

**LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE  
ROBERT ALEXY EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y SU  
APLICACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL  
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN SENTENCIAS DE TUTELA QUE  
RESUELVEN CASOS DIFÍCILES**

**AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRIA EN HERMENEUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2013**

**LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE  
ROBERT ALEXY EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y SU  
APLICACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL  
DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN SENTENCIAS DE TUTELA QUE  
RESUELVEN CASOS DIFÍCILES**

**AURYMAYERLY ACEVEDO SUÁREZ**

**Estudiante**

**Tesis para optar al título de Magíster en Hermenéutica Jurídica y Derecho**

**DRA. ANA PATRICIA PABÓN MANTILLA**

**Directora de tesis**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER  
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS  
ESCUELA DE DERECHO  
MAESTRIA EN HERMENEUTICA JURÍDICA Y DERECHO  
BUCARAMANGA  
2013**

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo de investigación fue posible gracias al apoyo de las siguientes personas e instituciones:

\*Dra. Ana Patricia Pabón Mantilla. Directora de Proyecto de Grado, por su dedicación y orientación permanente.

\*Al personal administrativo de la Maestría de Hermenéutica Jurídica y Derecho, por su colaboración durante los dos años de estudio.

\*Relatoría del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por su apoyo y tiempo dedicado.

Y a todas las personas que de una u otra manera ayudaron a cumplir los objetivos de éste trabajo.

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a Dios porque siempre ha estado conmigo, llenando mi vida de bendiciones; a mí hijo Emmanuel Yeshua, quien fue mi motor para dar lo mejor durante el desarrollo de mi trabajo de grado; a mí esposo Álvaro, por su apoyo incondicional; a mí madre porque siempre ha puesto su confianza en mí; a mi padre y a mis hermanos.

## TABLA DE CONTENIDO

	<b>Pág.</b>
INTRODUCCIÓN	11
1. LA TEORIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY EN EL CAMPO DE LA HERMENEUTICA JURÍDICA	16
1.1. POSTURA DE ROBERT ALEXY SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES	17
1.2. OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	18
1.3. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES	23
1.4 JUICIO DE PONDERACIÓN Y EL TEST DE NECESIDAD COMO SUBPRINCIPIOS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD	24
1.5. EL TEST DE IGUALDAD EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN	43
1.6 POSICIÓN DE LOS GRANDES CONTRADICTORES DE ROBERT ALEXY	46
2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA	50
2.1. CONCEPTOS	51
2.1.1 Hard cases.	51
2.1.2 Colisión de Principios.	52
2.1.3 Principios vs Reglas.	53
2.1.4 Obligatoriedad Jurisprudencial.	54
2.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEST DE PROPORCIONALIDAD	56
2.2.1 Sentencia Arquimédica.	57
2.2.2 Sentencia Fundadora	57
2.2.3 Sentencia Hito.	58

2.2.4 Sentencias Confirmatorias de Principio	62
2.2.5 Balance Constitucional	64
3. INTEGRACIÓN DEL JUICIO DE PONDERACIÓN CON EL TEST DE IGUALDAD. SISTEMA DE CONTROL EUROPEO VS SISTEMA DE CONTROL NORTEAMERICANO	66
3.1. EL TEST DE IGUALDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO	67
3.2 TEST INTEGRADO DE PROPORCIONALIDAD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.	77
4. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA FRENTE A LOS CASOS DÍFICILES POR COLISIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES	84
4.1. ESTUDIO DE CASOS	85
4.1.1. Radicado 2009-137 de fecha 26 de marzo de 2009. Mg ponente. Dr. Jorge Enrique Pradilla Ardila	85
4.1.2. Radicado 2010-059 de fecha 15 de Abril de 2010. Mg ponente. Dra. Mery Esmeralda Agon Amado.	88
4.1.3 Radicado 2011-232 de fecha 30 de Mayo de 2011. Mg ponente. Dr. José Mauricio Marín Mora.	92
4.2 LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN LOS CASOS DIFÍCILES	95
CONCLUSIONES	97
BIBLIOGRAFIA	101

## RESUMEN

**TITULO: LA INFLUENCIA DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY EN LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Y SU APLICACIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN SENTENCIAS DE TUTELA QUE RESUELVEN CASOS DIFÍCILES \***

**AUTOR:** ACEVEDO Suárez Aurymerly \*\*

**PALABRAS CLAVES:** Derechos Fundamentales, Argumentación, Interpretación, Ponderación, Colisión de Principios.

### CONTENIDO:

En la actualidad el derecho ha dado un giro considerable creando un nuevo paradigma donde los vacíos jurídicos, las anomias, antinomias y la colisión de principios fundamentales se convierten en un reto para el juez al momento de proferir sus fallos judiciales, situación que provoca muchas veces la inaplicación del derecho. En lo referente a la Colisión de Principios con respecto a Derechos Fundamentales, también llamados casos difíciles o Hard Cases, es muy común que se presenten dificultando al juez la toma de decisiones, por lo tanto, la argumentación jurídica juega un papel importante en estos casos considerando que se han propuesto diversas teorías de interpretación y argumentación que facilitan un equilibrio entre los derechos enfrentados. La corte constitucional aplica para resolver la colisión de Principios, el test de ponderación base de la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy y en algunas oportunidades integra el test de proporcionalidad con el test de igualdad. El Dr. Robert Alexy propone en su Teoría de los Derechos Fundamentales el Juicio de Idoneidad, Juicio de Ponderación de Principios y el Test de Necesidad como sub principios del Test de Proporcionalidad, con el fin de resolver la colisión sin llegar a la eliminación de alguno de estos, ponderarlos de acuerdo al grado de importancia que presenten en un caso determinado. La presente Investigación se orientó a determinar la influencia de la teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy en la Corte constitucional y conocer la argumentación jurídica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en casos difíciles por colisión de principios sobre derechos fundamentales, tomando como referente los fallos de tutela en primera y segunda instancia de los años 2009, 2010 y 2011.

---

\* Trabajo de Grado

\*\* Facultad de Derecho. Escuela: Ciencias Humanas. Director: PABÓN Mantilla. Ana Patricia

## ABSTRACT

**TITLE: THE INFLUENCE OF THE THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF ROBERT ALEXY IN THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA AND ITS APPLICATION IN THE ARGUMENT OF JUDICIAL DISTRICT COURT OF JUDGMENTS IN CARE BUCARAMANGA RESOLVED THAT DIFFICULT CASES\***

**AUTHOR: Aurymayerly Acevedo Suárez.** School: Humanities. Director: Ana Patricia Pabon Mantilla.\*\*

**KEYWORDS:** Fundamental Rights, Argumentation, Interpretation, Weighting, Collision of Principles.

### CONTENTS:

At present, the law has shifted considerably creating a new paradigm where the loopholes, the anomias, antinomies and the collision of fundamental principles become a challenge to the judge when uttering their judgments, often provoking situation derogate from the right. As for the collision of principles concerning fundamental rights, also called hard cases or Hard Cases, is frequently found it difficult to judge decisions, therefore, the legal argument plays an important role in these cases Whereas several theories have been proposed to facilitate interpretation and argumentation that balance opposing rights. The constitutional court applied to solve the collision of Principles, the test weight basis of the theory of Robert Alexy fundamental rights and at times the proportionality test integrates with equality test. Dr. Robert Alexy proposes in his Theory of Fundamental Rights Approval Judgment, Judgment and Principles of weighting the necessity test as early sub proportionality test, in order to solve the collision without actually removing any of these, weight them according to the degree of importance that arise in a particular case. The present study was aimed to determine the influence of the theory of Fundamental Rights of Robert Alexy in the Constitutional Court's reasoning and legal Judicial District Court of Bucaramanga in difficult cases by collision of fundamental rights principles, taking as reference the protection failures in first and second instance of the years 2009, 2010 and 2011.

---

\* Work Degree

\*\* Faculty of Law. School: Humanities. Director: PABON Mantilla.Ana Patricia

## INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, el discurso de los derechos fundamentales ha tomado mayor fuerza durante las últimas dos décadas en Colombia, en el marco de lo que ha sido el desarrollo del Estado Constitucional, esto ha tenido como consecuencia que se problematice en torno a diferentes niveles de su aplicación y de la argumentación en torno a su justiciabilidad. Desde ahí la necesidad de abordar temas como el de los principios, valores y la colisión que se puede generar entre estos, dada la ambigüedad de algunas consagraciones, la ausencia de regulación o la necesidad de decidir incluso en contra del mandato de la ley, lo que permitiría configurar escenarios con problemas jurídicos difíciles.

Cuando se está frente a la concreción de los derechos fundamentales, es fácil de prever que se presenten colisiones entre derechos que tienen el mismo grado de iusfundamentalidad, lo que dificulta la labor del juez a la hora de tomar decisiones; la argumentación jurídica juega un importante papel en estos casos, por lo que se han propuesto diversas teorías de interpretación y argumentación que faciliten un equilibrio entre los derechos enfrentados.

La Corte Constitucional de Colombia se enfrenta permanentemente a contradicciones entre Principios, especialmente sobre derechos fundamentales como por ejemplo: la libertad de expresión y el derecho al honor; la libertad de información y el derecho a la intimidad; la libertad de empresa y el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, entre otros, llamados también antinomias jurídicas o casos difíciles, que no pueden ser resueltos por los clásicos criterios de interpretación, por lo tanto, la corte constitucional ha optado por aplicar con gran ahínco la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy, basada en el test de ponderación el cual es una técnica del principio de proporcionalidad.

La colisión de Principios específicamente sobre Derechos Fundamentales, es un nuevo reto al cual se está enfrentando el Derecho contemporáneo, la Corte Constitucional colombiana utiliza el Juicio de Ponderación y el Test de Necesidad para resolver estos conflictos, demostrando una vez más que el Derecho es un sistema abierto a los cambios, a las interpretaciones, a las argumentaciones en aras de proferir fallos justos.

*“Hay casos que no pueden solucionarse de acuerdo a las reglas referidas de la meta-subsunción: es lo que sucede cuando concurren aquellas normas que establecen (consiste en mandato u optimización de Principios) y que se caracterizan por la particular fisonomía del deber que imponen, a saber, una cierta conducta finalista que pueden ser realizada de distintas maneras. Esto significa que no puedan conocerse por adelantado los supuestos o casos concretos de aplicación y que en caso de colisión entre principios no pueda resolverse en abstracto la contradicción.”<sup>1</sup>*

Según Alexy, teniendo en cuenta que los principios están al mismo nivel no tienen jerarquización, la Ponderación busca según el caso objeto de estudio dar mayor importancia de uno sobre otro en aras de resolver el conflicto jurídico. En cuanto al test de Necesidad, es necesario iniciar por definir que es Intervención, este concepto hace referencia a la restricción o la afectación de un derecho, pero esto no implica que sea inconstitucional; Puede ser constitucional siempre y cuando cumpla con los requisitos del Principio de Proporcionalidad. Un ejemplo de supuesto de intervención puede ser: Prohibición de tránsito de vehículos pesados en determinada zona u horario, lo que configura en la intervención en la libertad de tránsito y movilidad.

---

<sup>1</sup> SERNA, Pedro. CRUZ, Luis. El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su Naturaleza, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Pág.2 encontrado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/19.pdf>

El nuevo Paradigma interpretativo protagonizado principalmente por Robert Alexy, es una respuesta al surgimiento de las antinomias, anomias y las lagunas en el derecho, donde la norma escrita se vuelve insuficiente para lograr una solución a un caso jurídico, lo que conlleva al juez a tener libertad de interpretación cuando las normas no son suficientes, se estaría hablando entonces de la aplicación del “Pensamiento problemático” consiste en “Poner el acento en el problema”<sup>2</sup>, buscar la solución a partir del caso, dicho de otra manera la “fuente desde el problema o caso”, del mismo problema emergen los elementos que conllevan al juez a crear normatividad.

Entonces teniendo en cuenta que la Corte constitucional aplica en sus fallos de Acciones de tutela y Acciones de constitucionalidad para casos difíciles, la teoría de Derechos fundamentales expuesta por Robert Alexy, en la cual se enmarca el juicio de ponderación y el test de la necesidad e intensidad de la intervención de derechos fundamentales, como subprincipios del test de proporcionalidad, es importante determinar si ¿Teniendo en cuenta que la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy ha tenido influencia en la corte constitucional colombiana logrando marcar un precedente frente a fallos de tutela que configuren casos difíciles por colisión de principios, cuál ha sido la posición del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en casos similares, se acata no el precedente constitucional?

En el Derecho contemporáneo se despliegan dos conceptos relevantes: Jurisprudencia y Precedente. Por Jurisprudencia se entiende por el conjunto de importantes providencias judiciales, y en lo referente al Precedente Jurisprudencial, se entiende por un determinado número de decisiones en un mismo sentido que da una solución jurídica a un caso determinado, y tiene fuerza vinculante para los jueces de la República a través de la ratio decidendi (razón,

---

<sup>2</sup>AGUILÓ REGLA, Josep: Fuentes del Derecho y Normas de Origen Judicial, Ariel, Barcelona. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/3/ens/ens14.pdf>. Pág.6

criterio o norma Jurídica). Razón suficiente para que los jueces estén obligados a acatar los precedentes jurisprudenciales de la corte constitucional y de las cortes de menor jerarquía, siempre y cuando sean proporcionados a las decisiones del Tribunal constitucional.

A partir de la Obligatoriedad de la Jurisprudencia, el presente trabajo se encamina a determinar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga está en consonancia con la corte constitucional, con respecto a la aplicación del Juicio de Ponderación, el test de necesidad e igualdad frente a casos de Colisión de Principios sobre Derechos Fundamentales, o de lo contrario dilucidar que teoría o método jurídico toma el Tribunal Superior como herramienta de interpretación en estos Casos difíciles (Hard cases).

Para lograr el objetivo general de la investigación, se trazaron cuatro capítulos los cuales serán descritos a continuación de manera breve. El primer capítulo titulado “la teoría de derechos fundamentales de Robert Alexy en el campo de la hermenéutica jurídica”, profundiza sobre la Teoría de derechos fundamentales de Alexy basada en la aplicación del principio de proporcionalidad, también se trata sobre el test de igualdad que la Corte Constitucional Colombiana integra con el Juicio de Ponderación, y finalmente se exponen importantes aportes de diversos doctrinantes que apoyan la teoría de Alexy y de los que mantienen una posición crítica frente a la misma. El segundo capítulo denominado “El Test de proporcionalidad en la argumentación Jurídica de la Corte Constitucional Colombiana”, se realiza la reconstrucción de la línea jurisprudencial con el fin de conocer la argumentación jurídica de la Corte Constitucional frente al Test de proporcionalidad, la herramienta para este trabajo es el análisis dinámico y estático de sentencias propuesto por Diego López Medina. El tercer capítulo “Integración del juicio de ponderación con el test de igualdad. Sistema de control europeo vs sistema de control norteamericano”, se estudia sobre la Integración de estos Tests en Derecho comparado tomando como referencia lo trabajado en el

Tribunal Constitucional de Alemania y el Tribunal Constitucional Peruano. Finalmente, en el cuarto capítulo “La argumentación jurídica del tribunal superior del distrito judicial de Bucaramanga frente a los casos difíciles por colisión de principios sobre derechos fundamentales”, analiza la argumentación jurídica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en casos que se configuran como difíciles por presentar colisión entre derechos fundamentales. Haciendo un rastreo de los fallos de tutela de primera y segunda instancia de la Sala civil-familia del Tribunal, tomando como periodo de tiempo entre los años 2009 a 2011, con el fin de determinar si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en su sala Civil-familia obedece el precedente de la Corte Constitucional o si por el contrario se aparta de él, si es el último caso se darán los argumentos que la institución.

Finalmente se proponen unas reflexiones finales como conclusión al trabajo de investigación desarrollado.

## **1. LA TEORIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE ROBERT ALEXY EN EL CAMPO DE LA HERMENEUTICA JURÍDICA**

El Derecho contemporáneo se enfrenta desde hace un tiempo a problemas como las antinomias, anomias y lagunas en el Derecho, donde el Positivismo formalista se ha quedado corto para la interpretación frente a casos difíciles, lo que ha llevado al juez a trascender más allá de la norma escrita y convertirse en sujeto creador de Derecho.

La Colisión de Principios específicamente Derechos fundamentales, es una aporía que ha incentivado un nuevo paso en el área de la interpretación y argumentación jurídica. Robert Alexy ha formulado su Teoría de Derechos Fundamentales basada en el Juicio de Ponderación, que busca pesar y sopesar los principios que se encuentran envueltos en un caso jurídico en aras de lograr su solución.

Para llevar a cabo la investigación en curso, es necesario profundizar un poco sobre la postura de Robert Alexy respecto a los Derechos fundamentales y conocer un poco más sobre su teoría basada en la aplicación del principio de proporcionalidad, de igual manera sobre el test de igualdad que la Corte Constitucional Colombiana integra con el Juicio de Ponderación.

Aunado a lo anterior, se consideran importantes los aportes que han realizado diversos doctrinantes que respaldan de alguna manera la Teoría de Alexy; sin embargo, también se debe tener en cuenta la posición crítica de algunos contradictores de la Teoría, críticas constructivas que ayudan a mejorarla y superar falencias que pueda tener.

## 1.1. POSTURA DE ROBERT ALEXY SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Robert Alexy expone que existe una relación estrecha entre una norma de derecho fundamental y el derecho que ésta otorga, entra entonces a indagar en su teoría sobre que norma puede considerarse de derecho fundamental, empieza por afirmar que toda norma de derecho fundamental es un enunciado normativo, es decir, un enunciado que expresa la norma que algo deber ser. También se le denomina disposición de derecho fundamental, y para saber cuándo una disposición es de derecho fundamental, Alexy define como norma de derecho fundamental “aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la ley fundamental”<sup>3</sup>, sin embargo, más adelante después de un análisis realizado al tema, aduce que una norma de derecho fundamental también lo es cuando está adscrita a una norma que se expresa directamente del texto constitucional.

Las normas de derechos fundamentales deben tener una *relación de precisión* con el texto constitucional, y una *relación de fundamentación* entre “la norma que hay que precisar y la norma precisante”<sup>4</sup>, denominadas normas adscritas. De acuerdo a lo expuesto, las normas de derechos fundamentales se dividen en normas de derecho fundamental directamente y normas de derecho fundamental a ellas adscritas.

Estas normas están *adscritas* a un derecho fundamental y es posible dar una fundamentación iusfundamental (lógicamente) correcta. Por tanto, para que una norma adscrita sea o no una norma de derecho fundamental, depende de que sea posible una argumentación iusfundamental para ello. A pesar de esto, señala que las reglas de fundamentación iusfundamental no definen un procedimiento que conlleve a un solo resultado. De aquí que el autor admita que en muchos casos,

---

<sup>3</sup> ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, Pág. 66

<sup>4</sup> *Ibíd.*, Alexy. Pág.70

existe incertidumbre acerca de cuáles pueden ser normas adscritas de derecho fundamental.

En el Capítulo tercero Robert Alexy trata sobre la estructura de la norma, y a partir de la estructura se divide en Principios y Reglas. “Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa”<sup>5</sup>.

## **1.2. OBJETO DE ESTUDIO DE LA TEORIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

El Derecho contemporáneo se enfrenta desde hace un tiempo a problemas como las antinomias, anomias y lagunas en el Derecho, donde el Positivismo formalista se ha quedado corto para la interpretación frente a casos difíciles, lo que ha llevado al juez a trascender más allá de la norma escrita y convertirse en sujeto creador de Derecho.

La Colisión de Principios específicamente Derechos fundamentales, es una aporía que ha incentivado un nuevo paso en el área de la interpretación y argumentación jurídica. Robert Alexy ha formulado la Teoría de Derechos Fundamentales basada en el Juicio de Ponderación, que busca pesar y sopesar los principios que se encuentran envueltos en un caso jurídico cuando se encuentren frente a una colisión de principios. Durante el desarrollo de la teoría Robert Alexy se propone investigar sobre los conceptos de derechos fundamentales, la influencia de éstos

---

<sup>5</sup> Ibíd., Alexy, Pág. 86.

derechos en el sistema jurídico y su fundamentación, contextualizando su teoría en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

Al presentarse un conflicto entre reglas, Alexy expone dos soluciones. La primera es introducir en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarar inválida por lo menos una de las reglas, a través de reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. A manera de conclusión, se da una solución al conflicto desde el punto de vista de la validez jurídica de la norma.

En lo que respecta a la colisión entre principios se da cuando un principio precede a otro, sin llegar a eliminarlo o desplazarlo por una cláusula de excepción “en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios tienen lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso”<sup>6</sup> Cuando un principio *precede* a otro, se denomina ley de colisión.

Esta *ley de colisión* es relevante para la *Teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy*, teniendo en cuenta que los principios "son mandatos de optimización que no tienen relaciones absolutas de precedencia y en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.<sup>7</sup> El método sugerido en ésta teoría es la ley de Ponderación, que permite determinar la medida de satisfacción o de afectación de uno de los principios, Ponderar un principio.

---

<sup>6</sup> *Ibíd.*, Alexy, Pág.89

<sup>7</sup> *Ibíd.*, Alexy, Pág.95

La *ley de ponderación* en cuanto tal no formula ninguna pauta con cuya ayuda pudiera ser resueltos los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la *ley de ponderación* con la teoría de la argumentación jurídica racional. La *ley de ponderación* dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente, y por tanto, para Alexy, no se trata de una fórmula vacía o que no diga nada.<sup>8</sup>

La teoría de Derechos Fundamentales de Alexy, la cual según él de carácter analítica, existen tres tipos de posiciones jurídicas o derechos, los cuales se mencionaran a continuación.

1. El primer tipo está integrado por los derechos a algo, se subdividen en derechos de defensa y derechos a acciones positivas.

Estos derechos a su vez se dividen en tres grupos<sup>9</sup>. El *primero* está conformado por derechos a que el Estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; el *segundo*, por derecho a que el Estado no afecte determinadas situaciones del titular del como ejemplo la inviolabilidad del domicilio; y el *tercer* grupo se componen por derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

Los derechos de acciones positivas se subdividen en dos grupos: el de aquéllos cuyo objeto es una acción fáctica (Acción en la que es irrelevante la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho) y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa (son derechos a actos estatales de imposición de una norma).

2 Las libertades: La libertad jurídica existe sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción, las *posibilidades* para hacer algo, la cual el autor denomina

---

<sup>8</sup> Ibíd., Alexy, Pág. 107

<sup>9</sup> Ibíd., Alexy, Pág. 189

"libertad negativa"<sup>10</sup>. Aquí se requiere sólo una omisión del Estado, es decir, una acción *negativa*. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones sino sólo un derecho de defensa.<sup>11</sup> Esta libertad jurídica puede ser protegida o no protegida. La no protegida, consiste en la permisión de hacer algo y en permisión de omitirlo, y no se incluye normatividad que proteja esta libertad; Y con respecto a la libertad protegida, es la que está vinculada a un conjunto de derechos a algo y a normas objetivas que buscan asegurar que el titular del derecho fundamental realice acciones permitidas. "En este sentido las libertades iusfundamentales son libertades protegidas"<sup>12</sup>

En la teoría de igual manera se expone el tema de las restricciones de los derechos fundamentales, donde una norma puede restringir un derecho de ésta categoría siempre y cuando sea constitucional. Alexy, habla de dos tipos de restricciones:

- Las que son directamente constitucionales: De rango constitucional que a su vez se subdividen en restricciones (corresponde a la perspectiva del derecho) y cláusulas restrictivas (corresponde a la perspectiva de la norma) y pueden ser expresas o tácitas.
- Las que son indirectamente constitucionales: son todas las restricciones cuya imposición está autorizada por la ley fundamental.

Más adelante, Alexy trata sobre el principio de igualdad "Todas las personas son iguales ante la ley" y trae a colación la formula aristotélica cuando dice: tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esta teoría analítica enfrenta dos cuestiones sobre la formula aristotélica; la primera es en qué medida es posible fundamentar racionalmente los juicios de valor necesarios dentro del marco de la

---

<sup>10</sup> *Ibíd.*, Alexy, Pág. 214.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, Alexy. Pág. 215.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, Alexy. Pág. 226

máxima igualdad (para tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales) y, segundo, quién ha de tener en el sistema jurídico la competencia para formular, en última instancia y con carácter vinculante, aquellos juicios de valor: el legislador o el Tribunal Constitucional.<sup>13</sup> Alexy aduce basándose en Jurisprudencia, que están prohibidos los tratamientos arbitrariamente desiguales, y si llega a existir un trato desigual debe darse una razón muy bien fundamentada, lo que se denomina un asunto de valoración.

Alexy hace la distinción entre la igualdad *de iure* y la igualdad *de facto*. “El derecho a una igualdad *de iure* puede ser formulado como un derecho, *prima facie*, a la omisión de tratamientos desiguales. El derecho de igualdad *de facto*, como un derecho *prima facie* a acciones positivas, o prestaciones en sentido amplio, por parte del Estado “. <sup>14</sup>

La teoría objeto de estudio, aborda el problema de la justiciabilidad de los derechos de protección. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señala dos postulados: a) el Estado está obligado a emplear por lo menos un medio efectivo de protección y b) si sólo hay un medio efectivo de protección, el Estado tiene que utilizarlo.

La teoría de los derechos fundamentales a través de su método propuesto, la Ponderación de Principios ante una colisión entre estos, garantiza la protección de derechos fundamentales que pueden ser violados ante la ineficiencia de las normas jurídicas en los Hard Cases, la ponderación no sólo le corresponde a la corte constitucional o tribunal constitucional aplicarla, sino a todo juez y órgano jurisdiccional que tenga en sus manos buscar la solución de un conflicto de este tipo.

---

<sup>13</sup> *Ibíd.*, Alexy, Pág. 388.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, Alexy, Pág.418

El principio de proporcionalidad tiene su origen en la Doctrina y Jurisprudencia alemana, a quien se debe la elaboración técnica del mismo. El Tribunal Constitucional reconoció en el año de 1968 que la “Prohibición del exceso” y “El Principio de Proporcionalidad” eran reglas generales con aplicación en toda actividad estatal, con rango constitucional derivado del principio constitucional del Estado de Derecho del que aquellas reglas se deducen.<sup>15</sup> Desde entonces el Tribunal Constitucional de Alemania ha realizado grandes aportes sobre el principio de proporcionalidad hasta el punto de tener el concepto que “En la República Federal de Alemania el principio de proporcionalidad tiene rango jurídico constitucional. Ese reconocimiento deriva del principio de Estado de Derecho, teniendo como sustrato esencial los derechos fundamentales.”<sup>16</sup> Concepción que aún se mantiene en la Jurisprudencia y Doctrina Alemana.

### **1.3. CARACTERÍSTICAS DE LA TEORÍA DE DERECHOS FUNDAMENTALES**

Robert Alexy expone que su Teoría de Derechos fundamentales se caracteriza por tener un análisis lógico, “con el que se puede librar a la ciencia de los derechos fundamentales, al menos en parte, de la retórica política y de los vaivenes de la lucha de las concepciones del mundo”<sup>17</sup>; Para Alexy es darle un manejo lógico a la jurisprudencia.

Aplicando éste análisis lógico la teoría resulta de tres características principales:

- *Teoría de los derechos fundamentales de la ley fundamental*: Es una teoría de derechos fundamentales positivamente válidos, según Robert Alexy esta

---

<sup>15</sup> WINFRIED KLUTH. Prohibición de Exceso y Principio de Proporcionalidad. No.5, Sep-Dic de 1998, INAP, Pág. 220 y ss

<sup>16</sup> RUIZ RUIZ, Ramón. Algunas Aplicaciones e Implicaciones del Principio de Proporcionalidad. Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 14, 2011. Pág. 31

<sup>17</sup> ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdes. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, Pág. 45

característica distingue esta teoría de las anteriores (Teorías Histórico-Jurídicas o Teorías Teórico-Jurídicas) que han tratado el tema en mención.

- *Es una Teoría Jurídica:* Por cuanto se considera una teoría del derecho positivo de un ordenamiento jurídico determinado, en otras palabras es una teoría Dogmática y Jurídica. A partir de esta afirmación, se distinguen tres dimensiones de la Dogmática Jurídica, las cuales son: La Analítica, donde se considera el derecho válido sistémico-conceptual, a partir del análisis de conceptos como norma, principios, reglas, también se realiza la construcción jurídica a partir de éstos y finalmente se investiga la estructura de un sistema jurídico; La Empírica, su objeto es el conocimiento del Derecho positivamente válido, donde se describe el Derecho y se realiza un pronóstico en relación a la práctica judicial; y La Normativa, se basa en la orientación y crítica de la praxis judicial especialmente de la jurisprudencia judicial, en virtud de saber cuál es la decisión correcta para un caso concreto en un derecho positivo válido.
- *Es una Teoría General:* Es una teoría que considera los problemas que se plantean en todos los derechos fundamentales.

#### **1.4 JUICIO DE PONDERACIÓN Y EL TEST DE NECESIDAD COMO SUBPRINCIPIOS DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD**

El Juicio de Ponderación es un método complejo de interpretación en la Hermenéutica Jurídica, que opera cuando no es posible solucionar los conflictos jurídicos por medio de los métodos clásicos de interpretación basados en la meta-subsunción. Las normas que requieren del Juicio de Ponderación, establecen un mandato de optimización y se caracterizan porque imponen un deber a saber una conducta que puede ser realizada de diversas maneras; Por consiguiente, no es posible tener un conocimiento a priori sobre los supuestos o casos concretos de

aplicación y en qué casos no pueda resolverse la contradicción. “El resultado de ponderación de principios, es así, un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada, del cual se sigue una regla que prescribe la consecuencia jurídica del Principio que tiene preferencia cuando se dan las condiciones de preferencia.”<sup>18</sup>

A continuación se consideran algunos aportes importantes de Doctrinantes con relación a la Ponderación y el Test de necesidad.

El Dr. Jorge Baquerizo Minuche, Docente de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, a través de su artículo “La crisis de Derechos fundamentales y el Juicio de Ponderación “, donde se demuestra cómo los derechos fundamentales colisionan entre sí configurando un caso difícil o Hard case. Esta antinomia se caracteriza porque se trata de derechos que tienen la misma jerarquía, temporalidad y especialidad y por este motivo no es posible ser resueltos por los clásicos criterios de interpretación. En el artículo se hace una importante clasificación académica sobre las antinomias normativas, la *Antonimias en abstracto internas o propias del discurso de validez*: “Son todas aquellas que se presentan respecto de las normas cuyos presupuestos de hecho se contraponen conceptualmente, ocasionando por tanto una incompatibilidad segura en cualquier caso de concurrencia. Este tipo de colisión es la que puede advertir, por ejemplo, en la existencia de una norma que prohíba las penas crueles de otra que autorice la tortura en comunidades que ancestralmente están acostumbradas a dicha forma de justicia...”<sup>19</sup> La segunda clase de Antinomias son denominadas en Concreto o también llamadas externas o propias del discurso de aplicación: “*son las que por el contrario no reflejan abstractamente ninguna incompatibilidad, ni permiten*

---

<sup>18</sup> SERNA, Pedro. CRUZ, Luis. El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su Naturaleza, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Pág.355 encontrado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/19.pdf>

<sup>19</sup> BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación, Pág. 23 encontrado en <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas-juridicas/derecho-publico/1-colision-derechos.pdf>

*conocer por adelantado los presupuestos de aplicación, imposibilitando en consecuencia la detección de una regla segura para la solución de la antinomia. Por ejemplo, la coexistencia de una ley que imponga la obligación de cumplir con las promesas y de otra ley que prescriba ayudar al prójimo en caso de necesidad. En este caso ambas normas son válidas y, en principio, coherentes, pero aunque eventualmente puedan entrar en conflicto”<sup>20</sup>*

A manera de conclusión, se dice que las antinomias internas en las que operan los criterios tradicionales, se resuelven: o una de las normas incompatibles no es válida o no es vigente cuando entra en contradicción con una norma de carácter superior o posterior, o una norma actúa como excepción frente a otra. Y las Antinomias en concreto, no pueden resolverse con los criterios tradicionales pues son insuficientes por cuanto se ven inmersos principios, normas jurídicas constitucionales. Se hace imprescindible destacar el peso de los principios constitucionales como lo estipulo Dworkin y más adelante Robert Alexy lo plasmó en la Teoría de los Derechos Fundamentales, siendo acertada la solución de colisión de principios calificándolos como mandatos de Optimización.

El Dr. Luis Arroyo Jiménez, letrado del Tribunal Constitucional y Profesor de la Universidad de Castilla – La Mancha de España, realiza un análisis sobre la Ponderación a través de su artículo titulado “Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo” publicado en el año 2009. A través de ésta producción académica buscó analizar las relaciones entre la ponderación, proporcionalidad y el Derecho Administrativo. En el desarrollo del trabajo, se definió la Ponderación a partir de dos aspectos: El primer aspecto define Ponderar como la equivalencia entre sopesar o valorar criterios que demandan acciones distintas, a medir el peso de razones opuestas. Como segunda acepción, es un método de solución de algunas antinomias; En síntesis, la Ponderación es un método de optimización que permite solucionar conflictos de colisión entre normas de rango constitucional.

---

<sup>20</sup> *Ibíd.*, Pág. 24

Más adelante el autor realiza una diferenciación entre Principios y reglas; Se trae a colación que los conflictos de Reglas “*se resuelven mediante el establecimiento de una relación de preferencia a favor de una de ellas y en perjuicio de la otra, que puede calificarse como incondicionada en la medida que se enuncia en abstracto, de modo que por muchas que sean las veces en que se plantee dicho conflicto, siempre habrá de resolverse de la misma manera.*”<sup>21</sup> El conflicto entre reglas se caracteriza por resolverse en una determinada forma la cual es constante: si una regla es dictada por una persona que carece de competencia es inválida y por tanto sale del ordenamiento jurídico. Y en cuanto a la Colisión de Principios, se destaca que se resuelven a favor de unos y en otras oportunidades a favor de otros. La Ponderación busca identificar cuáles son las circunstancias que deben darse para que un Principio preceda a otro y argumentar el por qué uno tiene mayor peso que el otro.

Una investigación a nivel nacional fue un Trabajo de Grado de un estudiante de Derecho de la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario titulado “La Ponderación como técnica de solución al conflicto de Principios en el Derecho Administrativo”,<sup>22</sup> Los jueces administrativos en Colombia son aún muy conservadores y no se arriesgan a utilizar nuevos métodos de interpretación, su formalismo les impide ejercer una libertad decisoria en sus fallos cuando se requieran. El Derecho contemporáneo exige cambios radicales como la separación con la interpretación exegética y el formalismo, y dar paso a un discurso principialista, donde se premie los principios de mayor peso a través de un juicio de Ponderación fundamentado a partir de un nuevo paradigma interpretativo. Se resalta de igual manera el buen trabajo que ha venido haciendo el Consejo de Estado, aplicando directrices constitucionales en los fallos de

---

<sup>21</sup> ARROYO JIMENEZ, Luis: Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo, Revista del Análisis del Derecho, Madrid, Mayo de 2009, Pág. 7 encontrado a [http://www.indret.com/pdf/621\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf)

<sup>22</sup> VEGA ARENAS, Johana: “La Ponderación como técnica de solución al conflicto de Principios en el Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá encontrado en <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/987/7/52454977.pdf>

acciones populares y de grupo. Sin embargo, aún falta que se extienda ese constitucionalismo a las sentencias ordinarias, en las cuales se aparta de la argumentación ponderada y vuelve al formalismo, la exégesis.

En el artículo “El Juicio de Ponderación: Reflexiones en Torno a su Naturaleza” de los Doctores Pedro Serna y Luis M. Cruz Docentes de la Universidad de Coruña (España), se realizan algunas consideraciones sobre las ideas de Robert Alexy con respecto al Juicio de Ponderación. Alexy diferencia la subsunción de la Ponderación, la primera consiste en subsumir un caso bajo una regla y también busca solucionar los casos en los cuales surgen conflictos entre dos normas cuando se pretende aplicar una de ellas, nace el conflicto con la otra. “*Para solucionar dicho conflicto se utilizan diversos criterios de resolución o meta-reglas como lex superior derogat legi inferiori, lex posterior derogat legi priori, o lex specialis derogat legi generali*”<sup>23</sup> luego se hace una segunda subsunción, denominada meta-subsunción y que arroja como resultado la invalidez de una de ellas. Cuando no se pueda lograr la interpretación por el método de meta-subsunción, se recurre entonces ante una Colisión de Principios al Juicio de Ponderación, el cual consiste en que un principio tiene que ceder ante el otro, el principio que cedió no queda invalidado sino es introducida una cláusula de excepción en él. “*Una Relación en tensión entre Principios no puede solucionarse estableciendo una prioridad absoluta de uno sobre otro, ya que – al menos si se trata de principios constitucionales- ambos poseen abstractamente el mismo rango y exigen ser realizados en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas*”<sup>24</sup>

La Ponderación es tratada por el Dr. Carlos Bernal Pulido en diversas producciones académicas, en su artículo “Estructura y límites de Ponderación” se

---

<sup>23</sup> SERNA, Pedro. CRUZ, Luis. El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su Naturaleza, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Pág.2 encontrado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/19.pdf>

<sup>24</sup> Ibídem, Pág. 2

explica que la ponderación es la forma de aplicación de los principios jurídicos, refiriéndose a las normas que se consideran mandatos de optimización. Estas normas determinan “que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”<sup>25</sup>. Según el autor, esa mayor medida posible en que se realiza un principio, debe ser confrontado con principios opuestos originando una colisión de principios, el cual existe cuando hay dos o más disposiciones jurídicas de suma importancia en un caso determinado.

Se exponen dos puntos relevantes tratados en este artículo, el primero es sobre la Estructura de la Ponderación, al respecto se detallan tres elementos que la conforman.

El primero es La Ley de la Ponderación, consiste en cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia de satisfacción de otro. Según Robert Alexy hay tres pasos para lograr este primer elemento:

- a) Definir grado de satisfacción o afectación de un principio
- b) Definir la importancia de la satisfacción del principio opuesto
- c) Definir si la satisfacción del principio opuesto justifica la no satisfacción o afectación del primero

El segundo elemento es la Formula del peso:

$$G_{Pi, Jc} = \frac{I_{PiC} * G_{PiA} * S_{PiC}}{W_{PjC} * G_{PjA} * S_{PjC}}$$

“Esta fórmula expresa que el peso del principio Pi en relación con el principio Pj, en las circunstancias del caso concreto, resulta del cuociente entre el producto de la afectación del principio Pi en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las

---

<sup>25</sup>ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdes. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, Pág. 86 y 87

premisas empíricas relativas a su afectación, por una parte, y el producto de la afectación del principio  $P_j$  en concreto, su peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relativas a su afectación, por otra. Alexy mantiene que a las variables referidas a la afectación de los principios y al peso abstracto, se les puede atribuir un valor numérico, de acuerdo con los tres grados de la escala tríadica, de la siguiente manera: leve  $2^0$ , o sea 1; medio  $2^1$ , o sea 2; e intenso  $2^2$ , es decir  $4^{15}$ . En cambio a las variables relativas a la seguridad de las premisas fácticas se les puede atribuir un valor de seguro  $2^0$ , o sea ,1; plausible  $2^{-1}$ , o sea  $\frac{1}{2}$ ; y no evidentemente falso  $2^{-2}$  o sea  $\frac{1}{4}$ .”<sup>26</sup>

Robert Alexy aduce que el grado de la satisfacción de los principios es posible determinar mediante una escala tríadica o tres intensidades, las cuales son leve, medio o intenso. Sin embargo, también existe otra variable para determinar el grado de satisfacción es el “peso abstracto” de los principios relevantes, se basa en reconocer que en algunas situaciones se presenta colisión de principios, aún si tienen la misma jerarquía normativa en la constitución, en estos casos se debe mirar cual tiene mayor importancia en abstracto a partir de la concepción de valores de una sociedad. Otra variable es la denominada S, apunta a la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre la afectación o no satisfacción que se ocasiona en el caso en estudio.

Por último, el tercer elemento es la carga de la argumentación que entra en el juego cuando se da un empate entre los valores involucrados en la fórmula del peso, en otras palabras cuando hay igualdad entre el peso de los principios ( $GP_i, J_c = GP_j, i_c$ ). Sin embargo, el Doctor Carlos Bernal Pulido explica que Robert Alexy da la impresión de defender dos posiciones que resultan contrarias, una planteada en el capítulo final de la Teoría de los Derechos Fundamentales y la otra en el epílogo de dicha teoría escrita 15 años más tarde. La primera posición

---

<sup>26</sup> BERNAL PULIDO, Carlos: Estructura y Límites de la Ponderación. Universidad Externado de Colombia, 2003, Pág.229-230

aduce sobre la existencia de la carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, esto quiere decir que cuando los principios opuestos a la libertad jurídica o la igualdad jurídica no tengan peso mayor o igual, la precedencia debe ser a éstos últimos, en otras palabras si una medida afecta éstos principios y los opuestos no tienen mayor peso, la medida se catalogaría como desproporcionada e inconstitucional. La segunda posición, plantea que cuando exista un empate no se inclinaría a favor de la libertad e igualdad jurídica, “sino a favor del legislador y del principio democrático...cuando existiera un empate, la ley debería declararse constitucional por haberse producido dentro del margen de acción que la constitución depara al legislador”<sup>27</sup>

En cuanto a los límites de la Ponderación, son los límites racionales de la ley de ponderación, referentes a la inexistencia de un criterio objetivo para determinar los factores que determinan el peso, los cuales son el grado de afectación, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas relacionadas con la afectación; Segundo, son los límites en la Racionalidad de la carga argumentativa teniendo en cuenta que la oposición entre las cargas de argumentación de Libertad e igualdad jurídica es un límite a la racionalidad de la ley de ponderación porque se ve inmerso en la subjetividad del juez.

De esta manera se plasma muy someramente los puntos relevantes tocados en ésta producción académica sobre la Ponderación, convirtiéndose en la principal herramienta de las altas cortes a nivel de América y en parte de Europa para solucionar Hard Cases por Colisión de principios sobre Derechos Fundamentales. Para concluir el Doctor Carlos Bernal Pulido dice

*“el hecho de que la racionalidad que ofrece la ponderación tenga límites, no le enajena su valor metodológico, así como la circunstancia de que el silogismo no garantice la verdad de las premisas mayor y menor, tampoco*

---

<sup>27</sup> Ibíd., BERNAL, Pág.231.

*le resta por completo su utilidad. La ponderación representa un procedimiento claro, incluso respecto de sus propios límites. Si bien no puede reducir la subjetividad del intérprete, en ella si puede fijarse, cual es el espacio en donde yace esta subjetividad, cual es el margen para las valoraciones del juez y como dichas valoraciones constituyen también un elemento para fundamentar las decisiones.”<sup>28</sup>*

La ponderación de principios no es un tema que naciera con Robert Alexy; Ronald Dworkin menciona por primera vez la palabra ponderar principios en su libro “Derechos en serio”, para Dworkin el positivismo sólo tienen en cuenta las normas que tienen la característica de aplicarse totalmente o no aplicarse, dejando a un lado las directrices y los principios.

Dworkin expone que cuando el juez se encuentre ante un caso difícil o Hard case, es necesario que acuda a los principios. Para el autor, éstos son dinámicos, no tienen una jerarquía preestablecida y son cambiantes, entonces a partir de éstas características se concluye que la aplicación de los principios no es automática, por el contrario, requiere de un razonamiento judicial y una teoría, para lograr balancear los principios y decidir cual tiene mayor peso en un determinado caso. Nace entonces una gran diferencia entre principios y normas; los primeros tienen una dimensión que las normas no tienen, la dimensión del peso, por lo tanto cuando se da una colisión entre éstos el juez debe analizar y evaluar el peso relativo de cada uno; En cambio en lo referente a las normas, “podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes. En este sentido una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento”<sup>29</sup>. Por lo tanto, cuando se presente un conflicto de reglas o normas, una se califica como válida y la otra se debe abandonar o reformar, o también un sistema jurídico puede elegir la norma que se base en

---

<sup>28</sup> Ibid., BERNAL, Pág.238.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald: Los Derechos en Serio. Pág.78.

principios para determinar su validez, las normas pueden interpretarse por subsunción o por los métodos de interpretación conocidos en derecho, situación que no es aplicable ante una colisión de principios debido a su carácter dimensional.

Por su parte, Herbert Lionel Adolphus Hart un filósofo en Derecho de gran importancia en el siglo XX, realizó una distinción muy importante; mientras Dworkin expone que Hart realizó una distinción de clase en las reglas o normas, Hart afirma que es una distinción de rango, en fin las reglas o normas las clasifica en primarias y secundarias. Para Hart cuando se presenta conflicto de reglas, el juez aplica la regla de mayor grado de importancia y la otra no pierde validez, simplemente puede dar solución si se aplica a otro caso. Aduce que es incongruente considerar como Dworkin, que el Derecho es un conjunto de reglas que funcionan todo o nada y sobre principios no concluyentes, esta afirmación se cae según si se tiene en cuenta que entre los principios y reglas no hay distinción de clase sino de grado.

De este modo, puede trazarse una distinción razonable entre, por un lado, reglas casi concluyentes que, si satisfacen sus condiciones de aplicación son suficientes para determinar una solución, salvo en los casos en los que son vencidas por otras reglas aplicables, y por otro lado, principios no concluyentes, que simplemente apuntan hacia una solución, pero que con frecuencia no determinan del todo.<sup>30</sup> De esta manera en un Derecho formado por reglas y principios, si bien las primeras no tienen fuerza concluyente si se hace la relación con la fuerza de los argumentos de los principios, si tiene fuerza justificatoria en las decisiones de gran importancia.

---

<sup>30</sup> AARNIO, Aulis: Las Reglas en serio, en A. Arnio, Ernesto Garzón Valdés (comps), La Normatividad del Derecho, Barcelona, Gedissa, 1997. Pág.268

Por su parte, el Dr. Andrés Botero Bernal a través de su artículo “Recepción crítica y (parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón práctica de Robert Alexy”, en la producción académica a la cual se hace referencia el Dr. Botero Bernal realiza un análisis crítico del sistema jurídico de tres niveles que propone Alexy: El primer y segundo nivel corresponden a las reglas y a los principios, los principios son mandatos de optimización mientras que las reglas son mandatos definitivos sometidos a validez, y a esto se suma que la optimización exige la ponderación y la proporcionalidad. El segundo nivel aparece debido a las deficiencias que presenta el primero, como lo son las lagunas. Por último en el tercer nivel se encuentra la razón práctica, cuyo objeto es la teoría de la argumentación. Frente a los niveles mencionados anteriormente, el Dr. Andrés Botero Bernal realiza las siguientes críticas: Primero que todo resalta la posición no positivista de Alexy, resaltando que el concepto no positivista es mucho más amplio, no es sólo la exégesis sino que abarca las diversas teorías iusnaturalistas existentes. En cuanto al primer nivel, Robert Alexy afirma que las reglas se agotan con la subsunción, en otras palabras con el legalismo que hace referencia al positivismo, al respecto el Dr. Botero Bernal aduce que “esta acusación es incierta con algunas escuelas del positivismo, asociado en mucho con el legicentrismo-estatalismo, pero varias de las doctrinas positivistas más trascendentes del siglo XX lograron superar en mucho esta visión positivista decimonónica...”<sup>31</sup> Se resalta de esta manera que no todo el positivismo es legalismo, también se ven inmersas teorías iusnaturalistas. Con respecto al segundo nivel, el autor manifiesta su duda respecto de la conexión entre principios y reglas, Alexy aduce que en tres casos se puede dar: “Cuando se esté ante una laguna de reglas; cuando choquen principios entre sí o cuando la regla aplicable choca con uno o más principios”<sup>32</sup> en estos casos Alexy propone por ejemplo la ponderación, que resulta siendo una regla de prelación, al respecto, el autor

---

<sup>31</sup> BOTERO, Bernal, Andrés. Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón Práctica de Robert Alexy. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Pág. 8 encontrado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3015>

<sup>32</sup> *Ibíd.*, Pág. 10.

arguye que la teoría de Robert Alexy caería de alguna manera en el formalismo, pues la ponderación se puede catalogar como una regla judicial, de esta manera se configura la tesis de Alexy en moderada. Por último, frente al tercer nivel, su escepticismo se concreta al afirmar que las precedencias prima facie, las cuales para Alexy no constituyen jerarquía de principios; el análisis realizado por el Dr. Botero Bernal se encamina a plantear que “hay reglas constitucionales que son meras normas dispositivas frente al juez, o lo que es lo mismo que hay reglas constitucionales que en momentos determinados el juez puede inaplicar para hacer prevalecer principios constitucionales...”<sup>33</sup>. Por lo tanto, hay situaciones en las cuales una norma constitucional puede ser inconstitucional si las precedencias prima facie no se constituyen como jerarquía de principios, sino por el contrario serían precedencias para que los jueces funden su argumentación. Y concluye que al pretender plantear diferencias entre las precedencias y los principios, se refleja el miedo a aceptar una jerarquización de principios. Después de un extenso análisis aduce que su crítica escéptica busca ayudar a perfeccionar la teoría de Robert Alexy.

El tema de la Ponderación y la proporcionalidad, es objeto de estudio para el Dr. Luis Arroyo Jiménez, docente de la Universidad de Castilla- La Mancha en su artículo “Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo” publicado en la Revista para el Análisis del Derecho, en el cual reitera que la ponderación es una herramienta que sirve para delimitar los principios de las reglas, resaltando su principal característica la cual es la condición de mandatos de optimización. “Los principios se diferenciarían de las reglas en virtud de su condición de mandatos de optimización, esto es, por tratarse de normas fragmentarias en cuanto a su consecuencia jurídica, susceptibles tan solo de un cumplimiento gradual”<sup>34</sup>. De esta manera, la gradualidad sería otra característica de los principios en donde se integran dos elementos relevantes, la intensidad y la frecuencia. Estas

---

<sup>33</sup> *Ibíd.*, Pág. 22

<sup>34</sup> JIMENEZ ARROYO, Luis: Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo. Revista para el Análisis del Derecho, Madrid. Mayo de 2009. Pág.6

características especiales, es lo que lleva a la aplicación de la ponderación cuando se presenta una colisión de principios, donde se evalúa las circunstancias que envuelven a un principio para que preceda al otro, entonces se tomaría el principio de mayor peso. El acto de ponderar principios se configura como un acto normativo, se está en estos casos creando una regla judicial; afirmación que concuerda con lo expuesto por el Dr. Andrés Botero Bernal.

De igual manera, en la Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes, el entonces estudiante de Derecho Manuel Alejandro Iturralde Sánchez, en su artículo titulado “La obra de Pierre Menard, autor del Quijote (o de la hermenéutica jurídica y la teoría de Argumentación de Robert Alexy”, aduce la importancia de la teoría de Robert Alexy en la hermenéutica jurídica, resalta que Alexy encuentra dos concepciones básicas del sistema jurídico: el constitucionalismo y el legalismo; el primero hace referencia a un orden objetivo de valores que por su carácter iusconstitucional abarca todos los campos del derecho, resaltando la importancia de los principios como parte integral del derecho, y en cuanto a la segunda concepción, la enmarca como una aplicación estrictamente de las reglas a través de la subsunción. “El legalismo puede resumirse en cuatro premisas, todas ellas en oposición al constitucionalismo: \* norma en vez de valor; \*subsunción en vez de ponderación; \*independencia del derecho ordinario en vez de la omnipresencia de la constitución; \*Autonomía del legislador democrático dentro del marco de la constitución...”<sup>35</sup> Al respecto el autor trae a colación la afirmación de Alexy que hace referencia a que tanto los principios como las reglas son normas, la diferencia entre los dos se basa en que los primeros son mandatos de optimización susceptibles de ponderación y las reglas son mandatos definitivos, que no requieren la ponderación sino la aplicación de la subsunción. De acuerdo a lo afirmado, se reitera que dichas

---

<sup>35</sup>ITURRALDE SÁNCHEZ, Manuel Alejandro: La obra de Pierre Menard, autor del Quijote (o de la hermenéutica jurídica y la teoría de Argumentación de Robert Alexy. Revista de Derecho Público No.7. Febrero de 1997. Pág. 16

diferencias dan origen al conflicto de reglas y la colisión de principios, que a través de la hermenéutica tienen soluciones diferentes.

Un aporte importante lo realizó el Dr. Jaime Araujo Rentería a través de su producción académica titulada “Los métodos judiciales de ponderación, y coexistencia de entre derechos fundamentales. Crítica”, en la cual hace una crítica muy sustanciosa sobre el juicio de proporcionalidad, el test de igualdad y la ponderación. Primero que todo hace alusión a la diferencia entre juicio de proporcionalidad y el test de igualdad, el primero tiene su origen en el constitucionalismo europeo y el segundo en el constitucionalismo norteamericano. A continuación se hará una breve sinopsis de cada punto tratado en el artículo; En cuanto al principio de proporcionalidad, afirma que no es más que una relación entre medios y fines aplicada a las acciones de poderes públicos. En lo que respecta al fin, se debe perseguir un fin legítimo, permitido, constitucional y relevante, y el medio debe ser adecuado, legítimo es decir no estar prohibido, debe ser idóneo y necesario. La necesidad se refiere si existe otro medio para que logre llegar al mismo fin sin una menor restricción o limitación del derecho fundamental. Otro punto importante es sobre el test de igualdad, el cual surgió en el constitucionalismo norteamericano como respuesta al conflicto surgido entre el presidente Roosevelt y la Corte Suprema de Estados Unidos, ya que el presidente se quejaba que la corte declarara inconstitucional las leyes de contenido económico, y teniendo en cuenta que el presidente nombraba los magistrados de la corte, se realizaron los cambios necesarios para que así la Corte suprema de Estados Unidos cambiara su jurisprudencia siendo más flexible y abandonando el control estricto que exigiera un mínimo de racionalidad. Para finalizar toca el tema de la ponderación menciona tres características relevantes en lo referente al conflicto entre principios: El conflicto entre principios constitucionales, son antinomias entre normas coetáneas y de idéntico rango en la jerarquía de fuentes; Los conflictos entre principios son por lo general antinomias en concreto, en este aspecto es necesario aclarar que existen antinomias en

abstracto (o necesaria) y en concreto (o contingente), las primeras se dan “cuando dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles con supuestos de hecho abstractos, es decir, con clases de supuestos de hecho (concretos) que superponen conceptualmente.”<sup>36</sup> Un ejemplo dado es que si una norma prohíbe el aborto y otra permite el aborto terapéutico se reconoce como antinomia en abstracto; Y la antinomia en concreto, “se da cuanto en el momento de la aplicación dos normas conectan consecuencias jurídicas incompatibles a un mismo supuesto fáctico concreto. Ocurre cuando un supuesto de hecho concreto recae simultáneamente en dos clases de supuestos de hecho diversos y no relacionados conceptualmente.”<sup>37</sup> Y como tercer aspecto, los conflictos entre principios son antinomias eventuales.

Ahora aterrizando el tema en el ordenamiento jurídico Colombiano, la Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia de constitucionalidad No.354 de 2009, expone sobre la importancia del Test de Proporcionalidad, sobre sus niveles de intensidad, el juicio de Ponderación y lo relevante del tema de manera reiterativa. La corte señala que la importancia del test de proporcionalidad radica en que intenta dar objetividad y previsibilidad al juicio de constitucionalidad. Trae igualmente a colación la Sentencia C-720 de 2007, en la cual expresa que una restricción de los derechos fundamentales puede considerarse constitucional siempre y cuando no vulnere garantías constitucionales y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio queda superado si se cumplen los siguientes presupuestos:

“1) Que tal restricción **persiga un fin constitucionalmente legítimo**; 2) Que constituya un **medio idóneo** para alcanzarlo; 3) Que sea **necesaria**, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin

---

<sup>36</sup> ARAUJO RENTERÍA, Jaime: Los Métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano. Pág.863

<sup>37</sup> *Ibíd.*, Pág. 864

propuesto; 4) Que **exista proporcionalidad** entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.”<sup>38</sup>

De igual manera, La corte manifiesta en la Sentencia C-354 de 2009, que existe tres grados de intensidad para aplicar el test de proporcionalidad, los cuales son:

- **Test Leve de Proporcionalidad:** Es la regla general en el control de constitucionalidad, es un examen de medida legislativa, la presunción de constitucionalidad de las leyes. Busca establecer la legitimidad del fin y de la medida, la cual debe ser adecuada para alcanzar el fin buscado, este test leve se aplica en casos que versan sobre materias económicas, tributarias, de Política Internacional o cuando está de por medio una competencia específica definida por la constitución en cabeza de un órgano constitucional; Cuando se trate de un análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente o cuando el contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.
- **Test Intermedio de Proporcionalidad:** La corte ha utilizado este test para analizar la razonabilidad de una medida legislativa cuando: Pueda afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental; o cuando existe indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de libre competencia o cuando se trata de una medida de acción afirmativa. Este test requiere mayor exigencia de análisis, ya que no sólo se busca la legitimidad del fin, también que sea constitucionalmente importante, porque promueve intereses públicos o dependiendo de la magnitud del problema que el legislador busca resolver y además que el medio sea conducente para alcanzar el fin.
- **Test en sentido estricto de proporcionalidad:** De acuerdo a la Sentencia C-673 de 2001, la corte señala los casos en los cuales se aplica este test: 1) Cuando

---

<sup>38</sup> BOTERO MARINO, Catalina. Sentencia C-720 de 2007. Corte Constitucional Colombiana.

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

El análisis realizado en éste test es más exigente en su análisis, en la medida en que el fin debe ser legítimo e importante, y además imperioso; y en cuanto al medio, debe ser adecuado, efectivamente conducente y además necesario, esto quiere decir que no se puede reemplazar por un medio menos lesivo. Este test es el único que incluye como cuarto paso el Juicio de Proporcionalidad en sentido estricto.

A través de la Sentencia C-673 de 2001, la corte constitucional hace un barrido del Derecho comparado sobre el test de Proporcionalidad, y llega a la conclusión que en la jurisprudencia nacional, comparada e internacional este test se desarrolla 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 los Estados Unidos desde 1920 se empezó a nombrar el test leve aplicable a una medida legislativa para determinar si se vulnera el principio de igualdad de trato. Ya en 1937, la corte suprema aplica test estricto de constitucionalidad con el fin de proteger derechos fundamentales a la luz de la constitución, y a las minorías insulares.

En Francia, se ha distinguido los grados de intensidad del control del más leve al más estricto. De igual manera la corte hizo un análisis de la aplicabilidad del Test en Italia, Canadá, y España.

En cuanto a la Corte Europea de Derechos Humanos, aplica de igual manera el test de proporcionalidad desde el año de 1968 a las normas acusadas de violar la Convención de los Derechos Humanos.

*“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. Estimo 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 proporcionalidad entre los medios empleados y los objetivos que se pretende sean realizados.”<sup>39</sup>*

El test de Proporcionalidad tiene tres sub principios, los cuales se mencionan a continuación:

---

<sup>39</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Sentencia C-673 de 2001. Corte Constitucional Colombiana.

- Idoneidad: Consiste en la relación de causalidad entre el medio adoptado a través e la intervención legislativa, el cual debe ser adecuado y el fin propuesto por el legislador, el cual debe ser relevante constitucionalmente.

*“De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, toda ingerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. Se trata, entonces, de dos exigencias: la legitimidad constitucional del objetivo y la idoneidad de la medida examinada”<sup>40</sup>*

- Necesidad: Hace Referencia al Test de Necesidad, es un análisis de una relación medio-medio, se realiza una comparación entre medios; el que elige el legislador y el que hubiera podido adoptar para alcanzar un fin. Estos medios hipotéticos alternativos deben ser igualmente idóneos.

*“De acuerdo con el subprincipio de necesidad, para que una ingerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado.*

*Se trata, entonces, de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, comparación en la cual se analiza (1) la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y (2) el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.”<sup>41</sup>*

- Ponderación: Se basa en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin y la intensidad de la intervención del derecho fundamental.

---

<sup>40</sup> ETO CRUZ, Gerardo. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Lima. Centros de Estudios Constitucionales. 2008. P. 136

<sup>41</sup> Ibid., Pag.136

*“De acuerdo con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, para que una ingerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la ingerencia debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, entonces, de la comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.”<sup>42</sup>*

## **1.5. EL TEST DE IGUALDAD EN EL JUICIO DE PONDERACIÓN**

El *Test de igualdad* es aplicable solamente cuando exista una intervención en el principio-derecho a la igualdad. La sentencia de Constitucionalidad No. 022 de 1996 de la Corte Constitucional, busca a través del test de razonabilidad o proporcionalidad dar respuesta a la siguiente pregunta ¿cuál es el criterio relevante para establecer un trato desigual? o, en otras palabras, ¿es razonable la justificación ofrecida para el establecimiento de un trato desigual? La corte inicia su argumentación trayendo a colación a Bobbio, quien afirma que el concepto de igualdad es relativo, al menos en tres aspectos: a. Los sujetos entre los cuales se quieren repartir los bienes o gravámenes; b. Los bienes o gravámenes a repartir; c. El criterio para repartirlos.

*“hablar de igualdad o desigualdad, siguiendo alguna variante de la fórmula clásica tiene sentido sólo en la medida en que se respondan las siguientes tres preguntas: ¿igualdad entre quiénes?, ¿igualdad en qué?, ¿igualdad con base en qué criterio? Los sujetos pueden ser todos, muchos o pocos; los bienes a repartir pueden ser derechos, ventajas económicas, cargos,*

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 136.

*poder, etc.; los criterios pueden ser la necesidad, el mérito, la capacidad, la clase, el esfuerzo, etc.*”<sup>43</sup>

La corte en esta sentencia, expone que el Principio de Igualdad se puede desintegrar en dos principios parciales los cuales son:

- a. “Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual.
- b. Si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual.”<sup>44</sup>

A partir de estos enunciados la corte analiza dos puntos, como primera medida la carga argumentativa se inclina favoreciendo el principio de la igualdad ya que la carga de la prueba tiene mayor peso sobre quien pretende establecer un trato diferente; y el segundo puntos se basa en la razón suficiente que justifique un trato desigual. Este análisis la corte lo ha realizado mediante la aplicación del test de proporcionalidad.

En la sentencia T-499 de 1992, la corte constitucional define la igualdad como un criterio de distribución de beneficios o de cargas; estos beneficios o cargas hacen alusión a bienes o intereses. La corte ha acudido al juicio o Test de Igualdad, en aras de determinar el criterio de igualación que resulta compatible con la constitución nacional. Este juicio *“Dicho juicio supone partir de una situación fáctica determinada, a partir de la cual se analiza si el trato igualitario o desigual, según el caso, resulta constitucionalmente admisible.”*<sup>45</sup>

A través de la sentencia C-055 de 2010, la corte señala que si un trato diferente a dos grupos de situaciones o personas transgrede el derecho a la igualdad es

---

<sup>43</sup> GAVIRIA DIAZ, Carlos. Sentencia C-022 de 1996, Corte Constitucional Colombiana.

<sup>44</sup> *Ibíd*em, C-022/96

<sup>45</sup> CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. Sentencia T-499 de 1992, Corte Constitucional Colombiana.

necesario establecer un criterio de comparación, a partir del cual se pueda determinar si aquéllas son iguales o no, este criterio debe ser relevante. Para esto la Corte constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, a efectos de analizar si una norma transgrede o no este principio, la Corte realiza el siguiente análisis 1) El juez constitucional debe establecer si en relación con el criterio de comparación o *tertium comparationis*, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de hallarlas notoriamente distintas, el test no procede; 2) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines<sup>46</sup>

En la misma sentencia la corte constitucional modula la intensidad del Test o Juicio de Igualdad, de acuerdo al grado de potestad normativa del legislador. Esta determinación de grado de potestad del legislador depende de: la Materia regulada; de los principios constitucionales afectados por la norma; y de los grupos de personas perjudicados o beneficiados con el trato diferente.

*“Así, el juicio de igualdad será más estricto a medida que el margen de configuración del legislador sea menor y, contrario sensu, será menos estricto en los casos en que el legislador goce de amplia potestad de configuración normativa”<sup>47</sup>*

A través del test de proporcionalidad se busca determinar cual es el criterio relevante para dar un trato desigual, al respecto la sentencia C-022 de 1996 estipula que después de verificar la existencia de un trato desigual, se procede a realizar un análisis del criterio de diferenciación el cual se desarrolla en tres etapas:

---

<sup>46</sup> HENAO PEREZ, Juan Carlos. Sentencia C-055 de 2010, Corte Constitucional Colombiana.

<sup>47</sup> *Ibíd.*, C-055/10

1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual.
2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.
3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

Al aplicar la proporcionalidad a un caso en el cual se debate el principio de igualdad, se logra determinar el trato desigual es constitucional siempre y cuando se configuren los siguientes presupuestos:

1. Que el medio sea ADECUADO para lograr un fin válido constitucionalmente.
2. Que sea NECESARIO, es decir que no exista otro medio menos oneroso
3. Que sea PROPORCIONADO, que el trato desigual no sacrifique valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer.

El principio de igualdad es una base fundamental en toda sociedad y en un Estado constitucional, el cual se encamina a tratar a todos los individuos de tal manera que las ventajas y desventajas sociales se distribuyan de forma equitativa entre todos los miembros de la comunidad.

## **1.6 POSICIÓN DE LOS GRANDES CONTRADICTORES DE ROBERT ALEXY**

El primer doctrinante a tratar es Jürgen Habermas, sociólogo y filósofo alemán representante de la escuela de Frankfurt, ha sido uno de los grandes críticos a la idea de la proporcionalidad que trata Alexy, a continuación se presentaran las dos objeciones formuladas por Jürgen Habermas. La primera objeción se basa en la afirmación que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores, perdiendo así la “primacía estricta” que debe ser

característica de los “puntos de vista normativos”<sup>48</sup>, para Habermas al ponderar hay juicios irracionales “Porque hace falta parámetros racionales para ello, la ponderación se ejecuta arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios”<sup>49</sup>. En cuanto a la segunda objeción, al ponderar se aleja de la corrección y la justificación, en otras palabras una ponderación de juicios de valor jamás podría justificar tener por correcto el juicio.

“Entonces, la sentencia es en sí misma un juicio de valor que refleja más o menos adecuadamente una forma de vida articulada en el marco de un orden axiológico concreto, pero ya de ninguna manera está referida a la alternativa de si la decisión concreta es correcta o incorrecta.”<sup>50</sup>

A modo de conclusión, Jürgen Habermas expone que la idea de la proporcionalidad de los derechos es irracional y podría decirse que subjetiva teniendo en cuenta la segunda objeción.

Por otra parte, Aulis Arnio afirma que desde el punto de vista lingüístico, las reglas y los principios conforman una escala dividida en cuatro partes: a) Las reglas (R); b) Los principios que parecen reglas (RP); Los principios (P); y las reglas que parecen principios (PR). Arnio lo expresa de la siguiente manera

“La distinción entre reglas y principios es sólo una cuestión de grado de generalidad y, por otra parte, no hay fronteras sencillas y claras entre los subgrupos que forman las cuatro categorías (R, RP, PR, P). Por el contrario, la

---

<sup>48</sup> HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 312

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 315-316.

<sup>50</sup> HABERMAS, Jürgen: *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994, p. 369

(cursivas en la versión original del artículo traducido).

aplicabilidad de una norma se desdibuja progresivamente de un segmento siguiente. Una norma puede en consecuencia ser más RP que PR y viceversa.”<sup>51</sup>

Aarnio basa su idea a partir de dos posiciones, la primera hace referencia a que la indeterminación e imprecisión puede darse en principios y en reglas, ambos pueden tener el mismo grado de inexactitud, siendo de ésta manera difícil separarlos en categorías lingüísticas. Como segundo, una vez sea consideradas todas las cosas, tanto las reglas como los principios permiten que se llegue a formulaciones normativas con un contenido preciso.<sup>52</sup>

En conclusión, la posición crítica de Aarnio se resume de la siguiente manera:

- Rechaza que los principios puedan considerarse mandatos de optimización. “Necesita una clarificación conceptual. Sea P un principio, libertad de expresión. El principio mismo no puede conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser optimizado más o menos. El principio (Jurídico), por su parte se refiere a ciertos estados de cosas ideales que deben alcanzarse y al modo de alcanzarlos. El mandato de optimización dice que algo acerca del uso de un principio: el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación.”<sup>53</sup>
- No comparte la diferenciación entre principios y reglas, teniendo en cuenta como base de su posición la diferenciación entre validez formal, validez por la vigencia o eficacia y la validez axiológica. “No se trata sólo de perspectivas alternativas sobre la validez: más bien, son variedades semejantes a las variedades de la bondad. Por tanto, ninguna de

---

<sup>51</sup> AARNIO, Aulius: Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña 4, 2000 pp.596-597

<sup>52</sup> ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales Traducida por Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993. Pag.898.

<sup>53</sup> AARNIO, Aulius: Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña 4, 2000 pp.598

ellas posee una prioridad PF prima facie sobre las otras. Pertenecen a diferentes juegos de lenguaje, pero con parecido del familia, y el uso de dichos juegos depende del contexto material.”<sup>54</sup>

Finalmente, Luis Prieto Sanchís no le da a la distinción entre principios y reglas la relevancia o importancia que expresa Robert Alexy a través de su teoría, para Sanchís los principios constitucionales son enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de derecho como leyes o sentencias, o bien a través de la práctica social como la costumbre; por lo tanto, estos principios son inteligibles desde el punto de vista positivista; de igual manera expone que “aunque incongruente con la tesis de la aplicación mecanicista del derecho, no resulta incompatible con las teorías positivistas de la interpretación más recientes”<sup>55</sup>. En otras palabras, Para Prieto la distinción entre principios y reglas no es un avance en la crítica al positivismo.

De esta manera se concluye de manera relevante las ideas principales de los doctrinantes que mantienen una postura crítica a la teoría de Robert Alexy, basada en la idea de proporcionalidad, ahora se deja abierto el tema para contextualizar la Teoría de Derechos Fundamentales basada en la Ponderación de Principios en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, aplicando el método de análisis estático de jurisprudencial y el análisis dinámico expuesto por el profesor Diego López Medina.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> *Ibíd.*, Aarnio. Pág. 600

<sup>55</sup> PRIETO, Sanchís: El constitucionalismo de principios. Entre el Positivismo y el Iusnaturalismo. Pág. 141.

<sup>56</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. 2006

## **2. EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Teniendo previo conocimiento sobre la Teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy, se procede en este capítulo a conocer su aplicabilidad por parte de la Corte Constitucional en sus fallos, con el fin de conocer su posición frente a la Colisión de principios sobre derechos fundamentales.

Se inicia tratando algunos conceptos importantes para el desarrollo del presente capítulo, por ejemplo: Hard Cases o casos difíciles, Colisión de principios, Principios vs Reglas y Obligatoriedad jurisprudencial; pues se consideran puntos claves al momento de realizar la reconstrucción de línea y lo más importante son conceptos base para el presente trabajo investigativo. Una vez se abre el tema con algunos ítems esenciales, se busca conocer la argumentación jurídica de la Corte Constitucional frente al Test de proporcionalidad, siendo éste el eje de la teoría de Robert Alexy.

Para lograr identificar los argumentos relevantes de la corte en el tema objeto de estudio, se toma como herramienta de interpretación la expuesta por el Dr. Diego López Medina en su Libro el Derecho de los Jueces, realizando un análisis dinámico y estático de las sentencias, tomando como punto de partida o sentencia Arquimédica la C-598 de 2011, a partir de la cual se inicia un barrido jurisprudencial en virtud de encontrar la sentencia fundadora, la sentencia hito y confirmatoria de línea, conociendo así el balance Constitucional en el tema.

Es necesario conocer la posición jurídica de la Corporación para así realizar más adelante la contextualización en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en aras de determinar si se acata o no precedente constitucional.

## 2.1. CONCEPTOS

**2.1.1 Hard cases.** Algunos teóricos del derecho han realizado la distinción entre casos fáciles y casos difíciles o Hard cases, si se tiene en cuenta que la justificación de unos y otros son de carácter diferente. Los casos fáciles tienen su solución en las normas, se puede encuadrar una norma a unos hechos sin problema aplicando la deducción. Con respecto a los casos difíciles “ya sea por razones normativas (ambigüedad, indeterminación, antinomias) o fácticas (problemas de relevancia, prueba, calificación, etc.) nos encontramos con que el operador jurídico no puede basarse exclusivamente en un razonamiento deductivo y, hay quienes piensan, se debe acudir también a otros parámetros para justificar la decisión. Muchos creen que se trata de casos donde hay opciones en conflicto y es imprescindible determinar cuál es la adecuada”<sup>57</sup>

Frente a estos casos el juez no puede dar solución a un problema aplicando sólo un razonamiento deductivo, a esto se suma que carga de la justificación es más exigente en los Hard cases, sugiriendo entonces que el juez aplique una racionalidad práctica.<sup>58</sup>

Por otra parte, el Doctor Alberto Real Alcalá<sup>59</sup> expresa que desde el punto de vista de la doctrina de la *indeterminación*, el Derecho en ciertos casos es indeterminado y ante esta situación solo puede existir una resolución a partir de decisiones judiciales inciertas. Estas decisiones se producen porque en muchos casos el juez no cuenta con los mecanismos o técnicas que le permitan tomar decisiones al resolver un caso.

---

<sup>57</sup> CHAUMET, Mario E. Perspectiva Trialista para la caracterización de los casos difíciles. Revista Cartapacio No.4. Pág.2

<sup>58</sup> ATIENZA, M., ¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial? (en "La Teoría Jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho"), Cuadernos y estudios de derecho judicial,

<sup>59</sup> REAL ALCALA, Alberto. Deber Judicial de Resolución Y Casos Difíciles. Revista Panóptica. Número 18. Marzo – Junio de 2010. Pág. 44.

A continuación se tratará sobre la colisión de principios que configuran casos difíciles en el Derecho, tema que ha sido tratado arduamente y frente al cual se dio origen a una teoría relevante en el constitucionalismo actual, como lo es la Teoría de Derechos Fundamentales que da como herramienta para la solución de colisión de principios el Test de Proporcionalidad basado en tres elementos o juicios de Idoneidad, Necesidad y Ponderación.

**2.1.2 Colisión de Principios.** Como ya se ha reiterado en párrafos anteriores, los principios son mandatos de optimización que buscan adecuación, idoneidad y necesidad; Los principios no son absolutos, ya que en algunas situaciones uno precede de otro de acuerdo al grado de importancia dentro del conflicto jurídico, no significa que uno elimine al otro sino se pondera , se balancea.

“En efecto, no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que (...) en relación con los derechos fundamentales, establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos”<sup>60</sup>

Cuando colisionan derechos fundamentales se configura un caso difícil por cuanto son normas que pertenecen al mismo cuerpo constitucional, la misma jerarquía, temporalidad y especialidad; Por tal motivo, no pueden ser resueltos por subsunción o por los métodos de interpretación clásicos, se requiere de un método de interpretación que vaya más allá de la validez y taxatividad de la norma.

---

<sup>60</sup> RUIZ RUIZ, Ramón. La Ponderación en la Resolución de Colisiones de Derechos Fundamentales. Especial Referencia a la Jurisprudencia Constitucional Española No.10, 2006, Pág. 63.

Robert Alexy en su Teoría de Derechos Fundamentales propone el Juicio de Ponderación y el test de necesidad de la intervención de los derechos fundamentales, como sub principios del test de proporcionalidad.

**2.1.3 Principios vs Reglas.** Un Principio se define como un axioma que refleja una valoración de justicia y base de las normas jurídicas en una sociedad, es la base de toda garantía. Y un Principio constitucional es la regla base de una constitución en un Estado determinado, que busca garantizar el respeto y estabilidad de la carta magna. De acuerdo a la jerarquía de normas, los principios son la fuente de toda norma incluyendo la constitución, también llamada Propuesta Fundamental Hipotética.

En cuanto a las reglas, *“Son entendidas como directivas precisas cuya aplicación es más bien formal, lógica, mecánica, literal y restrictiva. En cambio los principios se asocian con una aplicación argumentativa, teleológica, creadora y evolutiva.”*<sup>61</sup> Las reglas logran ingresar al ordenamiento jurídico gracias a procedimientos formales, los cuales son a través de un acto legislativo y el Precedente Judicial.

Según Alexy, la distinción entre Principios y Reglas:

*“Constituye la base de la fundamentación iusfundamental y es una clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales. Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico.”*<sup>62</sup>

Alexy resalta que dentro de las normas iusfundamentales existen normas con carácter de Principios y normas con carácter de Reglas, un ejemplo de distinción entre Principio y norma es:

---

<sup>61</sup> BARROS, Enrique: Reglas y Principios en el Derecho, Pág. 11

<sup>62</sup> ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, Pág. 81.

Norma I: Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.<sup>63</sup>

Norma II: Durante el Proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no entiende ni habla el idioma del juzgado o tribunal.<sup>64</sup>

La primera norma es un Principio, que admite varios niveles de cumplimiento, es decir puede ser optimizada; y la segunda es una Regla, que no admite varios niveles de cumplimiento, se acata la norma o no.

Ahora bien, cuando se da una colisión entre reglas hay que decidir entre la precedencia de una sobre la otra, y se soluciona introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción en aras de eliminar el conflicto o puede declarar la invalidez en una de las reglas; En cambio, cuando se presentan colisión de Principios, el juez va más allá de la validez de la norma y no es posible que deje de aplicar alguno de los dos principios. Para este caso se recurre al método de la Ponderación con el fin de determinar la precedencia de uno sobre otro, pero sin llegar a la anulación de los principios, se mira el peso de los principios en una balanza.

**2.1.4 Obligatoriedad Jurisprudencial.** El Derecho contemporáneo se caracteriza por ser complejo teniendo entre sus consecuencias según la corte constitucional el agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. Ante este nuevo paradigma la ley ha venido perdiendo posición predominante, y se ha desplazado pasando en primera plana los principios y las decisiones judiciales. El papel del juez en el nuevo Estado social de derecho es más

---

<sup>63</sup> Artículo 51, Convención Interamericana de Derechos Humanos

<sup>64</sup> Artículo 8, Convención Interamericana de Derechos Humanos.

dinámico, tiende a crear derecho ante la insuficiencia de la norma en los casos difíciles.

En este numeral se enfatizara en las decisiones judiciales de altas cortes creadores de jurisprudencia, para determinar que parte de la motivación de las sentencias tienen fuerza normativa es necesario realizar una distinción entre dos conceptos la obiter dicta y ratio decidendi.

- La obiter dicta o dichos de paso, son las afirmaciones que no se relacionan de manera directa y necesaria con la decisión y constituyen criterio auxiliar de interpretación.
- Ratio Decidendi: Entendida como la formulación general del principio que constituyen la base necesaria de la decisión judicial específica y tiene fuerza vinculante general.

La obligatoriedad de la Jurisprudencia de la corte constitucional colombiana tiene tres características relevantes en éste tema:

1. Fuerza Vinculante: Se trae a colación la sentencia T-086 del 2007, en esta sentencia se exponen cuatro razones de esta característica: “1. en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 13 C.P.), que exige tratar de manera igual situaciones sustancialmente iguales; 2. Por razones de seguridad jurídica, ya que las decisiones judiciales debe ser “razonablemente previsibles”; 3. En atención a los principios de buena fe y de confianza legítima (artículo 84 C.P.), que demandan respetar las expectativas generadas por las reglas judiciales en la comunidad; y finalmente, 4. Por razones de rigor judicial, en la medida en que es necesario un mínimo de coherencia en el sistema jurídico.”<sup>65</sup>

---

<sup>65</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Sentencia T-86 de 2007, Corte Constitucional Colombiana.

2. Sentencias con efectos erga omnes: Las sentencias de la corte constitucional configuran criterio auxiliar en la actividad judicial, pero esto no implica que no puedan apartarse de una línea jurisprudencial en ciertos casos, siempre y cuando sus argumentos de apartarse de la jurisprudencia sean suficientes y adecuados, en aras de proteger el Principio a la Igualdad ante la ley.

3 Pertinencia del Precedente: De acuerdo a la sentencia T-116 de 2004, expone que un precedente es pertinente cuando se cumplen con los siguientes requisitos “(i) la ratio decidendi de la sentencia que se evalúa como precedente, presenta una regla judicial relacionada con el caso a resolver posteriormente; (ii) se trata de un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante y (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que se debe resolver posteriormente”.<sup>66</sup>

4. El precedente se encuentra vinculado a la institución de cosa juzgada

## **2.2 JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL FRENTE AL TEST DE PROPORCIONALIDAD**

Aplicando la el método de análisis estático y dinámico del Doctor Diego López Medina<sup>67</sup> se realizó un barrido teniendo en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional en las cuales se aplicó el Test de Proporcionalidad. se toma como punto de partida la Sentencia C-598 de 2011 llamada Sentencia Arquimédica a partir de la cual se va reconstruyendo la línea jurisprudencial sobre la aplicación del Test.

---

<sup>66</sup> MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Sentencia T-116 de 2004, Corte Constitucional Colombiana

<sup>67</sup> LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. 2006

**2.2.1 Sentencia Arquimédica.** La Sentencia Arquimédica **C-598 de 2011**<sup>68</sup> trae a colación la Sentencia C-372 de 2011 que tuvo su fundamento en la C-093 de 2001, donde recuerda que hay dos enfoques o mecanismos para realizar el examen de razonabilidad cuando una medida introduzca límites a uno o varios derechos fundamentales o principios que tengan la misma naturaleza. El primer mecanismo o herramienta es el Europeo “Test de Proporcionalidad” y el segundo el Estadounidense “Test de Igualdad”, los cuales tienen diferente estructura. La Corte Constitucional en diversa jurisprudencia ha ido tomando de uno y otro test, creando un Test Integrado de Proporcionalidad, el cual comprende:

“**i)** todas las etapas del juicio de proporcionalidad, propio del modelo europeo y **ii)** distintos niveles de examen, característica del modelo Norte Americano y que depende de la naturaleza del asunto objeto de análisis.”

De igual manera se aduce que el Test debe ser estricto cuando la norma que contenga la medida presente las siguientes características:

1. Que sea expedida con anterioridad a la Constitución Nacional de 1991
2. Cuando la norma tenga origen en el Poder Ejecutivo.

Finalmente la Corte señala que el Test Integrado de Proporcionalidad ha sido aplicado en recientes sentencias como la C-372 y C-543 de 2011.

**2.2.2 Sentencia Fundadora.** La sentencia fundadora de línea es la **T-422 de 1992**<sup>69</sup>, primer sentencia en la cual la Corte Constitucional se pronuncia sobre el **Test de Proporcionalidad** aduciendo que los medios que el legislador escoja no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, de igual manera deben ser legítimos.

---

<sup>68</sup> PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio. Sentencia C-598 de 2011. Corte Constitucional Colombiana.

<sup>69</sup> RANGEL PEÑA, Jorge Eliecer. Sentencia T-422 de 1992. Corte Constitucional Colombiana.

El principio de proporcionalidad busca que la medida adoptada tenga un fundamento legal, y que sea aplicada de tal manera que los derechos de otras personas o grupos no sean afectados, o si no es posible evitar su afectación que ésta sea mínima, para así evitar los abusos de poder que pueden darse.

Finalmente expresa el Tribunal, que el Juicio de Proporcionalidad que se realice entre el fin buscado y los medios escogidos, deben considerar la necesidad y la adecuación de los últimos al primero, y la existencia de otros medios que puedan ser menos gravosos logrando el mismo fin.

### **2.2.3 Sentencia Hito.**

La **Sentencia C-093 de 2001**<sup>70</sup> fija los pasos para realizar el test de proporcionalidad y se pronuncia sobre la importancia y características de la Integración del Test de Proporcionalidad con el Test de Igualdad. El primero Test de origen Europeo ha sido desarrollado principalmente por la Corte Europea de Derechos Humanos y Tribunales Constitucionales de España y Alemania, los pasos que se deben seguir son:

1. Que la medida sea adecuada, es decir, que constituya un medio idóneo para alcanzar el fin constitucionalmente válido.
2. Examinar si es necesario o indispensable el trato diferente, en este punto el juez debe analizar si existe o no otra medida que sea menos onerosa con relación al sacrificio de un derecho constitucional y que alcance el mismo fin buscado.
3. Aplicar el test de proporcionalidad, cuando se viola el principio de igualdad se realiza un análisis en sentido estricto en aras de determinar si el trato desigual

---

<sup>70</sup> MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia C-093 de 2001. Corte Constitucional Colombiana.

no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial.

Cuando el Test de Proporcionalidad se da en sentido 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.<sup>71</sup> La Corte afirma que el Test de Proporcionalidad y el Test de Igualdad no son contradictorios, sino complementarios, considerando que ambos buscan determinar si un trato diferente tiene o no un fundamento razonable y es o no un instrumento idóneo.

En cuanto a las características del Juicio de Proporcionalidad Europeo establece que este permite aclarar analíticamente los diversos pasos que debe realizar el juez, sin embargo, es tema de discusión que el mismo análisis de proporcionalidad se pueda aplicar a 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.”<sup>72</sup> De acuerdo a lo anterior, es necesario contar con otras herramientas diferenciadas como lo es el Juicio de Igualdad de distinta intensidad, pero también este test tiene el problema de no aclarar de manera suficiente los pasos del análisis, por cuanto todo estudio judicial se basa en una relación medio-fin. Es aquí donde la Corte resalta la complementariedad entre el Juicio de Proporcionalidad y el Test de Igualdad, la práctica judicial ha indicado que no es apropiado dar aplicación del Test de proporcionalidad con rigor en todos los casos, por lo que conviene que se proceda a graduar la intensidad en cada uno de los pasos del Test, siendo esta una ventaja de los Tests Americanos.

---

<sup>71</sup> Ibid., C-093 de 2001

<sup>72</sup> Ibid., C-093 de 2001

La corte a través de su jurisprudencia ha enfatizado sobre los buenos resultados en combinar ambos Tests, no sólo en el tema de la igualdad sino también en otros derechos fundamentales como en la Sentencia C-309 de 2007<sup>73</sup>.

Otra sentencia que se considera relevante en la línea es la **Sentencia C-673 de 2001**<sup>74</sup>, realiza un barrido sobre el Test de Proporcionalidad en el Derecho comparado, para luego plasmar los criterios de fijación de intensidad del test y los pasos a seguir.

Los pasos para desarrollar el test son: 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 que son los grados de intensidad.

En la misma sentencia la Corte establece que hay tres sub principios:

- **Idoneidad:** Consiste en la relación de causalidad entre el medio adoptado a través e la intervención legislativa, el cual debe ser adecuado y el fin propuesto por el legislador, el cual debe ser relevante constitucionalmente.
- **Necesidad:** Hace Referencia al Test de Necesidad, es un análisis de una relación medio-medio, se realiza una comparación entre medios; el que elige el legislador y el que hubiera podido adoptar para alcanzar un fin. Estos medios hipotéticos alternativos deben ser igualmente idóneos.
- **Ponderación:** Se basa en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin y la intensidad de la intervención del derecho fundamental.

En esta sentencia, la Corte da las diferencias básicas entre las tres modalidades del test de proporcionalidad que se dan de acuerdo a la estructura, los elementos

---

<sup>73</sup> MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia C-309 de 1997. Corte Constitucional Colombiana.

<sup>74</sup> CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Sentencia C-673 de 2001. Corte Constitucional Colombiana.

del análisis y las consecuencias en materia probatoria y argumentativa. Los criterios para fijar la intensidad del Test a aplicar son:

- **TEST LEVE DE PROPORCIONALIDAD:** Establece la legitimidad del fin y de la medida, donde la última debe ser también adecuada para alcanzar el fin buscado, es decir, que sea idóneo. Por lo general se aplica en casos que versan sobre materias económicas, tributarias, de Política Internacional o cuando está de por medio una competencia específica definida por la constitución en cabeza de un órgano constitucional; Cuando se trate de un análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos en el presente o cuando el contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión; Para estas materias se aplica el test leve, sin embargo, cuando existen razones de peso que ameriten control más estricto dicha intensidad se va aumentando en virtud de evaluar su constitucionalidad.

La finalidad del Test leve consiste en exigir al legislador que no adopte decisiones arbitrarias sino que sean racionales, para esto el legislador debe preguntarse al crear la norma i. Qué se busca con la norma (análisis de la finalidad); cómo se va a lograr lo buscado (análisis de medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de relación medio-fin), de esta manera se puede determinar si se afecta el derecho a la igualdad u otro derecho fundamental, aplicando un mínimo de razonabilidad.

- **TEST INTERMEDIO DE PROPORCIONALIDAD:** Se aplica cuando la medida puede afectar un derecho constitucional no fundamental; o cuando existe indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. Este test es más exigente que el leve, primero se requiere que el fin sea *legítimo, constitucionalmente importante* por cuanto se promueven intereses públicos y segundo, se exige que el medio sea *adecuado y efectivamente conducente* a alcanzar el fin buscado.

- **TEST ESTRICTO DE PROPORCIONALIDAD:** Los elementos de análisis son más exigentes que los Tests anteriores; Primero, el fin debe ser legítimo, importante e *imperioso*. Segundo, el medio debe ser adecuado, efectivamente conducente y *necesario*. Finalmente, el test estricto es el único que incluye Test de proporcionalidad en sentido estricto, por lo tanto, los beneficios al adoptar la medida debe exceder de manera clara las restricciones impuestas sobre otros derechos o principios constitucionales.

#### **2.2.4 Sentencias Confirmatorias de Principio**

**Sentencia C-543 de 2011:** En este fallo la Corte Constitucional reitera los pasos para aplicar el Juicio de Proporcionalidad;

- El primer paso consiste en determinar si la norma busca una finalidad legítima a la luz de la Constitución Nacional
- El segundo paso es analizar si la medida adoptada es idónea para lograr la finalidad que se ha identificado como legítima.
- El tercer paso del Juicio de Proporcionalidad busca determinar si la limitación del derecho fundamental es una medida necesaria, es decir, que no existan otras que no lo restrinjan o si lo hacen que sea en menor medida
- En el cuarto paso se debe analizar si la restricción al derecho fundamental es proporcionada en sentido estricto. “la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio

constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional”.<sup>75</sup>

### **Sentencia C-629 de 2011**

En esta sentencia la Corte Constitucional hace reiteración jurisprudencial enfatizando que se ha diseñado una metodología específica para abordar los casos en los cuales se da una supuesta violación del principio y del derecho fundamental a la igualdad, es el juicio integrado de igualdad que tuvo sus fases constitutivas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001, las cuales se identificaron como sentencias Hito en la reconstrucción de la Línea jurisprudencial.

“Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado.”<sup>76</sup>

De igual manera la Corte afirma que ésta metodología busca resolver casos en los cuales se ve afectado el principio de igualdad y para examinar la constitucionalidad de las medidas que suponen regresión en cuanto al tema de derechos sociales se aplica el Juicio de Proporcionalidad, cuya exigencia del principio de proporcionalidad en sentido estricto, es que a mayor afectación de

---

<sup>75</sup> SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia C-543 de 2011. Corte Constitucional Colombiana.

<sup>76</sup> SIERRA PORTO, Antonio Hernando. Sentencia C-629 de 2011. Corte Constitucional Colombiana

derechos fundamentales, mayor satisfacción los bienes constitucionales que se deben conseguir con la medida objeto de estudio.

### 2.2.5 Balance Constitucional

*¿La teoría de Derechos Fundamentales expuesta por Robert Alexy ha influenciado en la argumentación de la Corte Constitucional en materia de adopción del test de necesidad, el Juicio de Ponderación, el test de proporcionalidad y la integración realizada con el test de igualdad?*

<p><i>Hay influencia de la Teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy en la argumentación de la Corte Constitucional</i></p>	<p>*T-422 de 1992 Mp. Jorge Eliecer Rangel Peña.</p> <p>*C-093 de 2001. Se dan Sub reglas</p> <p>*C-673 de 2001. Se dan Herramientas Hermenéuticas</p> <p>*C-629 de 2011 (Confirma Línea)</p>		<p><i>No existe influencia de la Teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy en la argumentación de la Corte Constitucional</i></p>
--	---	--	--

Como se puede observar a partir de los numerales anteriores y del Balance Constitucional, el Test de proporcionalidad basado en el principio de proporcionalidad, se ha aplicado de manera constante por la Corte Constitucional cuando se supone la violación de derechos y principios fundamentales, recordando que la medida que se adopte y que se cree genera violación debe

tener un fundamento legal, y al aplicarse no se deben afectar los derechos de otras personas, o si no se puede evitar su afectación, buscar que ésta sea mínima.

De igual manera, la Corporación ha adoptado el Juicio integrado de proporcionalidad, en el cual se integra el Juicio de proporcionalidad con el Juicio de Igualdad, se recuerda que éste último se aplica cuando se ve afectado el derecho a la igualdad; Si bien es cierto, son Tests de orígenes y características diferentes, la corte ha aducido que estos son complementarios, pues en la práctica judicial no es apropiado aplicar el Test de proporcionalidad con rigor en todos los casos, por tal motivo, es recomendable y conveniente que se gradué la intensidad en cada paso del Test, reiterando que es una ventaja de los Tests Americanos.

### **3. INTEGRACIÓN DEL JUICIO DE PONDERACIÓN CON EL TEST DE IGUALDAD. SISTEMA DE CONTROL EUROPEO VS SISTEMA DE CONTROL NORTEAMERICANO**

Una vez reconstruida la línea jurisprudencial de la Corte constitucional en la cual se dan pautas sobre la aplicación del Test de Proporcionalidad y su integración con el Test de Igualdad, se procede en el presente capítulo a profundizar un poco más sobre la Integración de estos Tests en Derecho comparado tomando como referencia lo trabajado en el Tribunal Constitucional de Alemania y el Tribunal Constitucional Peruano, por cuanto en Alemania tiene su origen el Principio de Proporcionalidad y el Tribunal de Perú ha sido resaltado en producciones académicas por su aplicación del Test de Proporcionalidad.

En Colombia la Corte Constitucional a partir de la Sentencia C-093 de 2001 dio origen a un modelo híbrido denominado Juicio Integrado de Proporcionalidad, el cual se aplicaría en aquellos casos en los cuales se amenace el derecho a la igualdad. En esta sentencia, se esbozó muy someramente el Juicio quedando muchos vacíos los cuales fueron llenados y consolidado el nuevo Test con la Sentencia C-630 de 2001, donde la Corte definió criterios de fijación de intensidad del test y las etapas que se deben cumplir.

A partir de ésta sentencia, la corte constitucional ha logrado consolidar el Juicio Integrado de Proporcionalidad el cual nació a partir de dos test importantes: Test de Proporcionalidad (origen Alemán) y el Test de Igualdad (origen Estadunidense); De esta manera, se busca proteger un principio y derecho fundamental que se basa en la prohibición de cualquier tipo de discriminación sin importar su razón, considerando que la igualdad en la ley y ante la ley.

### 3.1. EL TEST DE IGUALDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

El principio de igualdad se ha configurado a través del tiempo en muchos ordenamientos jurídicos, como un principio jurídico fundamental justificando la necesidad de estudiar la igualdad desde el punto de vista del Derecho Comparado en virtud de conocer su aplicación en algunos Tribunales Constitucionales, logrando de esta manera mirar semejanzas y diferencias con respecto a la aplicación por parte de la Corte Constitucional Colombiana. “Y es que para el pensamiento constitucional, el principio de igualdad ha tenido en el pasado, tiene en la actualidad y está llamado a tener en el futuro una importancia capital.”<sup>77</sup>

Iniciando la contextualización del principio de igualdad, por ejemplo, el **Tribunal Constitucional Federal Alemán** se basó por mucho tiempo en la solución propuesta por Leibholz y Triepel en la época de Weimar, donde hay vulneración al principio de igualdad, cuando la disposición debe ser catalogada como arbitraria. De acuerdo a esta fórmula, la arbitrariedad se considera como el criterio para determinar el contenido del principio de igualdad en los casos concretos. Sin embargo, con la Sentencia del Primer Senado del Tribunal Constitucional Federal de fecha 7 de octubre del año 1980, esta fórmula fue reemplazada por otra, según la cual se vulnera el principio y el derecho a la igualdad, “cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso, que puedan justificar el trato diferente”.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> CARBONELL, Miguel. Igualdad y Constitución, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, 2004, Pág.10

<sup>78</sup> TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. EL Test de Ponderación como Protección al Principio de Igualdad. 2 de octubre de 2008 encontrado en [HTTP://JHONYTUPAYACHI.BLOGSPOT.COM/2008/10/EL-TEST-DE-PONDERACION-COMO-PROTECCION.HTML](http://jhonytupayachi.blogspot.com/2008/10/el-test-de-ponderacion-como-proteccion.html)

Según el autor, esta nueva fórmula utilizada por el Tribunal de Alemania se basa en el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el principio de igualdad, identificando el tipo, peso, y diferencias que hay entre las partes implicadas en un caso donde se vulnere el principio o derecho a la igualdad.

Para el Tribunal Constitucional de Alemania, existen algunos aspectos de carácter fundamental que han sido tocados en sus sentencias con respecto a la igualdad, los más relevantes son<sup>79</sup>:

1. Cuando hay dos regímenes jurídicos diferentes y que hacen referencia al mismo ámbito de la vida social y se modifican las normas de uno de ellos, no hay violación al principio de igualdad si los regímenes tienen una desigualdad básica que haya sido considerada pertinente al momento de crear las dos normatividades distintas.
2. Considerando que el Estado también está incluido en la igualdad, sus actos pueden compararse con los de las personas. Por lo tanto, es contrario a la igualdad que las leyes fijen un plazo mínimo a las personas para interponer acción contenciosa administrativa, y al mismo tiempo se dan plazos largos al Estado para lo mismo.
3. No se afecta la igualdad si existen reglas que regulan un sector incentivado por el Estado las cuales son más favorables que las dictadas para regir un sector que no es incentivado.
4. Se afecta el principio a la igualdad cuando el juez resuelve de manera distinta dos procesos con hechos similares.

---

<sup>79</sup> Ibídem, Tupayachi Sotomayor

5. El argumento donde hay la misma razón hay el mismo derecho, es compatible con el principio de igualdad.

Por otra parte, se ha resaltado en diversos artículos sobre la importancia y el desarrollo de la jurisprudencia del **Tribunal Constitucional Peruano**,

“consideramos que el desarrollo jurisprudencial promovido por el Tribunal Constitucional alemán y el peruano, ha venido marcando una posición orientadora basada en el desarrollo de las técnicas de ponderación y proporcionalidad, como métodos con una base aplicativa jurisprudencial. Sin duda, el desarrollo jurisprudencial de la teoría armonizadora podría eventualmente superar la previsión de ponderación que adopta el intérprete constitucional hoy y ahora, mas ello requerirá, estimamos, cierto tiempo prudencial.”<sup>80</sup>

Este Tribunal ha venido utilizando la ponderación como un mecanismo para la protección de los derechos fundamentales respetando siempre el respeto al derecho a la igualdad. Por lo tanto, se toma como punto de referencia para estudiar algunos casos en los cuales se aplicó la ponderación para resolver los casos correspondientes.

1. Caso Luciano Rosado Adanaque: El recurrente médico de profesión interpone acción de amparo contra ESSALUD, considerando que le son vulnerados sus derechos a la libertad de credo y a la igualdad laboral o trato igualitario, de acuerdo a los siguientes hechos: El médico es adventista y por convicción religiosa no puede laborar el día sábado, por lo tanto en el hospital donde trabaja y quien tenían conocimiento de la situación no le programaban labores para dicho

---

<sup>80</sup> Gutarra Edwin Figueroa. Ponderación y proporcionalidad: un esbozo como técnicas de interpretación constitucional, Criterios jurisprudenciales. Encontrado en <http://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2011/05/ponderac3b3n-y-proporcionalidad-como-tc3a9cnicas-de-interpretac3b3n-constitucional-pdf.pdf> Pág. 12

dia, sin embargo, al cambiar la administración de la institución se modificó la jornada de trabajo y se le empezó a programar citas para dicho día, ordenes que debe cumplir para evitar un despido. Al respecto el Tribunal Constitucional aduce que han existido conflictos de carácter similar en la legislación comparada, y no se puede desconocer que hay circunstancias que deben tenerse en cuenta al momento de dictar una obligación donde se vea afectado el cumplimiento de dictados de conciencia y religión que se profese. De esta manera, en el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia y una vez realizada una ponderación razonable de los derechos involucrados, se exime al objetor de cumplir con dicha obligación. Resuelve el Tribunal Constitucional Peruano teniendo en cuenta las circunstancias del caso, otorgar la objeción de conciencia al deber de laborar los días sábados como lo planteó la administración del hospital, encontrando que la medida de la empresa no aporta argumentos objetivos que permitan concluir que la modificación en la jornada de trabajo obedezca a intereses superiores de la institución hospitalaria que sean compatibles con el sacrificio del recurrente, considerando estas razones ambiguas e insuficientes.

2. Sentencia 00045-2004-PI/TC Tribunal Constitucional Peruano. Test de Igualdad: Se demanda la siguiente norma por considerarse inconstitucional:

**“Artículo 3° de la Ley N.º 27466**

**Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y complementa el proceso de ratificación de magistrados**

Artículo 3.- Deroga y modifica Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368

Deróganse la Segunda y Tercera Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N° 27368, y modifícase la Cuarta en los términos siguientes:

“Cuarta.- Bonificación para los magistrados titulares que aspiren a cargo superior

Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulan al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”.

El demandante solicita se declare la inconstitucionalidad de la norma impugnada porque considera que la bonificación de hasta el 10% sobre la calificación total obtenida que se otorga a magistrados titulares (del Poder Judicial y el Ministerio Público) que postulan al ascenso, es contraria a lo establecido por el artículo 2º, inciso 2) de la Constitución, que da un reconocimiento a la igualdad ante la ley. Puesto que se viola el principio de igualdad por establecer un trato desigual al conceder unos derechos a los magistrados titulares, sin tener en cuenta los derechos de un grupo de abogados, de los magistrados suplentes y provisionales que de igual manera aspiran al cargo de magistrado titular.

Frente a este caso el Tribunal aclara primero que todo que la norma demandada ya no pertenece al ordenamiento jurídico, por lo tanto realiza un análisis para establecer si la corporación puede examinarla, frente a este supuesto concluye que el examen de constitucionalidad de una norma no vigente está condicionada a que ella se susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvo vigente. En el caso en concreto, se debe realizar un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la disposición, teniendo en cuenta que aun cuando ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico, es decir, no está vigente, sigue siendo aplicada, y desde este punto de vista, continúa aun teniendo efectos.

“Dicho acto de aplicación está representado por la mencionada norma reglamentaria expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura. Esto es, como una forma de desarrollo reglamentario de la disposición impugnada, ya carente de vigencia. Se trata, entonces, de un supuesto donde una norma legal ya no vigente

despliega efectos por mérito del citado Reglamento. Esta circunstancia motiva que el Tribunal Constitucional proceda a examinar la constitucionalidad de la disposición impugnada.”<sup>81</sup>

Sobre el principio de igualdad el Tribunal reitera que la igualdad se encuentra consagrada constitucionalmente y detenta una doble condición de principio y de derecho fundamental; Con respecto a su condición de principio, constituye un enunciado de contenido material objetivo por ser un componente axiológico que se extiende a todo el ordenamiento constitucional. Y como derecho subjetivo, se trata de reconocer un derecho a no ser discriminado por ninguna razón.

Por lo tanto, el Tribunal como lo ha hecho en otras ocasiones utiliza como mecanismo el test de razonabilidad y proporcionalidad para determinar si hubo o no un trato discriminatorio.

“(…) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”.<sup>82</sup>

La razonabilidad es acogida por el Tribunal en virtud de que se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucional. En cuanto a la proporcionalidad, alude fundamentalmente la relación entre idoneidad o adecuación entre medio y fin, sin embargo, como también hay una implicación entre idoneidad y necesidad, la relación proporcional medio-fin puede conducir a un examen de necesidad.

---

<sup>81</sup> Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. Sentencia 00045-2004-PI/TC Tribunal Constitucional Peruano

<sup>82</sup> *Ibíd*em, Sentencia 00045-2004

La proporcionalidad junto a la razonabilidad resulta restringida en comparación con el principio de proporcionalidad, el cual se entiende como prohibición en exceso, comprende tres sub principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Por lo tanto, es el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en derechos fundamentales. De esta manera, en un examen de trato diferenciado resulta indispensable el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, puesto que el supuesto trato ha superado el examen de idoneidad y necesidad, y sin la ponderación, se convierte en imperfecta e insuficiente para la protección de los derechos fundamentales, en este caso el de igualdad. En síntesis, el principio de proporcionalidad lleva integrado como un presupuesto la exigencia de razonabilidad y por otro lado integra la ponderación.

De acuerdo a lo anterior el Tribunal considera que el mecanismo a aplicar para determinar si hay violación al principio de igualdad es el Test de Proporcionalidad.

En la misma sentencia el Tribunal Constitucional Peruano establece la estructura del principio de proporcionalidad cuando en el análisis de la violación a la igualdad, siendo la siguiente:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación: consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad: Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles: Intensidad grave, Intensidad media, Intensidad leve.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).

- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

Finalmente, el Tribunal declara inconstitucional la norma una vez aplicado paso a paso el principio de proporcionalidad en virtud del principio de igualdad.

De acuerdo a lo tratado en el presente numeral y trayendo a colación una afirmación del Dr. Carlos Bernal Pulido, teniendo en cuenta el Test de proporcionalidad y el Test de Igualdad norteamericano el cual se basa en la aplicación de tres intensidades de control, aduce “Ni en Alemania, ni en España, ni en el derecho comunitario, se ha hecho explícito un modelo analítico que especifique, cómo debe aplicarse el principio de proporcionalidad en el ámbito del principio de igualdad, junto con esta escala de diversas intensidades de control. Esta circunstancia ha llevado a la Corte Constitucional a recurrir también a veces a una extrapolación del modelo norteamericano de juicio de igualdad”. Por otra parte, el Tribunal Constitucional Peruano si ha establecido la forma de aplicación del Principio de Proporcionalidad junto al de igualdad para la protección de éste último principio, como se observó en la sentencia tratada en los acápites anteriores.

3. STC N.º 6712-2005-HC/TC. Lima. Caso Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana. Según el Doctor Edwin Figueroa Gutarra<sup>83</sup> Este caso es muy enriquecedor considerando que el Tribunal Constitucional de Perú desarrolla la técnica de la ponderación en un proceso de habeas corpus, determinando la

---

<sup>83</sup> Gutarra Edwin Figueroa. Ponderación y proporcionalidad: un esbozo como técnicas de interpretación constitucional, Criterios jurisprudenciales. Encontrado en <http://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2011/05/ponderac3b3n-y-proporcionalidad-como-tc3a9cnicas-de-interpretac3b3n-constitucional-pdf.pdf> Pág. 13

prevalencia del derecho a la vida privada frente al derecho a la información. En cuanto a los hechos se resumen a continuación:

Se presenta demanda de hábeas corpus cuestionando la validez del proceso penal llevado a cabo contra los actores por el delito contra la intimidad, prescrito taxativamente en el artículo 154° del Código Penal. La materia de análisis constitucional versa sobre la declaratoria de responsabilidad de los querellados (ahora demandantes en el proceso constitucional) en sede judicial. La determinación de culpabilidad de los coimputados se asienta en hechos claramente establecidos que no pueden ser objeto de análisis por parte de este Colegiado, sino que se asumen como válidos, al estar definido su vigor en sede judicial.

El día 31 de enero de 2000, en el programa televisivo Magaly TV, se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que revelaban datos íntimos de doña Mónica Adaro Rueda (querellante en el proceso penal), y se le apreciaba manteniendo relaciones sexuales con una persona de sexo masculino, identificado posteriormente como don Eduardo Martín Arancibia Guevara. Tal reportaje fue anunciado como 'Las Prostivedettes', y fue difundido a través de un canal de televisión de señal abierta. En el curso del proceso penal, se estableció que fueron los querellados, el productor del programa (don Ney Guerrero Orellana) y la conductora del mismo (doña Magaly Jesús Medina Vela), quienes contrataron a la persona que se aprecia en las imágenes para que indujera a la querellante a mantener relaciones sexuales por medios que son objeto del reportaje televisivo. Para el plan de los denunciados se contó con el previo ocultamiento de los dispositivos de filmación y grabación de audio en el ambiente en el cual iban a mantener relaciones sexuales.

Sobre estos hechos el Tribunal analizó si hubo o no vulneración de derechos fundamentales, a continuación se expone:

**a. La ponderación entre la información y la vida privada.** Frente a este punto el Tribunal Constitucional recuerda que existe una relación entre los derechos a la vida privada y a la información, pero a pesar de ser la más clásica en el Derecho, no se ha dado una respuesta idónea a la teoría de los derechos fundamentales, y afirma:

“no hay que olvidar que los derechos fundamentales (todos, sin excluir ninguno) están en igualdad de condiciones dentro de la Constitución. Por eso, lo que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos).”

**b. La razonabilidad de la medida:** Con relación a este punto el Tribunal Constitucional aduce que la razonabilidad es un control estándar conformado por tres juicios: *la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad*. En cuanto al **juicio de adecuación** la conclusión a la cual se llegue de ser lo más ajustada posible a la Constitución, debe ser conveniente jurídicamente y tener un fin legítimo; el segundo es el **Juicio de necesidad**, que tiene como fin elegir entre las medidas posibles, la mejor que exista, y asumiendo este argumento se señala que la vida privada

*“(...) es un derecho fundamental, razón por la cual las leyes que pretendan limitarlo han de contar con una muy sólida justificación. Deben ser necesarias para satisfacer un imperioso interés estatal. Es relevante, por tanto, para evitar afectar la vida privada de una persona, que el ejercicio del derecho fundamental a la información se realice sin excesos. Y de otro lado, en pos de la optimización de*

*cada derecho en juego, buscar que la medida utilizada permita el mejor desarrollo posible del derecho a la vida privada, tal como ha debido suceder en el presente caso.*<sup>84</sup>

**c. Juicio de Proporcionalidad:** Con este juicio se busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación aplicada.

Una vez revisados los casos descritos anteriormente, y analizados los argumentos de los Tribunales Constitucionales de Alemania y Perú, se concluye que estas instituciones utilizan con ahínco el Juicio de Ponderación para resolver casos en los cuales se presentan colisión entre derechos fundamentales.

### **3.2 TEST INTEGRADO DE PROPORCIONALIDAD SEGÚN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.**

La Corte Constitucional Colombiana a través de la Sentencia C-093 la corte constitucional construye un Modelo Híbrido uniendo dos Tests, el de proporcionalidad de origen europeo y el de igualdad de origen norteamericano, el cual se basa en manejar unos niveles de intensidad como se tratará a continuación.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos desarrolló tres niveles diferentes para resolver casos en los que se vea afectado el derecho a la igualdad, cada nivel implica un grado de severidad en el control:

“El escrutinio *suave*: una norma que establece una diferenciación es constitucional si es adecuada para el logro del fin perseguido. Las únicas exigencias que hace la Corte al legislador en este nivel es que busque un fin

---

<sup>84</sup> STC N.º 6712-2005-HC/TC. Lima. Caso Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

legítimo y que lo haga a través de medios adecuados. Incluye por lo tanto, sólo la primera y la segunda fase del test europeo.

**ii-** El escrutinio *estricto*, cuando la diferenciación hecha por el legislador sea sospechosa –es decir, se funde en criterios que la Constitución establece con especial atención, como la raza o el origen étnico- la Corte ejerce un control severo, según el cual la norma acusada es constitucional sólo si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso (*compelling interest*).

**iii-** El llamado escrutinio *intermedio* en los casos en los que la diferenciación establecida por el legislador está basada en criterios “sensibles” –aunque no sospechosos- como el origen nacional o el género. Para que la norma que establece el trato diferente sea constitucional, de acuerdo con el escrutinio intermedio, debe perseguir un objetivo “importante” –aunque no “imperioso”- y ser claramente adecuada para lograrlo”.<sup>85</sup>

Una de las primeras sentencias en aplicar los niveles de intensidad según la Corte Suprema de Estados Unidos, fue la proyectada por el Magistrado Alejandro Martínez Caballero en la C-445 de 1995, en la cual se afirmó que el último objetivo de todo juicio de igualdad es avalar o no los criterios de diferenciación establecidos por ley o por autoridades políticas como mecanismos para alcanzar objetivos estatales o sociales.

Sin embargo, en la Sentencia C-093 de 2001 la Corte Constitucional Colombiana considera que el problema del test de igualdad de distinta intensidad es que en ocasiones no son claros los pasos del análisis, puesto que todo juicio judicial se basa en relación medio-fin; Ignorando entonces las diferencias que se deben tener

---

<sup>85</sup> GALEANO, Fernando. Test de Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional, Revista la Corte bajo la Lupa, Observatorio Constitucional Universidad de los Andes, Informe No.4 Mayo de 2001. Pág. 9

en cuenta de igual manera para alcanzar el objetivo buscado y la intensidad en que se afectan otros derechos fundamentales, por tal razón es necesario el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. A partir de esta sentencia, el test de proporcionalidad y el test de igualdad se complementan puesto que los dos buscan determinar si un trato diferente tiene o no un fundamento objetivo, razonable, y si el trato es idóneo para alcanzar el objetivo. A modo de conclusión se aclara que esta sentencia busco dar una descripción muy sencilla y poco desarrollada del Juicio Integrado de Igualdad, haciendo referencia a tres etapas:<sup>86</sup>

1. Determinación del Tipo de Escrutinio: Se determina el nivel o grado de intensidad que se va a aplicar al caso en estudio, se tiene como un paso previo a la aplicación de los sub principios de proporcionalidad.

2. Juicio de adecuación: Cuando el juicio de igualdad es estricto, en el juicio de adecuación o de idoneidad no es suficiente que la medida busque materializar el objetivo propuesto, será necesario que dicha medida sea útil para alcanzar el objetivo. Por el contrario, si se trata de un escrutinio débil, sólo se exige que la medida tenga alguna relación de idoneidad con el fin legítimo.

3. Juicio de Indispensabilidad: Cuando el Juicio de igualdad es en sentido estricto, el juicio de indispensabilidad la diferencia de trato debe ser necesario e indispensable y las restricciones deben ser menos gravosas; En cambio, frente a un Juicio de Igualdad débil, basta que la medida no sea manifiesta ni innecesaria.

Como se pudo observar la Corte Constitucional expone un Juicio de Igualdad que presenta muchas deficiencias, el Dr. Carlos Bernal Pulido afirma lo siguiente:

---

<sup>86</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia. Pág. 12

“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 sub principio de proporcionalidad en sentido estricto aparece únicamente mencionado, y el sub principio de necesidad –“*indispensabilidad*”- no observa una correspondencia con el sub principio 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 sub principio de idoneidad, aunado a la exigencia de que no existan “*restricciones menos gravosas*”.<sup>87</sup>

Más adelante en la Sentencia C-673 de 2001 la Corte traza los criterios de fijación de intensidad, la intensidad del test y los pasos a seguir, en el siguiente cuadro se resume lo relevante de la sentencia.

<b>JUICIO DE IGUALDAD INTEGRADO</b>	
<p>El concepto de igualdad es relacional y siempre presupone una comparación entre personas o grupos de personas. Como en abstracto todos somos personas iguales y en concreto todos somos individuos diferentes, es preciso identificar un parámetro para valorar semejanzas relevantes y descartar diferencias irrelevantes. Para lo anterior, la Corte ha presentado los siguientes criterios de comparación como una guía para establecer si estamos ante sujetos comparables, y en caso de ser afirmativo, dar inicio al test:</p> <p>a- <i>Fines de la ley</i>: obedece al grado de acierto del legislador en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Depende entonces de su situación vista a la luz de los fines de la norma.</p> <p>b. Grupo más próximo: Cuando existen varios grupos que podrían servir de referente de comparación respecto a cuál debe ser la forma correcta de tratarlos, debe optarse por el grupo más próximo.</p>	
<b>I. Determinación del nivel de Intensidad</b>	
Tipo de Test	Ámbito de Aplicación
<b>II.Requisitos Constitucionales</b>	

<sup>87</sup> Ibid.,p.13

		<b>Exigidos</b>
Leve	Materias: 1) económicas; 2) tributarias; 3) de política internacional; 4) cuando está de por medio una competencia específica definida por la Constitución en cabeza de un órgano constitucional; 5) cuando se trata del análisis de una normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos; y 6) cuando del contexto normativo del artículo demandado no se aprecie prima facie una amenaza para el derecho en cuestión.	<p>i- Fin buscado debe ser legítimo, es decir no debe estar prohibido constitucionalmente</p> <p>ii- Medio empleado debe ser adecuado para alcanzar el fin buscado.</p>
Intermedio	Materias: 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.	<p>i- Fin buscado no sólo debe ser 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.</p> <p>ii- Medio empleado no sólo debe ser adecuado, sino no prohibido y efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma.</p>

Estricto	Materias: 1) En caso de una clasificación „sospechosa“ como las enumeradas en forma no taxativa en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados o sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones 3) cuando la medida afecta prima facie gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio.	i- Fin buscado no sólo debe ser legítimo e importante, sino además imperioso. ii- 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. iii- Aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto <sup>48</sup> . Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales afectados por el establecimiento de la medida.
----------	---	--

Fuente: Galeano, op.cit., p.10.

Esta sentencia considerada como Hito por cuanto consolida los criterios y pasos para realizar el Juicio Integrado de Proporcionalidad, es tomada en sentencias posteriores como fundamento en la solución de casos en los cuales se vea afectado el derecho a la igualdad, algunas son la Sentencia de Constitucionalidad 445 de 2011, C-221 de 2011, C-468 de 2011, y C-629 de 2011.

El Juicio Integrado de Proporcionalidad, se ha trabajado en diversos Tribunales especialmente en países suramericanos, donde a través de la nutrida jurisprudencia han logrado crear un modelo híbrido a partir de dos Tests que presentan considerables diferencias, el Test de Proporcionalidad de origen

Alemán y el Test de Igualdad de origen Norteamericano. Los resultados obtenidos a través del Juicio Integrado han sido muy buenos, sin embargo y considerando que el derecho tiene un carácter cambiante al que los textos constitucionales, los cuales no pueden quedarse petrificados, deben a los cambios que la misma sociedad vaya exigiendo, por lo tanto, queda abierta la posibilidad que con el pasar del tiempo se vaya mejorando esta integración dependiendo de las nuevos retos que se presenten al momento de la interpretación de casos difíciles donde se vea afectado el Derecho a la Igualdad.

#### **4. LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA FRENTE A LOS CASOS DÍFICILES POR COLISIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES**

En el presente capítulo se busca analizar la argumentación jurídica del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en casos que se configuran como difíciles por presentar colisión entre derechos fundamentales. Se hizo un rastreo de los fallos de tutela de primera y segunda instancia de la Sala civil-familia del Tribunal, tomando como periodo los años 2009 a 2011, gracias a la base de datos suministrada por la relatoría del Tribunal; se buscaron fallos referentes a colisión de derechos fundamentales a través de la descripción de los hechos y los derechos que buscaban ampararse, sin embargo, la mayoría de las acciones de tutela eran sobre temas de salud, cobro de salarios, vulneración al derecho de petición, derechos de desplazados, entre otros; líneas que ya están construidas y existen sub reglas trazadas. Como resultado final de toda la búsqueda sólo se encontraron nueve fallos de tutela con temas diferentes, posteriormente se procedió a analizar cada de las sentencia pero únicamente en tres de ellas se presentaron colisión de derechos fundamentales, criterio propuesto para la selección de los casos difíciles.

Una vez seleccionados los casos, se expondrán el análisis de la argumentación del Tribunal para determinar si se aplica o no la ponderación dentro del test de proporcionalidad, considerando previamente que la Corte Constitucional Colombiana ha realizado una nutrida jurisprudencia sobre el tema y lo ha utilizado para resolver casos difíciles.

Finalmente, se concluirá si el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en su sala Civil-familia obedece el precedente de la Corte

Constitucional o si por el contrario se aparta de él, si es el último caso se darán los argumentos que la institución tiene para no aplicar el test de proporcionalidad.

#### **4.1. ESTUDIO DE CASOS**

A continuación se expondrán los casos encontrados en la de la Sala civil – familia del tribunal del Distrito judicial de Bucaramanga, en los cuales se presenta colisión de derechos fundamentales configurando casos difíciles, tomando como referencia de tiempo del año 2009 al 2011. Como resultado de la indagación sólo se encontraron tres casos durante este periodo, pues generalmente las acciones de tutela instauradas ya tienen líneas jurisprudenciales trazadas como lo son la de la salud, derechos de personas en situación de desplazamiento, derecho de petición, cobro de acreencias laborales, etc.

Es necesario resaltar que se ha tomado por caso difícil aquel en el que se da colisión de derechos fundamentales, por cuanto son normas que pertenecen al mismo cuerpo constitucional, tienen la misma jerarquía, temporalidad y especialidad; Por esta razón, no pueden ser resueltos por subsunción o por los métodos de interpretación clásicos, se requiere de un método de interpretación que vaya más allá de la validez y taxatividad de la norma.

Los casos que se encontraron se presentarán en lo que sigue.

**4.1.1. Radicado 2009-137 de fecha 26 de marzo de 2009. Mg ponente. Dr. Jorge Enrique Pradilla Ardila.** Los hechos del caso son: Los padres de una niña de seis años de edad instauraron acción de tutela contra la Institución Educativa Francisco de Paula Santander de Málaga ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Málaga, por considerar vulnerado los derechos fundamentales a la Educación, libre desarrollo de la personalidad y dignidad de su hija, quien presenta

discapacidad cognitiva, ante la negativa de la institución de mantener a la niña en el plantel educativo en virtud de las necesidades especiales de la niña. La institución argumenta en su escrito de contestación que no se le negó el cupo a la niña, pero que no pueden escolarizarla pues se requieren condiciones especiales para la niña con las que no dispone la institución, como es la compañía de una persona que la lleve al baño, y la acompañe a salir del aula según se observó en la semana que asistió al colegio. El Colegio a partir de lo expuesto considera que las atenciones especiales que la niña requiere puede afectar el cumplimiento de los programas académicos de los demás estudiantes. Con esta razón se propondría por parte de la institución una colisión de derechos, los de la niña a la educación y los de los demás niños que se verían menoscabados ante la atención especial que requiere la niña. Dicha colisión fue resuelta por la institución a favor de los demás niños.

El Juez tuvo en cuenta el interés superior que ampara los derechos de los niños y mediante sentencia del 27 de Febrero de 2009, tuteló los derechos fundamentales de la niña, decisión que fue apelada por la Institución y la Secretaria de Educación Departamental, considerando que se vulnera el derecho al acceso a la educación, tratándose de una niña en condición de discapacidad, de las condiciones socioeconómicas de los padres, corresponde a la institución facilitar el ingreso mediante un horario flexible, la asignación de una docente para dichos propósitos tanto por la institución como por la Secretaría de Educación Departamental. La Institución apela la decisión y en segunda instancia conoce la Sala Civil-familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial De Bucaramanga.

Lo que hace que deba resolver el Tribunal el recurso de impugnación.

En su argumentación el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, en su sala Civil – Familia, señala que en materia de acceso a la educación pública, las disposiciones administrativas que regulan este servicio a cargo del Estado,

deben ceder ante la norma superior y por consiguiente las instituciones educativas se encuentran obligadas a garantizar el servicio público de la educación; agrega además que las condiciones de debilidad manifiesta en los niños, como lo es en este caso, con discapacidad cognitiva no es óbice para no permitir el acceso a la educación. De igual manera afirma que también se ve afectado el derecho fundamental de la dignidad de la persona por la institución educativa, al anteponer razones logísticas sobre los intereses superiores de la niña.

Trae a colación la Sentencia T-513 de 1999 de la Honorable Corte Constitucional como Magistrado Ponente la Dra. María Victoria Sáchica de Moncaleano, donde resalta que:

“la educación ordinaria es un servicio que se debe ofrecer a todos los niños sin tener en cuenta sus limitaciones o necesidades especiales y debe permitir el acceso adecuado y una integración permanente a la vida cotidiana. La educación especial se debe considerar sólo como un recurso extremo para aquellas situaciones en las que se concluya que este tipo de educación es la única posibilidad para que el niño pueda gozar el derecho a la educación.”

Y a partir del material probatorio el Tribunal concluye que teniendo en cuenta la problemática de la niña discapacitada, se ha creado una barrera institucional para evitar su ingreso a la Normal Superior de Málaga y pueda capacitarse para superar sus problemas de aprendizaje.

Por lo anterior, confirma sentencia de primera instancia amparando así los derechos fundamentales de la niña.

En el presente caso se observa una colisión de derechos fundamentales, por un lado el derecho al acceso a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad de la niña y por otro el derecho a la educación de los demás

estudiantes del Colegio y la Autonomía Institucional del Colegio Normal Superior de Málaga. A pesar de que el Tribunal no hizo referencia al principio de proporcionalidad y al Test de Ponderación, se hizo aplicación del mismo. El juez de tutela en segunda instancia tuvo en cuenta las condiciones fácticas del caso, como es la condición especial de la niña por su discapacidad cognitiva y los escasos recursos de sus padres, para determinar cuáles derechos fundamentales prevalecían sobre los otros.

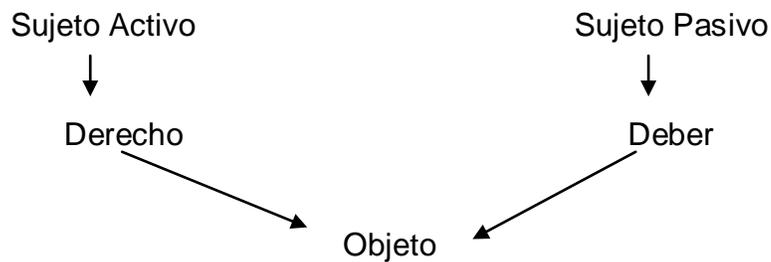
De esta manera, el derecho a la educación de los niños y niñas compañeros de colegio de la niña y el Derecho a la autonomía institucional cedieron frente a los derechos de acceso a la educación, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la dignidad. Considerando que el derecho a la educación es un servicio público y fundamental que debe ser proporcionado por el Estado sin limitaciones, especialmente cuando se trata de niños y niñas con alguna disminución física o psíquica como lo ha reiterado la Corte Constitucional, por ser personas de especial protección constitucional. Por lo tanto, la institución educativa debe garantizar el goce de éste derecho, sin excusas administrativas ni presupuestales.

Una vez analizado el fallo del Tribunal se puede decir que faltó estructurar la argumentación y resaltar la importancia de los derechos fundamentales en colisión, se debió mencionar también los derechos que estaban en cabeza del Colegio Normal Superior de Málaga, de esta manera se hubiera logrado un amplio estudio del test de ponderación, con respaldo en nutrida jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre proporcionalidad y ponderación.

**4.1.2. Radicado 2010-059 de fecha 15 de Abril de 2010. Mg ponente. Dra. Mery Esmeralda Agon Amado.** La señora Amparo Silva Lizarazo instauró acción de tutela contra el Juzgado 17 civil municipal de Bucaramanga, quien pidió la protección del derecho fundamental de vivienda de sus hijos, por cuanto se dictó sentencia en dicho juzgado donde se ordena la restitución del bien inmueble

arrendado al señor William Chaparro Valero propietario del bien inmueble, a pesar de que es el padre de los hijos de la accionante. El señor Chaparro solicita la restitución de la casa argumentando que tiene que trasladarse a dicho lugar con otros cinco hijos y su compañera.

Frente a este caso, el Tribunal en su sala civil – familia trae a colación al Dr. Carlos Bernal Pulido al tratar la gráfica sobre las posiciones que establecen los derechos fundamentales:



El sujeto activo es el titular del derecho; el sujeto pasivo es quien debe satisfacer dichos derechos, y el objeto puede consistir en:

- En las posiciones iusfundamentales de defensa, en una abstención estatal.
- En las posiciones iusfundamentales de prestación en un comportamiento del sujeto pasivo.
- En las posiciones iusfundamentales de una garantía institucional, en una específica abstención. “El deber de abstenerse a abolir una determinada institución: el matrimonio, el sufragio o la propiedad”.

De lo anterior se infiere que los elementos constitutivos de un derecho fundamental son: su correspondencia con el deber de otro y la capacidad de traducirse en una pretensión judicial cuya garantía subsidiaria es la tutela.

A partir de las premisas anteriores, aduce el tribunal que el derecho fundamental de alimentos comprende la habitación y que los padres tiene esta obligación y el Estado debe garantizar que este derecho no sea violentado. Sin embargo, hay situaciones en que se presenta colisión entre derechos fundamentales, en el presente caso:

- a. Por una parte el derecho al acceso a la administración de justicia y debido proceso del señor Chaparro, pues un fallo judicial que reconoce un derecho y no se cumple en sus términos es la violación a estos derechos.
- b. De otro lado se encuentra el derecho fundamental a la vivienda de los hijos de la accionante y que al mismo tiempo son hijos del señor Chaparro Valero.

Frente a esta colisión el tribunal en su último punto denominado “Armonización de los Derechos en Conflicto y solución del caso”, el Tribunal debió analizar cual derecho prevalece y cual debe ceder ante el otro, para esto realiza el siguiente análisis:

El señor CHAPARRO VALERO es el titular en concreto del derecho fundamental a que el Juez 17 civil municipal de Bucaramanga cumpla con la prestación que impuso en la sentencia... ¿Pero qué implica la entrega inmediata de este inmueble? Que los menores se queden sin vivienda. Entonces el señor Chaparro debe verse en su doble condición, por un lado titular de un derecho y por otro el obligado de garantizar el derecho a la vivienda a sus hijos; Entonces si el Juez 17 civil municipal hace entrega del bien inmueble garantiza el derecho fundamental al señor Chaparro pero vulnera el de los niños.

Por lo tanto hay dos formas de solucionar el conflicto: la primera opción es que el juez haga la entrega directamente del bien inmueble, sólo en la medida en que esté demostrado que los menores tienen garantizado su derecho a la habitación, de esta manera se garantizan los dos derechos en conflicto. La segunda opción y

la cual puede resultar extrema, es la convivencia de todos sus hijos en dicho inmueble.

Lo anterior tiene su fundamento en la siguiente norma:

“Art. 9. Código de la Infancia y la Adolescencia: REVALENCIA DE LOS DERECHOS. En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.”

Finalmente resuelve amparar el derecho fundamental a la vivienda de los niños de la señora Lizarazo, ordena al Juez 17 civil municipal de Bucaramanga restituir el bien inmueble siempre y cuando el sr Chaparro garantice este derecho a los niños, dicha garantía puede ser el pago de una cuota de alimentos o la entrega del goce de otro inmueble.

En este fallo el Tribunal realizó un buen trabajo en argumentación, determinó los derechos fundamentales que se encontraban en colisión y se analizó cual derecho debía ceder ante otro del mismo rango constitucional, en un punto llamado “Armonización de los derechos en conflicto”. Frente a esta denominación el Tribunal incurre en un error, por cuanto el conflicto se genera entre reglas o normas pero cuando se trata de derechos fundamentales o principios se habla de colisión. Al respecto el Dr. Ramón Ruiz Ruiz aduce:

“la distinción entre reglas y principios se muestra clarísimamente en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, si se aplican independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios; sin embargo, existen diferencias en la forma como se soluciona el conflicto.”<sup>88</sup>

**4.1.3 Radicado 2011-232 de fecha 30 de Mayo de 2011. Mg ponente. Dr. José Mauricio Marín Mora.** EL Doctor Juan De Dios Solano Solano instauró acción de tutela contra el señor presidente Juan Manuel Santos Calderón, al considerar que se han vulnerado sus derechos fundamentales al buen nombre, a la honra, al debido proceso, a la vida, al trabajo, a la igualdad y a la presunción de fé. El accionante es Juez segundo Penal para Adolescentes de Bucaramanga, quien entre el 18 y 24 de Abril de 2011 conoció el habeas corpus incoado por José Marbel Zamora Pérez, privado de la libertad en la cárcel de Palogordo (Girón), declarándolo procedente mediante providencia el 22 de Abril de 2011, ordenando la libertad inmediata de éste. Esta situación provocó reacciones en el Gobierno Nacional, especialmente por el pronunciamiento que realizó el Dr. Juan Manuel Santos en los medios de comunicación (Noticiero RCN del Domingo 24 de Abril de 2011 en la emisión de las 7 pm) quien manifestó que un juez de la Republica que había dejado en libertad a ésta persona, era una manzana podrida en la administración de justicia ya que el detenido era un delincuente muy peligroso, la mano derecho de Jojoy.

El accionante solicita se ordene al Dr. Juan Manuel Santos se rectifique de lo dicho ante los medios televisivos, escritos y radio, puesto que considera sus afirmaciones como falsas, injuriosas y calumniadoras.

---

<sup>88</sup> RUIZ RUIZ, Ramón. La ponderación en la resolución de colisiones de Derechos fundamentales. Especial referencia a la Jurisprudencia constitucional española. Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 10. 2006-2007. España. Pág. 57

Por su parte el apoderado del señor presidente se opuso al amparo impetrado, argumentando que el Dr. Juan Manuel Santos en uso de su derecho fundamental a la libertad de expresión afirmó la existencia de algunas manzanas podridas y la necesidad de tomar medidas correctivas, sin que en ningún momento se hiciera referencia personal y directa al accionante, además sus declaraciones deben interpretarse dentro del contexto de la realidad actual donde a diario se descubren casos de corrupción dentro de las instituciones del Estado.

En el presente caso el Tribunal menciona que los derechos a la intimidad personal, familiar, al buen nombre y la honra deben ser respetados por el Estado y protegidos por el mismo, ya que son considerados como fundamentales. Se trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional T-714 de 2010, donde se aduce que se entiende lesionado el buen nombre cuando se difunden afirmaciones, informaciones e imputaciones falsas o erróneas respecto de las personas. En cuanto a la honra, recalca lo dicho en la sentencia C-489 de 2002 del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, pues se resalta que la honra es la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen.

En relación con lo expuesto por la defensa, el Tribunal afirma que el primer mandatario se refería específicamente al Juez Segundo de Menores de Bucaramanga, Dr. Juan de Dios Solano Solano, y que no se busca controvertir ni desconocer el derecho fundamental a la libre expresión del mandatario en el desempeño de su cargo. Sin embargo, si al manifestarse se utilizan palabras que afecten los derechos de los demás no es tolerable ni permitido, pues Colombia es un Estado de Derecho donde existe total independencia de las Ramas del Poder Público, y no es admisible que una de ellas califique a un Juez de la República por una decisión tomada en ejercicio de sus funciones, a quien tildó de manzana podrida. Y es que el término podrido según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia significa: “Dicho de una persona o de una institución

corrompida o dominada por la inmoralidad”, por consiguiente esta afirmación afectó la imagen del accionante ante la sociedad y ciudadanía.

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal decide que el amparo excepcional es viable en aras de evitar un perjuicio irremediable, además el proceso penal en el presente caso no tiene como objetivo esencial obligar al procesado a rectificarse frente a las expresiones hechas, pues la retractación queda a entera voluntad del procesado; en cambio el amparo tutela resulta idóneo para la protección de los derechos fundamentales vulnerados como el buen nombre y la honra. Finalmente se decide amparar sólo los derechos al buen nombre y a la honra, pues no se consideran violados los derechos a la vida, al trabajo y al debido proceso, y se ordena al Señor Presidente retractarse en los términos que expresó el actor.

En este fallo objeto de análisis, existe una colisión entre el derecho fundamental a la libertad de expresión del señor Presidente Juan Manuel Santos vs los derechos al buen nombre y la honra del señor Juez Segundo Penal para Adolescentes de Bucaramanga. Sin embargo, el Tribunal no hace referencia a la situación ni desarrolla de manera organizada el Juicio de Proporcionalidad, como se hizo en la sentencia de Tutela con Radicado 2010-059 de fecha 15 de Abril de 2010. Mg ponente. Dra. Mery Esmeralda Agon Amado. A pesar de eso, realiza un estudio sobre los hechos para determinar qué derecho fundamental tiene prevalencia en el caso, inclinándose por el derecho al buen nombre y el derecho a la honra, al considerar que el derecho a la libertad de expresión de garantizarse pero tiene como límite manifestaciones que afecten otros derechos, que para el caso es el derecho a la honra y buen nombre, pues se afecta la imagen de la persona ante la sociedad y la ciudadanía.

## 4.2 LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BUCARAMANGA EN LOS CASOS DIFÍCILES

No existe un alto número de fallos de tutela en donde se configuren casos difíciles, sin embargo del análisis de los tres pronunciamientos identificados y en especial de la sentencia de tutela con Radicado 2010-059 de fecha 15 de Abril de 2010. Mg ponente. Dra. Mery Esmeralda Agon Amado, en la cual se resolvió una colisión entre los derechos fundamentales al acceso a la administración de justicia y debido procesos derecho de vivienda, se pueden proponer algunas reflexiones sobre la forma en que el Tribunal resuelve este tipo de casos.

En dicho pronunciamiento el Tribunal señaló:

“hay ocasiones en que los derechos fundamentales colisionan con otros, de manera que debe el juez buscar las vías para que sea procedente su coexistencia, sin que en ningún caso pueda eliminar el núcleo esencial de alguno. Lo máximo que podrá hacer es dar lugar a la prevalencia, pero nunca a vaciar del derecho de alguno de los involucrados en el conflicto”<sup>89</sup>

El tribunal resuelve este caso en cinco pasos: Hechos del caso, Derecho fundamental (en donde analiza y construye su argumentación en torno a los componentes del derecho fundamental), los derechos en conflicto, la armonización de los derechos en conflicto y la solución del caso, para concluir con las consideraciones finales.

Como se puede observar, a pesar de ser pocos los casos donde colisionan derechos fundamentales, el Tribunal realiza la ponderación respectiva con el fin de

---

<sup>89</sup>Radicado 2010-059 de fecha 15 de Abril de 2010. Mg ponente. Dra. Mery Esmeralda Agon Amado. Sala civil-familia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

determinar qué derecho prevalece sobre el otro. Sin embargo, es importante destacar que la sala civil – familia del Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga aplica el Test de Proporcionalidad y Juicio de Ponderación sin hacer referencia a la Teoría de Derechos fundamentales de Robert Alexy; en los fallos identificados sólo en uno se menciona al Dr. Carlos Bernal Pulido, los restantes no trabajan referencias frente al tema, reflejando falta de argumentación a partir de teorías.

De esta manera, se concluye que existe obediencia al precedente constitucional en los casos analizados en los que se evidenciaban la colisión de derechos y se requería como ejercicio argumentativo la ponderación; sin embargo, faltó por parte del Tribunal argumentación con fundamentos teóricos, por cuanto cae en pronunciamientos aparentemente subjetivos.

## CONCLUSIONES

En el primer capítulo se analizó la Teoría de Derechos Fundamentales de Robert Alexy, quien define como norma de derecho fundamental aquellas que son expresadas directamente por enunciados de la ley fundamental, de igual manera, aduce que una norma de derecho fundamental también lo es cuando está adscrita a una norma que se expresa directamente del texto constitucional. Robert Alexy trata sobre la estructura de la norma, y a partir de la estructura se divide en Principios y Reglas. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes, también llamados mandatos de optimización. Por otro lado, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. En lo que respecta a la colisión entre principios se da cuando un principio precede a otro, sin llegar a eliminarlo o desplazarlo por una cláusula de excepción, se considera que los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Cuando un principio precede a otro, se denomina ley de colisión. En cambio los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez.

La teoría de Robert Alexy también tiene grandes contradictores, está el filósofo profesor Jürgen Habermas, sociólogo y filósofo alemán representante de la escuela de Frankfurt, su primera objeción se basa en la afirmación que por la ponderación los derechos se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores, perdiendo así la “primacía estricta” que debe ser característica de los “puntos de vista normativos”. En cuanto a la segunda objeción, al ponderar se aleja de la corrección y la justificación, en otras palabras una ponderación de juicios de valor jamás podría justificar tener por correcto el juicio. También se encuentra Aulis Arnio quien afirma que Rechaza que los principios puedan considerarse mandatos de optimización. Necesita una clarificación conceptual.

Sea P un principio, libertad de expresión. El principio mismo no puede conceptualmente, ser un mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser optimizado más o menos. Además, no comparte la diferenciación entre principios y reglas, teniendo en cuenta como base de su posición la diferenciación entre validez formal, validez por la vigencia o eficacia y la validez axiológica. Finalmente, Luis Prieto Sanchís no le da a la distinción entre principios y reglas la relevancia o importancia que expresa Robert Alexy a través de su teoría, para Sanchís los principios constitucionales son enunciados lingüísticos emitidos por órganos creadores de derecho como leyes o sentencias, o bien a través de la práctica social como la costumbre; por lo tanto, estos principios son inteligibles desde el punto de vista positivista.

En el segundo capítulo se observa como la Corte Constitucional Colombiana ha aplicado en sus fallos el Test de Proporcionalidad basado en el Juicio de Ponderación, pero también ha realizado una integración entre este test con el de Igualdad. El test de proporcionalidad y el test de igualdad se complementan puesto que los dos buscan determinar si un trato diferente tiene o no un fundamento objetivo, razonable, y si el trato es idóneo para alcanzar el objetivo. La Corte Constitucional en la Sentencia C-720 de 2007, expresa que una restricción de los derechos fundamentales puede considerarse constitucional siempre y cuando no vulnere garantías constitucionales y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio queda superado si se cumplen los siguientes presupuestos: 1) Que tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) Que constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) Que sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) Que exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.

En el tercer capítulo, se realizó la reconstrucción de la línea jurisprudencial que trazó la Corte Constitucional Colombiana con relación a la aplicación del Test de Proporcionalidad en fallos de tutela, aplicando el método de análisis dinámico y estático de Diego López Medina se tuvo como resultados: La Sentencia Arquimédica **C-598 de 2011**; Sentencia Fundadora es la **T-422 de 1992**<sup>90</sup>, primer sentencia en la cual la Corte Constitucional se pronuncia sobre el **Test de Proporcionalidad** aduciendo que los medios que el legislador escoja no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, de igual manera deben ser legítimos; La **Sentencia C-093 de 2001** fija los pasos para realizar el test de proporcionalidad y se pronuncia sobre la importancia y características de la Integración del Test de Proporcionalidad con el Test de Igualdad; y como Sentencia Confirmatoria de Principio es la **Sentencia C-543 de 2011**: En este fallo la Corte Constitucional reitera los pasos para aplicar el Juicio de Proporcionalidad.

Finalmente, en el cuarto capítulo se hizo aplicación en la sala civil-familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en virtud de conocer si ésta institución se aparta o no del precedente constitucional en cuanto a la aplicación del Test de Proporcionalidad basado en el Juicio de Ponderación y su integración con el Juicio de Igualdad. A pesar de revisar los fallos de tutela correspondientes a los años de 2009 a 2011, sólo se encontraron tres casos que se pueden catalogar como difíciles por cuanto presentan colisión de derechos fundamentales. El Tribunal argumenta que hay ocasiones en que los derechos fundamentales colisionan unos con otros, por lo tanto, el juez debe buscar las vías para que sea procedente su coexistencia, sin que en ningún caso pueda eliminar el núcleo esencial de alguno. Lo máximo que podrá hacer es dar lugar a la prevalencia, pero nunca a vaciar del derecho de alguno de los involucrados en el conflicto. Se concluye de esta manera, que hay obediencia al precedente por

---

<sup>90</sup> RANGEL PEÑA, Jorge Eliecer. Sentencia T-422 de 1992. Corte Constitucional Colombiana.

parte de esta institución en cuanto a la aplicación de ponderación de derechos fundamentales.

## BIBLIOGRAFIA

AARNIO, Aulis: Las Reglas en serio, en A. Arnio, Ernesto Garzón Valdés (comps), La Normatividad del Derecho, Barcelona, Gedissa, 1997.

AARNIO, Aulis: Reglas y principios en el razonamiento jurídico. Anuario da Faculta de Dereito da Universidade da Coruña 4, 2000.

AGUILÓ REGLA, Josep: Fuentes del Derecho y Normas de Origen Judicial, Ariel, Barcelona, encontrado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/3/ens/ens14.pdf>

ALEXY, Robert: Teoría de los derechos fundamentales Traducida por Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1993.

ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997.

ALEXY, Robert: Teoría de los Derechos Fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdes. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1997, Pág. 86 y87

ARAUJO RENTERÍA, Jaime: Los Métodos judiciales de ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Anuario de Derecho constitucional Latinoamericano.

ARROYO JIMENEZ, Luis: Ponderación, Proporcionalidad y Derecho Administrativo, Revista del Análisis del Derecho, Madrid, Mayo de 2009.

ATIENZA, M., ¿Qué puede hacer la teoría por la práctica judicial? (en "La Teoría Jurídica desde la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho"), Cuadernos y estudios de derecho judicial.

BAQUERIZO MINUCHE, Jorge. Colisión de Derechos Fundamentales y Juicio de Ponderación.

BARROS, Enrique: Reglas y Principios en el Derecho.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Juicio de la Igualdad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Externado de Colombia.

BERNAL PULIDO, Carlos: Estructura y Límites de la Ponderación. Universidad Externado de Colombia, 2003.

BOTERO, Bernal, Andrés. Recepción crítica (y parcial) de la concepción sobre sistema jurídico y razón Práctica de Robert Alexy. Biblioteca Jurídica Virtual. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

CARBONELL, Miguel. Igualdad y Constitución, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, 2004.

CHAUMET, Mario E. Perspectiva Trialista para la caracterización de los casos difíciles. Revista Cartapacio No.4.

Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. Sentencia 00045-2004-PI/TC Tribunal Constitucional Peruano.

DWORKIN, Ronald: Los Derechos en Serio.

ETO CRUZ, Gerardo. El desarrollo del Derecho Procesal Constitucional a partir de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. Lima. Centros de Estudios Constitucionales. 2008.

GALEANO, Fernando. Test de Igualdad en la Jurisprudencia Constitucional, Revista la Corte bajo la Lupa, Observatorio Constitucional Universidad de los Andes, Informe No.4 Mayo de 2001.

Gutarra Edwin Figueroa. Ponderación y proporcionalidad: un esbozo como técnicas de interpretación constitucional, Criterios jurisprudenciales. Encontrado en <http://edwinfigueroa.files.wordpress.com/2011/05/ponderacion-y-proporcionalidad-como-tc3a9cnicas-de-interpretacion-constitucional-pdf.pdf>

Gutarra Edwin Figueroa. Ponderación y proporcionalidad: un esbozo como técnicas de interpretación constitucional, Criterios jurisprudenciales. Encontrado en HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 4a. ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.

HABERMAS, Jürgen: *Die Einbeziehung des Anderen*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1994.

JIMENEZ ARROYO, Luis: Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo. Revista para el Análisis del Derecho, Madrid. Mayo de 2009.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los Jueces. Editorial Legis. 2006

PRIETO, Sanchís: El constitucionalismo de principios. Entre el Positivismo y el Iusnaturalismo.

RANGEL PEÑA, Jorge Eliecer. Sentencia T-422 de 1992. Corte Constitucional Colombiana.

REAL ALCALA, Alberto. Deber Judicial de Resolución Y Casos Difíciles. Revista Panóptica. Número 18. Marzo – Junio de 2010.

RUIZ RUIZ, Ramón. Algunas Aplicaciones e Implicaciones del Principio de Proporcionalidad. Revista Telemática de Filosofía del Derecho No. 14, 2011.

RUIZ RUIZ, Ramón. La Ponderación en la Resolución de Colisiones de Derechos Fundamentales. Especial Referencia a la Jurisprudencia Constitucional Española No.10, 2006.

SERNA, Pedro. CRUZ, Luis. El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su Naturaleza, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Pág.2 encontrado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2560/19.pdf>

SERNA, Pedro. El Juicio de Ponderación: Reflexiones en Torno a su Naturaleza, Investigaciones Jurídicas UNAM.

SERNA, Pedro: El Juicio de Ponderación: Reflexiones en torno a su naturaleza.

STC N.º 6712-2005-HC/TC. Lima. Caso Magaly Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny. EL Test de Ponderación como Protección al Principio de Igualdad. 2 de octubre de 2008 encontrado en <HTTP://JHONNYTUPAYACHI.BLOGSPOT.COM/2008/10/EL-TEST-DE-PONDERACION-COMO-PROTECCION.HTML>

VEGA ARENAS, Johana: “La Ponderación como técnica de solución al conflicto de Principios en el Derecho Administrativo, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá encontrado en <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/987/7/52454977.pdf>

WINFRIED KLUTH. Prohibición de Exceso y Principio de Proporcionalidad. No.5, Sep-Dic de 1998, INAP, Pág. 220 y ss

ITURRALDE SÁNCHEZ, Manuel Alejandro: La obra de Pierre Menard, autor del Quijote (o de la hermenéutica jurídica y la teoría de Argumentación de Robert Alexy. Revista de Derecho Público No.7.

### **SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

GAVIRIA DIAZ, Carlos. Sentencia C-022 de 1996, Corte Constitucional Colombiana.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Sentencia C-673 de 2001. Corte Constitucional Colombiana.

CEPEDA ESPINOSA, Manuel José. Sentencia T-86 de 2007, Corte Constitucional Colombiana.

MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia C-093 de 2001. Corte Constitucional Colombiana.

MARTINEZ CABALLERO, Alejandro. Sentencia C-309 de 1997. Corte Constitucional Colombiana.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Sentencia T-116 de 2004, Corte Constitucional Colombiana

PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio. Sentencia C-598 de 2011. Corte Constitucional Colombiana.

SIERRA PORTO, Antonio Hernando. Sentencia C-629 de 2011. Corte Constitucional Colombiana

SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia C-543 de 2011. Corte Constitucional Colombiana.

HENAO PEREZ, Juan Carlos. Sentencia C-055 de 2010, Corte Constitucional Colombiana.