

# El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la corte constitucional Colombiana

The proportionality test: Its use and application in the jurisprudence of the colombian constitutional court

Angélica Armenta Ariza\*\*

Cómo citar este artículo: Armenta Ariza, A. (2018). El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Revista Verba Iuris*, 14 (41). pp. 121-133.

## Resumen

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

Dentro del denominado neoconstitucionalismo cabe destacar el uso de los denominados test por parte de los tribunales constitucionales, y para el caso de Colombia, de la Corte Constitucional colombiana. Para el presente caso, el objeto de estudio de la investigación se centra en describir y analizar, la figura del uno de estos, como es, el test de proporcionalidad, así como revisar su uso y metodología por parte de la Corte Constitucional colombiana, tema que resulta de gran importancia nos solo para el derecho constitucional, sino para todo lo que respecta al ordenamiento

---

Fecha de Recepción: 8 de julio de 2018 • Fecha de Aprobación: 27 de septiembre de 2018

\* Trabajo producto del proyecto de investigación: “El test de proporcionalidad: Su uso y aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” gestionado en el marco del programa de la Maestría de Derecho Administrativo de la Universidad Libre (Bogotá – Colombia)

\*\* Abogada. Especialista en Derecho administrativo. Especialista en Derecho Constitucional. Magister en Derecho Administrativo Universidad Libre. [angelicaarmentaariza@hotmail.com](mailto:angelicaarmentaariza@hotmail.com)

Reception Date: July 8, 2018 • Approval Date: September 27, 2018

\* Work product of the research project: “The test of proportionality: Its use and application in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court” managed within the framework of the program of the Master of Administrative Law of Universidad Libre (Bogotá - Colombia).

\*\* Lawyer. Specialist in Administrative Law. Specialist in Constitutional Law. Master in Administrative Law, Universidad Libre. Electronic mail: [angelicaarmentaariza@hotmail.com](mailto:angelicaarmentaariza@hotmail.com)

jurídico colombiano; por cuanto, el test de proporcionalidad viene siendo uno de los métodos hermenéuticos más utilizados por la Corte Constitucional para el ejercicio del control constitucional, abstracto o concreto, en todas las temáticas del derecho, esto es, en lo penal, civil, laboral, familia, tributaria, policivo, disciplinario, etc.

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

**Palabras clave:** Proporcionalidad, test de proporcionalidad, control constitucional, Derechos Humanos

## Abstract

With the entry into force of the Political Constitution of 1991, one of the transcendental changes that took place was the creation of the Colombian Constitutional Court, which was entrusted with guarding the integrity and supremacy of the Constitution through the granting of functional competence to exercise the complex constitutional control in a State. For the exercise of such control, the Constitutional Court and before the new constitutional model provided in the 1991 Constitution, has resorted to what is called neo-constitutionalism, that is, the application of new forms, figures and institutions within constitutional law that allow him to fulfill this function, leaving aside the excessive formalism imposed by the rigorous positivist and exegetical model, to go to control models much more in line with the Social Rule of Law.

Within the so-called neo-constitutionalism, it is worth mentioning the use of the so-called tests by the constitutional courts, and in the case of Colombia, of the Colombian Constitutional Court. For the present case, the object of study of the investigation focuses on describing and analyzing the figure of one of these, such as the proportionality test, as well as reviewing its use and methodology by the Colombian Constitutional Court, subject which is of great importance to us not only for constitutional law, but for everything related to the Colombian legal system. As such, the proportionality test has been one of the hermeneutical methods most used by the Constitutional Court for the exercise of constitutional control, abstract or concrete, in all the subjects of law, that is, in criminal, civil, labor, family, tax, police, disciplinary, etc.

This document focuses on describing and analyzing the proportionality test and its methodology of application by the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court, which is developed in two sections, namely: a first section, in which the conceptual framework is described of the proportionality test, its definition and origin, and a brief reference to comparative law and a second section, in which the arrival of the principle of proportionality in the Colombian Constitutional Court is described, as well as the methodology of the proportionality test, for finally present some conclusions of the proportionality test in light of the use given by the Colombian Constitutional Court.

**Keywords:** Proportionality, Proportionality Test, Constitutional Control, Human Rights.

## Introducción

Para el ejercicio del control constitucional ordenado por la Constitución de 1991 en el artículo 241, la Corte Constitucional colombiana acude al uso de un instrumento novedoso denominado test de proporcionalidad, el cual no había sido utilizado en Colombia por alguna corte, y puntualmente, por la Corte Suprema de Justicia cuando tuvo a su cargo el ejercicio de dicho control. (González, 2014)

La razón de apelar a este nuevo método tuvo como propósito implementar una herramienta hermenéutica que le permitiese realizar el control constitucional (abstracto y concreto), del modo más *razonable* posible teniendo en cuenta la relevancia socio jurídico que representa el ejercicio de dicha función (González, 2016). En ese orden de ideas, el propósito de la Corte Constitucional se enfocó en realizar el control constitucional mediante el uso de método que resultare lo más objetivo posible en el desarrollo de esta tarea, el cual como se indicó, no había sido utilizado antes en Colombia, lo que lo hace per se una herramienta novedosa para el control constitucional. (Vargas & Bracchi, 2016)

Es preciso señalar, que la función de hacer control constitucional, es una de las más importantes dentro de un estado social y democrático de derechos, lo cual hace además que dicha función deba tener no solo legitimidad en quien la ejerce, sino en el cómo se ejerce, lo que hace surgir la imperiosa necesidad de motivar razonablemente las decisiones que en virtud de tal control se profieran, dotándolas de tal modo de una fuerte carga argumentativa acorde a la luz de los Derechos Humanos y los tratados internacionales que sobre la materia ha suscrito el Estado colombiano. (Guarín, 2018)

En este texto se aborda el principio de proporcionalidad, y su aplicación de en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, así como el test de proporcionalidad, éste último

como metodología adoptada por algunos tribunales constitucionales (Tribunal Constitucional Español y Tribunal Constitucional Alemán), el cual se utiliza como instrumento para determinar con el mayor grado de *razonabilidad* posible, en qué eventos existe una posible vulneración del derecho a la igualdad o de sí determinada medida es acorde o ajustada o no a la Constitución de determinado estado, o a la luz del marco del derecho internacional de los Derechos Humanos (Quiroz, 2014) para así determinar, en palabras de Quinche Ramírez (2010), en cada caso concreto ¿Si acontece una discriminación o una diferencia de trato inconstitucional o no justificada?

El asunto de esta investigación consiste en realizar una revisión conceptual y jurisprudencial del principio de proporcionalidad, así como de la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional colombiana, y así determinar los criterios que le permiten a los usuarios del derecho, saber si se está o no, frente a una decisión contraria a la razonabilidad violación del principio de proporcionalidad, que en algunos casos implica la violación del derecho a la igualdad, apelando al principio de *proporcionalidad*. (Daza, 2013)

En este sentido, se asiste al tránsito entre el criterio tradicional de evaluación o de aplicación positivista del derecho como modelo habitualmente usado, al modelo y/o criterios *contemporáneos*<sup>1</sup> de evaluación. En la tradición, si se quería saber si se estaba o no frente a una norma ajustada o no a la constitución, o ante la transgresión de disposiciones constitucionales o la violación de un derecho, ej. el derecho a la igualdad o no, se apelaba al criterio de “interdicción de la arbitrariedad”. (Quintero & Molina, 2013)

De esta manera, si la medida adoptada por el legislador (la diferencia de trato, para el caso)

<sup>1</sup> Existen varios: test de proporcionalidad, test de razonabilidad y test de igualdad.

era arbitraria, entonces resultaba inconstitucional, y en sentido contrario, si no lo era, debía permanecer en el sistema (Niño, 2016). No obstante, este criterio era muy exigente, y hasta indeterminado, razón por la cual, hubo necesidad de desarrollar una metodología distinta, de tipo *argumental*, contemporáneamente entendida como “*test proporcionalidad*”, y que tiene una versión propia para el derecho a la igualdad denominada el “*test de igualdad*”. (Llano, 2013)

Así, este documento aborda el *test de proporcionalidad* como criterio o parámetro contemporáneo de control de medidas legales y en algunos casos de hechos concretos, el cual le permite a los Estados constitucionales y democráticos, y más exactamente a sus tribunales constitucionales determinar con el mayor grado de razonabilidad posible si la medida legislativa o ejecutiva<sup>2</sup> adoptada, vulnera o no la constitución y los Derechos Humanos. (Aldana & Guarín, 2016)

Teniendo en cuenta lo anterior, el problema de la presente investigación se centra en determinar cuál ha sido el uso y aplicación que le ha dado la Corte Constitucional colombiana al test de proporcionalidad en el ejercicio del control constitucional. Para lo cual, el documento se desarrolla en dos secciones, saber: una *primera sección*, en la cual se describe el marco conceptual del test de proporcionalidad, su definición y origen, y se realiza una breve referencia al derecho comparado y una *segunda sección* en la cual se describe el arribo del principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana, así como la metodología del test de proporcionalidad, para finalmente presentar algunas conclusiones del test de proporcionalidad a la luz del uso dado

<sup>2</sup> Para el caso de los estados de excepción el Estado colombiano los cuales tienen control constitucional por parte de la Corte Constitucional Colombiana en virtud del artículo 241. 9 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

por la Corte Constitucional colombiana al mismo.

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

## Algunos antecedentes frente a la temática en análisis

La Corte Constitucional acudió desde sus inicios al denominado test de proporcionalidad, que aun cuando, no es una novedad en Estados Unidos ni en Europa, si lo era en Colombia. Siguiendo con la premisa inicial, la Corte Constitucional acude desde sus inicios a lo que se denomina el test de proporcionalidad, (Ballesteros, 2015), entendido este en palabras de Encarnación Roca Trías (2017)<sup>3</sup>, como la herramienta argumentativa en la cual

*(...) lo que se va a analizar es su utilidad (su idoneidad para alcanzar el fin pretendido), su necesidad (en ausencia de otra alternativa igualmente eficaz y menos problemática) y, por fin, su “proporcionalidad”, atendido su grado de injerencia en un ámbito protegido*

<sup>3</sup> “Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española”. Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España. Roma - octubre 2013. Magistrada Encarnación Roca Trías. Letrada M.ª Ángeles Ahumada Ruiz. p. 3. <https://www.tribunalconstitucional.es/ActividadesDocumentos/2013-10-24-00-00/2013-PonenciaEspa%C3%B1a.pdf> Consultado 24, 06, 2017.

*así como el carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados. De resultas de este examen se juzgarán inaceptables normas, medidas o actuaciones en la medida en que impongan un sacrificio inútil, innecesario, o desequilibrado por excesivo, de un derecho o interés protegido.”*

Por tratarse de un método o herramienta novedosa debido a su reciente llegada y uso en el sistema jurídico colombiano, su terminología, conceptos, metodología, tipos de test y niveles de este, entre otros aspectos dogmáticos, resultaron exóticos en nuestra cultura jurídica; incluso para algunos despachos de la Corte, quienes lo utilizaban inicialmente de manera un poco tímida; razón por la cual, la construcción de la dogmática alrededor de este concepto no ha resultado tarea fácil, ya que si bien es cierto, se sustenta en los criterios de proporcionalidad y su base se orienta alrededor de este macro principio, el cual ha sido profundamente estudiado, la tarea más ardua consistió y aún consiste en elaborar su dogmática, no la referida al principio de proporcionalidad, sino la del test que surge a partir de dicho principio, así como, los pasos de éste, los tipos de test y en qué supuestos se aplica uno u otro; tarea que al no ser sencilla, ha generado detractores y defensores de este tipo de metodología al momento de su uso en cada caso concreto, al señalársele que carece de la tan anhelada objetividad y razonabilidad con la cual se pretende arropar.

Pese a ello, no es menos cierto que ante la inminente realidad de decidir lo que es o no constitucional, no simplemente de resolverlo, sino la tarea de decidirlo con argumentos constitucionales razonables, tarea para lo cual el derecho constitucional se nutre de la doctrina de la argumentación, la cual previa a la Constitución de 1991, se había caracterizado por un modelo más exegético, en el cual la Constitución no era fuente vinculante para el

control constitucional, dogma que se modifica sustancialmente con la nueva constitución y el nuevo modelo que ella planeta.

La modificación de dicho dogma en el ejercicio del control constitucional comportó la tarea de construcción en Colombia de una nueva institución jurídica, a la que se le denominó *test de proporcionalidad*, figura novedosa que impregna de una fuerte dosis de carga argumentativa los fallos que emita la Corte Constitucional al momento de revisar (controlar) medidas legislativas, decisiones ejecutivas o ante situaciones fácticas; y así, determinar con el mayor grado de razonabilidad, por ende, de objetividad posible, en qué casos se está ante situaciones que contrarían el modelo constitucional establecido en el 1991, lo que de contera resultaría violatorio de los Derechos Humanos.

En consecuencia, el control constitucional empieza a tornarse específico para cada medida o caso revisado; y por ende, obligatoriamente surge la pregunta acerca de

*¿Cómo determinar en cada caso concreto, sí, la medida legislativa o ejecutiva, o el hecho bajo examen, son violatorios de la constitución política de 1991 y de los Derechos Humanos?,*

y para dar respuesta a este interrogante, la Corte acudió a la experiencia internacional, tanto norteamericana como europea, dando aplicación al principio de proporcionalidad y al test de proporcionalidad, el cual fue tímidamente utilizado por algunos despachos de la Corte, y posteriormente, por casi la totalidad de ésta, hasta convertirse en una herramienta de uso generalizada para el ejercicio del control constitucional abstracto o concreto, en aras de evitar pronunciamientos subjetivos por parte del Tribunal Constitucional, buscando el amparo en argumentos más objetivos que contentan una mayor carga argumentativa.

Inicialmente, el test ha adoptado varios nombres, como test de proporcionalidad, de razonabilidad, y test de igualdad, cuando se tratará de la verificación de la presunta violación de este derecho. Sin embargo, se precisa, para efectos puramente metodológicos, que, en el presente documento, sólo hará alusión al test de proporcionalidad, en el que se pretende describir y analizar el test de proporcionalidad y su metodología de aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana.

## 1. Nuevo enfoque de Derechos Humanos

Con la entrada en vigencia del modelo de estado social de derecho dispuesto en la Constitución de 1991, se hacía necesario un nuevo enfoque o mirada de los Derechos Humanos, pasando de la mirada vertical a una postura horizontal de importancia de los mismos.

## 2. Principio de supremacía constitucional

Con la Constitución de 1991 reitera la consagración del principio de supremacía constitucional, el cual ya había sido dispuesto desde la reforma constitucional de 1910; principio que incorpora no solo su manifestación teórica, sino que exige a su vez la implementación de la herramienta denominada control constitucional, con el objeto de garantizar la eficacia del citado principio.

## 3. Órgano de control constitucional

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 la función de control constitucional fue encomendada a la Corte Suprema de Justicia; corte encargada de cierre en la justicia ordinaria, la cual actuaba al lado del Consejo de Estado, éste último como órgano de cierre de la justicia contenciosa administrativa.

Es decir, durante la vigencia de la Constitución de 1886 no existió el control constitucional

estuvo a cargo de la Corte Suprema, corte de cierre de la justicia ordinaria. Situación que cambió con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con la cual, se crea y establece la jurisdicción constitucional, creándose una alta corte, denominada Corte Constitucional, a la cual se le confió la guarda e integridad de la supremacía de la Constitución.

Es decir, se le encomendó la función de ejercer el control constitucional, tanto abstracto como concreto.

## 4. Método del control constitucional

Para el ejercicio del control constitucional (abstracto y concreto), la Corte Constitucional acogió desde sus inicios (tal como se señaló en la primera sección del capítulo dos) un importante principio, el cual no había tenido gran relevancia durante el modelo constitucional de 1886, como lo es el de *proporcionalidad*, lo cual lo hizo además atendiendo al nuevo modelo propuesto en la Constitución Política de 1991. En este punto vale la pena recordar lo dicho por Aharon Barak cuando afirmó “*Vivimos en la era de la proporcionalidad*”. (Aaron Barak, 2012, p. 457)

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

Para lo anterior, la Corte Constitucional colombiana, acudió desde 1992 a la técnica del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica y argumentativa para realizar la función de control constitucional, y de esta manera garantizar el principio de supremacía constitucional.

El test de proporcionalidad implementado por la Corte Constitucional colombiana tiene influencia de la vertiente jurídica tanto norteamericana como europea; en el primer aspecto, en cuanto a los niveles de intensidad del test: leve, intermedio y estricto; y en el segundo, en cuanto a los subprincipios del test: idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

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

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

Finalmente, otra de las ventajas de este esquema de decisión, es su nivel de concreción de los casos, lo cual evita el riesgo de producir decisiones generales, abstractas y/o esquemáticas, que se producían en virtud del antiguo modelo (positivista), permitiendo con ello que se generen decisiones dentro del modelo de la

“casuística”, y que podrían variar en cada caso concreto a la luz del test de proporcionalidad y la aplicación de cada subprincipio en cada caso.

Esto podría generar para algunos, inseguridad jurídica, pero ello, se considera no es así, por cuanto, en cada caso concreto, el control se efectúa con base en el test de proporcionalidad debiéndose superar éste de conformidad con el nivel de intensidad adoptado según la medida controlada. (Forero, 2014). Lo cual permite a su vez, que no se definan previamente o prejujuque eventuales casos futuros, en los cuales aparentemente puedan estar inmersos los mismos hechos, sino que se atiende de manera muy puntual y concreta a las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

## 5. Posturas en favor del test de proporcionalidad:

Rogelio López Sánchez<sup>4</sup>, señala que

*(...) La visión que ofrecemos sitúa al principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional, capaz de brindar una fundamentación humanística al conocimiento jurídico y de tomar en cuenta los factores y circunstancias propias del comprender no solo lingüístico, sino de las barreras culturales y la distancia entre el texto y la época actual de necesidades y realidades de la sociedad contemporánea (...).*

José Francisco García García<sup>5</sup>, hace una defensa de esta técnica al interior de los tribu-

<sup>4</sup> Rogelio López Sánchez. El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. CEFD. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. Área de Filosofía del Derecho. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México. P. 1. Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>. 26/08/2017 14:41

<sup>5</sup> José Francisco García García. El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. Revista Chilena

nales constitucionales, y señala que si se trata de un método de control objetivo y que da mayor margen de fundamentación a las sentencias

*(...) Las bondades de esta metodología de control son diversas: objetiviza el control, eleva la fundamentación y calidad de las sentencias y aumenta la certeza jurídica (...).*

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

## 6. Críticas del test aplicado por la Corte

Pero no todos son bondades, existe una línea que considera que razonar bajo la premisa de la proporcionalidad, en algunos casos ponderación, es “*un paraguas propicio bajo el que una mayoría incapaz de ponerse de acuerdo en un razonamiento auténtico puede superar sus discrepancias*” (Justice Brennan del Tribunal Supremo de Estados en el caso *New Jersey v. T.L.O.* (1985) pp. 369-371). En este punto de las conclusiones, es oportuno aclarar que, pese a las menciones que se harán a continuación, el propósito de la presente investigación no consistió en hacerle críticas o juicios de valor al test de proporcionalidad, sino que se trató de una investigación meramente cualitativa y/o descriptiva del mismo. Pese a ello, existe dentro de la doctrina, un sector que critica su uso y aplicación como herramienta hermenéutica de la Corte Constitucional dado su alto grado de vaguedad y poca o nula objetividad.

Dentro de los detractores de esta metodología, se encuentra, el ex magistrado de la Corte Constitucional Jaime Araujo Rentería en

---

de Derecho, vol. 38 No. 1, pp. 101 - 138 [2011]. Revista chilena de derecho versión On-line ISSN 0718-3437. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-34372011000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372011000100006) 26/08/2017 15:00.

el texto *Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica*<sup>6</sup>, y señala en dicho texto que es una técnica con un gran *peso ideológico*. Señalando Araujo que esta técnica es subjetiva y caprichosa, y que invita a resolver cuestiones como “*¿Quién determina la intensidad del test? ¿Por qué a unas materias se aplica un test leve, a otras uno mediano y a otras uno estricto?*”. Además el autor no solo critica el test sino los niveles de intensidad aplicados a éste, arguyendo que (...) *el control sobre la constitucionalidad de los actos sometidos a ese control por decisión de la Carta Política debe ser, siempre, el que resulte de la confrontación de las normas inferiores con aquella, sin que pueda, en ningún caso, aumentarse o disminuirse para que quepa o no la norma acusada dentro de la Constitución según la materia a que ella se refiera, pues ello equivale a que la Constitución se alargue o se acorta según convenga, tal como ocurría con el lecho de Procusto, en el que, para que el usuario cupiera, se les estiraba o cercenaba, a fin de que de todas maneras diera la medida (...)*

Para algunos, el test de proporcionalidad plantea en lugar de respuestas, mayores problemas, y es que precisamente su talón de Aquiles se presenta por su alto grado de vaguedad, y bajos niveles de verificación, rayando con ello no en una técnica argumentativa seria, sino del tipo **especulativo**, e incluso hay quienes lo enmarcan en una pura “**opinión**” (Justice Scalia, también del Tribunal Supremo EEUU en el caso *BendixAutolite Corp. V. MidwescoEnter., Inc.* 1988, p. 897), pero no en la técnica objetiva de un test. Un

---

<sup>6</sup> Jaime Araujo Rentería en su escrito denominado “Los métodos Judiciales de Ponderación y coexistencia entre derechos fundamentales. Crítica”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas. De la UNAM. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/viewFile/30334/27380> Consultado 23-09-2017. [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

caso de subjetividad en la argumentación, podría ser la sentencia C – 034 de 2014<sup>7</sup>. En este caso, se trató de una demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011<sup>8</sup>, el cual reza:

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

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

la aplicación del test de proporcionalidad señalando que, a la luz de este método, la norma es legítima y adecuada, por cuanto:

*(...) la medida escogida por el Legislador persigue un fin legítimo desde el punto de vista constitucional. Ese fin consiste en dotar de especial agilidad a las actuaciones administrativas, lo que a su vez se asocia a la satisfacción de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad, propios de la función pública (...) En ese sentido, y en atención al amplio margen de configuración de los procedimientos administrativos con que cuenta el Legislador, la exclusión de recursos en esa etapa del trámite es razonable (...) también el principio democrático y la soberanía del pueblo que, mediante representantes elegidos por voto popular, definen las reglas legales de carácter general y abstracto que regulan la vida social. A su vez, los principios de la función pública, concebidos como cauces para lograr que las actuaciones administrativas lleguen adecuadamente a su finalidad, permiten al Legislador incidir positivamente en la agilidad y celeridad de los procedimientos, aspectos que llevan a la Corte a asumir un análisis deferente sobre la razonabilidad de la medida objeto de estudio. 8.2. El estudio de idoneidad o adecuación en un test de razonabilidad leve se limita a indagar si potencialmente el medio escogido por el Legislador puede llevar al fin que se propone alcanzar. No corresponde a un estudio del nivel de eficacia, ni puede involucrar un análisis de su conveniencia, pues el Tribunal Constitucional no cuenta con las herramientas para pronunciarse sobre esos aspectos, ni debe sustituir al Congreso en la elección política de fines y medios, siempre que estos sean razonables y adecuados (...) 9. En consecuencia, a la luz del test leve de razonabilidad la medida es legítima y adecuada, de manera que el actor no logró desvirtuar la presunción de constitucionalidad que la ampara (...)*

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C – 034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Corra. Análisis de constitucionalidad de la norma acusada No. 8. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-034-14.htm> visitado 9 de abril de 2018 18:20.

<sup>8</sup> Ley 1437 de 2011. Por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1437\\_2011.html#40](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1437_2011.html#40) consultado 9/04/2018 18:22.

Esta sentencia es un ejemplo de que la argumentación resultante de la aplicación del test de proporcionalidad puede resultar subjetiva, ya que una misma cuestión puede presentar y dar lugar a dos interpretaciones, por un lado, una acorde a la constitución, y por el otro una que apunte a su inconstitucionalidad, y que la misma dependerá de la lectura interpretativa que para el efecto considere válida y pertinente la Corte Constitucional. Por ejemplo, en este evento, también aplicando el mismo test, los mismos pasos, etc., la corte pudo haber concluido que no era idóneo conducente y pertinente que el auto que niega pruebas en el procedimiento administrativo no era acorde a la Constitución, bajo las mismas premisas. De allí que se cuestione la fortaleza objetiva del test de proporcionalidad. Estos aspectos ponen de presente el riesgo que conlleva la aplicación del test por parte de los tribunales constitucionales, lo que los pone o ubica en la postura de un juez ideal. Lo cual se evidencia en aspectos tales como la complejidad subjetiva del test, los rasgos relativos de discrecionalidad a los que se puede ver expuesto, entre otros aspectos hacen que un instrumento que ha servido para proteger Derechos Humanos por parte de los tribunales y cortes constitucionales del mundo, no deje de verse por otro lado como una herramienta con pocos rasgos de objetividad y que pueda preocupar por las decisiones que a futuro se puedan tomar apelando a este criterio de la proporcionalidad, si la misma no es bien aplicada. Por lo que se considera que uno de los ejes centrales que permiten su control, es otro concepto que, aunque pareciera igual de ambiguo, es propio para decidir cuestiones que involucran aspectos de Derechos Humanos (Gamboa, 2016), como los es el principio, valor y derecho de la dignidad humana amparada a la luz e interpretación del marco internacional de los Derechos Humanos. Por lo que, se considera el test de proporcionalidad como

herramienta metodológica para ejercicio del control constitucional aporta más ventajas que las desventajas que se le aducen, tales como:

6.1 A la luz de la mirada tradicional y rígida, la proporcionalidad y la aplicación del test resulta más garantista de los derechos que una mirada positivista o exegética del derecho.

6.2 No es caprichoso e irreflexivo por cuanto se sustenta en líneas jurisprudenciales fundamentadas en el precedente de los tribunales constitucionales y en el pilar fundamental de la dignidad humana interpretada de conformidad con los planteamientos que aporta el marco internacional de los Derechos Humanos.

6.3 Toda gira y se desarrolla dentro del marco de la argumentación constitucional propias de un proceso reflexivo y dentro del marco de los Derechos Humanos, que da cabida a lo racional y a lo dialógico propio del derecho contemporáneo, en los modelos actuales que dejando atrás rasgos autoritarios o dictatoriales. (Palomares, 2015)

6.4 Dignidad humana a la luz del marco internacional de los Derechos Humanos, ese debe ser su punto de partida, norte y punto de llegada. Tal como ocurrió en la mayoría de las sentencias citadas durante el transcurso del presente trabajo monográfico. (Cortes, 2016)

## Conclusiones

El presente trabajó abordó el test de proporcionalidad a la luz del uso dado por la Corte Constitucional colombiana. En este sentido, se presentó el marco conceptual del test de proporcionalidad, desde su definición y origen, y a su vez se hizo una breve referencia al derecho comparado; y se describió el arribo de la metodología del test de proporcionalidad a la Corte Constitucional colombiana, estudio que tal y como se aclaró en su momento, solo se delimitó al test de proporcionalidad que ha aplicado la Corte constitucional colombiana, a

partir de un análisis descriptivo de este método a partir de la expedición de la Constitución de 1991. A su vez, se desarrolló conceptualmente el principio de proporcionalidad en la Corte Constitucional colombiana y se describió su uso y evolución al interior de dicha Corte, tomando como extremos los años 1998 a 2017; a su vez esta última sección presentó tres momentos:

1. Se describió la metodología a la luz de la doctrina y la jurisprudencia de los subprincipios y niveles de intensidad del test de proporcionalidad.
2. Se describió el uso y evolución jurisprudencial de la metodología denominada test de proporcionalidad.
3. Se desarrolla la aplicación actual del método de la proporcionalidad (año 2017).

## Referencias bibliográficas

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

Aldana, J. & Guarín, E. (2016). Los límites de la teoría del equilibrio como alternativa de solución a la cuestión de la prevalencia del poder del Alto Tribunal de lo Constitucional en Colombia, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016. pp. 59-82. Documento extraído el 3 de marzo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2923/2796>

Ballesteros, C. (2015). La mujer y el ejercicio efectivo del poder en Colombia, una cuestión de Derechos Humanos, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 33, Documento extraído el 8 de mayo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/27/24>

Corte Constitucional. Colombia. Sentencia C – 034 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa

Cortes, S. (2016). Derechos Humanos en las políticas de paz y posconflicto en Colombia en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016, pp. 129-145. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2926/2798>

González, O. (2016) la omisión legislativa como hecho Generador de la responsabilidad Patrimonial del Estado, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 35, Documento extraído el 8 de marzo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/5/2>

González, O. (2014). La Corte Constitucional como agente del campo jurídico colombiano: la omisión legislativa de principios constitucionales en *Revista IUSTA*, N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 123-137. Documento extraído el 17 de marzo de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2468/2405>

Daza, A. (2013). Legalidad y prescripción frente a la investigación de crímenes de lesa humanidad en Colombia en *Revista IUSTA*, N.º 38, enero-junio de 2013, pp. 205-223. Documento extraído el 4 de abril de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/1095/1330>

Forero, J. (2014). El valor superior de la Justicia en la Unión Europea. Especial referencia al Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho Español en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 31, Documento extraído el 5 de junio de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/59/53>

Gamboa, S. (2016). A propósito de una verdad contrahegemónica: aprendizajes desde la decisión de la Corte Penal Internacional sobre el ataque contra la flotilla de la libertad en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 1 / enero-junio 2016. pp. 11-35.

Documento extraído el 5 de mayo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2925/2797>

Quiroz, M. (2014). Acercamiento a las “oposiciones paradigmáticas” entre neoconstitucionalismo y positivismo jurídico en *Revista IUSTA*, 1 N.º 41, julio-diciembre de 2014, pp. 77-97. Documento extraído el 5 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2470/2407>

González, O. (2016). La omisión legislativa como hecho Generador de la responsabilidad Patrimonial del Estado, en *Revista Verba Iuris*, Edición No. 35, Documento extraído el 8 de marzo de 2018 de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/verbaiuris/article/view/5/2>

Guarín, E. (2013). Persona y realización efectiva de derechos en *Revista IUSTA*, N.º 38, enero-junio de 2013, pp. 133-154. Documento extraído el 2 de enero de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/1092/1327>

García García, J. F. (2011). El tribunal constitucional y el uso de “tests”: una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N0 1. [2011]. *Revista chilena de derecho versión On-line* ISSN 0718-3437. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-3437201100010000626/08/201715:00](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-3437201100010000626/08/201715:00).

Ley 1437 de 2011 por medio de la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Llano, J. (2013). Prácticas jurídicas locales desde los actores del conflicto armado en Colombia en *Revista IUSTA*, N.º 39, julio-diciembre de 2013, pp. 257-287. Documento extraído el 5 de marzo de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/2528/2460>

Quintero, S. & Molina, D. (2013). La ilegalidad: una herramienta de análisis para la naturaleza del conflicto en Colombia, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 8, N.º 1/Enero – junio 2013, Documento extraído el 6 de marzo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/846/1127>

Niño, C. (2016). Exportación de conocimiento: Colombia como proveedor de seguridad para la lucha contra el terrorismo y el crimen internacional en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 11, N.º 2 / julio-diciembre 2016 / pp. 87-104. Documento extraído el 4 de marzo de 2018 de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3277/3089>

Díaz García, L. Iván. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. XXXVI (Valparaíso, Chile, 2011, 1er Semestre). [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512011000100005.26/08/201715:16](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100005.26/08/201715:16)

Palomares, J. (2015). El carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional en el derecho alemán, en *Revista Via Inveniendi et Iudicandi*, Vol. 10, N.º 2 / julio-diciembre 2015, pp. 29-56. Documento extraído el 3 de enero de 2018 de [revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483](http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/2551/2483)

Quinche Ramírez, M. F. (2010). *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Cuarta Edición. Bogotá.

López Sánchez, R. (2011). El principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la justicia constitucional. CEFD. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Área de Filosofía del Derecho. Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica. Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

P. 1. Fecha de recepción 01/06/2011 | De aceptación: 07/06/2011 | De publicación: 25/06/2011. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3731818>. 26/08/2017 14:41

Vargas, Y.; Bracchi, C. (2016). La mujer latinoamericana dentro del contexto de los

Derechos Humanos: énfasis desde la perspectiva del derecho al trabajo en *Revista IUSTA*, N.º 44, enero-junio de 2016. Documento extraído el 3 de junio de 2018 de <http://revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3077/2943>