente relativos a la intensidad de la intervención en el derecho fundamental. La intensidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental será mayor, cuanto mayor sea el cumplimiento de las exigencias de los criterios del contenido esencial, tales criterios son: (i) que a posición *prima facie* afectada sea necesaria para que el derecho fundamental sea reconocible como tal, de modo que si se suprimiera, el derecho perdería su naturaleza y (ii) que la posición *prima facie* afectada sea necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho fundamental, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De esta manera, si una intervención cumple alguno de estos dos requisitos, se considerará muy intensa la intervención y el peso del derecho fundamental incrementaría. Otro criterio exclusivo sería el determinado por la relación que tenga el derecho fundamental con el principio democrático o con la dignidad humana.

5.8.1. Criterios que operan a nivel empírico

Como se ha anunciado en precedencia, los criterios empíricos en los cuales confía el tratadista Bernal Pulido son: la Eficacia, la Rapidez, la Probabilidad, el Alcance y la Duración con que la intervención afecte negativamente al derecho fundamental, o la medida legislativa contribuya a la realización del fin perseguido. Lo que se verá a continuación es el esfuerzo del autor mencionado por otorgar pautas para determinar cada uno de estos criterios.

En relación con la eficacia. Cuanto más eficaz sea la intervención legislativa para impedir o dificultar el ejercicio de la posición fundamental, mayor será el peso del derecho

fundamental afectado en la ponderación. Correlativamente, cuanto más eficaz sea la intervención legislativa para contribuir a alcanzar el fin inmediato, mayor será el peso de este último en la ponderación.

En relación con la rapidez. Cuanto más expeditiva sea la intervención legislativa para impedir o dificultar el ejercicio de la posición fundamental *prima facie*, mayor será el peso del derecho fundamental aludido, de otra parte, cuanto más expeditiva sea la media legislativa en la consecución del fin mediato que persigue, mayor será el peso de este en la ponderación. En este sentido, no puede tener el mismo grado una intervención que realice su finalidad mediática de forma inmediata a una que postergue la contribución a aquella. De la misma forma, no es igual una intervención que afecte inminentemente un derecho fundamental que otra que suspenda sus efectos al futuro o sea tardío en la afectación de ese derecho fundamental.

En relación con la probabilidad. Cuanto mayor probabilidad exista de que la intervención legislativa pueda impedir o dificultar el ejercicio de la posición fundamental *prima facie*, mayor será la intensidad de dicha intervención, y mayor el peso del derecho fundamental en la ponderación. A su vez, cuanto mayor probabilidad exista, de que la intervención legislativa contribuya a alcanzar el fin mediato, mayor será su intensidad y mayor peso tendrá el principio perseguido por la ley enjuiciada en la ponderación.

En relación con el alcance. La intensidad de la intervención legislativa en el derecho fundamental será mayor, en cuanto que dicha intervención impida o dificulte el ejercicio de más posiciones *prima facie* adscritas al derecho fundamental afectado o a otros derechos fundamentales. De igual manera, la intensidad de la realización del fin mediato del parlamento será mayor, cuantos más fines inmediatos adscritos a su ámbito normativo puedan ser alcanzados mediante la intervención legislativa.

En relación con la duración. Cuanto más tiempo impida o dificulte la intervención legislativa el ejercicio de la posición fundamental *prima facie*, mayor será la intensidad de la intervención y mayor el peso del derecho fundamental en la ponderación. Correlativamente, cuanto mayor tiempo contribuya la intervención legislativa a alcanzar el fin inmediato del parlamento, mayor será su intensidad en la realización de su fin mediato, y mayor el peso del principio en la ponderación.

Bernal reconoce que estos criterios analítico–normativo–empíricos para determinar la intensidad de los extremos a ponderar, *“tienen como carácter prima facie el que su relevancia debe ser determinada de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”*¹⁸¹, sobre lo mismo, el autor colombiano precisa que el *“sistema de criterios debe permanecer abierto a la incorporación de nuevas pautas que se derivan de los desarrollos de la práctica constitucional y la concreción que sus reglas reciban en el ámbito de la dogmática de cada derecho fundamental y de cada principio constitucional.”*¹⁸²

5.8.2 Construcción de la Relación de Precedencia Condicionada

En el sub principio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca comparar las magnitudes detectadas, con ayuda de los criterios normativo – analítico y empírico, que se estudiaron en precedencia, para así comparar y determinar en últimas quien prevalece entre el derecho fundamental afectado y el principio constitucional de primer o segundo grado, o derecho fundamental perseguido, prevalencia que es condicionada por estar sujeta a las condiciones específicas de cada caso concreto, de ahí que otro caso que presente las mismas propiedades deba fallarse en igual sentido basándose en la regla general construida por la relación de precedencia condicionada de un caso análogo anterior.

La llamada ley de la ponderación consiste en que *“cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor (es decir por lo menos del mismo grado) tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”*¹⁸³. El presente sub principio es donde se encuentra el balanceo o ponderación propiamente dicha ya que la idoneidad y a necesidad van abriendo surcos al análisis. Para continuar con las categorías trabajadas, La ponderación puede también sintetizarse así: *“cuanto mayor sea el grado de intensidad de la intervención en el derecho fundamental, tanto mayor (es decir por lo menos equivalente) tiene que ser el grado de intensidad de la realización del principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa.”*¹⁸⁴

¹⁸¹ *Ibíd.*, p.784.

¹⁸² *Ibíd.*, p.785.

¹⁸³ ALEXY, Teoría De Los Derechos Fundamentales, Óp. Cit. p.161.

¹⁸⁴ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cit. pag. 788.

De acuerdo con esta ley, podría dividirse los grados de intensidad en *intensa, media o leve*¹⁸⁵; de esta manera, una intervención intensa en el derecho fundamental, no se justifica con un grado de realización media o leve; o una intervención media en un derecho fundamental está justificada si el grado de realización es por lo menos medio o intenso. En la relación comparativa, para la constitucionalidad de la ley enjuiciada, el grado de realización o satisfacción del principio constitucional debe ser por lo menos igual al grado de intervención o afectación del derecho fundamental aludido. De obtenerse un grado igual, o un empate, por presunción de constitucionalidad de la ley, debe preferirse la ley interventora enjuiciada; si es mayor, evidentemente la norma estudiada bajo el rasero del principio de la proporcionalidad debe ser declarada constitucional.

Bástenos ejemplificar la ley de la ponderación en la jurisprudencia constitucional, en sentencia STC 199/1987 se estaba enjuiciando El art. 21.1 de la Ley Orgánica 9/1984 se refiere a la clausura de medios de difusión y establece que: *“admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por delitos cometidos por medios de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite su publicidad, el Juez, de oficio o a petición de dicho Ministerio, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyese conveniente, la ocupación material de los instrumentos del delito, siempre que por la gravedad de los hechos o por la habitualidad, estime procedente la adopción de esta medida excepcional de aseguramiento.”*¹⁸⁶

En este caso, bajo los parámetros vistos, la medida estudiada solo sería constitucional de implicar una realización igual o superior que la intervención en el derecho fundamental afectado. En el referido caso el tribunal conceptuó que: *“...el art. 21.1 impugnado ha establecido una restricción y una limitación del ejercicio de la libertad de expresión que resulta evidentemente desproporcionada al mero hecho de la admisión de una querrela criminal, suponiendo una restricción de esas libertades que no puede encontrarse amparada en el límite genérico establecido en el art. 20.4 de la Constitución. En efecto, no permite una adecuada ponderación de los bienes constitucionales en juego, mantenimiento de la seguridad pública y libertades de expresión e información, pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades, las cuales además tienen efectos que trascienden al presunto imputado...”*

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. On Balancing and Subsumption. A structural Comparison en Ratio Iuris. 2003: p. 436-437.

¹⁸⁶ Ver Sentencia STC 199/1987.

Nótese que la intervención “radical”, o podríamos considerar “intensa”, en el derecho fundamental aludido, no es justificable bajo una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento, lo que equivale a un grado de realización leve. De esta manera, se crea una relación de precedencia condicionada, y toda vez que concurren estas circunstancias debe atenderse a la prevalencia que en dicho caso se estableció.

La ley de la ponderación, puede simplificarse en la fórmula del peso, (*gewichtsformel*) de acuerdo con esta fórmula para hallar el peso concreto de los extremos a ponderar debe reconstruirse analíticamente por medio de la siguiente ecuación donde P_i y P_j son los principios a ponderar, bajo la importancia del principio P_i en las circunstancias C , ($IPiC$); multiplicada por el peso abstracto del principio P_i en el sistema constitucional ($GPiA$) y por el grado de seguridad de las premisas con que la afectación de este principio pueda determinarse. Todo esto dividido por las mismas categorías en el principio P_j , las variables de la escala tríadica leve, media e intensa en términos exponenciales: leve: 1; media 2, e intensa: 4. $GP_i, jC = IPiC * GPiA * SPiC / WPjC * GPjA * SPjC$

Con fundamento en todo lo que se ha resumido, para Bernal Pulido¹⁸⁷ es posible formular una fórmula del peso más completa en los siguientes términos: $GP_i, jC = (SiPiC * PjPiC) * (EPiC * VPiC * PPiC * APiC * DPiC) * GPiA * (SEIPiC * SNIPiJ * SNPPiA) / (SiPjC * PjPjC) * (EPjC * VPjC * PPjC * APjC * DPjC) * GPjA * (SEIPjC * SNIPjJ * SNPPjA)$

En esta oportunidad $SiPiC$ y $PjPiC$ significan el significado concreto del principio P_i , en concreto y la importancia concreta de la posición jurídica adscrita al principio P_i que resulta afectada, $EPiC$, la eficacia, $VPiC$ la velocidad, $PPiC$, la probabilidad, $APiC$ el alcance y $DPiC$ la duración empírica de la afectación que la medida sub examine causa en concreto en el principio P_i ; $GPiA$ denota el peso abstracto del principio P_i , $SNIPiC$, la certeza de las premisas empíricas relativas al peso concreto del principio P_i y $SEIPiA$ la certeza de las premisas empíricas relativas al peso concreto del principio P_i . Todo esto dividido por las mismas categorías aplicadas al principio P_j que persiguió la media legislativa cuestionada. Aclara Bernal¹⁸⁸ que dicha fórmula persigue dar las cuentas de de las principales variables normativas y empíricas relevantes en la ponderación, sin embargo, la fórmula del peso no determina el valor de cada una de las variables, es por ello

¹⁸⁷BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cít. p. 793.

¹⁸⁸BERNAL, Carlos. La racionalidad de la Ponderación. Ver artículo en: <http://search.4shared.com/search.html?searchmode=2&searchName=La+racionalidad+de+la+ponderacion.+Carlos+Bernal+Pulido>

que el signo de multiplicación solo puede ser tenido en cuenta de manera metafórica. Este signo solo expresa que en la ponderación debe tenerse en cuenta el valor de todas las variables, lo relevante en una ponderación es determinar previamente el valor de cada una de las variables.

Una vez obtenida la resultante, si el valor resultante es inferior o igual a 1, la medida estudiada es constitucional, de una magnitud de afectación o intervención legislativa en un derecho fundamental de dieciocho (18) dividida entre una magnitud de realización o satisfacción del principio perseguido de diez (10), en términos jurídicos, la poca realización del principio no justifica la intensa intervención que representa la media en el derecho fundamental aludido. $18/10 = 1,8$, al no ser por lo menos igual a 1, la medida enjuiciada es inconstitucional.

La regla que establece una relación de precedencia condicionada, debe ser aplicada a todos los casos idénticos y análogos *prima facie*, por lo tanto, debe jugar una especial consideración la carga argumentativa a favor de la aplicación de la regla general, deben estudiarse los dos argumentos opuestos, de un lado, la argumentación que considera que las propiedades relevantes de un caso se adecuan a las de un caso análogo resuelto y por otra parte, las que afirman que no es posible, de salir victoriosa la primera se suprimirá la ponderación en el caso que se estudia y se aplicaría la regla de precedencia condicionada.¹⁸⁹

La relación de precedencia condicionada se hace explícita en la ley de la colisión de R. Alexy *"las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente"*¹⁹⁰. Dicha ley, aplicada por Bernal Pulido a las intervenciones legislativas en derechos fundamentales adquiere una variación importante: *"Las circunstancias del caso, bajo las cuales el derecho fundamental precede al principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa, constituyen el supuesto de hecho de la norma fundamental adscrita, que expresa la consecuencia jurídica del derecho fundamental y que adquiere carácter de regla y validez definitiva. O, por el contrario, las circunstancias del caso, bajo las cuales el principio constitucional que fundamenta la intervención legislativa precede al derecho fundamental, constituyen el supuesto de hecho de la norma legal, que expresa la consecuencia jurídica del principio constitucional prevalente y que adquiere carácter de regla y validez definitiva. La*

¹⁸⁹ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cit. p 797.

¹⁹⁰ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales, Óp. cit. p. 94.

norma que adquiere carácter definitivo opera como premisa mayor de la fundamentación interna de la sentencia".¹⁹¹

Así, por ejemplo, cuando se dispute la constitucionalidad de una intervención legislativa que persiga como fin mediato el derecho a la información y afecte el derecho fundamental al honor, las circunstancias que hagan prevalecer la intervención legislativa frente al derecho al honor, son las propiedades relevantes que constituyen el supuesto de hecho de la regla general condicionada, donde cualquier caso futuro que comparta dichas propiedades debe, por subsunción, adecuarse a la resultante del caso donde se construyó la relación de precedencia. En el sistema jurídico – judicial debe existir una red de reglas generales resultantes de la ponderación que constituyan el banco de premisas generales y supuestos de hecho para resolver casos análogos y futuros.

Para entender esta última exigencia del principio de proporcionalidad, tenemos que especificar la perspectiva e intensidad de la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto; pues bien, la perspectiva puede ser enfocada desde el Tribunal Constitucional o desde el Parlamento, si se prefiere aquellos principios que respaldan la función judicial del tribunal constitucional o la libertad de configuración del legislador. En uno u otro caso, el nivel de intensidad dependerá de dos factores: (i) el grado de certeza de las premisas empíricas, analíticas y normativas; y (ii) el grado o magnitud de intervención en el derecho fundamental. De esta manera cuanto más seguras sean las premisas empíricas, analíticas y normativas, más intenso debe ser el control del tribunal constitucional, de tener el caso, premisas inseguras, el nivel será en un control de evidencia. Igualmente, cuanto más intensa sea la intervención de la medida legislativa en el derecho fundamental, mas, intenso debe ser la intensidad del escrutinio, de tratarse de una intervención mínima, el control de evidencia será el nivel de intensidad que se deba utilizar en la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto. Ahora, si no se adecua en uno u otro extremo, el control de intensidad debe situarse en el grado de intensidad intermedio.

Por último, es menester dejar en claro, que el nivel de intensidad de todo el principio de proporcionalidad cuando la medida cuestionada no sea una ley sino un acto estatal o privado excepcionalmente, protegible a través del llamado recurso de amparo, en Colombia acción de

¹⁹¹ BERNAL, El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Óp. Cit. p. 799.

tutela. En estos casos todo el nivel de intensidad del examen de proporcionalidad debe situarse en el extremo de escrutinio estricto, intenso. En las actuaciones públicas, no hay presunción de constitucionalidad, ni libertad de configuración que permitan pesar a favor de las actuaciones para con los particulares.

8. CONCLUSIONES

De la investigación anterior se desprenden las siguientes conclusiones:

Es imposible “Determinar cuáles son los fundamentos filosófico-teóricos del uso de los test de ponderación y balanceo en el Derecho Colombiano por lo que a partir de los mismos no nos es posible definir las bases de una Teoría para el empleo de los mismos ya que no se puede precisar cómo se ha estructurado por parte de la Corte Constitucional el sistema de test en el sistema jurídico colombiano por ser imposible deducir elementos comunes significativos para establecer una dogmática jurídica que, a su vez, proporcione las bases teóricas desde las cuales opera la Corte Constitucional en materia del uso de los test.

Hacemos nuestra la crítica reiteradamente hecha por el ex magistrado Jaime Araujo Rentería sobre la ausencia de una dogmática seria y bien estructurada en materia de Test, cuando dice:”
“Como se puede observar esta técnica, que como toda técnica es útil, no se puede recibir sin espíritu crítico, ya que encubre una serie de problemas que no podemos dejar pasar por alto y sobre los cuales queremos llamar la atención:

- a. *¿Quién determina el fin perseguido?*
- b. *¿Quién determina que ese fin es más importante que otros fines?*
- c. *Aceptando que el Estado tiene diversos fines ¿por qué se privilegia un fin frente a los otros?*
- d. *¿Qué sucede cuando un fin entra en conflicto con otro fin?*

Idénticas preguntas debemos hacernos ante el concepto de bien común, que es el fin que justifica la restricción de un derecho fundamental. ¿Qué es el bien común? etc.

Similares cuestionamientos surgen ante el concepto de razonabilidad:

- a. *¿Qué es la razonabilidad?;*
- b. *¿Quién determina lo razonable?;*
- c. *¿Cómo se resuelve el conflicto entre razones encontradas?;*
- d. *¿Qué es lo irrazonable?;*
- e. *¿Es lo razonable un concepto objetivo o un concepto subjetivo?;*

f. ¿Es lo razonable un concepto válido en todo tiempo y lugar o, es un concepto histórico con unas limitaciones temporales y espaciales?”.

Por consiguiente, “La Corte Constitucional de Colombia ha aplicado mal el principio de proporcionalidad ya que en muchos casos se ha limitado a controlar que el medio sea adecuado sin hacer el control de necesidad, lo que ha permitido que muchas leyes inconstitucionales se encuentren ajustadas a la Constitución. Esta confusión se ha originado por mezclar el sistema norteamericano de test de igualdad (flexible, medio, estricto) con el sistema de control europeo de proporcionalidad; que como ya dijimos son distintos” (Araujo Rentería). No debe perderse de vista que el principio de proporcionalidad es una herramienta usada por el juez constitucional en el control de las leyes que se refieran a los derechos fundamentales, por lo que al aplicar el principio de proporcionalidad ya se está seguro de algo, de la intervención legislativa en el derecho fundamental, y esto se presenta por la contradicción de la ley con una norma de rango constitucional que se adscribe *prima facie* a éste.

Ante estas conclusiones, es menester proseguir con el desarrollo de más proyectos de investigación atinentes a esta temática, con el fin de estructurar una propuesta doctrinaria, representativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena, nuestra Alma mater, con miras a sustentar la futura especialización de Derecho Constitucional y teoría de la Interpretación.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría De Los Derechos Fundamentales: En Revista Española De Derecho Constitucional. 66.

----- . Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

----- . On Balancing and Subsumption. A structural Comparison en Ratio Juris. 2003.

----- . El Concepto y la Validez Del Derecho. ed.2. Gedisa: 2004.
- ALEINIKOFF, Thomas. Balancing, En Garvey. y Aleinikoff, Modern Constitutional Theory. Saint Paul: West Publishing Company.
- ARAUJO RENTERIA, Jaime. El Derecho fundamental a la igualdad. Santa fe de Bogotá: Corporación Universitaria Republicana.2004
- BARNÉS VÁZQUEZ, Javier, Introducción al Principio de Proporcionalidad en el Derecho Comparado y comunitario. En Revista de Administración Pública, nº 135, septiembre-diciembre, 1994.
- BAYÓN, Juan Carlos. La Normatividad Del Derecho. Deber Jurídico y Razones Para la Acción. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 2001.
- BERNAL, Carlos. El Principio De Proporcionalidad y Los Derechos Fundamentales. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales: 2003 y 2007.
- ----- . La racionalidad De la Ponderación. Ver artículo en: <http://search.4shared.com/search.html?searchmode=2&searchName=La+racionalidad+de+la+ponderacion.+Carlos+Bernal+Pulido>.
- ----- . El Juicio De Igualdad en La Jurisprudencia De La Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia.
- BREWER, David P., Justice of the United States Supreme Court, The Nation's Safeguard (Ene. 17, 1893), en 13 PROC. N. Y. ST. B.A. 37, 46 (1893).
- DANCY, Jonathan. Moral Reasons. Oxford:Basel Blackwell: 1993.
- DE OTTO, Ignacio. La Regulacion del Ejercicio de los Derechos y Libertades. La Garantía de su Contenido Esencial en el art. 51.1 de la Constitución En De Otto y Martin Retortillo. 1988, Derechos Fundamentales y Constitución. Madrid: Tecnos.1988.
- EDWIN S. Corwin, Marbury v. Madison and the Doctrine of Judicial Review, 12 MICH. L. REV. 538, 543 (1914). Citado por WHITE, Edward. *Historicizing Judicial Scrutiny*. En: University of Virginia Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series. Paper 31.

- GAVARRA DE CARA, Juan. Derechos Fundamentales y Desarrollo Legislativo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1994.
- GUNTHER, Gerald. John Marshall's Defense of McCulloch v. Maryland, Stanford University Press. 1970.
- JIMENEZ CAMPO, Javier. Derechos fundamentales. Concepto y garantías. Madrid: Trotta: 1999.
- LIPSCOMB Andrew y BERGH Albert. *The Writings of Tomas Jefferson*. (Washington, D.C., Thomas Jefferson Memorial Association, 1939) 3: 145 ff. Official Papers 145.Opinion against the constitutionality of a National Bank.
- LOPEZ MEDINA. Diego, Interpretación Constitucional. Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Bogotá. 2002.
- ----- . El Derecho de los jueces, segunda edicion. Legis.
- McCOY, Drew R. The Elusive Republic. University Of North Carolina Press. 1980.
- MENDONCA, Daniel. Interpretación y Aplicación del Derecho. Universidad de Almería: Servicio de Publicaciones, 1997.
- MORESO, Jose. Guastini sobre la Ponderacion En Isonomia, 17. 2002..
- PIETRO SANCHÍZ, Luis. Diez argumentos a propósito de los principios En Pietro Sanchíz 1998. Ley Principios Derechos. Madrid: Dykinson: 2003.
- ROSS, Dorothy. The Origins of American Social Science. Cambridge University Press (March 27, 1992).
- THAYER, James B. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law, 7 Harv. L . Rev 129 (1893).
- WHITE, Edward. The Constitution and the New Deal. Harvard University Press.2000.
- WOLFE, Christopher. La Transformación de la Interpretación Constitucional. Trad. María Gracia Rubio De Casas y Sonsoles Valcárcel. Madrid: Civitas, 1991.
- ZORRILLA, David. Conflictos Constitucionales, Ponderación e Indeterminación Normativa. Madrid: Marcial Pons, 2007.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

- C 221/92
- C 430/93
- C 531/93
- T 230/ 94

-C 265/95
-C 445/95
-C 022/96
-C 309/97
-T 352/97
-T 309/97
-C 309/97
-C 563/97
-C 481/98
-C 183/98
-C 112/00
-C 048/01
-C 093/01
-C 404/01
-C 505/01
-C 579/01
-C 671/01
-C 673/01
-T 360/02
-C 674/02
-C 401/03

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

- *Adkins V. Children´s Hospital*, 261 U.S. 525,562 (1923).
- *A; Panama Ref. Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935).
- *Burlington & Quincy Railroad v. Chicago*, 166 U.S. 226 (1987).
- *Brown v. Board of Education*. 347 U.S 483 (1954).
- *Champion v. Ames* (The lottery case), 188 U.S. 321 (1903).
- *Conally v. Gen. Constr. Co.*, 269 U.S. 385,391 (1926).
- *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).
- *Dartmouth College v. Woodward*. 17 U.S. (4 Wheat). 316 (1819).

- *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. (1937).
- *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).
- *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).
- *Hamilton v. Regents of University of California*. 293 U.S. (1934).
- *Hipolite Egg Co. v. United States*, 220 U.S. 45 (1911).
- *James McCulloch v. The State of Maryland*, John James. 17 U.S. (4 Wheat.) 316; 4.
- *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944).
- *Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 (2003)
- *L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. (1935).
- *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 190 (1967).
- *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316,415 (1819).
- *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697, 707 (1931).
- *Nebbia v. New York*, 291 U.S. 502 (1934).
- *Osborn v. Bank of the United States*, 22 U.S. (9 Wheat) 738. (1824).
- *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319. (1937).
- *Powell v. Alabama*, 287. U.S. 45, 71, (1932).
- *Powell v. Pennsylvania*. 127 U.S. 678 (1887).
- *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996).
- *Schneider v. State*, 319. U.S 624 (1943).
- *Skinner v. Oklahoma*, 316. U.S. 535 (1942).
- *United States v. Belmont*, 301 U.S.324 (1937).
- *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 U.S. 144, 152 n.4 (1938).
- *United States v. Curtiss Wright Export Corp*, 299 U.S. 304 (1936).
- *United States v. Pink*, 315 U.S 203 (1942).
- *West Coast Hotel Co. v. Parish*, 300 U.S. 379 (1937).

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

- STC/1983.
- STC199/1987.
- STC 9/1990.
- SSTC 9/1990.
- SSTC 66/1991.
- STC 320/1994
- STC 320/1994.
- STC 48/1995.
- STC 55/1996.
- STC 11/2006.