



UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y TEST DE PONDERACIÓN COMO TÉCNICA
PARA DAR SOLUCIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO EN
DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL TIEMPO POSMODERNO.

CUELLO QUIÑONEZ MELBA MILENA

SARDOTH REDONDO AISKELI KIXARI

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO

EMMA MOLINA ROYS

Noviembre 2017.

Valledupar, Cesar.

Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en el derecho administrativo en el tiempo posmoderno

Resumen

En estos tiempos posmodernos cada vez es más común que se presenten casos en los cuales los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, tienen que resolver casos en los que colisionan derechos fundamentales o principios que estando dentro de la misma jerarquía, cronología y sin que hayan excepciones colisionan, por lo cual corresponde a dichos operadores judiciales determinar de manera razonada cual aplicará en mayor medida, y cual principio debe ceder ante la aplicación del otro a través del principio de proporcionalidad utilizando el test de ponderación en tanto que no es posible resolver estos casos aplicando solamente criterios como la jerarquía normativa, la especialidad y la cronología por lo que se estudiará en este trabajo como se aplica el principio de proporcionalidad a través de test de ponderación en derecho administrativo como herramienta para resolver conflictos de derechos fundamentales o principios.

Palabras Claves: Principios, reglas, proporcionalidad, ponderación y derechos fundamentales

Abstract

In these postmodern times it is increasingly common that cases arise in which the Judges and Magistrates of the Administrative Contentious Jurisdiction, have to resolve cases in which fundamental rights or principles collide that being within the same hierarchy, chronology and without exceptions collide, so it is up to these judicial operators to determine in a reasoned manner which will apply to a greater extent, and which principle must yield to the application of the other through the principle of proportionality using the weighting test as it is not possible to solve these cases applying only criteria such as the normative hierarchy, specialty and chronology so we will study in this paper how the principle of proportionality is applied through weighting test in administrative law as a tool to resolve conflicts of fundamental rights or principles.

Keywords: Principles, rules, proportionality, weighting and fundamental rights

1. Introducción

En este trabajo se pretende abordar el principio de proporcionalidad y el test de ponderación como una herramienta cada vez más utilizada por los Jueces de la República Colombiana con el fin de solucionar conflictos que se presentan día a día en la sociedad, en estos tiempos posmodernos que está viviendo el país y el mundo entero en donde, “...*ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de normas jurídicas no es sino una asunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente...*” (Larenz., 1991-Pag 154), en tanto que cada día es menos discutible que el derecho no es solo un conjunto de normas en vigor, como se pensaba en las teorías positivistas siendo su máximo representante Hans Kelsen con su Teoría Pura, para quien “...*el derecho es un sistema de normas a las cuales los hombres prestan o no conformidad...*” (Kelsen, 2009- Pag 36), sino que con los avances científicos de la tecnología y los cambiantes hechos sociales se presentan problemas en la humanidad que afectan en muchas ocasiones más de un derecho considerado como fundamental o un principio, por lo cual los Jueces de la República Colombiana, están ante la difícil tarea de impartir justicia en cada caso en particular, en donde no es posible aplicando solamente conceptos normativos dar solución a dichos problemas, en tanto que las solas premisas normativas ya no son suficientes para resolver los mismos, ni es posible decidir a priori que derecho fundamental o principio se debe aplicar cuando existe colisión, por encontrarse todos dentro del mismo rango Constitucional, por lo que se hace necesario acudir al principio de proporcionalidad aplicado a través de la utilización del test de ponderación para poder establecer cual derecho debe ceder en cada caso particular sin dejar inoperante el derecho cedido, en aras de evitar un mayor perjuicio a las personas que reclaman ante la Justicia se protejan sus derechos.

Es necesario anotar que con la Constitución de 1991, se habla de un Estado Social de Derecho en el cual la aplicación de los principios generales, como fuente normativa y estructural de las normas jurídicas colaboran en gran manera a en la comprensión del derecho y son indispensables para la aplicación del ordenamiento jurídico, la interpretación judicial y el análisis casuístico, por lo cual no es posible imaginar la aplicación del Derecho y más aún del Derecho Administrativo sin la utilización de principios que lo ayudaran a desarrollarse y concretarse de forma autónoma. Es así como los Jueces Administrativos al resolver acerca de medidas cautelares en procesos

ordinarios y medios de control de carácter Constitucional- acciones populares, acciones de grupo y tutelas- cuando se encuentran frente a la colisión de derechos fundamentales utilizan el principio de proporcionalidad a través de la herramienta de la ponderación como método de interpretación adecuado para dar la solución a la colisión de principios. Asimismo el Consejo de Estado y sus Jueces y magistrados en muchos casos dan prevalencia al principio de proporcionalidad que debe ser empleado y aplicado, conforme a la Jurisprudencia Colombiana, para garantizar una visión postmoderna del derecho administrativo.

Adicionalmente, se hace necesario distinguir entre reglas y principios, para determinar cómo y cuándo opera el principio de ponderación, ya que tratándose solo de antinomias o contradicciones simplemente normativas pueden resolverse a través de principios de jerarquía, principio cronológico y principio de especialidad y tratándose de colisiones entre principios o derechos constitucionales fundamentales se hace necesario acudir al test de ponderación para encontrar una solución al caso en particular.

Podría entonces decirse que en los casos en los cuales solo existe una norma de carácter Constitucional en contraposición a una de carácter legal atendiendo al principio de jerarquía se aplicará la norma de carácter Constitucional, al ser la Constitución Nacional norma de normas (Art. 4 C.N.). Con relación al principio cronológico se aplicará la norma posterior en aquellos casos en los cuales la misma norma indica que deroga la anterior, y se aplica el principio de especialidad para solucionar conflictos o antinomias cuando por ejemplo en una norma se tipifica una conducta como delito y luego en una norma posterior se establece que esa misma conducta es permitida en ciertos casos específicos atendiendo a dicho principio se aplicará esta última a los eventos que cumplan los requerimientos por ella impuesta, pero no ocurre lo mismo en aquellos casos en los cuales colisionan derechos fundamentales o principios, los cuales tienen la misma jerarquía, la misma vigencia e importancia y no tienen excepciones, es ahí donde a los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en la tarea de administrar justicia no les es dable resolver a priori siendo necesario entonces para ellos acudir al principio de proporcionalidad utilizando el test de ponderación, entendida esta como “...un método para la resolución de cierto tipo de antinomias o contradicciones normativas. Desde luego, no de todas:

no de aquellas que puedan resolverse mediante alguno de los criterios al uso, jerárquico, cronológico o de especialidad.” (Sanchís., 2002- Pag 211).

Así las cosas la presente investigación tiene como pregunta problema ¿Cómo pueden resolverse los casos en los cuales colisionan derechos fundamentales o principios utilizando el principio de proporcionalidad a través del test de ponderación en el derecho administrativo?

Para resolver este problema nos hemos planteado como objetivo general: i) Determinar la necesidad de la aplicación del principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnicas de solución a los conflictos de derechos fundamentales o principios en el Derecho Administrativo y como objetivos específicos procederemos a: i) Establecer las diferencias entre reglas y principios; ii) Indicar la utilidad que tienen para los Jueces de la República Colombiana el principio de proporcionalidad y test de ponderación como herramienta para resolver colisión de derechos fundamentales o principios; iii) Identificar los casos que resuelven antinomias utilizando los criterios al uso jerárquico, cronológico y de especialidad, y casos que se resuelven con la aplicación del el test de ponderación en situación de derechos fundamentales o principios en colisión.

La realización de este trabajo encuentra su motivación en la necesidad de que los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa apliquen un método a través del cual se pueda resolver casos en los cuales colisionan derechos fundamentales o principios, cuando no se puede acceder a una solución usando criterios como la jerarquía normativa, la especialidad y la cronología, por estarse frente a derechos que tienen la misma relevancia, vigencia e importancia y no tienen excepciones, ya que ante los grandes cambios sociales y avances tecnológicos es menos dable que pueda concebirse el derecho como un conjunto de normas en vigor, por lo que se hace necesaria la aplicación de los principios para dirimir conflictos y la utilización del principio de proporcionalidad través del test de ponderación para determinar cuál principio debe aplicarse en mayor o menor medida cuando estos colisionan.

Se trata entonces de que se observe el derecho administrativo desde la Constitucionalización del mismo, entendiéndose por ello que cada vez encontramos que los diferentes cambios sociales permiten que los principios sean una herramienta necesaria para resolver problemas jurídicos y que determinados principios están intrínsecamente ligados a derechos fundamentales de igual categoría, vigencia y especialidad siendo ahí donde el Juez o Magistrado en la difícil tarea de

administrar justicia en un país como Colombia donde existe pluralidad social, pueda determinar a través del juicio de ponderación que principio o derecho fundamental aplicar en cada caso concreto a luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

I. Principios y Reglas. Diferencias

Para poder adentrarnos a nuestro tema de investigación es necesario tener claro o definir los conceptos de principios y reglas para lo cual procedemos a citar a Alexy Robert, quien en su Teoría de los Derechos Fundamentales difiere entre principios y reglas así: Los principios son: *“mandatos de optimización”* ello es; *“normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”* (Alexy, 1993- Pag 86 y SS) y las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en ese sentido y que pueden ser cumplidas o no. *“Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.—concluye Alexy— que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”* (Alexy, 1993- Pag. 87). Asimismo para Dworkin los principios poseen un carácter abierto que significa que en algunos casos pueden ser tenidos en cuenta y en otros no (Dworkin, 1984- Pag. 72 a 80) de donde se puede colegir que a diferencia de la norma que requiere de una aplicación plena los principios pueden tener una aplicación gradual, gradualidad que corresponde determinar a los Operadores de la Justicia de manera razonada en cada caso en particular que principio tiene un mayor peso y que tanto debe ceder un principio ante la aplicación de otro con el cual se encuentra en pugna, o si aplica en el caso particular los dos principios de manera racionalizada de tal manera que ninguno de los dos sea anulado totalmente, o si definitivamente debe ceder totalmente un principio para dar paso a la aplicación total del otro, siendo cada día más difícil a nuestro juicio esta tarea en un Estado posmoderno donde los hechos sociales en muchas ocasiones desbordan la Constitución, por lo cual este país el Derecho se ha globalizado de tal manera que ha acogido precedentes jurisprudenciales y tratadistas como Alexy (Alemania) para dar solución a través de juicios de ponderación a los problemas que se presentan en la realidad Colombiana como en adelante se explicará.

En síntesis podemos determinar que las reglas se diferencian de los principios en que los principios pueden aplicarse de manera gradual y las reglas no, en tanto que las reglas, una vez establecidas deben cumplirse o no se cumplen, por lo cual en caso de colisión de principios se hace necesario que los operadores judiciales establezcan a través del principio de proporcionalidad la gradualidad en la cual debe aplicarse un principio y cual debe ceder ante la aplicación del otro, a través del test de ponderación para lograr un balance en el cual no se aplican los dos principios sino que se determina qué principio debe primar frente al otro sin que exista menoscabo de su núcleo esencial.

II. Principio de proporcionalidad y test de ponderación. Utilidad en su aplicación para los jueces y magistrados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

2.1.- Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad y el test de ponderación son las herramientas que se utilizan para efectos de poder determinar en qué casos concretos se aplican principios o en su defecto se aplican reglas o cuando colisionan principios o colisionan reglas de igual jerarquía cual debe prevalecer en el caso concreto, por lo que se hace necesario entrar a definir que es el principio de proporcionalidad, y que es ponderar para luego establecer como se aplica el test de ponderación como herramienta de utilización de este principio en la Jurisdicción Contencioso Administrativo analizando los precedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en los cuales se han resuelto casos de colisiones de derechos fundamentales o principios utilizando el test de ponderación.

Así las cosas, sea lo primero indicar que el principio de proporcionalidad es una herramienta argumentativa, empleada para evitar o controlar que se restrinjan derechos fundamentales, evitando un sacrificio inútil, desproporcionado e innecesario de los mismos, y para el desarrollo de este trabajo consideramos la formulación más conocida del principio de proporcionalidad procedente de la dogmática alemana según la cual:

“El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto) (Alexi)¹.

Adicionalmente el Consejo de Estado Colombiano en Sentencia de Mayo de 2012, con Radicado Interno 22366, en mediante la cual se decide un recurso de apelación dentro de un proceso de reparación directa. Actor: Alexander Ortega Ardila y Otros en contra del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional² respecto del principio de proporcionalidad y tomando como referencia la Sentencia C- 916 de 2002 indicó:

“De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación.^{8.2} Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes,

¹ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, p.62.

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA de mayo de dos mil doce (2012).Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Los intereses ponderados también se concretan en medidas y fines estatales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexequibilidad. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.” (Sentencia Consjo de Estado, 2012)

De lo dicho con antelación se puede colegir que en términos generales el principio de proporcionalidad tiene que ver con la máxima que evita el desequilibrio y desmesura y como principio de interpretación constitucional prohíbe el exceso con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales y el defecto se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado y se aplica utilizando el método de la ponderación indicando que se ponderan, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución.

Ahora bien, habiéndose establecido que es la proporcionalidad- principio de proporcionalidad- se hace necesario entrar a definir el concepto de ponderación.

2.2.- Ponderación

En palabras de Prieto Sanchís, Ponderar es en sentido común, *“la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”* (Sanchís., 2002- Pag 212). Asimismo, indica este autor que *“...Ponderar es, pues, buscar la mejor decisión (la mejor sentencia, por ejemplo) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor* (Sanchís., 2002- Pag. 212)”.

Ahora bien aclarado el significado de los términos proporcionalidad y ponderación y aclarado que la ponderación se realiza en aquellos casos en los cuales se presentan colisiones entre principios o derechos fundamentales del mismo nivel, en las cuales no es posible para los jueces decidir usando solo los principios de jerarquía, cronológico y de especialidad entraremos a determinar cómo opera el principio de proporcionalidad y el test de ponderación en la resolución o conflictos de derechos fundamentales o principios de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

III. Test de ponderación como método de aplicación del principio de proporcionalidad

Para la aplicación del test de proporcionalidad en el presente trabajo tomaremos en consideración la dogmática alemana según la cual la proporcionalidad se compone de tres (3) sub principios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, según se anotó con anterioridad, los cuales deben ser estudiados por el operador judicial en cada caso concreto para proceder a aplicar el test de ponderación como herramienta de aplicación del principio de proporcionalidad.

Asimismo, teniendo en cuenta lo expuesto por Alexy en su teoría de los derechos fundamentales se puede que los principios admiten en su aplicación una gradualidad, atendiendo al caso concreto, en el cual el Juez debe valorar de manera razonada existiendo colisión entre principios cual aplicara en mayor medida, para lo cual desarrolla la “Ley de la Ponderación” la cual corresponde con el principio de proporcionalidad, indicando que “...*cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*” (Alexy, 1993 Pag. 161)”, es ahí donde los jueces de la Republica Colombiana, deben sopesar cual principio en relación con a cada caso en concreto es el que se debe aplicar en mayor medida, en tanto que tratándose de derechos fundamentales en colisión no es posible resolver atendiendo a los principios de jerarquía, cronología y especialidad, sino que por tratarse de normas que se encuentran en el mismo nivel, especialidad, jerarquía y por encontrarse todas vigentes, se hace necesario que los Jueces y Magistrados de la Jurisdicción Contencioso Administrativa determinen a través de la argumentación el peso que le dan a cada una de las razones por las cuales se debe proteger un derecho pese a que con la satisfacción del mismo se afecte otro que se encuentra en pugna con este, ello es; “*la «cantidad » de lesión o de frustración de un principio (su peso) no es una magnitud autónoma, sino que depende de la satisfacción o cumplimiento del principio en pugna, y, a la inversa, el peso de este último está en función del grado de lesión de su opuesto*”. (Sanchís., 2002- Pag. 216.)

Ahora bien, en estos tiempos posmodernos en los cuales los hechos sociales son cada vez más cambiantes en tanto que se viven tiempos de incertidumbre o tiempos líquidos, es decir; “*una condición en que las formas sociales (las estructuras que limitan las lesiones , las instituciones que salvaguardan la continuidad de los hábitos, los modelos de comportamiento aceptables) ya no puede (ni se espera que puedan) mantener su forma por mas más tiempo porque se*

descomponen y se derriten antes de que se cuente con el tiempo necesario asumirlas, y una vez asumidas, ocupar el lugar que se les ha asignado” (Bauman, 2007. Pag 7), con el avance de la ciencia y la tecnología de estos tiempos es menos probable que puedan crearse conceptos sólidos y perdurables, el mundo avanza cada vez más rápido haciendo necesario que el Operador Judicial en aras de definir un caso concreto lo mire acorde a la realidad social, lo hace cada día más probable que con el ejercicio de un derecho fundamental se vulneren otros derechos fundamentales, es así como la Corte Constitucional, Colombiana y el Consejo de Estado en varias de sus jurisprudencias han acogido el principio de proporcionalidad, enmarcando este en el juicio de ponderación necesario para resolver los conflictos que se presentan en nuestros país respecto de derechos fundamentales en conflicto, por lo que ha sido necesaria una globalización del derecho para poder resolver conflictos que se presentan en este país, por lo que a manera de ejemplificación traemos a colación el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional en el cual se utilizó el Principio de Ponderación como regla para resolver derechos fundamentales en conflicto así:

3.1.- Test de ponderación como herramienta de aplicación del principio de proporcionalidad. Jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-022/963 estudia la inconstitucionalidad presentada por Álvaro Montenegro García contra el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993, en el cual se establecía:

“Artículo 40-. **Al término de la prestación del servicio militar.** Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

b. A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en Centros de Educación Superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10% de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación”. (Sentencia C-022, 1996)

3 Sentencia C-022/963 con ponencia del Magistrado Ponente: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

En dicha Sentencia la Corte Constitucional realiza un estudio de la aplicación del principio de proporcionalidad tomando como punto de apoyo del mismo el juicio de ponderación entre derechos fundamentales y utilizando la Ley de Ponderación de Alexy al indicar que: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado e indica que:

“El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la *adecuación* de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la *necesidad* de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la *proporcionalidad en sentido estricto* entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes”.(Sentencia C-022 de 1996).

Realiza el estudio del derecho fundamental a la Igualdad establecido en el artículo 13 de C.N. según la filosofía de Aristóteles, según la cual la justicia consiste en igualdad y la igualdad para ser justa debe consistir en igualdad para los iguales, mientras que a su vez la desigualdad será justa para los iguales, de lo cual se puede concluir que se trata de tratar valga la redundancia igual a los iguales y desigual a los desiguales (Aristoteles, Pag. 1280 a).

Indica que en el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato. Sobre este último punto, el de la proporcionalidad en sentido estricto, ha dicho la Corte en la sentencia T-422 de 1992:

“Los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir con su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no sólo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo.” (Sentencia T-422 de 1992)

Finalmente, realiza el examen de proporcionalidad en el trato desigual en el caso concreto partiendo de que el objetivo perseguido por el beneficio otorgado a los bachilleres que prestan el servicio militar es estimular la incorporación de los Jóvenes a las Fuerzas Armadas y compensar la interrupción de los estudios que significa la prestación de ese servicio. Indica que el objetivo perseguido es válido desde el punto de vista constitucional, no sólo porque la misma Constitución establece, en su artículo 216, la posibilidad de establecer prerrogativas por la prestación del servicio militar, sino también porque está destinado a satisfacer valores y principios constitucionales (mantenimiento del orden público, la convivencia, la independencia nacional, etc.), establecidos en el Preámbulo de la Carta y en varios de sus artículos (cf., entre otros, los artículos 1, 2, 217 y 218).

Asegura que el trato desigual establecido por la norma acusada carece de una justificación razonable, en cuanto no satisface los requerimientos del concepto de proporcionalidad. En efecto, si bien el privilegio otorgado en materia del puntaje en las pruebas del ICFES a los bachilleres que prestan el servicio militar, es adecuado para estimular la prestación de ese servicio y puede constituir una considerable compensación para quienes se han incorporado a las Fuerzas Armadas, no es ni necesario para el logro de ese fin ni proporcionado frente al sacrificio de los derechos y méritos académicos de los demás candidatos a ingresar a un centro de educación superior.

Concluye que no es necesario el trato desigual establecido por la norma demandada porque es posible estimular y recompensar la prestación del servicio militar mediante el otorgamiento de otras prerrogativas que, sin implicar el sacrificio exagerado de los derechos de otras personas, logren eficazmente ese fin por lo cual se declara la inexequibilidad del artículo 40, literal b antes citado.

Con fundamento en el anterior precedente de la Corte Constitucional podemos afirmar que en estos tiempos de posmodernidad se ha hecho necesaria la globalización del derecho, por lo cual la Corte Constitucional ha utilizado el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación en muchas oportunidades para resolver los problemas que a diario se presentan en la sociedad colombiana.

3.2.- Principio de proporcionalidad y test de ponderación para solucionar conflictos de derechos fundamentales o principios a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado

Para efectos de establecer como resuelve el Consejo de Estado las colisiones de derechos fundamentales o principios hacemos alusión la Sentencia del Consejo de Estado de fecha diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014)⁴ en la cual se resolvió negando una medida cautelar de la suspensión provisional de un acto administrativo utilizando el principio de proporcionalidad y test de ponderación, indicando que las medidas deben ser proporcionadas, idóneas y necesarias, de la siguiente manera:

“...en cuanto a los criterios que debe seguir el juez contencioso administrativo para determinar la procedencia de una medida cautelar, es preciso reconocer que éste cuenta con un espacio de discrecionalidad a efectos de adoptar la medida solicitada así como de modular sus efectos en el caso concreto. En este contexto, debe el Juez abordarlo teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad como, de hecho, lo da a entender, además de las exigencias constitucionales y convencionales, la normativa sobre las medidas cautelares al establecer como uno de los requisitos para el decreto de la cautela, en el artículo 231 CPAYCA que “el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, **mediante un juicio de ponderación de intereses**, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla” (Resaltado del texto original).

⁴ la Sentencia del Consejo de Estado de fecha diecinueve (19) de mayo de dos mil catorce (2014). Radicación: 11001-03-26-000-2014-00037-00 (50219).

3.9.- Lo anterior quiere significar que el marco de discrecionalidad del Juez no debe entenderse como de arbitrariedad, razón por la cual le es exigible a éste la adopción de una decisión judicial suficientemente motivada, conforme a los materiales jurídicos vigentes y de acuerdo a la realidad fáctica que la hagan comprensible intersubjetivamente para cualquiera de los sujetos protagonistas del proceso y, además, que en ella se refleja la pretensión de justicia, razón por la cual es dable entender que en el escenario de las medidas cautelares, el Juez se enfrenta a la exposición de un razonamiento en donde, además de verificar los elementos tradicionales de procedencia de toda cautela, es decir el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*²⁰, debe proceder a un estudio de ponderación y sus subprincipios integradores de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, ya que se trata, antes que nada, de un ejercicio de razonabilidad²¹. Sobre la aplicación de la proporcionalidad en escenarios de discrecionalidad, se ha sostenido en anteriores ocasiones:

“1.- La discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de derecho²², se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público.

(...)

6.- Se trata, entonces, de una concepción realmente material, sustancial y positiva de la discrecionalidad en cuanto norma habilitante del juez administrativo para adoptar decisiones acordes con los preceptos del Estado social y democrático de derecho²³, en contra de posturas estrictamente formales o negativas, desconocedoras de parámetros de racionalidad y justificación para la decisión discrecional, fundadas por fuera de la racionalidad²⁴.

7.- El asunto resulta elemental: allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización²⁵, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial²⁶. Cabe, entonces, examinar cómo se sujeta la actividad discrecional del juez administrativo a las reglas de la ponderación, como expresión más depurada del principio de proporcionalidad.

3.10.- En consecuencia, la observancia de este razonamiento tripartito conlleva sostener que en la determinación de una medida cautelar, que no es más que la adopción de una medida de protección a un derecho en el marco de un proceso judicial, el Juez debe tener en cuenta valoraciones de orden fáctico referidas a una estimación de los medios de acción a ser seleccionados, cuestión que implica i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario iii) llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación²⁸, en virtud del cual se debe determinar de

manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos²⁹ (pasos a y b) y, luego de ello, se procede a c) que ordena analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en iii) en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración. El propio artículo 231 del CPAyCA da lugar a esta consideración imperativa en el numeral 4 literales a) y b) cuando prescribe como exigencia

“Que, adicionalmente, se cumpla con una de las siguientes condiciones:

- a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.”

Es en los anteriores términos que se impone analizar el contenido y alcance, en general, de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4.- La suspensión provisional de los actos administrativos, como medida cautelar en el proceso contencioso administrativo.

4.1.- En el marco de las diversas medidas cautelares instauradas en el nuevo procedimiento contencioso administrativo se encuentra la figura de la suspensión provisional de los actos administrativos prevista en el artículo 238 de la Constitución Nacional y desarrollada por los artículos 231 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. La suspensión provisional constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesoria, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado la medida, como producto de una solicitud fundamentada del impugnante, que en consideración

del juzgador sea procedente en razón de la claridad de la infracción al principio de legalidad. En consecuencia, es presupuesto básico de la medida que el acto esté produciendo sus efectos jurídicos³⁰. En este sentido, su finalidad no puede ser otra que la de evitar, transitoriamente, la aplicación del acto administrativo, en virtud de un juzgamiento provisional del mismo, salvaguardando los intereses generales y el Estado de derecho.” (Consejo de Estado, 2014).

Nótese que con la Sentencia anterior el Consejo de Estado determina el contenido y alcance de las medidas cautelares en el C.P.A.C.A., sin embargo en el caso que nos ocupa se analiza a través del principio de proporcionalidad aplicando el test de ponderación para negar la medida cautelar de suspensión de un acto administrativo luego de hacer un análisis del caso concreto en el cual determina que se podía evitar perjuicios irremediables, siendo más gravoso concederla que negarla, al no saber cuál va a ser el resultado final del proceso.

Conclusiones:

Es importante la aplicación del principio de la técnica de la ponderación para hacer prevalecer derechos que de no protegerse generaría una vulneración superior de derechos fundamentales de las personas.

Con la aplicación de la ley 1437 de 2011 (C.P.A.C.A), los Jueces y Magistrados avanzan en el camino de no someterse solo a las reglas sino que apelan a los principios para que sus fallos sean más justos.

El principio de proporcionalidad sirve como punto de apoyo al juicio de ponderación, el cual es aplicable cuando hay colisión entre principios que no es posible resolver atendiendo a los criterios contenidos en los principios de especialidad, jerarquía y cronología.

Los conflictos o antinomias presentadas entre reglas se pueden resolver utilizando los criterios tradicionales de especialidad, jerarquía y cronología en tanto que las controversias entre derechos fundamentales se resolverán utilizando el test de ponderación.

No hay derechos fundamentales absolutos en tanto que al aplicar el principio de ponderación corresponde a los jueces determinar de manera razonada cual derecho debe ceder ante el otro con el cual se encuentra en pugna, o la manera en que se encuentre el equilibrio entre los mismos de tal manera que pueda garantizarse el goce efectivo de los dos derechos en pugna en una medida razonable.

En los tiempos posmodernos debido a los cambiantes hechos sociales se ha hecho necesario que los Operadores Judiciales de la Jurisdicción Contencioso Administrativo hagan cada día más uso de principios como la proporcionalidad aplicando el test de Ponderación, teniendo en cuenta que en muchas ocasiones con el ejercicio de un derecho fundamental se pueden afectar otros derechos o principios del mismo nivel.

Listado de Referencias.

Alexi, R. (s.f.). *Teoria del Discurso y Derechos Constitucionales*, en Vasquez Rodolfo. ZIMMELING PAG 62.

Alexy, R. (1993). *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Aristoteles. (s.f.). *Politica III*.

Bauman, Z. (2007). *Tiempos Liquidos*. Barcelona: Tus Quets Editores.

Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel S.A.

Kelsen, H. (2009). *Teoria Pura del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: Eudeba.

Larenz., K. (1991). *Methoden Lehre*. Alemania: Springer Velag.

Sanchís., I. P. (2002). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra Editores.

Sentencia C, 022 Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ (Corte Constitucional 1996).

Sentencia Consjo de Estado, 22366 (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo , Sección Tercera, Subseccion C, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa Mayo de 2012).