

CONTROL AL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

TANIA GIOVANNA VIVAS BARRERA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

En un primer momento, la proporcionalidad fue reconocida en el Derecho como el criterio limitador del poder sancionador y disciplinante del Estado, marcadamente de uso exclusivo del Derecho Penal y Administrativo; sin embargo, por influencias del Derecho Constitucional europeo, se conoce hoy en día como un mecanismo de control a las limitaciones de los derechos y garantías y como la solución ante el choque entre derechos y principios constitucionales. La evolución jurisprudencial de la proporcionalidad al concepto de test o juicio, los usos, los componentes, los niveles de intensidad y las nociones particulares del juicio a la colombiana son objeto de reflexión en el presente artículo resultado de investigación. Junto con el juicio de proporcionalidad, se revisa la evolución en la jurisprudencia constitucional del concepto del núcleo duro o esencial de los derechos, puesto que no es posible concebir una teoría de los derechos fundamentales sin que incluya, en sí misma, los límites de toda intervención al goce de los derechos dentro de un régimen democrático.

Palabras clave: proporcionalidad, colisión de derechos, armonización, ponderación, núcleo esencial, derechos fundamentales.

La autora: abogada, especialista en Derecho Constitucional, magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, magíster en Derecho Público y diplomada en Derecho Comparado. Docente e investigadora en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, miembro del Grupo de Investigación Persona, instituciones y exigencias de justicia, del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc) de la Universidad Católica de Colombia. Docente de Derecho Constitucional y miembro del Grupo de Investigación en Constitucionalismo Comparado de la Universidad Nacional de Colombia. Dirección postal: diagonal 47, calle 47#15-50, Bogotá. Correo electrónico: tgivivas@ucatolica.edu.co

Recibido: 24 de agosto de 2012; **evaluado:** 22 de noviembre de 2012; **aceptado:** 26 de noviembre de 2012.

* El presente artículo es el resultado de la investigación realizada por la autora para optar al título de especialista en Derecho constitucional, de la Universidad Nacional de Colombia en 2005. El documento que ahora se publica a sido objeto de revisión y actualización por la autora para ser publicado en la Revista Novum Jus con la colaboración de Luis Fernando Ortega Guzmán, estudiante de IX semestre de Derecho, de la Universidad Católica de Colombia, como auxiliar de investigación del grupo de investigación persona, instituciones y exigencias de justicia, adscrito al centro de investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc) de la Universidad Católica de Colombia.

CONTROL TO PROPORTIONALITY IN THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT

TANIA GIOVANNA VIVAS BARRERA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

Proportionality was at first acknowledged in Law as the guideline to restrict the enacting and disciplinarian power of the State particularly exclusive to Criminal and Administrative Law. Because of the influences from the European Constitutional Law, however, it is currently known as a control mechanism to rights and guarantees limitation and as a solution to the collision between constitutional rights and principles. The jurisprudential evolution of proportionality to the concept of test or trial, the uses, components, intensity levels and particular notions of “Colombian trial” are studied in this article. Along with proportionality, this document looks at the evolution in the constitutional jurisprudence of the concept of “hard core” of rights, since it is no possible to conceive a fundamental rights theory that does not include in itself the limits to all sorts of intervention on the enjoyment of rights within a democratic regime.

Keywords: proportionality, collisions of laws, harmonization, weighting, hard core, fundamental rights.

Introducción

Con la Constitución de 1991, en Colombia despertamos a la novedad de que los conflictos entre derechos encontraban una salida en la integración armónica de los derechos en pugna; el salto de un Estado adormecido con la eficacia de los derechos a la entrada en vigencia de un sistema jurídico comprometido con una vigorosa protección de los derechos fundamentales fue lo que generó el cambio de una sociedad que permanecía en el reinado del mundo de las reglas al mundo de los principios, donde era conocida la aplicación de un derecho o un interés como un todo o nada. La ponderación de intereses y el balanceo de derechos hicieron que Colombia se uniera al mundo vívido de los derechos como cartas de triunfo,¹ novedad de la que también formo parte y a la que reacciono con esta propuesta investigativa.

Con la pretensión de aportar en la claridad argumentativa de uno de los instrumentos de interpretación más usados por la Corte Constitucional colombiana cuando se enfrenta a la colisión de derechos fundamentales, esto es el juicio o test de proporcionalidad, el presente artículo tiene como objeto de estudio la jurisprudencia constitucional colombiana. Las herramientas doctrinales son esenciales para Colombia en el camino de la aplicación de los métodos de interpretación constitucional a los que se alude en las decisiones en las que enfrenta el tan complejo –y ahora común– conflicto de derechos o intereses constitucionales, como es el caso del juicio de proporcionalidad y de la teoría del contenido o núcleo esencial de los derechos fundamentales, instrumentos de interpretación de ya amplio recorrido y tecnificación en los tribunales constitucionales de Alemania y España, referentes permanentes de la Corte colombiana.

La presente investigación pretende analizar el avance, la comprensión y el adiestramiento de la Corte Constitucional en la pretensión de adecuar el juicio de proporcionalidad a las exigencias del país y a los parámetros de la jurisdicción constitucional colombiana, bajo el entendido de que este se encuentra dentro de las herramientas reconocidas por tribunales y académicos como una de las más ajustadas metodologías de resolución de tensiones entre derechos. El problema de la investigación es guiado por la reconstrucción de la doctrina jurisprudencial constitucional que ha realizado la Corte sobre el juicio de proporcionalidad y la

¹ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (Barcelona: Ariel, 1984), 36-37. En la jurisprudencia colombiana, Corte Constitucional, *Sentencia C-309 de 25 de junio de 1997*, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

teoría del núcleo esencial de los derechos fundamentales y su complementariedad.² Tal interrelación depende de la teoría del contenido esencial que haya acogido la Corte; sin embargo, sospechamos con fundamento que el propio uso del juicio de proporcionalidad exige un núcleo esencial relativo que permita balancear los derechos, cuestión que elimina prácticamente el uso de teorías absolutas del núcleo esencial, pues, en tal evento, la armonización sería impracticable.

La investigación, por lo tanto, persigue como problemática central el estudio de la doctrina jurisprudencial de la Corte, esperando de ella un juicioso ajuste a su propia jurisprudencia o un justificado aislamiento de posiciones anteriores, en los dos casos un pretendido respeto al precedente jurisprudencial. Esta investigación busca formar parte de dicha misión, pues, tanto el análisis de la doctrina como la parte práctica, tienen por objetivo fortalecer la idea de que los estudios sobre la doctrina constitucional generan un control sobre las decisiones del máximo tribunal de lo constitucional, con lo cual forja un ambiente de disputa argumentativa al llenar de contenido las críticas y permite el fortalecimiento de una democracia participativa.

Metodología

La metodología empleada responde a la necesidad de reconstruir el concepto del juicio de proporcionalidad y su evolución en la jurisprudencia constitucional; por ello, se puntualizarán las características más importantes del juicio, los pasos y las etapas que lo integran, la discusión de las intensidades de aplicación según las materias que desarrolle y las consecuencias con respecto a la carga de la prueba. De igual manera, mediante la revisión jurisprudencial podremos precisar la posición del juez constitucional ante el análisis de las tensiones en distintos derechos, como la construcción de prevalencias *prima facie* y la adopción del núcleo esencial de los derechos fundamentales como parámetro de ponderación y las distinciones teóricas de las diferentes tendencias de núcleo esencial existentes.

Para presentar una mayor claridad metodológica se hace preciso fijar lo que esta investigación entiende sobre qué es y para qué sirve un estudio de evolución jurisprudencial. Los estudios de las decisiones judiciales de las Altas Cortes en Colombia no variaban, ni varían del todo, sobre análisis de párrafos de las sentencias, que para las

² Como se verá, el núcleo esencial ha sido incluido como un parámetro de donde parte el juicio de proporcionalidad; en ese sentido, se habla de una complementariedad de las dos doctrinas.

empresas editoriales o el juez que la tomaba como apoyo de su decisión significaban el quid del asunto, sin precisar por qué ese párrafo podría significar la razón de la decisión. La jurisprudencia de la Corte Constitucional removió tal costumbre y siguió los requerimientos del neoconstitucionalismo y, con ello, la autoexigencia de lógica argumentativa en sus decisiones. Asimismo, ha incorporado el respeto a su propio precedente horizontal y vertical.

Por esto último, entendemos que la exigencia –en el control difuso de la jurisdicción de tutela– a todos los jueces constitucionales del respeto al precedente establecido por la Corte en materia de protección de derechos fundamentales, puede generar controversia para quienes aún no entienden que el máximo Tribunal constitucional no puede permitir variaciones en las decisiones sobre derechos fundamentales, puesto que es legítima la exigencia de argumentación plena y suficiente para apartarse de la jurisprudencia constitucional –dentro del control difuso– respetando así la independencia de los jueces, sin pervertir el sistema de protección a los derechos fundamentales.³ Son estos cambios los que imponen retos para el diseño de métodos de estudio de las decisiones que crean derecho en el sistema de protección de los derechos fundamentales. A aquellos intentos afortunados sobre el establecimiento de metodologías para el estudio del precedente constitucional,⁴ se añade una disputa⁵ entre la conveniencia de un análisis meramente fáctico dentro de un sistema de Derecho codificado y la adopción de análisis de conceptos, como lo exigiría el sistema continental. Lejos de adoptarse un análisis meramente fáctico de la jurisprudencia, el análisis de caso que se propone nos invita a apreciar la aplicación práctica de la doctrina que sobre intensidades de juicios y de restricciones permisibles han sido acogidas, en una especie de actividad pedagógica para el fortalecimiento conceptual de la figura y se aleja de la casuística formal al concentrar igual atención a casos de tutela como sentencias de constitucionalidad.

³ Respecto a la justicia ordinaria, puede verse la Sentencia C-836 de 2001, jurisprudencia citada por Henrik López Sterup, *Ratio decidendi/Precedente/Subregla* (Bogotá: En prensa, 2005).

⁴ Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Serie Lex Nova (Bogotá: Legis y Universidad de Los Andes, 2001).

⁵ La disputa se ha generado en torno a la propuesta de un análisis meramente fáctico de las sentencias de la Corte Constitucional ideada por López Medina y la contrapropuesta de incluir como exigencia del sistema conceptual de la tradición continental el estudio de conceptos de derecho al análisis jurisprudencial de los profesores Uprimny, Borrero, Galvis y Rojas de la Universidad Nacional. López Medina, *El derecho de los jueces*; Rodrigo Uprimny, Camilo Borrero, María Clara Galvis y Danilo Rojas, “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 15 (2002): 357-369.

1. Juicio de proporcionalidad: evolución jurisprudencial

En Colombia⁶ como en Prusia, de donde se conoce sus antecedentes,⁷ el concepto de proporcionalidad fue implementado, en primera instancia, como criterio para someter la actuación de la Administración en ámbitos policivos. La desproporción de la violencia en el desalojo de un inmueble o la desproporción de la medida de la expropiación forzosa fueron objeto de limitación por medio del concepto de proporcionalidad. La referencia nos sirve para advertir el común interés de buscar parámetros, ya sea en la proporcionalidad como en el principio de legalidad de la limitación al ejercicio del poder. Además de ser conocida la aplicación en el ámbito del Derecho Policivo, el concepto de proporcionalidad también ha incursionado en el campo del Derecho Penal como criterio que, en conjunto con el principio de culpabilidad,⁸ sirvió como razón en la determinación de la pena,⁹ tras ser reconocido como estándar para el juez en la adopción o revisión de medidas de aseguramiento.¹⁰ Pero fue mayor la evolución en el Derecho Administrativo europeo, al tener a la proporcionalidad como regla en el control del acto administrativo.¹¹

Con ocasión de la presentación de las disputas relacionadas con el derecho a la igualdad, la Corte introdujo en Colombia el concepto de proporcionalidad como

⁶ En Colombia, el concepto de lo proporcionado puede entenderse incorporado a aquellas regulaciones normativas sobre el control del acto administrativo vigentes con anterioridad a la Constitución de 1991 (Artículo 84 del Código de procedimiento administrativo).

⁷ Sobre el origen y evolución del concepto y juicio de proporcionalidad, puede verse José Ignacio López González, "El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre, 1998): 143-158.

Para revisar un trabajo de autor colombiano ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003), 37-50.

⁸ Nicolás González-Cuéllar Serrano, "Origen y desarrollo del principio en el Derecho Penal alemán" en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* (Madrid: Colex, 1990).

⁹ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 40.

¹⁰ "Artículo 2. Principio rector de la libertad: [...] se dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la conviertan en irrazonable o desproporcionada.

Artículo 295. Afirmación de la libertad: Las disposiciones de este código que autorizan preventivamente la privación o restricción de la libertad del imputado tienen carácter excepcional; solo podrán ser interpretadas restrictivamente y su aplicación debe ser necesaria, adecuada, proporcional y razonable frente a los contenidos constitucionales.

Artículo 308. Requisitos para la imposición de medida de aseguramiento. El juez de control de garantías, a petición del Fiscal General de la Nación o de su delegado, decretará la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga". Congreso de la República de Colombia, *Ley 906 de 2004*, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal" (Bogotá: Diario Oficial No. 45.657, 31 de agosto de 2004).

¹¹ Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad*, 42.

método de interpretación y control judicial de las restricciones a los derechos fundamentales. En efecto, la demanda de protección constitucional del derecho a la igualdad motivó la introducción del concepto de proporcionalidad.¹² La Corte fue llamada a pronunciarse sobre criterios que fundaban tratos diferentes de manera sobresaliente en el ámbito laboral, adoptando, desde ese entonces, los criterios de adecuación, necesidad y de estricta proporcionalidad como exigencias a los criterios base de la diferenciación, dentro del llamado test de razonabilidad o de igualdad.¹³

Fue en una de las primeras sentencias donde se discutía el uso de criterios de desigualdad entre un grupo de trabajadores por su condición de sindicalistas¹⁴ donde tuvo lugar la adopción del test de igualdad como criterio para revisar las causas que originaban tratos diferentes y que se estimaban estándares de igualdad.¹⁵ Así, el examen de razonabilidad se derivaba de un ejercicio hermenéutico de deducción normativa de los Artículos:

1° (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).¹⁶

De esta manera, se adecúa a un derecho de tipo relacional como el derecho a la igualdad un examen que implica un análisis relacional entre medios y fines, esencia del principio de proporcionalidad estimado en el test de igualdad.¹⁷

¹² Ver información estadística recogida en la Revista del Observatorio de Justicia Constitucional, Cijus. *Jurisprudencia Constitucional 1992-1996* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, UAndes, 1998).

¹³ Sobre la esencia y alcances del juicio de igualdad y la presentación de las líneas jurisprudenciales en decisiones colombianas sobre orientación sexual, distribución de bienes escasos e igualdad salarial, puede verse Uprimny et al., "La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", 357-369.

¹⁴ Corte Constitucional, *Sentencia T-230 de 13 de mayo de 1994*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁵ Por citar un ejemplo, puede verse Corte Constitucional, *Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996*, M. P. Carlos Gaviria Díaz. Examina el criterio utilizado para establecer beneficios de acceso a la educación universitaria de los jóvenes bachilleres que prestaran servicio militar, lo que genera una diferencia de trato con quienes no prestaran dicho servicio; como fundamento a la decisión, la Corte adoptó el concepto de proporcionalidad como concreción del criterio de razonabilidad, entendidos ambos como ejercicio para la ponderación entre los principios constitucionales en tensión y deriva en la declaratoria de inconstitucionalidad del criterio de diferenciación, luego de aplicar el test de razonabilidad.

¹⁶ Corte Constitucional, *Sentencia C-070 de 22 de febrero de 1996*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento jurídico 10.

¹⁷ Para una aproximación doctrinaria más profunda en la materia, puede verse Carlos Bernal Pulido, "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/242/pl242.htm> (acceso junio 12, 2011).

Este test debía permitir al juez conjugar una “labor hermenéutica en la que los elementos configuran un todo dotado de sentido y no simplemente una sumatoria de partes separables”,¹⁸ uniendo las tres dimensiones –fáctica, legal y constitucional o valorativa– que debe tener en cuenta un juez constitucional:

El trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: **primero**, que los hechos sean distintos; **segundo**, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; **tercero**, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos –fáctico, legal o administrativo y constitucional– en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución) (resaltado propio).¹⁹

Para el momento de la adopción de la herramienta del test de razonabilidad, de proporcionalidad o de igualdad, el mundo conocía dos enfoques en el análisis de casos en relación con el derecho de igualdad: el primero, el test europeo de proporcionalidad,²⁰ originado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el segundo, el enfoque de los niveles de intensidad, en escrutinios leve, intermedio y estricto, dependiendo de que la atribución de las materias objeto de restricción o limitación pertenezcan a intereses protegidos por la Constitución o por la asignación de competencia al legislador, lo que determina el nivel de juicio de proporcionalidad, de la misma manera en que fue concebido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica.²¹

Fue así como la Corte, influida por los enfoques existentes, generó una respuesta dual a las tensiones fundadas en criterios discriminatorios de diferenciación, utilizando a la par aplicaciones del test o juicio de proporcionalidad europeo en unas

¹⁸ Corte Constitucional, *Sentencia T-230*, Fundamento jurídico 2.1.

¹⁹ Corte Constitucional, *Sentencia T-230*, Fundamento jurídico 3.

²⁰ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 44-45.

²¹ Para una aproximación doctrinaria profunda sobre el test de razonabilidad y sus influencias en el Derecho Comparado, puede verse César A Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *Observatorio de justicia constitucional. Balance jurisprudencial de 1996* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1998), 274 y ss.

decisiones, al que denominó test de razonabilidad o test de igualdad²² y, de manera concomitante, respondiendo también a disputas sobre el derecho a la igualdad con la aplicación de los distintos niveles de intensidad (leve, intermedio o estricto), según dictara el parámetro de diferenciación o las competencias asignadas al legislador.²³ Esto generó en la comunidad dos grandes confusiones con las decisiones adoptadas: la primera, una cierta contradicción entre los dos modelos aplicados por la Corte como modelos de decisiones distintas, sin obtener de esta una explicación que determinara en qué sentido era más pertinente el uso de uno u otro y, segundo, la creencia fundada de la existencia de un test para cada derecho o, por lo menos, la especialidad del test para el derecho a la igualdad.

Para enfrentar la disparidad de aplicaciones, la misma Corte unificó el criterio en 2001 con la Sentencia C-093, tras definir la existencia de dos enfoques para analizar los casos relacionados con las tensiones en el derecho a la igualdad, para luego aceptar su complementariedad. Un análisis elemental muestra que los dos enfoques pretenden determinar si el trato diferente tiene un fundamento objetivo y razonable, a partir del examen sobre si dicho trato es un instrumento idóneo para alcanzar ciertos propósitos admitidos por la Constitución. Esta complementariedad explica que la Corte, cuando ha tenido que estudiar problemas de igualdad, ha privilegiado en ocasiones el juicio de proporcionalidad, mientras en otras sentencias ha preferido recurrir a la metodología de los escrutinios de distinta intensidad.

Sin embargo, la afinidad que existe entre estas dos metodologías de análisis constitucional de la igualdad, no significa que éstas sean idénticas, pues cada una de ellas tiene particularidades y ventajas que les son propias. Así, como lo ha mostrado la doctrina, el juicio de proporcionalidad europeo tiene la virtud de aclarar analíticamente cuáles son los diversos pasos que debe realizar el juzgador. Pero es discutible que el mismo análisis de proporcionalidad pueda ser aplicado en todos los casos, pues no parece razonable estudiar en la misma forma una regulación que establece distinciones en la asignación de bienes y cargas con base en criterios raciales, y otra que funda la diferencia de trato en criterios de mérito. Así, la raza es un criterio de diferenciación prohibido (CP art. 13) mientras que la Carta admite que el mérito es válido para distinguir a las personas en determinados

²² A manera de ejemplo, puede verse Corte Constitucional, *Sentencia T-230* y Corte Constitucional, *Sentencia C-022*.

²³ A manera de ejemplo, puede verse Corte Constitucional, *Sentencia C-445 de 4 de octubre de 1995*, M. P. Alejandro Martínez Caballero; Corte Constitucional, *Sentencia C-563 de 6 de noviembre de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Corte Constitucional, *Sentencia C-183 de 6 de mayo de 1998*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

aspectos. Precisamente, debido a la necesidad de contar con herramientas diferenciadas para estos diversos tipos de casos, es que la doctrina y la jurisprudencia estadounidense han desarrollado la idea de que deben existir juicios de igualdad de distinta intensidad. Sin embargo, el problema de esos tests de igualdad de distinta intensidad es que a veces no aclaran suficientemente los pasos del análisis, ya que todo el estudio judicial se basa simplemente en una relación medio-fin.²⁴

Al desvirtuar cualquier posibilidad de contradicción en las aplicaciones que la Corte había realizado para ese entonces, creó una nueva fórmula de interpretación denominado juicio integrado de proporcionalidad.²⁵

La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los tests de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un “juicio integrado” de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así, este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad stricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los tests estadounidenses. Así por ejemplo, si el juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional.²⁶

²⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-093 de 31 de enero de 2001*, M. P. Alejandro Martínez Caballero, Fundamento jurídico 5.

²⁵ Para una aproximación doctrinaria más profunda, puede verse Bernal Pulido, “El juicio de igualdad”, 14-18.

²⁶ Corte Constitucional, *Sentencia C-093*, Fundamento jurídico 6.

Pero aún quedaba una incertidumbre en el ambiente. Los dos enfoques, el europeo y el estadounidense, estaban destinados al análisis del derecho a la igualdad. Así, en el intento de romper con la idea de exclusividad, la Corte trajo a colación sentencias donde habrían sido analizadas restricciones a derechos con uso del juicio estricto de proporcionalidad distinto al derecho a la igualdad. La primera, la Sentencia C-309 de 1997, donde se discutió la legitimidad y proporcionalidad del uso obligatorio del cinturón de seguridad como medida de protección a favor de la propia persona, limitando su derecho a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad, al discutir que la imposición de tal medida incurría en la imposición de regulaciones perfeccionistas de modelos de vida.

La medida fue sometida a un análisis estricto de adecuación exigiendo “que éstas [medidas] deben no sólo perseguir finalidades admisibles sino ‘buscar la realización de objetivos constitucionalmente importantes, puesto que está en juego la autonomía de las personas coaccionadas’”.²⁷ Además, añadió la Corte, “el efecto protector de la medida en relación con el interés o valor que se quiere favorecer debe aparecer demostrado claramente”.²⁸ La segunda, la Sentencia T-352 de 1997, analizó la constitucionalidad del trato diferente para la Iglesia católica al eximirla de presentar declaración de bienes y patrimonio, en tanto otras confesiones religiosas debían cumplir con esa obligación tributaria; a este trato aplicó el diseño de un juicio integrado estricto.²⁹ Como se ve, esta última sentencia corresponde evidentemente a una de las versiones del derecho a la igualdad –el trato diferente–, así que la Corte erró en la elección y dio lugar a una dudosa verificación de que el juicio de proporcionalidad europeo, como las intensidades del escrutinio estadounidense, participaba en el análisis de restricciones de todos los derechos fundamentales.

Sin embargo, fue ya con posterioridad que el juicio integrado fue expandido al estudio de restricciones de todos los derechos fundamentales, como se verá en la exposición

²⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-309*, Fundamento jurídico 12.

²⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-309*, Fundamento jurídico 13.

²⁹ Se traduce en los siguientes pasos: “Para que una medida que establece un trato diferenciado en virtud de uno de los criterios constitucionalmente ‘sospechosos’ supere el juicio de igualdad y la presunción de inconstitucionalidad que la cobija, se requiere que se verifiquen los siguientes requisitos: (1) que persiga un objetivo constitucionalmente imperioso; (2) que obren datos suficientes para afirmar que resulta idónea para garantizar la finalidad perseguida; (3) que es indispensable para alcanzar tal propósito; (4) que el beneficio que se busca obtener es mayor que el daño que causa; y (5) que el trato diferenciado se ajusta al grado de la diferencia que existe entre las personas o grupos de personas involucrados. Si una medida de la naturaleza de la que se estudia, no cumple alguna de estas condiciones, compromete el derecho a la igualdad, consagrado en el Artículo 13 de la Constitución Política”. Corte Constitucional, *Sentencia T-352 de 30 de julio de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento jurídico 11.

que sigue. Pero antes, para clarificar, ya alejados de la confusión y esclarecida la reedición de los enfoques europeo y estadounidense en un juicio integrado como propuesta colombiana,³⁰ discutiremos y ampliaremos la información con respecto al contenido de tal juicio y de los intereses constitucionales que encarna.

“La severidad del control judicial se encuentra inversamente relacionada con el grado de libertad en la configuración de las leyes por parte del legislador”.³¹ El respeto al régimen democrático y pluralista colombiano fundado en la soberanía popular³² exige controles al desarrollo o a la concretización que el legislador haga de las cláusulas constitucionales, cuidando de no intervenir en las competencias atribuidas al órgano democrático. En términos de límites externos de los poderes constitucionales, podríamos establecer dos extremos que señalan parámetros determinantes de un eventual control de proporcionalidad: el primero de ellos se fija en el respeto del juez constitucional por la libertad de configuración legislativa. El segundo lo constituye la subordinación a la que el legislador debe someterse al hacer las leyes, como es el respeto a los derechos fundamentales y a aquellos campos donde “la Constitución restringe la actuación de los órganos políticos o incluso les prohíbe expedir determinadas regulaciones”.³³ Podemos precisar que, cuando la legislación bajo control toca derechos fundamentales, se observan estos precisos ejemplos de controles que la Constitución identifica: a) La reserva en la producción de legislación laboral de los principios mínimos constitucionales del Artículo 53. b) La prohibición de fundar políticas en uno de los criterios sospechosos del Artículo 13.

Recientemente, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado una teoría sobre la prohibición de sustituir el modelo constitucional cuando el legislador ordinario

³⁰ Se considera relevante resaltar la importancia de la producción de iusteoría local (latinoamericana y colombiana) en un contexto de adecuación de teorías extranjeras como el juicio de proporcionalidad, entendiéndose que “El espacio entre producción y recepción de teorías es mucho más interesante que lo que tienden a indicar los conceptos de influencia, mala lectura, imitación, copia y plagio. En realidad, la iusteoría particular (local) es en sí misma una actividad de producción y no de mera recepción. Una de sus principales limitaciones, la lectura dentro de ambientes hermenéuticamente pobres, origina al mismo una de las características más fascinantes: la iusteoría latinoamericana no simplemente copia o imita. En vez de ello, cambia y transforma todo lo que toca. De esta forma puede ser que, al final, las teorías meramente imitativas de países no prestigiosos en iusfilosofía terminan siendo más ricas en sugerencias y desarrollos como la de las tradiciones fuertes y reconocidas”. Duncan Kennedy, “Prólogo” en *Teoría impura del Derecho*. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana escrito por Diego Eduardo López Medina (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Los Andes y Legis, 2004), 34.

³¹ Corte Constitucional, *Sentencia C-093*, Fundamento jurídico 14.

³² República de Colombia, *Constitución Política* (Bogotá: *Gaceta Constitucional 116*, 20 de julio de 1991), Artículos 1-3.

³³ Corte Constitucional, *Sentencia C-093*, Fundamento jurídico 12.

ha decidido reformar la Constitución mediante actos legislativos,³⁴ entendiéndose entonces como un control de constitucionalidad sobre la libertad de configuración legislativa del legislador ordinario y su poder de reforma constitucional; así, los criterios del denominado “juicio de sustitución” están dirigidos a verificar si el Congreso incurrió o no en un vicio de competencia, pues solo está facultado para reformar la Constitución y no para sustituirla o cambiarla. El que pueda entenderse al juicio de sustitución como una extensión del juicio de proporcionalidad no es una torpeza; no obstante, no resulta ser con claridad un control de la posible interferencia en el ámbito de ejecución de derechos fundamentales, esfera de aplicación del juicio de proporcionalidad. El juicio de sustitución trata de espacios competenciales que no delimitan derechos fundamentales en cabeza de los legisladores, lo que fija una real diferencia.

Luego de la anterior claridad, volviendo sobre el control de limitaciones a los derechos fundamentales, tenemos que los niveles en el escrutinio de proporcionalidad están delimitados por la doble relación de libertad y subordinación entre la ley y la Constitución. De este modo, determinados contenidos exigen un juicio débil para no invadir competencias del legislador y otros, un juicio más intenso que aumente la intervención del juez constitucional “a fin de respetar el diseño establecido por la Constitución.”³⁵

Desde 2001, en Sentencia C-673 la Corte relacionó un listado de materias que refieren la intensidad del juicio de proporcionalidad que le correspondía, además de la asunción de cargas y presunciones, según las materias reguladas. De tal manera, si la medida que se estudia utiliza criterios sospechosos de discriminación, opera una inversión en la carga de la prueba de constitucionalidad de la medida, distinto de cómo operaría en materias que forman parte de facultades expresamente otorgadas al legislador, como en efecto podría considerarse la adopción de políticas tributarias a las que se les atribuye una presunción de constitucionalidad y la inversión de la carga de la prueba en la demostración de inconstitucionalidad para el demandante.

³⁴ Línea jurisprudencial que inició con el control efectuado sobre los actos preparatorios a un referendo reformatorio de la Constitución mediante mecanismos de participación ciudadana, como el referendo para aprobar la reforma constitucional sobre la posibilidad de una segunda reelección presidencial en Sentencia C-141 de 2010, que revisó la Ley 1354 de 2009. Ya desde antes, el juicio de sustitución se integraba a la revisión de constitucionalidad de los actos legislativos. Pueden verse las Sentencias C-588 de 2009, C-303 de 2010, C-397 de 2010 y C-574 de 2011; en esta última, la Corte ha logrado llegar a precisiones sobre la distinción entre el juicio de intangibilidad, juicio de constitucionalidad y juicio de sustitución.

³⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-093*, Fundamento jurídico 13.

A continuación, en un esfuerzo por sistematizar lo que hoy conocemos en Colombia como juicio de proporcionalidad, presentamos las etapas del juicio según la intensidad del control, la correspondencia del juicio de acuerdo con la materia bajo examen, los criterios en la carga de la prueba y las presunciones de constitucionalidad, veamos:

Tabla 1. De los niveles de intensidad³⁶

Leve	Intermedio	Estricto
Fin Legítimo	<ol style="list-style-type: none"> 1. Legítimo (no estar prohibido) 2. Constitucionalmente importante (su necesidad no es prescindible, ni irrelevante, v. gr., interés público y/o magnitud del problema a resolver) 	<p>Legítimo. Importante Imperioso</p>
Medio Legítimo Adecuado (idóneo)	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adecuado (idóneo) 2. Efectivamente conducente 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Adecuado 2. Efectivamente conducente 3. Necesario (no existencia de medio alternativo menos lesivo) 4. Juicio de proporcionalidad en estricto sentido (los beneficios exceden las restricciones)
<p>Materia</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Económica 2. Tributaria 3. Política internacional 4. Competencia específica dada por la Constitución 5. Normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos 6. No se aprecia <i>prima facie</i> amenaza para el derecho en cuestión 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Afectación de derechos constitucionales no fundamentales 2. Cuando exista un indicio de arbitrariedad que afecte la libre competencia 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uso de criterios sospechosos de discriminación (Artículo 13, Constitución Política) 2. La medida recaiga en personas reconocidas como: en situación de debilidad manifiesta, grupos marginados y minorías 3. La medida afecte <i>prima facie</i> gravemente el goce de un derecho fundamental 4. La medida crea un privilegio

³⁶ Corte Constitucional, *Sentencia C-673 de 28 de junio de 2001*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Fundamentos jurídicos 7, 7.1 y 7.2.

Tabla 2. Presunción de constitucionalidad. Carga de la prueba y de la argumentación³⁷

Leve	Intermedio	Estricto
<ul style="list-style-type: none"> - Se parte de la presunción de constitucionalidad de la medida - Elementos que <i>prima facie</i> arrojan dudas de la presunción - Hace más exigente la demostración de la inconstitucionalidad por el demandante 	<ul style="list-style-type: none"> - Basta la demostración de la prohibición constitucional del fin de la norma o del medio empleado o la demostración de que el medio es manifiestamente inadecuado para la obtención del fin 	<ul style="list-style-type: none"> - Presentar el cuestionamiento que indique <i>prima facie</i> inquietudes claras o sospechas sobre el contenido de la norma demandada, v. gr., una clasificación fundada en la opinión religiosa, el sexo o la raza - Corresponde al autor de la medida asumir la carga de justificar su constitucionalidad o la inversión en la carga de la prueba a favor del ciudadano

El juicio (integrado) de proporcionalidad en Colombia pasó de ser un control judicial exclusivo de las violaciones al derecho a la igualdad –en los casos de discriminación laboral por causa de la afiliación al sindicato en la distribución de horas extras, de discriminación sexual y de distribución de bienes escasos e igualdad salarial–³⁸ a ser el patrón que guía el examen de constitucionalidad de todas las leyes de la República, independientemente del derecho al que pretenda regular y desarrollar.

Como veremos en adelante, el juicio de proporcionalidad, tal y como lo conocemos en la actualidad, ha sido depurado, afianzado y en ocasiones restringido, debido a la multiplicidad de demandas de inconstitucionalidad donde la Corte ha hecho uso de este instrumento, con lo que permite que el juicio de proporcionalidad sea la herramienta interpretativa de control de constitucionalidad del Legislativo.

2. De las características jurisprudenciales del juicio de proporcionalidad colombiano

Siguiendo con el objetivo descriptivo de esta investigación, serán presentadas las decisiones que han desarrollado algunas de las características más importantes del juicio de proporcionalidad en Colombia. Es el caso de la construcción de

³⁷ Corte Constitucional, *Sentencia C-673*, Fundamentos jurídicos 7, 7.1 y 7.2.

³⁸ Uprimny et al., “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, 357-369.

prevalencias *prima facie*, la estricta relación entre principio de proporcionalidad y factores de dosimetría penal, la admisibilidad de medidas parcialmente idóneas y la contextualización histórica de medidas restrictivas, al igual que su uso en la revisión de decretos legislativos en estados de excepción.

2.1. Prevalencia *prima facie* de los derechos inalienables de la persona. Sentencia C-309 de 1997

Al analizar la constitucionalidad de la obligatoriedad del uso del cinturón de seguridad, como una medida de protección contra la propia persona, se estudió como una restricción a la autonomía individual y al derecho del libre desarrollo de la personalidad. Tal decisión de la Corte contribuye a la formación del criterio hermenéutico aplicable:

[...] en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales fundamentales, como la libertad y la autonomía personales, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como el aumento de la producción nacional o la protección de la financiación de la seguridad social, debe el juez constitucional dar una prevalencia *prima facie* a los derechos de la persona.³⁹

De esta manera, se hacen efectivos los derechos fundamentales frente a las posibles defensas utilitaristas del criterio de la mayoría y marca una pauta de actuación para las autoridades y para la propia Corte en futuras confrontaciones que involucren el derecho a la autonomía individual.

2.2. Prohibición de exceso punitivo

Es uno de los conceptos más claros y firmes al que ha dado lugar la aplicación del juicio de proporcionalidad y ha sido desarrollado en varias decisiones de constitucionalidad. En efecto, la Corte prohibió agravar las calificaciones penales en delitos de menor lesividad. Es el caso de la Sentencia C-364 de 1996, que declaró la inconstitucionalidad del Artículo 10 de la Ley 228 de 1995 “al asignar a la contravención de hurto calificado un tratamiento punitivo más riguroso que al delito de hurto calificado”, precedente confirmado en la Sentencia C-233 de 2002, la cual revisaba la constitucionalidad del régimen sancionatorio disciplinario que apoyaba la acción de repetición contra el agente del Estado y aplicaba:

³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-309, Fundamento jurídico 6.

[...] un cúmulo de sanciones que implica una severa restricción de los derechos de las personas a que ellas se dirigen [limitando] entre otros derechos el derecho al trabajo (Art. 25 C. P.), a la libertad de escoger profesión u oficio (Art. 26 C. P.), a participar en la conformación del poder público y a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (Art. 40-7 C. P.), a la igualdad (Art.13 C. P.).

2.3. Principio de proporcionalidad y factores de dosimetría penal

En Sentencia C-070 de 1996, al revisar la agravación punitiva del delito de hurto dispuesta por el legislador como medio para impedir la desactualización monetaria de los bienes protegidos por el tipo penal, además de prohibir tal agravación sin una variación en la política criminal, la Corte recordó que la dosimetría penal no debería dissociarse del principio de proporcionalidad y de subsidiariedad de la pena. Exige el control judicial sobre la potestad legislativa de tipificación por medio de un examen de:

[...] la aptitud para la protección del bien jurídico tutelado, la necesidad de esa protección específica en contraste con otros medios preventivos igualmente idóneos y menos restrictivos de la libertad (medidas civiles, administrativas, laborales), y el mayor beneficio neto en protección de los bienes jurídicos que debe comportar la exclusión de ciertas conductas del ámbito de lo legalmente permitido.⁴⁰

2.4. Admisibilidad de medidas parcialmente idóneas y contextualización histórica de medidas restrictivas

Tras declarar inexecutable la imposición de la tarjeta profesional para periodistas por considerarla como una exigencia irrazonable que coarta el libre flujo de las ideas, base fundamental de una democracia, la Corte planteó la discusión sobre la inconcebible petición de demostración de la “inmediata e integral” idoneidad de una medida que restrinja un derecho, como también enjuició el aceptar medidas que solo puedan responder por una idoneidad parcial porque exigen, por ejemplo, el acompañamiento de otras medidas para llegar al fin querido.

Asimismo, se revisó el insoslayable requerimiento de que, al momento del análisis de aptitud del medio empleado por el legislador, se tenga en cuenta la contextualización

⁴⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-070*, Fundamento jurídico 11.

del momento histórico en el que sería aplicado; “este análisis demuestra que una medida legítima en un contexto histórico y social determinado, puede resultar inapropiada en otro distinto”.⁴¹

2.5. El control de constitucionalidad de competencias legislativas en estados de excepción

En los últimos años, el juicio de proporcionalidad ha sido utilizado como herramienta básica para el control de constitucionalidad de decretos legislativos expedidos en estados de excepción, convirtiéndose en una de las herramientas de uso frecuente para el control de competencias legislativas en estas circunstancias excepcionalísimas, dados los cambios incluidos en el juicio de proporcionalidad dentro de la revisión de constitucionalidad de decretos legislativos. Señalemos, por ejemplo, la decisión C-241 de 2011, que declaró la constitucionalidad del Decreto Legislativo 4703 de 2010 expedido por el Gobierno dentro del paquete de medidas para conjurar la crisis del estado de emergencia económica, social y ecológica de grave calamidad pública ocasionada por el fenómeno de La Niña en el año 2011. El Decreto bajo revisión, en la Sentencia en comento, fue expedido para adoptar medidas suficientes para financiar las obras y los proyectos para la población afectada, cuales son la ampliación de endeudamiento público y la reorientación de los fondos especiales de la Nación, entre otros. En ese momento la Corte enfocó la revisión de constitucionalidad sobre la proporcionalidad de las medidas integradas con otros juicios, como el “juicio de conexidad material, juicio de ausencia de arbitrariedad, juicio de intangibilidad, juicio de no contradicción específica, juicio de finalidad, juicio de motivación suficiente, juicio de necesidad, juicio de incompatibilidad y juicio de no discriminación”.⁴²

No obstante, fue en la Sentencia C-225 de 2009⁴³ que la Corte decidió desagregar el juicio de proporcionalidad en el entendido de que los componentes de finalidad,

⁴¹ Aclaración de Voto (A. V.) magistrado Carlos Gaviria. Corte Constitucional, *Sentencia C-087 de 18 de marzo de 1998*, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴² Corte Constitucional, *Sentencia C-241 de 1 de abril de 2011*, M. P. Luis Ernesto Vargas, Fundamento jurídico 2.4.

⁴³ Sentencia que revisara la constitucionalidad del Decreto 4449 de 2008, expedido con ocasión de la declaratoria de emergencia económica pronunciada en el Decreto 4333 de 2008, debido a la proliferación de distintas modalidades de captación de recursos del público por fuera del marco legal. La Sentencia C-225 de 2009 declaró la inconstitucionalidad de la inclusión por medio de decreto legislativo del tipo penal “325a. Omisión de reportes sobre transacciones en efectivo, movilización o almacenamiento de dinero en efectivo” en el Código Penal Ley 599 de 2000.

motivación suficiente, necesidad y no discriminación formaban parte del juicio de proporcionalidad, limitando este último a dos instancias: a) Análisis de excesiva restricción a los derechos fundamentales en estados de excepción.

Las medidas han de *guardar proporcionalidad con la gravedad de los hechos que buscan conjurar* y a las limitaciones que se impongan al ejercicio de los derechos y libertades *sólo será admisible en el grado estrictamente necesario, para buscar el retorno a la normalidad* (artículo 13 de la Ley 137 de 1994).⁴⁴

b) Que no existe una *restricción innecesaria* de los derechos, dado que esta limitación “sólo será admisible en el grado estrictamente necesario para buscar el retorno a la normalidad” (cursivas propias).⁴⁵

Luego de relacionar la doctrina en la aplicación práctica del control sobre el Decreto 4703 de 2010, lo que efectivamente se estudió fue una generalizada concepción sobre la idoneidad y necesidad de las medidas para responder a la crisis invernal, además de precisar que, dado que no se encontraba amenazado ningún derecho fundamental, el juicio de proporcionalidad se limita a la racionalidad del fin alcanzado. Por ello, pese al anuncio de un examen particularizado de proporcionalidad para cada medida, el alcance del análisis es bastante reducido sin que los pasos e intensidades a los que fue ajustado el juicio de proporcionalidad se expliciten.

Hasta aquí hemos estudiando los usos y las aplicaciones del juicio de proporcionalidad como herramienta de interpretación en el control de constitucionalidad de leyes y decretos legislativos. En adelante estudiaremos la adopción del núcleo esencial de los derechos fundamentales como parámetro de ponderación y, por lo mismo, el límite infranqueable en un ejercicio de proporcionalidad cuando media una colisión entre derechos fundamentales y entre estos y principios constitucionales desarrollados legislativamente.

3. El núcleo esencial de los derechos fundamentales como parámetro de ponderación

El núcleo esencial ha sido utilizado en la jurisprudencia constitucional como uno de los parámetros de ponderación de derechos cuando se analizan medidas que

⁴⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-225 de 30 de marzo de 2009*, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez, Fundamento jurídico 2.2.9.

⁴⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-225*, Fundamento jurídico 2.2.9.

puedan significar graves violaciones a los derechos fundamentales, violaciones que anularían por completo la vigencia de ese derecho para el caso específico, es decir, en varias oportunidades el núcleo esencial o el contenido esencial ha sido parte de los pasos del juicio de proporcionalidad. En esa medida, las próximas decisiones a ser estudiadas ubican al núcleo esencial como límite infranqueable en el ejercicio de ponderación. Hacemos la precisión con anterioridad para que no se pierda de vista el empleo que de él se hace en las discusiones sobre la inconstitucionalidad de medidas desarrolladas por el legislador, al igual que el papel que desempeña en las tensiones entre derechos fundamentales.

3.1. Violación del núcleo esencial del derecho a la circulación y residencia. Sentencia C-110 de 2000

Frente al estudio de una demanda de inconstitucionalidad de una sanción policiva consistente en “exigir promesa de residir en otra zona o barrio”,⁴⁶ la Corte asumió la reflexión sobre la medida bajo el juicio de proporcionalidad para determinar su legitimidad constitucional. En medio de la realización del juicio evidencia que la medida no tiene límites en el tiempo,⁴⁷ constituyendo una grave afectación a los derechos de circulación y residencia y anulándolos de manera permanente. Apoyada en la prohibición constitucional de imponer medidas imprescriptibles (Artículo 28 de la Constitución Política), la Corte hizo actuar al núcleo esencial como el límite de lo irrazonable y desproporcionado, no obstante no haber definido con anterioridad el contenido esencial del derecho a la circulación.

⁴⁶ Artículo 204. Compete a los comandantes de estación y de subestación exigir promesa de residir en otra zona o barrio:

1. Al que en cantina, bares u otros sitios de diversión o de negocios situados en el barrio donde tenga su residencia, fomenta o protagonice escándalos, riñas o peleas hasta el punto de ser tenido en esos sitios como persona indeseable.

2. Al que mantenga amenazadas a personas del barrio o zona donde resida.

3. Al que por su conducta depravada perturbe la tranquilidad de los vecinos de la zona o barrio. Presidencia de la República, Decreto 1355 de 1970, “Por el cual se dictan normas sobre Policía” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 33.139, 4 de noviembre de 1970), Artículo 204.

⁴⁷ “Si bien el art. 222 del Código Nacional de Policía faculta a la autoridad de policía para hacer cesar la medida correctiva que ha impuesto en cualquier tiempo, cuando ‘a su juicio tal determinación no perjudique el orden público’, entiende la Sala que la fijación del tiempo de la sanción debe estar regulada específicamente en la norma legal y, por lo tanto, dicha determinación no puede quedar librada al arbitrio de la referida autoridad”. Corte Constitucional, *Sentencia C-110 de 9 de febrero de 2000*, M. P. Antonio Barrera Carbonell, Fundamento jurídico 2.

3.2. El núcleo esencial como criterio para establecer los límites de lo que es dable al juez de ponderar jurídicamente. Violación al derecho de defensa técnica, Sentencia T-784 de 2000

Debemos aclarar que la tutela es presentada dentro de la excepcional vía de tutelas contra providencias judiciales, en las que se estudia una vulneración tal del núcleo esencial de derechos fundamentales en la decisión judicial que genera el rompimiento de la firmeza de la cosa juzgada. Es, entonces, una exigencia probatoria la demostración de la vulneración del núcleo esencial de derecho presuntamente vulnerado; en este caso, el derecho a la defensa técnica.

La Sentencia ejerce una de las características de los ejercicios de ponderación, como es el análisis de la vulneración del núcleo esencial del derecho en el caso concreto, pues el establecimiento de los ámbitos en los que el derecho se encuentra protegido no define, por sí mismo, la protección, debiendo señalar la vulneración en el caso puntual: “Esto debe hacerse a partir de los contenidos precisos de los intereses en conflicto y ello es posible únicamente a partir de una ponderación que tenga en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto”.⁴⁸

Así, luego de definir los ámbitos de protección del derecho a la defensa técnica como:

- a) La vulneración del núcleo esencial del derecho a la defensa técnica no puede corresponder a la utilización de una estrategia de defensa. Sentencia T-654 de 1998.
- b) La ausencia de defensa técnica debe haber tenido repercusiones respecto de otros derechos fundamentales del sindicado y debe evaluarse dentro del contexto general del derecho al debido proceso. Sentencia T-654 de 1998.
- c) Las deficiencias de la defensa técnica no pueden ser el resultado de la intención del sindicado de evadir las consecuencias del proceso. Sentencia T-654 de 1998.⁴⁹

La Corte entra al examen de la situación concreta, donde se encontró una efectiva vulneración al derecho de defensa en las ausencias injustificadas del defensor de oficio

⁴⁸ Corte Constitucional, *Sentencia C-110*, Fundamento jurídico 2.2.

⁴⁹ Corte Constitucional, *Sentencia C-110*, Fundamento jurídico 2.2.

y falta del ejercicio de impugnación de providencias en contra del defendido.⁵⁰ Sin embargo, tales circunstancias, dice la Corte, no comprometen por sí solas el núcleo esencial del Derecho. Aquí se evidencian los dos caminos de determinación del núcleo esencial: “La Corte ha dicho que ello ocurre cuando se impide el ejercicio del derecho de que se trata, se dificulta más allá de lo que es jurídicamente razonable o se lo despoja de su necesaria protección”.⁵¹

La primera orientación, conocida por la doctrina como la teoría absoluta, hace referencia a “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose”.⁵² Para el caso del derecho a la defensa técnica se conoce, por la práctica jurídica de miles de años de discusión, como la facultad “de un lado del defensor de solicitar pruebas y controvertir las allegadas al proceso y, por el otro, la de impugnar las providencias dictadas dentro del proceso”,⁵³ facultades que muestran la casi autodefinición del núcleo esencial del derecho. La problemática se presenta frente a aquellos derechos en los que las facultades que los determinan no están determinadas con claridad, quedando la definición sujeta a la orientación filosófica del juez que decida. Por ello, esta forma de definición del núcleo esencial ha resultado como la técnica más criticada, pues, además de que encierra de manera evidente un subjetivismo judicial galopante, la ausencia de controles racionales a este tipo de definiciones la hace susceptible de una decadencia en el ámbito argumentativo.

La segunda de las técnicas, que llama a la definición del núcleo esencial de un derecho fundamental, precisa que:

[...] cuando se lo dificulta más allá de lo razonable, acoge la teoría de la ponderación, que no es más que una aplicación del criterio de proporcionalidad

⁵⁰ Las circunstancias del caso concreto fueron: “Una revisión del expediente es suficiente para constatar que no impugnó ninguna de las providencias emitidas por el ente acusador, no solicitó una sola prueba, ni controvertió las allegadas dentro de la etapa de instrucción. Tampoco aportó memorial alguno, una vez proferida la resolución que decretó el cierre de la etapa de instrucción. Sucedió lo mismo durante la etapa del juicio, en la cual limitó su participación a intervenir en la audiencia pública de juzgamiento, aceptando los hechos imputados al accionante y a su hermano, aunque solicitando en abstracto su absolución, debido a la presunción de inocencia. Sin embargo, a pesar de que su defendido fue condenado, no impugnó la Sentencia, ni siquiera pudo ser notificado personalmente”. Corte Constitucional, *Sentencia C-110*, Fundamento jurídico 3.1.

⁵¹ Corte Constitucional, *Sentencia C-110*, Fundamento jurídico 3.1.

⁵² Corte Constitucional, *Sentencia C-784 de 24 de junio de 2000*, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, Fundamento jurídico 3.1.

⁵³ Corte Constitucional, *Sentencia C-784*, Fundamento jurídico 3.1.

según la cual, el núcleo esencial de los derechos fundamentales es la proporción de su contenido que permanece una vez hecha la ponderación frente a los bienes jurídicos ante los cuales está enfrentado en un caso determinado.⁵⁴

La importancia de la sentencia relacionada es la comprensión del uso combinado de las dos teorías, pues enterados del núcleo duro del Derecho como las facultades que hemos mencionado, se deriva lógicamente la aplicación de un examen de proporcionalidad para determinar si está siendo restringido de una manera irrazonable.⁵⁵ El ejemplo de la defensa técnica permitió verificar las facultades mínimas inherentes a su ejercicio, considerándolas entonces como su núcleo esencial. La confirmación de su irrazonable o desproporcionada limitación fue un acto de mera comprobación.

Aunque la excepcionalidad de la conjugación de la teoría absoluta y relativa del contenido esencial en el estudio de la restricción de los derechos fundamentales es una cuestión realmente innovadora, el continuo y permanente alineamiento con una y otra doctrina dentro de la práctica de la Corte Constitucional al utilizar el concepto demuestra un uso paralelo e indiferenciado, quizá determinado solo por la distinción del derecho bajo estudio.

3.3. De las teorías absoluta y relativa del núcleo esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional

La importancia del núcleo esencial de los derechos que la Corte desarrolló en el camino de poner en la práctica del juicio de proporcionalidad se ha vuelto un criterio indispensable en todo tipo de reflexión que encarne un conflicto entre derechos y dentro del análisis de medidas legislativas que limiten o restrinjan un derecho fundamental. El núcleo esencial ha llenado de contenido al juicio de proporcionalidad. De ahí la pertinencia de plantear las distintas tendencias: absoluta, relativa y la última estudiada, a la que nos hemos permitido llamar mixta.

⁵⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 288 y ss.

⁵⁵ En el caso concreto se traduce en: “Es necesario verificar entonces, si el accionante aún tiene la posibilidad de ejercer dichas facultades a través de un defensor y, de ser así, si ellas se encuentran limitadas de una manera razonable. En caso de no estar en posibilidad de ejercer las facultades de aportar pruebas, controvertir las alegadas e impugnar las decisiones del juez o de que dichas facultades estén siendo limitadas más allá de lo que es jurídicamente razonable, procedería, por vía de tutela, la protección de los derechos invocados. De lo contrario, esta acción no sería viable”. Corte Constitucional, *Sentencia C-784*, Fundamento jurídico 3.1.

3.3.1. Casos de aplicación de una teoría absoluta del núcleo esencial y su variación a la teoría relativa del núcleo esencial

Como un ejemplo de la tendencia de adopción de la teoría absoluta del núcleo esencial de derechos fundamentales se muestra de manera palpable la posición de la Corte, al analizar las restricciones del derecho a la vida frente a la posibilidad jurídica de la eliminación de la penalización del aborto, presente en varias de las sentencias que sobre el tema se han producido en Colombia.

En Sentencia C-133 de 1994 se desecha la posibilidad de considerar el derecho a la autonomía procreativa de la mujer y a la libertad de cultos como límite posible al derecho a la vida del nasciturus, acogiendo, de esta manera, una concepción absoluta del derecho a la vida, irreconciliable con otros derechos fundamentales, imponderable.

El Estado tiene la obligación de establecer, para la defensa de la vida que se inicia con la concepción, un sistema de protección legal efectivo, y dado el carácter fundamental del derecho a la vida, su instrumentación necesariamente debe incluir la adopción de normas penales, que están libradas al criterio discrecional del legislador, dentro de los límites del ordenamiento constitucional. El reconocimiento constitucional de la primacía e inviolabilidad de la vida excluye, en principio, cualquier posibilidad permisiva de actos que estén voluntaria y directamente ordenados a provocar la muerte de seres todavía no nacidos, y autoriza al legislador para penalizar los actos destinados a provocar su muerte. La vida del nasciturus encarna un valor fundamental, por la esperanza de su existencia como persona que representa, y por su estado de indefensión manifiesto que requiere de la especial protección del Estado. En la Carta Política la protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2º y 5º, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de “todas las personas”, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas.⁵⁶

⁵⁶ Corte Constitucional, *Sentencia C-133 de 17 de marzo de 1994*, M. P. Antonio Barrera Carbonell, Fundamento jurídico 4.

En Sentencia C-213 de 1997 la Corte⁵⁷ confirma la prevalencia del derecho a la vida⁵⁸ frente a otros intereses y principios constitucionales, al revisar la inconstitucionalidad de las penas establecidas para los delitos de aborto resultado de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. Descarta, en esta oportunidad, a la dignidad de la mujer⁵⁹ como un posible criterio de atenuación al derecho a la vida del que está por nacer, al separar el acto de la violación del hecho de la maternidad.

La Corte desecha también el argumento según el cual la penalización –aun leve– de la voluntaria interrupción del embarazo en los eventos anotados afecta o degrada la dignidad de la mujer. Se confunde, así, el acto de la violación o de la inseminación abusiva con el de la maternidad. Mientras el primero ocasiona daños muy graves que se proyectan en la vida futura de la víctima, a veces de modo irreparable, y lesiona de veras la dignidad femenina, el segundo, en cuanto representa la transmisión de la vida a un ser humano, dignifica y enaltece a la madre. Nadie podrá tildar de indigna a la mujer que, no obstante haber sido violada y hallarse encinta como consecuencia de la violación, decide dar a luz. No reside la dignidad de la mujer en reconocerle un derecho que naturalmente no tiene. Pero, aun admitiendo, en gracia de discusión, que la prohibición legal del aborto en los eventos descritos implicara agravio a la dignidad de la mujer, este derecho no podría jamás entenderse como prevalente sobre el de la vida del que está por nacer.⁶⁰

⁵⁷ Corte Constitucional. *Sentencia C-213 de 24 de abril de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁸ “El derecho a la vida aparece como el primero y más importante de los derechos fundamentales y tiene, según el texto de la norma, el carácter de inviolable. La disposición no establece excepciones respecto de su amparo. Se trata, sin duda, de un derecho inalienable de todo ser humano, garantizado además con claridad en los pactos internacionales de derechos, que prevalecen en el orden interno, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 93 de la Constitución. El 94, por su parte, declara sin rodeos que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Carta y en los convenios internacionales no debe entenderse como negación de otros la intangibilidad de la vida del nasciturus, por ejemplo que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Corte Constitucional, *Sentencia C-213 de 24 de abril de 1997*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento jurídico 3.

⁵⁹ “Aun considerada la ofensa inferida a la mujer por el delincuente –de cuya sanción deberá ocuparse el Estado–, nadie puede alegar un derecho a cometer un crimen. A ninguna persona es lícito hacer justicia por su propia mano, menos todavía si, como en estos casos ocurre, pretende dirigir su acto retaliatorio contra un ser totalmente ajeno al agravio causado. El ser engendrado a partir del acto violento no es sino otra víctima –la más indefensa e inocente– del violador o de quien manipuló sin autorización de la mujer la inseminación artificial. Si se acude al sano equilibrio que emana de la verdadera justicia, se ha de concluir en que, sin dejar de entender la reacción de la madre ante el hecho punible perpetrado en persona suya, resulta jurídicamente inaceptable que el fruto de la concepción, también un ser humano, pague el delito con su vida cuando no ha sido el agresor, es decir, que espie la culpa de un tercero y pierda, por decisión unilateral de su progenitora, la oportunidad de vivir”. Corte Constitucional, *Sentencia C-013 de 23 de enero, de 1997*, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, Fundamento jurídico 4.

⁶⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-013*, Fundamento jurídico 4.

En 2001,⁶¹ la Corte Constitucional entró a estudiar una demanda contra el Parágrafo del Artículo 124⁶² de la Ley 599 de 2000 sobre precisas circunstancias de atenuación punitiva para el delito de aborto, que incluía circunstancias especiales en las cuales se realizara este acto, considerando que el embarazo fuera el resultado de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas. La Corte decidió su constitucionalidad, tras considerar la amplia potestad de configuración del legislador ordinario, al considerar que el legislador podría no despenalizar, pero sí disminuir las penas para el delito de aborto en determinadas circunstancias, haciendo solo alusión a la proporcionalidad de la pena, sin hacer mención alguna a una intromisión del núcleo esencial de derechos fundamentales ni tampoco a un probable juicio de proporcionalidad.

Luego, en la Sentencia C-355 de 2006, la Corte retoma el uso del juicio de constitucionalidad para determinar los límites de configuración legislativa en materia de

⁶¹ “No se trata de una potestad discrecional y absoluta para el juzgador, lo que dejaría la posibilidad o no de prescindir de la pena al arbitrio judicis, sino de una facultad reglada, pues es la propia ley la que señala de manera estricta los presupuestos que han de aparecer probados para motivar la decisión que en la sentencia se adopte. El juez, como se ve, ha de establecer primero que el embarazo sea producto de un acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o que se haya producido una inseminación artificial no consentida por la mujer o que haya ocurrido una transferencia de óvulo fecundado sin su consentimiento; a continuación, debe emprender el análisis de las pruebas que obren en el expediente en relación con las condiciones de motivación de la determinación de abortar asumida por la mujer para establecer si ellas son ordinarias o extraordinarias, es decir, si se salen de lo común, si se encuentran fuera del actuar de otras mujeres puestas en las mismas condiciones de tiempo, de modo y de lugar según el medio económico-social, teniendo en cuenta siempre que lo extraordinario es la excepción y no la regla; y, por último, el juez, ha de emprender luego el análisis particular para el caso sometido a su juzgamiento sobre la necesidad o no de la pena, habida consideración de las finalidades de la misma, lo que implica que ha de tener en cuenta las funciones que está llamada a cumplir respecto de la sociedad y de la sindicada, para determinar si es de alguna utilidad o de ninguna dadas las circunstancias particulares y concretas.

Tampoco resulta inconstitucional el parágrafo acusado por la supuesta violación del derecho a la vida como lo afirma el demandante, y por las razones que él aduce para sustentar su demanda, pues el nuevo Código Penal, como ya se dijo, en los Artículos 122 y 123 define el delito de aborto como lo consideró conveniente el legislador en el marco de un Estado social, pluralista y democrático de Derecho. Y, conforme a su potestad de configuración de la ley, el Congreso de la República juzgó necesario y conveniente de acuerdo con las circunstancias sociales, políticas y culturales establecer una causal personal de exclusión de la pena, la que puede legítimamente adoptarse como decisión legislativa, que fue precisamente lo sucedido al incluir como disposición legal el parágrafo del Artículo 124 de la Ley 599 de 2000, que en manera alguna viola la Carta Política”. Corte Constitucional, *Sentencia C-647 de 20 de junio de 2001*, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, Fundamento jurídico 6.

⁶² La pena señalada para el delito de aborto se disminuirá en las tres cuartas partes cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Parágrafo. En los eventos del inciso anterior, cuando se realice el aborto en extraordinarias condiciones anormales de motivación, el funcionario judicial podrá prescindir de la pena cuando ella no resulte necesaria en el caso concreto. Congreso de la República de Colombia, *Ley 599 de 2000*, “Por la cual se expide el Código Penal” (Bogotá: *Diario Oficial No. 44.097*, 24 de julio de 2000), Artículo 124.

sanción y persecución del Estado respecto a la restricción desproporcionada de los derechos fundamentales de la mujer y del que está por nacer, así como el análisis de proporcionalidad de la pena. La Corte no precisa el test aplicable al control de constitucionalidad de la medida bajo revisión, cual es la penalización del delito de aborto, aunque examina la posibilidad de que el legislador retome las posibilidades de medidas menos restrictivas y con un enfoque más asistencial y prestacional; sin embargo, estima que el legislador penal:

[...] cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración.⁶³

⁶³ “La proporcionalidad y la razonabilidad como límites al libertad de configuración del legislador en materia penal.

En numerosas decisiones la Corte Constitucional ha afirmado que el Legislador cuenta con un amplio margen para establecer las conductas punibles y determinar sus sanciones, sin embargo, también ha indicado que el poder punitivo cuenta con límites en esa labor, tales como el de respetar los derechos constitucionales y atender los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Sobre este extremo resulta pertinente transcribir in extenso la Sentencia C-070 de 1996.

De lo anterior resulta, que el legislador puede elegir entre las distintas medidas a su alcance aquellas que considere más adecuadas para la protección de los bienes de relevancia constitucional, y que en ejercicio de tal potestad de configuración puede decidir adoptar disposiciones legislativas de carácter penal que sancionen las conductas que amenacen o vulneren el bien protegido, trátase de un valor, principio o derecho fundamental. No obstante, dicha potestad de configuración está sujeta a diversos límites constitucionales y en este sentido el principio de proporcionalidad actúa como un límite en dos direcciones. En primer lugar, la medida legislativa de derecho penal no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad opera al interior mismo del tipo penal, pues debido al carácter de última ratio del derecho penal en un Estado social de derecho, la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal– debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible.

En conclusión, el legislador penal cuenta con un amplio margen de configuración en materia penal, pero dicho margen encuentra sus principales límites en los derechos constitucionales, dentro de los cuales se destacan la

Por lo anterior, considerando como límite a la potestad legislativa los mínimos irreducibles de los derechos fundamentales, es decir, el contenido esencial de los derechos, la Corte efectúa un estudio sobre los contornos del núcleo duro de los derechos en colisión, definiendo en un primer momento que la Constitución ha optado por la protección del derecho a la vida en todas sus formas, por lo que debe proteger la vida del nasciturus; no obstante, considera tres eventos en los que la medida de la penalización parece irreconciliable con la protección de los derechos de las mujeres, que resultan igualmente exigibles de protección constitucional, no solo por los compromisos que la misma Constitución ha impuesto, sino porque existen varios instrumentos internacionales que obligan a la protección de la integridad de las mujeres, en todas sus formas. Por último, la Corte estima que resulta abiertamente desproporcionado considerar en los tres eventos, que precisaremos enseguida, que la conducta sea además objeto de penalización, dando lugar a la constitucionalidad condicionada del Artículo 122 del Código Penal, en el entendido de que no se incurre en delito de aborto cuando, con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico. b) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico. c) Cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas o de incesto.

En todas partes del mundo las sentencias sobre la permisión del aborto y de su despenalización son abundantemente comentadas. Sea el caso señalar que lo que se pretende es revisar el cambio o la evolución jurisprudencial en los controles de constitucionalidad sobre la penalización del aborto en Colombia, para poder confirmar la evolución de una concepción absoluta de ciertos reductos inamovibles como la protección de la vida del que está por nacer a un aumento de los límites infranqueables en los derechos de las mujeres que no permiten su invasión, debiéndose, por lo tanto, retirarse la restricción de la penalización en ciertos eventos que entran dentro de la órbita de lo irreducible de los derechos fundamentales de las mujeres.

dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, y la salud en conexidad con la vida y la integridad de las personas. Como sobre tales derechos, del bloque de constitucionalidad no se deriva un mandato determinante para la solución de los problemas jurídicos planteados en este proceso, es necesario aplicar un juicio de proporcionalidad para decidir en qué hipótesis el legislador penal, con el propósito de proteger la vida del nasciturus, termina afectando de manera desproporcionada los derechos de la mujer y transgrediendo los límites dentro de los cuales puede ejercer el margen de configuración". Corte Constitucional, *Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006*, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento jurídico 8.5.

3.3.2. Casos de aplicación de una teoría relativa del núcleo esencial

A continuación se examinarán dos eventos en donde se enfrentan el derecho a la libertad de expresión y de opinión con otros derechos fundamentales. Su escogencia responde a la búsqueda de un ejemplo de derecho que, sin importar su prevalencia en el orden jurídico, es posible limitarlo para dar vida efectiva a otros derechos que entren en conflicto con él. El análisis casuístico nos invita a apreciar la aplicación práctica de la doctrina que sobre intensidades de juicios y de restricciones permisibles han sido acogidas, en una especie de actividad pedagógica para el fortalecimiento conceptual de la figura.

En la primera sentencia a estudiar, al examinar la constitucionalidad de la ley que regula la actividad de los medios masivos de comunicación⁶⁴ que usan el espectro electromagnético como la radio, la Corte determinó la posibilidad de limitar “la libertad de fundar medios masivos de comunicación tradicionalmente conocida como libertad de prensa”,⁶⁵ partiendo del reconocimiento de la legitimidad de las intervenciones estatales que busquen garantizar el pluralismo informativo o que tengan como finalidad una “mayor equidad y pluralidad en el manejo de la información”,⁶⁶ sumado a la posibilidad jurídica que mantiene el Estado de precisar la responsabilidad social a la que están sometidos los medios de información.

El análisis de las regulaciones fue distinguido entre las medidas que generalmente se usan para limitar el ejercicio, categorías prohibidas por la jurisprudencia internacional, por ejemplo, restricciones que tengan en cuenta el contenido del mensaje y aquellas que exigen la evaluación en el caso concreto del derecho limitado y de su proporcionalidad, que sería propiamente un ejercicio de ponderación. Muestra de la primera categoría de análisis enunciada se presenta con la imposición de dirigir las emisiones radiales según los “dictados universales del decoro y del buen gusto”,⁶⁷

⁶⁴ Congreso de la República de Colombia, Ley 74 de 1966, “Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión” (Bogotá: *Diario Oficial* No. 32116, 28 de diciembre de 1966).

⁶⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000*, M. P. Fabio Morón Díaz, Fundamento jurídico 4.

⁶⁶ “En relación con la libertad de prensa, la Constitución establece regulaciones específicas, que legitiman ciertas intervenciones estatales. Así, los medios de información son libres pero tienen responsabilidad social, por lo cual bien puede el ordenamiento jurídico precisar el alcance de esa responsabilidad y la manera de hacerla efectiva. Igualmente, una interpretación sistemática de los artículos 7º y 20 superiores permite concluir que la Carta protege el pluralismo informativo, por lo cual esta Corporación ha concluido que son legítimas ciertas intervenciones destinadas a asegurar una mayor equidad y pluralidad en el manejo de la información”. Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 4.

⁶⁷ “Sin perjuicio de la libertad de información, los servicios de radiodifusión estarán básicamente orientados a difundir la cultura y a afirmar los valores esenciales de la nacionalidad colombiana. En los programas

catalogándola como una regulación abiertamente parcializada que desestima la pluralidad de una sociedad democrática, burlando una de las prohibiciones establecidas por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir restricciones que tienen en cuenta el contenido del mensaje emitido y descarta las visiones estéticas diferentes y apartadas del ideal asumido,⁶⁸ se critica además el uso de conceptos vagos e indefinidos que traen como resultado el abandono de “la delimitación de cuáles contenidos son sancionables al criterio subjetivo de las autoridades encargadas de controlar el cumplimiento de esas reglamentaciones”.⁶⁹

El estudio de constitucionalidad de la prohibición de caracterizar a otra persona mediante la imitación de la voz en programas periodísticos o informativos, al igual que la prohibición de originar propaganda comercial en los servicios públicos de radiodifusión, como el análisis de la disposición legal de otorgar algunos espacios radiales a operadores privados para fines cívicos y culturales, fueron oportunidades para realizar la exploración concreta de la situación y para la aplicación de los criterios de proporcionalidad.

Respecto a la primera medida, se consideró que la prohibición tiene un:

[...] claro sustento constitucional, pues constituye una simple aplicación de deberes más generales de los medios de información masiva, los cuales, en desarrollo de su responsabilidad social y para asegurar el derecho de todos a una información veraz, tienen la obligación de no inducir a las personas a conclusiones falsas o erróneas sobre hechos o sucesos.⁷⁰

radiales deberá hacerse buen uso del idioma castellano, y atenderse a los dictados universales del decoro y del buen gusto”. Congreso de la República de Colombia, *Ley 74 de 1966*, Artículo 2.

⁶⁸ “Una limitación a la libertad de expresión no es constitucional por el sólo hecho de que sea neutra frente al contenido, y por ende, no privilegie ciertos puntos de vista sobre otros, ya que una restricción de esa naturaleza también puede ser lesiva de ese derecho fundamental, pues puede no estar justificada o ser desproporcionada. Por ejemplo, es obvio que una ley que prohíbe todos los discursos es inconstitucional, ya que aniquila la libertad de expresión, y eso a pesar de ser neutra frente al contenido pues no se refiere a determinadas ideas o informaciones. Y esto es así, por cuanto la Carta y los tratados de derechos humanos no sólo protegen la diversidad del discurso y la pluralidad de los mensajes sino también su cantidad, por lo cual son inconstitucionales las medidas que, a pesar de ser neutras e imparciales frente a los contenidos, restringen indebidamente la abundancia de discurso disponible en una sociedad democrática. Por ende, una limitación general y neutra frente al contenido no se presume inconstitucional pero también puede violar la Carta, por no respetar los requisitos señalados por la Corte Interamericana, y que esta Corte Constitucional acepta claramente. Esto significa que estas restricciones deben estar claramente definidas en la ley, y encontrarse estrictamente relacionadas con la consecución de determinados objetivos constitucionales, como la protección del honor de las personas o la preservación del orden público, que dadas las circunstancias del caso, claramente predominen sobre la importancia que tiene mantener una libertad de expresión amplia y vigorosa”. Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 15.

⁶⁹ Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 18.

⁷⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 20.

Esta obligación se amplía en espacios noticiosos y programas periodísticos donde el “receptor del programa está predispuesto a asumir como cierta cualquier información que le sea suministrada”.⁷¹ Sin embargo, la prohibición resulta desproporcionada al pretender una eliminación absoluta de imitaciones de voces, circunstancia atenuada con la prevención de una práctica condicionada por la Corte a un trato, horario o sección diferenciada de los programas periodísticos “en donde puedan utilizarse, con sentido crítico o humorístico, imitaciones y parodias de algún personaje”.⁷²

Para la segunda medida, además de usar los criterios de proporcionalidad, la Corte aplicó la intensidad de los controles y aceptó la regulación del Estado en el “contenido y alcance de la divulgación de la publicidad comercial”,⁷³ caso de propaganda comercial a espiritistas, hechiceros, pitonisas, adivinos y similares, como reflejo de la cláusulas constitucionales que autorizan la intervención estatal en la economía y en la información del mercado, deduciendo de allí un juicio de constitucionalidad menos estricto, de lo que deriva que “sólo si de manera directa vulnera derechos fundamentales, o recurre a categorías discriminatorios, o viola claros mandatos constitucionales, o incurre en regulaciones manifiestamente irrazonables o desproporcionadas”⁷⁴ podrá ser declarado inconstitucional, razonamiento propio del juicio débil de proporcionalidad.

Para el tercer ejemplo, la Corte avala la intervención del Estado en los espacios radiales, al ser sometidos a una reserva en las emisiones de espacios para fines cívicos y culturales, regulación que, a juicio del demandante, deviene en una limitación al derecho de propiedad de las empresas de radio; tal situación fue rechazada de plano al recordar la calidad de bien público del espectro electromagnético, declarando la constitucionalidad condicionada del Artículo “en el entendido de que esta **facultad debe ser ejercida en forma imparcial y razonable por las autoridades**” (resaltado propio).⁷⁵

El segundo evento anunciado sobre el uso de la teoría relativa del núcleo esencial del derecho a la libertad de expresión plantea el conflicto entre el derecho a la vida, a la honra y al buen nombre del director técnico de un equipo de fútbol y el derecho al ejercicio de la libertad de expresión en cabeza de un comentarista

⁷¹ Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 20.

⁷² Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 21.

⁷³ Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 29.

⁷⁴ Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 29.

⁷⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 51.

deportivo. El examen de la Corte comienza por el reconocimiento de la inexistencia de derechos absolutos, sin mediar la prevalencia *prima facie* que, dentro del orden democrático, tenga la libertad de expresión; luego analiza la circunstancia del caso concreto determinada por la supremacía social que tienen los medios de información sobre la persona individualmente considerada que, en contextos de violencia, como son socialmente reconocidas las barras de los equipos de fútbol capitalino,⁷⁶ puede generar una grave perturbación de los derechos enunciados. Unido a la circunstancia de si “quien emite la opinión utiliza al medio de comunicación como instrumento para atacar a una persona concreta desconociendo la función constitucionalmente protegida”, rompe la protección constitucional y genera un “control estricto para la protección *prima facie* de los otros derechos sobre la libertad de opinión y expresión”.⁷⁷

La Corte distingue aquí: a) La oportunidad de acceso a la contradicción por la persona agredida como garantía de un equilibrio entre las opiniones, caso tal que dará lugar a la aplicación un juicio débil. b) La evidencia de una persecución a persona concreta por el comunicador, a la que corresponde un juicio estricto. c) La demostrada intención de formular insultos, a la que le seguiría un juicio extremo con la puesta en ruta del aparato penal.⁷⁸ La gradación en el juicio interviene también en la carga probatoria del derecho que se cree vulnerado; así, con respecto al derecho a la vida, “es indispensable que exista prueba suficiente que demuestre que el comportamiento o la amenaza a la vida de una persona es producto de la opinión

⁷⁶ Puede ejercerse control constitucional sobre “calificaciones tendenciosas, que dentro de contextos de violencia o intolerancia, resulten susceptibles de producir una amenaza real y efectiva de los derechos a la vida y a la integridad personal de la persona afectada. Así las cosas, puede concluirse que si bien existe *prima facie* una protección radical a la libertad de opinión, amenazas ciertas y efectivas contra la honra, el buen nombre y otros derechos fundamentales, autorizan su sanción, pues ningún derecho constitucional se reputa absoluto. Claro está, no se trata de molestias producto de la opinión de un tercero. Ha de tratarse de reales descalificaciones inadmisibles en una democracia constitucional”. Corte Constitucional, *Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001*, M. P. Rodrigo Uprimny Yepes, Fundamento jurídico 15.

⁷⁷ Corte Constitucional, *Sentencia T-1319*, Fundamento jurídico 17.

⁷⁸ “La función que de la libertad de opinión se predica de los medios de comunicación es la de generar opinión pública. De ahí que si quien emite la opinión utiliza al medio de comunicación, como instrumento para atacar a una persona concreta, se desconoce la función constitucionalmente protegida. Ello constituye un ejercicio abusivo de un derecho constitucional. En estos casos, se ha de proceder con suma prudencia, de suerte que únicamente si resulta evidente la transformación del medio en instrumento de persecución puede operar el control. Empero, una vez advertido este fenómeno, el control se torna estricto pues *prima facie* prevalecerá la protección de otros derechos sobre la libertad de opinión. El control débil se activa cuando, existiendo un genuino interés en generar opinión, no se ofrece oportunidad alguna de contradicción, en cuyo caso es necesario garantizar un equilibrio entre las opiniones, necesario para el proceso deliberativo (equilibrio informativo/opinión). El control estricto, por su parte, se aplicará en el evento en que el propósito de la opinión es la persecución individual y con fines personales del comunicador y, finalmente, el control extremo, por conducto del aparato penal, cuando el comunicador únicamente busca el insulto”. Corte Constitucional, *Sentencia T-1319*, Fundamento jurídico 17.

de otra”.⁷⁹ De lo contrario, se concedería una oportunidad abierta a todas aquellas personas que se sientan amenazadas en sus derechos por opiniones periodísticas, lo que derivaría en una restricción impermisible a la libertad de expresión.

Aunque hemos relatado las posibles perturbaciones a los derechos a la intimidad, a la honra y al buen nombre por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, debemos, en todo caso, manifestar la importancia particular de esta –la libertad de expresión–, dada la prevalencia *prima facie* por su conexión inescindible con el ejercicio de una democracia participativa⁸⁰ y con la búsqueda de un “mercado equitativo de las ideas”,⁸¹ además de la prohibición constitucional de censura previa.⁸² Estas cuestiones han generado en la jurisprudencia un control judicial vigoroso de las regulaciones legales que pretenden reglamentarla. Sin embargo, la Corte ha sido enfática en reconocer la necesidad de ponderar esta libertad cuando se encuentre en tensión con otros derechos fundamentales,⁸³ aceptando la teoría relativa del núcleo esencial de los derechos.

⁷⁹ Además de la “prueba de la intención de incitar a la violencia mediante la opinión, prueba de la reacción o posibilidad fehaciente de la reacción y un evidente y claro nexo de causalidad”. Corte Constitucional, *Sentencia T-1319*, Fundamento jurídico 27.

⁸⁰ “La libertad de expresión ocupa un lugar preferente en el ordenamiento constitucional colombiano, no sólo por cuanto juega un papel esencial en el desarrollo de la autonomía y libertad de las personas y en el desarrollo del conocimiento y la cultura sino, además, porque constituye un elemento estructural básico para la existencia de una verdadera democracia participativa. Por ello, esta Corporación ha destacado la importancia y trascendencia de esta libertad, que protege no sólo la facultad de difundir y expresar opiniones e ideas, o libertad de expresión en sentido estricto, sino también la posibilidad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, o derecho y libertad de informar y ser informado”. Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 3.

⁸¹ La variación de un mercado libre de las ideas como fundamentos de la democracia ideada por juez estadounidense, Oliver Holmes a “un mercado equitativo –y no sólo libre– de las ideas, como fundamento de una democracia realmente deliberante” se ha convertido en un reajuste de la doctrina colombiana. Para una visión más profunda y más completa de la variación puede verse Rodrigo Uprimny, Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo, *Libertad de prensa, y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional (1992-2005)* (Bogotá: Legis, 2005), 43 y ss.

⁸² “Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura”. República de Colombia, *Constitución Política*, Artículo 20.

⁸³ “El carácter preferente de las libertades de expresión, información y de prensa no significa, sin embargo, que estos derechos sean absolutos y carezcan de límites. Así, no sólo no existen en general derechos absolutos sino que, en particular, la libertad de expresión puede colisionar con otros derechos y valores constitucionales, por lo cual, los tratados de derechos humanos y la Constitución establecen que ciertas restricciones a esta libertad, son legítimas. Así, conforme a la Convención Interamericana y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, este derecho puede ser limitado para asegurar (i) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o para (ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Por ello, esta Corporación ha también admitido, ciertas restricciones a la libertad de expresión a fin de proteger y asegurar, en ciertos casos concretos, otros bienes constitucionales, como el orden público o los derechos a la intimidad o al buen nombre”. Corte Constitucional, *Sentencia C-010*, Fundamento jurídico 4.

3.4. Regulación normativa del núcleo esencial por el legislador ordinario. Sentencia C-373 de 1995

Una última cuestión a ser analizada con respecto al contenido esencial es la oportunidad jurídica de que el núcleo esencial de los derechos fundamentales sea establecido por el legislador, acudiendo a la disposición de reserva para la regulación de los derechos fundamentales por ley estatutaria. Este punto ha sido ampliamente discutido en el ámbito internacional.⁸⁴ En Colombia, la discusión ha surgido al interior de la Corte Constitucional, a propósito de la revisión de constitucionalidad de la adopción de regímenes de inhabilidades para los candidatos a elección popular a concejales y alcaldes municipales y en una reciente decisión sobre la regulación del derecho de petición por medio del Código Administrativo y Procedimiento Administrativo. En la primera decisión fue adoptada, por mayoría, la posibilidad de regular el derecho fundamental a ser elegido mediante una ley ordinaria, descartando acoger la protección constitucional a la que debe someterse toda voluntad política que persiga reglamentar el ejercicio de un derecho fundamental, como es el trámite de una ley estatutaria.

La Sentencia asegura además que, dentro de las facultades de la ley estatutaria, está la de regular “todos aquellos aspectos que se relacionan con el ámbito intangible del derecho fundamental respectivo, esto es, su núcleo esencial”,⁸⁵ posición que plantea una intervención de absoluta regulación por el legislador del núcleo esencial de los derechos. Esa precisión traza una disputa con posiciones más restrictivas de la intervención legislativa al núcleo esencial. Este último enfoque integra la argumentación del salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes,⁸⁶ por considerarlo una

⁸⁴ Respecto a Alemania, puede verse Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

⁸⁵ Corte Constitucional, *Sentencia C-373 de 24 de agosto de 1995*, M. P. Carlos Gaviria Díaz, Fundamento jurídico 7.

⁸⁶ El salvamento de voto cuenta con una rica y rigurosa exposición de los orígenes y desarrollos históricos del núcleo esencial en Colombia y en el mundo, que se relaciona a continuación:

“El derecho positivo constitucional siempre ha conferido al núcleo esencial de los derechos fundamentales la misión de servir de límite a la actividad legislativa reguladora de los mismos. En ningún caso, el contenido propio de los derechos constitutivo de su núcleo esencial, se ha deferido al legislador. La teoría del núcleo esencial, como es ampliamente conocido, es de origen alemán. La Ley Fundamental de 1949, incorporó esta barrera de control, como reacción tanto a la impotencia que demostró la Constitución de Weimar (1919) como a los excesos del nacional socialismo. Con este propósito, dispone su Artículo 19.1. Cuando al amparo de la presente Ley Fundamental sea restringido un derecho fundamental por una ley determinada o en virtud de lo dispuesto en ella, dicha ley deberá aplicarse con carácter general y no sólo para un caso particular y deberá especificar, además, el derecho en cuestión indicando el artículo correspondiente. 2. En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental.

construcción argumentativa más sólida que la mantenida por la mayoría, gracias a una comprensión integral de lo que significa una verdadera efectividad de los derechos fundamentales. Exponemos a continuación la tesis sostenida.

La reserva a la decisión de la mayor parte de la concepción misma de lo que es y significa el núcleo esencial de un derecho fundamental, entendido como el “límites de los límites”,⁸⁷ impuesto inclusive a la libertad de configuración del legislador, con lo que registra un control constitucional⁸⁸ absoluto e imborrable a las medidas y desarrollos legislativos restrictivos de los derechos fundamentales. Este límite expone una “tensión existente entre Constitución y democracia”.⁸⁹ El legislador, apoyado por la voluntad general, debe restringirse a los mandatos constitucionales que le imponen límite a su actuar. De otro lado, al disponer la Sentencia sobre la

En este mismo sentido, aunque con algunos matices singulares, las Constituciones Española y Portuguesa, recogen el dispositivo del núcleo esencial como límite insuperable de la ley reguladora de los derechos. En efecto, señala el Artículo 53 de la Constitución española: ‘1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1 a)’. Por su parte, el Artículo 18.3 de la Constitución de Portugal, expresa: ‘no se puede disminuir la extensión y alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales’.

En Colombia, la doctrina del núcleo esencial ha sido fruto de la creación jurisprudencial de la Corte Constitucional, que la ha asociado al valor normativo vinculante de la Constitución y a la necesidad de reconocer que el constituyente, al consagrar los derechos fundamentales, ha identificado un ámbito definido de la realidad social para darle un tratamiento jurídico que se traduce en determinados elementos individualizadores y tipificadores de los derechos que no pueden dejar de preservarse, pues, de lo contrario, el texto constitucional quedaría desposeído de significado y la libertad desaparecería.

En el nivel legal, en Colombia, el concepto de núcleo esencial, expresa asimismo aquél mínimo irreductible de contenido de cada derecho fundamental, en modo alguno limitable por los poderes públicos. Sobre el particular, prescribe el Artículo 1 del Decreto 2591 de 1991: ‘La acción de tutela procederá aun bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiere a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción’. Salvamento de voto realizado por el magistrado Carlos Gaviria Díaz. Corte Constitucional, *Sentencia C-373*, Fundamento jurídico 3.2.

⁸⁷ Salvamento de voto. Corte Constitucional, *Sentencia C-373*, Fundamento jurídico 3.1.

⁸⁸ “Sin embargo, no toda limitación o restricción a un derecho fundamental, puede aceptarse indiscriminadamente. La función reguladora confiada al legislador, si bien puede ser generadora de límites –siempre que directa o indirectamente se reconduzca a la Constitución y las restricciones sean proporcionales respecto del interés protegido y la alternativa adoptada–, debe, a su vez, estar sometida a un límite absoluto, pues, de lo contrario, los derechos fundamentales arriesgarían su existencia y perderían su carácter fundamental, el cual se trocaría en relativo”. Corte Constitucional, *Sentencia C-373*, Fundamento jurídico 3.1.

⁸⁹ Tensión que “no se traduce en una rígida confrontación, sino en una mutua y permanente influencia recíproca, cuyo estado y evolución admite distintos desarrollos concretos en función del pluralismo político. Pero, en todo caso, independientemente de la política legislativa respecto de los derechos fundamentales, que bien puede ser restrictiva o expansiva, su núcleo esencial expresa su contenido irreductible, indisponible por el legislador”. Corte Constitucional, *Sentencia C-373*, Fundamento jurídico 3.1.

posibilidad jurídica de que la ley estatutaria deba regular el contenido esencial de los derechos fundamentales, irrumpe en el límite constitucional, dando lugar “a relativizarlos en forma absoluta y demuestra que se ha confundido el plano constitucional con el legislativo”.⁹⁰ Esta confusión llama a la diferenciación entre las atribuciones del constituyente y del legislador ordinario, pues el primero delimita el contenido esencial de los derechos, al dirigir la función del segundo en la limitación dispuesta por el procedimiento de ley estatutaria. Sobre el caso concreto podemos decir que, de haberse hecho la verificación de la penetración en el contenido esencial del derecho a ser elegido independientemente de su proporcionalidad,⁹¹ hubiera mostrado su abierta inconstitucionalidad.

La segunda sentencia de obligatoria mención es la decisión C-818 de 2011, que declarara inexecutable el Título II de la Ley 1437 de 2011, pues lo que efectivamente realiza es la retoma de la posición minoritaria expuesta dieciséis años antes apoyada en: i) Exigencia de la reserva de ley estatutaria:

[...] cuando menos, se trata de normas que se refieren a contenidos muy cercanos a los elementos estructurales esenciales del derecho de petición y (ii) [cuando] la regulación contiene un desarrollo integral y sistemático del derecho fundamental de petición, y por tanto, todas las materias tratadas, sea cual fuere su contenido específico, han debido ser objeto de una ley estatutaria.⁹²

Conclusiones

- La presentación de los avances, reinterpretaciones e innovaciones que sobre el juicio de proporcionalidad se ha presentado en el transcurso de su aplicación en Colombia responde al deseo de dar a conocer y, al mismo tiempo, revisar la

⁹⁰ Corte Constitucional, *Sentencia C-373*, Fundamento jurídico 3.1.

⁹¹ Lo anterior indica que la materia correspondía a la regulación típica de una ley estatutaria, independientemente de que la inhabilidad como tal fuese declarada executable por no vulnerar el núcleo esencial del derecho fundamental a ser elegido, como lo pondría de presente el juicio de proporcionalidad que al efecto se hiciera. Pero una cosa es que una ley estatutaria establezca una limitación a un derecho fundamental y que esta se encuentre executable y, otra, que dicha limitación aparezca en la ley ordinaria, así la restricción como tal fuere executable. Sobra decir que la forma de la ley estatutaria es una de las garantías constitucionales más importantes para la defensa de los derechos fundamentales. Esta garantía no puede, en consecuencia, esquivarse ni tenerse por superflua o redundante. Corte Constitucional, *Sentencia C-373*, Fundamento jurídico 3.3.

⁹² Corte Constitucional, *Sentencia C-818 de 1 de noviembre de 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Fundamento jurídico 3.1.1.12.

jurisprudencia existente para generar un control sobre la construcción del juicio y sobre los alcances y cambios de una teoría de interpretación, básicamente de naturaleza jurisprudencial. Luego de la exposición organizada del contenido evolucionado de la jurisprudencia constitucional sobre el juicio de igualdad, hoy juicio de constitucionalidad, puede constatarse una efectiva construcción de una herramienta usualmente empleada por la Corte Constitucional colombiana en la resolución de colisión de derechos fundamentales.

- Si bien el juicio de proporcionalidad tiene la pretensión de mediar como herramienta de interpretación constitucional ante el conflicto de derechos fundamentales y, no obstante la evolución jurisprudencial en la materia y la definición de niveles, etapas y efectos en la carga de la prueba, en los últimos años la ampliación de la herramienta hermenéutica a asuntos constitucionales como desarrollos legislativos, actos legislativos reformativos de la Constitución y decretos legislativos de estados de excepción resulta preocupante, pues supone la sobrecarga de confianza por el juez constitucional a una herramienta que continúa en construcción.
- La ampliación del uso de la herramienta aumenta el rigor en la construcción jurisprudencial y, por lo mismo, una altísima responsabilidad del juez constitucional que decida emprender nuevos usos, debiéndose, en todo caso, mantener un respeto al precedente jurisprudencial que sostiene la estructura del juicio de proporcionalidad.
- Los contornos del núcleo duro de los derechos fundamentales tal vez representan la más audaz institución de la hermenéutica constitucional moderna, aunque existan detractores de la figura que temen una definición quizá muy reducida, quizá muy ampliada y permite considerar los verdaderos bordes de la actividad del juez constitucional cuando se elige el juicio de constitucionalidad como parámetro de interpretación. Las precisiones del uso de una teoría absoluta o relativa han sido expuestos en la jurisprudencia, mas resta continuar el seguimiento de tal evolución y la respuesta del legislativo frente a un avance en la construcción del núcleo esencial desde el órgano democrático.
- Para finalizar, nuestro interés es servir con aportes críticos en el avance o la revisión por la misma Corte de lo que haría más fuertes sus decisiones para lograr fortalecer su argumentación jurídica, lo que creemos muy conveniente en un país en proceso de reconciliación.

Referencias

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Serie Derecho y Justicia. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Bernal Pulido, Carlos. “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/242/pl242.htm> (acceso mayo 25, 2012).
- Bernal Pulido, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 599 de 2000*, “Por la cual se expide el Código Penal”. Bogotá: *Diario Oficial No. 44.097*, 24 de julio de 2000.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 74 de 1966*, “Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”. Bogotá: *Diario Oficial No. 32116*, 28 de diciembre de 1966.
- Congreso de la República de Colombia. *Ley 906 de 2004*, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Bogotá: *Diario Oficial No. 45.657*, 31 de agosto de 2004.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-010 de 19 de enero de 2000*. M. P. Fabio Morón Díaz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-013 de 23 de enero de 1997*. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-070 de 22 de febrero de 1996*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-087 de 18 de marzo de 1998*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-093 de 31 de enero de 2001*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-110 de 9 de febrero de 2000*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-133 de 17 de marzo de 1994*. M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-183 de 6 de mayo de 1998*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-213 de 24 de abril de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 30 de marzo de 2009*. M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

- Corte Constitucional. *Sentencia C-241 de 1 de abril de 2011*. M. P. Luis Ernesto Vargas.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-309 de 25 de junio de 1997*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-355 de 10 de mayo de 2006*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-373 de 24 de agosto de 1995*. M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-445 de 4 de octubre de 1995*. M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-563 de 6 de noviembre de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-647 de 20 de junio de 2001*. M. P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-673 de 28 de junio de 2001*. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-784 de 24 de junio de 2000*. M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- Corte Constitucional. *Sentencia C-818 de 1 de noviembre de 2011*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Corte Constitucional. *Sentencia T -352 de 30 de julio de 1997*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-1319 de 7 de diciembre de 2001*. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-230 de 13 de mayo de 1994*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-426 de 24 de junio de 1992*. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. "Origen y desarrollo del principio en el Derecho Penal alemán" en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.
- Kennedy, Duncan. "Prólogo" en *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* escrito por Diego Eduardo López Medina. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Universidad de Los Andes y Legis, 2004.
- López González, José Ignacio. "El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo" *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5 (septiembre-diciembre, 1998): 143-158.
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Serie

- Lex Nova. Bogotá: Legis y Universidad de Los Andes, 2001.
- López Sterup, Henrik. *Ratio decidendi/Precedente/Subregla*. Bogotá: En prensa, 2005.
- Presidencia de la República. *Decreto 1355 de 1970*, “Por el cual se dictan normas sobre Policía”. Bogotá: *Diario Oficial No. 33.139*, 4 de noviembre de 1970.
- República de Colombia. *Constitución Política*. Bogotá: *Gaceta Constitucional 116*, 20 de julio de 1991.
- Revista del Observatorio de Justicia Constitucional, Cijus. *Jurisprudencia Constitucional 1992-1996*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, UAndes, 1998.
- Rodríguez, César A. “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad” en *Observatorio de justicia constitucional. Balance jurisprudencial de 1996*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1998.
- Uprimny, Rodrigo, Camilo Borrero, María Clara Galvis y Danilo Rojas. “La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.” *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 15 (2002): 357-369.
- Uprimny, Rodrigo, Catalina Botero y Juan Fernando Jaramillo. *Libertad de prensa, y derechos fundamentales. Análisis de la jurisprudencia constitucional (1992-2005)*. Bogotá: Legis, 2005.