

De la proporcionalidad y otros demonios: el origen del principio de proporcionalidad y su adaptación en el orden jurídico colombiano*

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671.03>

Angélica María Arango Díaz

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Resumen: el principio de proporcionalidad se ha convertido en un elemento de interpretación en todos los ámbitos del derecho, al atravesar las fronteras de su origen histórico y convertirse en un principio cuasi universal. Pese a su popularidad, existen dudas sobre el fundamento de validez de su migración a diversos ordenamientos jurídicos y de la posibilidad de ofrecer criterios objetivos para su aplicación.

Palabras clave: Estado de derecho; idoneidad; interpretación constitucional; necesidad; principio de proporcionalidad; validez

* En referencia a la novela del escritor Gabriel García Márquez.

Angélica María Arango Díaz

Doctora en Derecho. Máster en Leyes, Universidad de Ratisbona, Alemania. Abogada, Universidad La Gran Colombia. Docente, Facultad de Derecho, Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7193-5493>

Contacto: angelica.arango@esmic.edu.co

Citación APA: Arango Díaz, A. M. (2024). De la proporcionalidad y otros demonios: el origen del principio de proporcionalidad y su adaptación en el orden jurídico colombiano. En P. A. Velásquez Cardona, & C. H. Prieto Fetiva (Eds.), *Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH* (pp. 77-104). Sello Editorial ESMIC. <https://doi.org/10.21830/9786289544671.03>

Problemas abiertos en torno del principio de proporcionalidad: análisis desde el DIDH y el DIH

ISBN impreso: 978-628-95446-8-8

ISBN digital: 978-628-95446-7-1

DOI: <https://doi.org/10.21830/9786289544671>

Colección Ciencias Jurídicas

Serie Miles Doctus (Investigación formal terminada)

Sello Editorial ESMIC

Escuela Militar de Cadetes “General José María Córdova”

Bogotá, D.C., Colombia

2024



Introducción

El *ubicuo y popular* principio de proporcionalidad tiene un origen pragmático en el derecho policivo (Klatt & Meister, 2012). Su finalidad consistía en asegurar espacios de acción de la administración para garantizar la seguridad sin intervenir arbitrariamente en las libertades individuales. Gracias a las interesantes variaciones teóricas, el principio de proporcionalidad se ha convertido en una figura necesaria en casi cualquier tipo de análisis interpretativo y en toda creación argumentativa que sea fundamento de controles jurisdiccionales. En palabras de Leisner (1997), se trata de un término *en todas partes*, está presente en cada campo dogmático, ya sea de formas evolucionadas o rudimentarias, pero siempre encuentra un lugar en cada espacio de discusión. La introducción del principio al ordenamiento jurídico colombiano ha sido objeto de diversos estudios y su desarrollo posterior no deja de sorprender (p. 637). Este capítulo pretende determinar si es posible establecer criterios objetivos de control del principio de proporcionalidad tomando como ejemplo su incorporación legislativa en el desarrollo de las actividades de inteligencia y de contrainteligencia.

Para dar respuesta a esa pregunta, el primer aparte de este capítulo se dedica a establecer si la adopción (migración) del principio de proporcionalidad mediante la jurisprudencia constitucional permite una definición objetiva y una aplicación uniforme en el derecho simple o si, por el contrario, corresponde a la materialización de postulados teóricos derivados de la voluntad del operador jurídico (intérprete constitucional en el caso básico colombiano). Así mismo, se hace referencia a la evolución jurisprudencial del principio de proporcionalidad. Para ello, se acude a la metodología clásica de la exposición de jurisprudencia como mecanismo de comparación de las teorías manifestadas por la Corte Constitucional. Por tratarse de una investigación documental con elementos históricos, se acude a un mapeo teórico en relación con el principio de proporcionalidad desde la perspectiva de la dogmática alemana. Esta elección se justifica porque el principio de proporcionalidad puede considerarse como un producto del derecho alemán. En tal sentido, se acude a fuentes teóricas y jurisprudenciales para ser analizadas y valoradas en relación con su aplicación en Colombia. De igual forma, en atención al contenido jurídico de la investigación, se hace necesario acudir al análisis de derecho comparado y las implicaciones de los desarrollos posteriores en el ordenamiento jurídico colombiano.

Una vez se culmina con el estudio del contexto histórico y dogmático del principio de proporcionalidad desde su perspectiva constitucional, se analizan, por último, las implicaciones de su utilización en el proceso para decidir sobre una actividad de inteligencia o de contrainteligencia. Acudir al desarrollo de tales actividades, como ejemplo concreto de la aplicación del principio de proporcionalidad, se justifica en la positivización de este en el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013.

El origen del principio: más pragmatismo que meta-positivismo. Acercamiento a la figura de la proporcionalidad: cañones y gorriones

En este aparte, que también podría titularse *Cañones y gorriones*, se hará un acercamiento al principio de proporcionalidad, más precisamente, una breve descripción del fundamento histórico de dicho principio. Se hará, así mismo, referencia concreta a sus elementos conceptuales y a los desarrollos jurisprudenciales aplicados a la interpretación constitucional para terminar con una referencia a la utilización masiva del principio en el orden constitucional colombiano.

Uno de los primeros fundamentos del principio de proporcionalidad, según la ciencia jurídica, está relacionado con los postulados de justicia del derecho romano. Kraft se refiere a la justicia vindicativa y a la justicia distributiva como los primeros antecedentes de la aplicación de la proporcionalidad (Kraft, 2007, p. 577)¹. De igual forma, considera que el nuevo entendimiento de la razón que trajo la ilustración se vería reflejado en la composición del principio. Muestra de esta influencia sería para Kraft la declaración de Karl Gattlieb Svarez sobre el principio básico del derecho del Estado, según el cual, “el Estado solamente puede limitar la libertad del individuo en la medida en que sea necesario para que la libertad y la seguridad de todos pueda existir” (Kraft, 2007, p. 578)². Esta necesidad de garantizar la libertad con medidas de seguridad que necesariamente limitarían el margen de acción individual,

1 Ver también, Kraft, Ingo (2007). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis, p. 577.

2 “Dass der Staat die Freiheit der Einzelnen nur so weit einzuschränken berechtigt ist, als es notwendig sei, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne”.

se presentaría después como uno de los criterios de justificación de la transferencia del principio a diversos ordenamientos.

Siguiendo con el componente de garantía del fin de seguridad, la cláusula de policía general del derecho territorial común a los Estados prusianos de 1794 establecía como tarea policial la toma de las medidas necesarias para el mantenimiento de la tranquilidad, el orden y la seguridad públicas (Wieacker, 2022, p. 578)³. La referencia a la *necesidad* de las medidas ha sido vista por la doctrina como una de las primeras limitaciones a las actuaciones administrativas que derivarían en uno de los subprincipios del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, Fleiner definiría los límites al poder de policía con la frase: “la policía no puede dispararle con cañones a los gorriones” (Fleiner, 2018, p. 323) y con ello estaba determinando los elementos conceptuales de lo que hoy se reconoce como el principio de proporcionalidad. Para Fleiner (2018), el uso del medio más agudo debería ser la última medida asumida por la administración. En ese sentido, debe entenderse que la medida decidida como una última posibilidad de acción administrativa es la más razonable según las condiciones/proporciones (*den Verhältnissen angemessen*).

Entonces, podría afirmarse que el multifuncional principio de proporcionalidad halla su origen en la concepción de la decisión administrativa y los límites a la libertad para la toma de esas decisiones (Schlink 2014, p. 119). La aplicación del principio de proporcionalidad estaba históricamente determinada por la necesidad de establecer límites a las intervenciones administrativas que, en búsqueda de materializar el fin de seguridad, pudieran intervenir en espacios de libertad individual.

Así, quien tendría garantizado un espacio de decisión (no se habla todavía de margen de apreciación, sino de un espacio para la creación de derecho) es el operador jurídico desde la administración (Röhl & Röhl, 2008, p. 653).⁴ Es a

3 Parágrafo 10 II 17ALR “Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit, und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern desselben, bevorstehenden Gefahren zu treffen, ist das Amt der Polizey”.

4 Aquí es importante mencionar que la apropiación de la ponderación como metodología para la toma de decisiones debido al principio de proporcionalidad se mueve en un corredor teórico entre su forma de procedimiento para argumentar una decisión y el reconocimiento de un espacio de discrecionalidad para la toma de decisiones políticas.

él a quien se faculta, en primer lugar, para realizar un análisis sobre las razones de la intervención en los espacios protegidos por el derecho, y, en segundo lugar, para tomar una decisión en un caso determinado. En ese sentido, retomando los términos de Fleiner, cuando se hace referencia a la noción originaria de la proporcionalidad, no se estaría frente a una valoración judicial sobre un disparo con cañón a un gorrión y sus consecuencias, sino que se está en un escenario en el que el operador jurídico está decidiendo sobre la procedencia del cañón para dispararle a los gorriones.

La aplicación del principio de proporcionalidad desde esta perspectiva responde, básicamente, a los cuestionamientos planteados desde la ponderación en el ámbito de la planeación (Jestaedt, 2015, p. 351). Allí, es indispensable partir de una concepción de la libertad de configuración de la administración determinada por normas de contenido programático y que tiene influencia directa en la elección de las finalidades y los medios (Ossenbühl 1995, p. 904). A diferencia de ello, la aplicación constitucional tiene una pretensión de interpretación y no de creación jurídica (Ossenbühl 1995, p. 904). Por ende, el concepto de ponderación, como método de prueba o desarrollo jurídico del principio de proporcionalidad, gana importancia en el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad (Klatt & Meister, 2012, p. 161). Esta primera diferencia de origen tendrá implicaciones en los desarrollos jurisprudenciales posteriores.

El desarrollo del principio de proporcionalidad en el derecho administrativo y la posterior extensión de su aplicación al derecho constitucional, parte de una función esencial: la limitación del poder estatal (Manssen, 2015, p. 97). Ese elemento conceptual de prohibición de la arbitrariedad debe entenderse como uno de los criterios determinantes de la aplicación del principio por parte de la jurisprudencia constitucional y de la interpretación de lo que se ha considerado como los componentes del principio, a saber: el principio de idoneidad, el principio de necesidad y el principio de razonabilidad (Manssen, 2015, p. 98).

El subprincipio de idoneidad se cumple cuando la medida-intervención en el derecho fundamental es adecuada para la consecución del fin (Bernal, 2015, p. 235). En ese sentido, debe garantizarse también la legitimidad del fin propuesto en el contexto de un Estado democrático de derecho. Por su parte,

el subprincipio de necesidad exige —del legislador o de la administración— la elección del medio que intervenga en menor medida al derecho fundamental (Manssen, 2015, p. 99). En ese sentido, se esperaría que la medida restrictiva del derecho fundamental elegida por el legislador correspondiera a la más benéfica para el derecho intervenido de la variedad de opciones idóneas (Bernal, 2005, p. 67).

El subprincipio de razonabilidad, denominado también *principio de proporcionalidad* en sentido estricto, es el lugar —en el contexto de la ponderación como metodología de prueba del principio— en el que se ejecuta materialmente una evaluación en la que se sopesan los argumentos a favor o en contra de la medida considerada como posiblemente inconstitucional (Manssen, 2015, p. 99). Por ello, en este punto debe garantizarse que el alcance del fin justifique la limitación al derecho fundamental (Bernal, 2015, p. 236). Manssen resume las precisiones jurisprudenciales más significativas del último subprincipio, así:

- a. Consideración integral de todos los intereses en la ponderación.
- b. Ponderación de los intereses afectados.
- c. En caso de intervenciones intensas, deben ser tenidas en cuenta medidas de compensación, transición y excepción. Estas tendrían una suerte de efecto paliativo ante las intervenciones en las esferas de libertad.
- d. Evaluación de la posible vulneración de diferentes derechos fundamentales. Este sería el lugar argumentativo pertinente para verificar la existencia de refuerzos en los ámbitos de protección de los derechos fundamentales afectados. (Manssen, 2015, p. 99)

Esta última escala de análisis del principio de proporcionalidad exige una comparación entre las consecuencias adversas sobre el derecho fundamental que limita y los beneficios de aquel que se privilegia (Pino, 2014, p. 407). En términos simples, los primeros dos elementos conceptuales del principio de proporcionalidad tendrían un corredor normativo que permitiría hablar de un proceso de interpretación de los fines y medidas pretendidas por el constituyente (o legal en términos de derecho simple) y que tendrían aplicación en la valoración concreta. Sin embargo, en el caso de la proporcionalidad en sentido estricto, difícilmente

puede fundamentarse el resultado de la valoración en términos rigurosamente constitucionales (legales). Puesto que la magnitud del sacrificio de un bien constitucional frente a la realización beneficiosa del otro depende exclusivamente de la concepción argumentativa del fallador, resulta casi imposible hablar de una derivación constitucional del resultado (Suárez, 2012, p. 132).

Una migración jurisprudencial sin fronteras (¿y sin justificación normativa?)

En este aparte es necesario recurrir al concepto de migración de ideas jurisprudenciales desde la perspectiva del traslado de instituciones jurisprudenciales del derecho comparado a la jurisprudencia nacional. Es necesario entender la constitucionalidad de esa migración y explicar el supuesto fundamento normativo que habilita a la Corte Constitucional para incorporar figuras comparadas al ordenamiento jurídico propio. El principio de proporcionalidad es un ejemplo suficiente de cómo mediante la recepción jurisprudencial de fenómenos jurídicos creados por otros tribunales se fundamenta toda una línea teórica que ha permeado el ordenamiento interno (Suárez, 2012, p. 132).

Un primer elemento necesario para el análisis de la adaptación del principio de proporcionalidad al derecho colombiano consiste en no perder de vista que, pese a su origen administrativo, se ha desarrollado como metodología judicial para la evaluación de medidas estatales (Manssen, 2015, p. 99). En ese sentido, se trataría de un procedimiento de la judicatura para evaluar las decisiones de otra rama del poder público (Aquí es importante tener en cuenta que la queja constitucional alemana procede contra la actuación que provenga de cualquiera de las tres ramas). Esto, derivado de una noción clásica de la actuación administrativa: el ejercicio de facultades extensas para el cumplimiento de funciones específicas (Schlink 2014, p. 120).

Un segundo elemento de análisis consiste en el fenómeno mediante el cual una figura de derecho comparado adquiere fuerza normativa en un ordenamiento jurídico con un contexto diferente para convertirse en una especie de figura constitucional universal (Klatt & Meister, 2012, p. 162).⁵ Teniendo en cuenta la delimitación del capítulo que se presenta, no es posible profun-

⁵ Ver también: López (2018). *Sobre Estados productores y Estados receptores de teorías jurídicas*, p. 17.

dizar en las categorías conceptuales y jurídicas que han adoptado los diversos órdenes jurídicos que implementaron la proporcionalidad como uno de sus componentes jurídicos (Reimer, 2013, p. 28). Por ello, se hará referencia específica al procedimiento de ajuste del principio de proporcionalidad de la jurisprudencia constitucional colombiana como una especie de paso previo al estudio de su positivización en la Ley 1621 de 2013.

La adaptación del principio de proporcionalidad en diferentes ordenamientos y su tratamiento dogmático, por parte de un número impreciso de conocidos académicos, resulta llamativo. Manssen atribuye esa atractividad del principio a la gran flexibilidad que permite su aplicación, pues, según su apreciación, la existencia de garantías absolutas no es, precisamente, una realidad deseada por todos los juristas (Manssen, 2015, p. 100).

La flexibilidad del principio de proporcionalidad ofrece un abanico extremadamente amplio de posibilidades para limitar, por ejemplo, libertades fundamentales. Ese placer presente en la dogmática alemana, al que se refiere Manssen, es compartido por una cantidad significativa de representantes de diversos ordenamientos. El colombiano es una muestra del gusto compartido por restringir la vigencia de un derecho fundamental con la utilización del principio de proporcionalidad. Esto puede notarse en su uso desde la jurisdicción constitucional y su aceptación generalizada en la doctrina.⁶

Es justamente la suma de la popularidad y de la flexibilidad del principio de proporcionalidad, la que hace necesaria una justificación normativa de su incorporación a la jurisprudencia constitucional (Suárez, 2012, p. 132), pues el aterrizaje del principio en el ordenamiento colombiano se debe al uso de las competencias interpretativas (¿creativas?) por parte del juez constitucional. Esto implica que las extensas facultades, con respecto al análisis de los elementos conceptuales del principio de proporcionalidad —sobre todo en relación con la proporcionalidad en sentido estricto—, tengan implicaciones directas en el entendimiento de los derechos fundamentales (Manssen, 2015, p. 102), pues como se verá a continuación, uno de los criterios con los que se pretende legi-

6 Una búsqueda rápida en la relatoría de la Corte Constitucional arroja los siguientes resultados: “Proporcionalidad”: 5.635, “Test de proporcionalidad”: 416 y “Proporcionalidad en sentido estricto”: 393. Esto, sin hacer referencia a las sentencias de otras jurisdicciones y sin cuestionarse sobre su uso en la doctrina colombiana. En un buscador usual pueden constarse los siguientes datos: “Proporcionalidad Colombia”: 2.020.000, “Test de proporcionalidad Colombia”: 227.000 y “Proporcionalidad en sentido estricto Colombia”: 325.000.

timar el traslado de la proporcionalidad se refiere a la necesidad de su utilización para la definición de los límites estatales frente a la posibilidad de intervención en un derecho fundamental. Esa delimitación no lleva a nada diferente que a la determinación del contenido de una libertad fundamental (Pino, 2014, p. 401).

Un intento de justificación normativa para la migración del principio de proporcionalidad puede encontrarse en la descripción que realiza Bernal de los diferentes procesos de adaptación que ha experimentado el principio de proporcionalidad. Allí, se expone la expansión de la aplicación del principio, desde su origen en el derecho policivo alemán hasta su consolidación como elemento de la interpretación constitucional, para la restricción de libertades fundamentales y la justificación de la intervención estatal en ellas⁷.

Así, una primera posición estaría encaminada a fundamentar la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad como elemento conceptual indispensable para examinar las limitaciones a los derechos fundamentales (Bernal, 2015, p. 261). En ese sentido, la necesidad de aplicar los derechos fundamentales mediante el uso del principio de proporcionalidad justificaría su migración en todo ordenamiento donde hubiera derechos fundamentales (Bernal, 2015, p. 260).

Haciendo referencia específica a la migración del principio de proporcionalidad en Europa, Bernal enuncia como fundamentación de su adopción diferentes criterios: 1) la resolución de la paradoja de la libertad, la cual respondería a su origen en el derecho policivo y el intento por justificar las acciones de restricción de las libertades con la finalidad de asegurar el principio de libertad; 2) la constitucionalización de esa paradoja en la forma de un catálogo de derechos fundamentales en la Ley Fundamental alemana. Para Bernal, la apropiación del principio de proporcionalidad como mecanismo de defensa amplio de los derechos fundamentales generaría una especie de prestigio del principio que llegaría a ocupar un lugar importante en las apreciaciones de los tribunales europeos (Bernal, 2015, p. 267; Ossenbühl, 1995, p. 904); y 3) la institucionalización internacional de catálogos de derechos llevaría a que tribunales no nacionales tomaran como referencia el principio de proporcionalidad para establecer si un

⁷ La presentación concreta de la posición de Bernal con respecto a la legitimidad del traslado del principio de proporcionalidad al orden jurídico colombiano resulta acertada y suficiente teniendo en cuenta que su estudio sobre la teoría alrededor del principio representa el análisis dogmático más completo desde la perspectiva colombiana.

Estado había superado, de alguna forma, los parámetros establecidos (margen de apreciación) para limitar derechos fundamentales (Bernal, 2015, p. 268).

Finalmente, se apela por una justificación basada en la necesidad normativa del principio de proporcionalidad para la protección de los derechos fundamentales. Bernal considera que, al ser los derechos fundamentales la representación positiva de la defensa de la libertad y la igualdad, su defensa, muy a pesar de la vaguedad de su redacción, es una tarea que se dificulta con ocasión de las posibles colisiones entre diferentes libertades fundamentales (Bernal, 2015, p. 271; Suárez 2012, p. 134). En este punto es donde el principio de proporcionalidad se constituiría como un mecanismo de control de las intervenciones estatales y garantizador de la vigencia de los derechos fundamentales.

Ahora bien, esta justificación del trasplante del principio de proporcionalidad como mecanismo de defensa de los derechos fundamentales frente a las intervenciones estatales no resuelve —porque no era su finalidad— el asunto de la flexibilidad del principio como fuente de creación constitucional para el juez intérprete —tal y como lo menciona Manssen—, ni ofrece una explicación, más allá de la dogmática, de la fundamentación jurídica de su aplicación en el derecho constitucional colombiano (Schlink 2014, p. 121). Tampoco resuelve las dudas alrededor de los peligros que puedan presentarse para el principio del Estado de derecho, puesto que las decisiones tendrían que asumirse desde una perspectiva de la argumentación sin criterios constitucionales objetivos y con una tendencia lenta a la ausencia de seguridad jurídica (Leisner, 1997, p. 637). Esto se debe a que, al depender la decisión sobre el contenido de un derecho fundamental de la línea de argumentación del juez constitucional, esa delimitación se reduce a la capacidad de convencimiento de los argumentos manifestados (García, 2009, p. 4)⁸.

Bernal (2015), sin embargo, reconoce la imposibilidad de proponer un criterio objetivo para el aseguramiento de las libertades fundamentales, por lo que, el amplio margen de acción derivado del principio de proporcionalidad parece permitir la interacción con otro tipo de categorías (valores) (Röhl &

8 *Vielmehr soll gezeigt werden, dass dieses Urteil genauso vernünftig ist, wie ein gegenteiliges gewesen wäre, welches ebenso von hochgradig überzeugenden Argumenten hätte getragen sein können.*” (García Amado, 2009, p. 4). En una crítica al uso del principio de proporcionalidad y su unificación con la ponderación, García Amado afirma que la decisión del tribunal que analiza pudo haberse presentado en un sentido contrario con los argumentos adecuados. Con ello, debería descartarse la posibilidad de una única decisión objetiva derivada de la aplicación del principio.

Röhl, 2008, p. 655). Estas categorías, que operarían como directrices para el ejercicio de la facultad de interpretación originada en el principio de proporcionalidad, consistirían en valores básicos de imparcialidad, racionalidad (Bernal, 2005, p. 62), prohibición de la arbitrariedad, separación de poderes y previsibilidad en decisiones futuras (Bernal, 2015, p. 271).

A los demonios de la proporcionalidad: la adaptación jurisprudencial y la incorporación legal. Un ejemplo desde la función de inteligencia

La adaptación jurisprudencial del concepto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Tabla jurisprudencial

Una lectura en conjunto del fundamento histórico del principio de proporcionalidad y del fundamento normativo propuesto por Bernal permite afirmar que la cuestión sobre el fundamento de validez y el alcance de esta importación jurisprudencial depende, en gran medida, de la adaptación teórica que la Corte Constitucional haya realizado durante sus treinta años de existencia. Con la finalidad de observar materialmente el proceso de adaptación del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana, se estudiaron siete sentencias de la Corte Constitucional que representan la evolución de la teoría de la proporcionalidad en diferentes décadas.

Se analizaron pronunciamientos de la denominada *primera Corte*, lo cual demuestra que desde el inicio de la vigencia de la CPC de 1991 se ha intentado dar contenido al principio de proporcionalidad. De igual forma, se presentan pronunciamientos recientes (2016-2020) con la finalidad de comparar las categorías conceptuales que han sido constantes en el entendimiento del principio de proporcionalidad. En su gran mayoría, se trata de sentencias de constitucionalidad, como fuente primaria de las limitaciones al accionar legislativo en virtud de la función protectora de los derechos fundamentales que se le atribuye al principio de proporcionalidad y que corresponde a esa tarea de defensa básica de las libertades individuales en los Estados constitucionales (Arango & Armadas, 2019). A continuación, la Tabla 1 expone los principales contenidos conceptuales del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Tabla 1. Adaptación jurisprudencial de la Corte Constitucional del principio de proporcionalidad

Sentencia	Principio de proporcionalidad
	<p>En esta sentencia, en la que se estudió un caso de violación al derecho a la igualdad, no se hace un análisis a profundidad del concepto de proporcionalidad. Sin embargo, es una de las primeras manifestaciones de la Corte en la que se hace referencia a los elementos conceptuales del principio de proporcionalidad acudiendo a pronunciamientos de tribunales internacionales. Con ello, podría afirmarse el inicio del proceso de migración de ideas constitucionales como origen del principio de proporcionalidad en el ordenamiento colombiano.</p>
T-422/92	<p>La Corte menciona que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que: “Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación; la igualdad solo se viola si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse según la finalidad y los efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida” (Corte Constitucional, 1992). Aplicar un criterio diferenciador implica hacer un análisis de proporcionalidad, el cual debe analizar la necesidad, la adecuación y la existencia de otros medios alternativos que, siendo menos gravosos de intereses o bienes jurídicos legítimos, podrían lograr igual cometido.</p>
C-022/96	<p>En este caso se considera que el artículo 40, literal b, de la Ley 48 de 1993⁹ atentaría contra el derecho a la igualdad de las mujeres (por no tener que presentar el servicio militar obligatorio) y de aquellas personas que por motivos del sorteo o limitaciones físicas no pueden prestarlo. El demandante señala que existe una situación de desventaja frente a quienes no prestaron el servicio militar, pues quienes sí lo hicieron recibirían un reconocimiento que les facilita la posibilidad de acceder a un centro de educación superior por cuestiones completamente ajenas a las académicas. Tras estudiar el concepto de igualdad, la Corte estudia la posible justificación de un trato desigual, para lo cual es necesario hacer un “test de razonabilidad”, el cual tiene como fundamento “la ponderación y sopesación de los valores y no simplemente en la confrontación lógica de los mismos”. En ese sentido se afirmó que diferentes tribunales alrededor del mundo se habían pronunciado en relación con los supuestos tratamientos desiguales. Un ejemplo de ello lo representaría la Corte Suprema de EE. UU., la cual señaló que “los tribunales deben enfrentar y resolver la cuestión acerca de si las clasificaciones (diferenciadoras) establecidas en una ley son razonables a la luz de su finalidad” (Corte Constitucional, 1996).¹⁰ Sobre los pronunciamientos del tribunal alemán se señaló que el concepto de razonabilidad solo puede ser aplicado satisfactoriamente si se concreta en otro más específico, el de proporcionalidad, el cual: “sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado” (Corte Constitucional, 1996). Este comprendería tres conceptos diferentes: 1) Idoneidad/Adecuación: el medio elegido es el más adecuado para la consecución del fin elegido. 2) Necesidad: no existe otro medio para conseguir el fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios. 3) Proporcionalidad en sentido estricto: el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifica principios constitucionalmente más importantes. Frente a este punto, la Corte dijo que “el principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados, o que ello suceda en grado mínimo” (Corte Constitucional, 1992).</p>

9 “Artículo 40. Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio tendrá los siguientes derechos: (b) A los bachilleres que presten el servicio militar y aspiren a continuar estudios en centros de educación superior, el puntaje obtenido en las pruebas de Estado o su asimilado realizado por el ICFES o entidad similar, se le sumará un número de puntos equivalente al 10 % de los que obtuvo en las mencionadas pruebas. El ICFES expedirá la respectiva certificación”.

10 Así mismo, se menciona el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el cual afirmó que “la máxima de la igualdad es violada cuando para la diferenciación legal o para el tratamiento legal igual no es posible encontrar una razón razonable” (Corte Constitucional, 1996).

Sentencia	Principio de proporcionalidad
C-673/01	<p>En esta oportunidad, se estudió una demanda en contra de los artículos 4.º y 33 del Decreto Ley 2277 de 1979.¹¹ La Corte consideró necesario determinar si el criterio de igualdad utilizado por el legislador, así como las consecuencias derivadas del mismo, carecían de un fundamento objetivo y razonable. Es decir, debía establecer si la medida cumplía con los requisitos del “test de razonabilidad”¹². La Corte sostiene que “el control de constitucionalidad en general, y el test de razonabilidad en particular, adoptan diversas modalidades —leve, intermedio o estricto— según su grado de intensidad. En su jurisprudencia más reciente, la Corte ha reiterado la tesis según la cual la intensidad del control de constitucionalidad y del test de razonabilidad varía dependiendo de la materia objeto de la norma demandada. Asimismo, asegura que este test sigue precisos pasos que le imprimen objetividad al análisis de constitucionalidad. Las jurisprudencias nacional, comparada e internacional desarrollan generalmente el test en tres pasos: 1) el análisis <i>del fin</i> buscado por la medida, 2) el análisis del <i>medio</i> empleado y 3) el análisis de la <i>relación entre el medio y el fin</i>. Cada uno de estos pasos busca resolver diversas preguntas, según se trate de un test estricto, intermedio o leve” (Corte Constitucional, 2001)¹³. Ahora bien, como ya se mencionó, la jurisprudencia colombiana ha aplicado un test de razonabilidad en materia de igualdad y ha distinguido entre un test estricto, un test intermedio y uno leve. Cada uno de estos tipos de test supone una diferente intensidad. ¿En qué consisten? 1) <i>Test leve</i>: busca determinar la legitimidad del fin y de la medida, debiendo esta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. Es decir, determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, a su vez, establecer si el medio escogido es idóneo para alcanzar el fin propuesto (Corte Constitucional, 2001). Este criterio es importante porque busca exigirle al legislador que no adopte decisiones arbitrarias y caprichosas sino fundadas en un mínimo de racionalidad. De este modo, se analiza qué se busca con una norma (análisis de la finalidad), cómo se va a lograr lo buscado (análisis del medio) y qué tan propicia es la medida para alcanzar lo buscado (análisis de la relación medio-fin). <i>Leve</i>: legitimidad del fin + la medida debe ser adecuada para el fin buscado. Este es el criterio empleado generalmente en temas económicos, tributarios, de política internacional. 2) <i>Test intermedio</i>: es un poco más riguroso que el anterior, en virtud de que: “primero, se requiere que el fin no solo sea legítimo sino también constitucionalmente importante, debido a que promueve intereses públicos valorados por la Carta o en razón de la magnitud del problema que el legislador busca resolver. Segundo, se exige que el medio, no solo sea adecuado, sino efectivamente conducente a alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial” (Corte Constitucional, 2001).</p>

Continúa tabla...

11 En el primero de ellos se establece “Artículo 4.º.- Educadores no oficiales. A los educadores no oficiales serán aplicables las normas de este decreto sobre escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. En los demás aspectos del ejercicio de la profesión, dichos educadores se regirán por las normas del Código Sustantivo del Trabajo, los pactos y convenciones colectivas y los reglamentos internos, según el caso”, y en el segundo los requisitos para acceder a los cargos directivos”. Los argumentos presentados por los demandantes apuntan a que se está violando el derecho a la igualdad porque se le debería dar un trato desigual a los desiguales. Según ellos, los docentes no oficiales no deben ser tratados de la misma manera que los docentes oficiales en materia de escalafón nacional docente, capacitación y asimilaciones. La razón de ello es, según los accionantes, la diferente naturaleza de la educación privada, donde predomina la autonomía de la voluntad privada, frente a la educación pública, la cual está sujeta a las normas de la administración pública y de personal al servicio del Estado.

12 La Corte menciona que si bien esta es una importante herramienta para determinar cuándo existe una violación al derecho a la igualdad, esta no es la única. No obstante, no desarrolla esta idea, pues no profundiza en cuáles son las otras.

13 La Corte Constitucional (2001) continúa afirmando que algunos de los pronunciamientos de tribunales internacionales sobre el criterio de razonabilidad y las diferentes modalidades aplicables a la hora de hacer control constitucional en materia de igualdad serían los siguientes:

- 1) En Alemania se desarrolla y aplica el test de proporcionalidad de las medidas legislativas tempranamente por el Tribunal Constitucional que empezó a ejercer sus funciones en 1951. “En el fallo sobre ‘droguerías’ (1958) la Corte Constitucional alemana aplica ya un test con intensidad diferencial según la importancia de los bienes en juego y el grado de intrusión de las medidas legislativas en los derechos fundamentales”.
- 2) En el caso francés, desde su decisión inicial sobre el principio de igualdad (1973), el criterio de razonabilidad ha sido el referente más frecuentemente empleado por el Consejo Constitucional. “El juicio de razonabilidad que dicho órgano ha venido aplicando ha evolucionado hasta llegar a una formulación

Sentencia	Principio de proporcionalidad
C-673/01	<p><i>Intermedio:</i> legitimidad del <i>fin</i> + importancia constitucional del <i>fin</i> + que la <i>medida</i> sea adecuada para el fin buscado + que la <i>medida</i> efectivamente sea conducente a alcanzar el fin buscado por la norma. Este es el criterio que ha aplicado la Corte al estudiar la razonabilidad de medidas legislativas en situaciones como cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia. 3) <i>Test estricto:</i> tiene los criterios más exigentes, a saber, que “el fin de la medida debe ser legítimo e importante, pero además imperioso. El medio escogido debe ser no solo adecuado y efectivamente conducente, sino además necesario, o sea, que no pueda ser remplazado por un medio alternativo menos lesivo” (Corte Constitucional, 2001).</p> <p><i>Estricto:</i> legitimidad del <i>fin</i> + importancia constitucional del <i>fin</i> + el fin debe ser imperioso + que la <i>medida</i> sea adecuada para el fin buscado + que la <i>medida</i> efectivamente sea conducente a alcanzar el fin buscado por la norma + la <i>medida</i> debe ser necesaria. Adicionalmente, el test estricto es el único que incluye la aplicación de un juicio de proporcionalidad en sentido estricto¹⁴. “El juicio de proporcionalidad en sentido estricto es el cuarto paso del test estricto de razonabilidad. Este exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida” (Corte Constitucional, 2001).</p>
C-835/13	<p>La Corte define el test de proporcionalidad como “un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso concreto que se analiza” (Corte Constitucional, 2013).</p>
C-838/13	<p>La Corte menciona que el test de proporcionalidad consta de tres pilares: idoneidad o adecuación; principio de necesidad o indispensabilidad, y principio de proporcionalidad en sentido estricto. 1) <i>Idoneidad o adecuación:</i> hace referencia a “que toda intervención adoptada por un poder público que imponga límites a un derecho fundamental debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo” (Corte Constitucional, 2013), es decir, la medida debe ser apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir. 2) <i>La necesidad o indispensabilidad:</i> consiste en que “toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a la consecución del objetivo propuesto” (Corte Constitucional, 2013), es decir, aquí se compara la medida tomada con las otras posibles para determinar si es la más adecuada para conseguir el fin y que sea la que menos daño cause a los otros principios o derechos. Este último análisis, sin embargo, se profundizará en el último subprincipio. 3) <i>El principio de proporcionalidad en sentido estricto:</i> según la Corte, “en este paso del juicio de ponderación se entra a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada” (Corte Constitucional, 2013), es decir, se hace un estudio de los costos y beneficios de la medida.</p>

Continúa tabla...

convencional según la cual ‘el principio de igualdad no se opone a que el legislador regle de forma diferente situaciones diferentes ni a que establezca excepciones a la igualdad siempre que, en uno u otro caso, la diferencia de tratamiento que resulte esté en relación directa con el objeto de la ley que la establece’. También ha distinguido entre grados de intensidad del control lo cual conduce a que se pase de un control normal a uno más estricto. Por ejemplo, el Consejo Constitucional aplicó un control más estricto en el caso de las ‘Cuotas por Sexo’ donde de oficio declaró inconstitucional una disposición legislativa dirigida indirectamente a establecer un porcentaje mínimo de 25 % de mujeres en las listas de candidatos a las elecciones municipales”.

3) “En Canadá, la Corte Suprema de Justicia también ha aplicado una metodología especial para apreciar la razonabilidad de una diferenciación. El énfasis del análisis gira en torno a la relevancia objetiva de una diferenciación lo cual permite apreciar su razonabilidad, a partir de 1989, el cual responde a la adopción de la Carta de Derechos y Libertades de 1982”.

14 Hay que recordar que en la Sentencia C-022/96 la Corte señaló que el juicio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Sentencia	Principio de proporcionalidad
C-838/13	Este punto, según el tribunal, está compuesto por tres etapas diferentes: “(i) determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, quiere ello decir, establecer la importancia de la medida de intervención legislativa en el derecho fundamental afectado, e indicar la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa; (ii) comparar dichas magnitudes, con el propósito de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la restricción legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental; y, (iii) elaborar una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, tomando como cimiento el resultado de la comparación antedicha con el fin de asignar prioridad a alguno de los extremos en el caso concreto” (Corte Constitucional, 2013).
C-144/15	En esta oportunidad se estudió la demanda contra los literales “b” y “c” del artículo 30 de la Ley 1493 de 2011 ¹⁵ . Concretamente, con respecto al cargo de proporcionalidad, la Corte afirma que a pesar de que se trata de “una directiva no explícitamente positivada de la Carta Política”, encuentra sustento como principio de interpretación constitucional en su función como el ‘marco del estado (sic) de derecho’ que busca asegurar que el poder público actúe dentro de sus competencias y sin excederse en el ejercicio de sus funciones”. (Corte Constitucional, 2015). Asimismo, recuerda que es una herramienta útil a la hora de estudiar la constitucionalidad de las normas, pues permite establecer cuándo una determinada norma genera una afectación <i>ius fundamentalis</i> que resulta excesiva para el beneficio que reporta. De igual forma, la Corte recuerda que en jurisprudencia anterior se habrían reconocido algunos elementos fundamentales o esenciales para realizar el test de proporcionalidad: 1) Idoneidad /Adecuación: hace referencia a que la “intervención o la injerencia que el Estado pueda generar en la efectividad de un derecho fundamental resulte lo suficientemente apta o adecuada para lograr el fin que se pretende conseguir” (Corte Constitucional, 2015). 2) Necesidad: la limitación de un derecho es indispensable para la consecución del objetivo legítimo, y que, frente a todos los otros posibles medios para hacerlo. 3) Test de proporcionalidad en sentido estricto: permite entrar a evaluar o ponderar si la restricción a los derechos fundamentales que genera la medida cuestionada resulta equivalente a los beneficios que reporta, o si, por el contrario, esta resulta desproporcionada al generar una afectación mucho mayor a estos intereses jurídicos de orden superior (Corte Constitucional, 2015).
C-022/20	La Corte ¹⁶ retoma conceptos ya expuestos en sentencias anteriores, al afirmar que: “el principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que pretende aportar racionalidad, predictibilidad y legitimidad a la decisión adoptada por el juez, valiéndose para el efecto de una estructura que está compuesta por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio buscaría analizar si una medida sometida a estudio es adecuada para la consecución del fin propuesto. Inmediatamente después, debe asumirse el análisis de necesidad, en virtud del cual se aprecia, si la medida escogida por el Legislador (sic) es la menos restrictiva de otros principios, considerándose su invalidez en caso de que exista otra con un impacto inferior y con una idoneidad semejante para la obtención de los propósitos de la autoridad normativa. Finalmente, el estudio de proporcionalidad en sentido estricto se concreta en una ponderación entre los bienes o principios en conflicto, que incluye la consideración de su peso abstracto, la intensidad de la afectación-beneficio, y finalmente, algunas consideraciones —en caso de contar con los elementos— sobre la certeza de los efectos de tal relación” (Corte Constitucional, 2013). (Cursivas fuera del original). Además, se refiere, nuevamente, a los tres criterios del test de razonabilidad expuestos en la sentencia C-673/01. ¹⁷

Fuente: elaboración propia con base en las sentencias estudiadas de la Corte Constitucional.

15 Según la demanda, se “desconocen los principios de proporcionalidad y necesidad en el establecimiento de medidas cautelares dentro de los procesos de inspección, vigilancia y control que se realizan sobre las entidades administradoras de derechos de autor y derechos conexos, en razón a que generan una afectación innecesaria en los derechos subjetivos de quienes con su adopción se ven afectados”.

16 En esta oportunidad, se estudió una demanda presentada contra los artículos 105, 106, 160, 161 y 162 (parciales) de la Ley 1819 de 2016, por la supuesta vulneración de los artículos 15, 29, 83, 158, 210, 338 y 363 superiores.

17 “(i) en el test de intensidad leve —que es el ordinario— el juicio de constitucionalidad debe establecer que la finalidad y el medio sean legítimos, esto es, constitucionalmente no prohibidos; y, que el medio sea potencialmente adecuado para alcanzar el fin. (ii) el test de intensidad intermedio, por su parte, el fin debe ser legítimo e importante, por promover “intereses públicos valorados por la Carta o en razón a la magnitud del problema que el legislador busca resolver”; y el medio, además de no estar prohibido, debe ser adecuado y efectivamente conducente para la consecución del fin. Y, finalmente, (iii) el test de intensidad estricta exige establecer que el fin es legítimo, importante e imperioso; y el medio, además de

A modo de conclusiones, en relación con las sentencias escogidas para entender el desarrollo del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional, podrían resaltarse los siguientes puntos:

- a. La aplicación del principio de proporcionalidad como herramienta o instrumento en la jurisprudencia constitucional colombiana, originalmente, estaba determinada a establecer la existencia de una justificación de medidas que se traducían en tratos desiguales. En ese sentido, el principio de proporcionalidad ofrecía los elementos necesarios para establecer si la acción estatal era objetiva y razonablemente justificable en términos del principio de igualdad. Pese a la notable extensión de la aplicación del principio de proporcionalidad, considerado desde la perspectiva de protección de los derechos fundamentales, las argumentaciones expuestas en las diversas sentencias están estrechamente relacionadas con el examen de vulneración del principio de igualdad.
- b. Los conceptos de los subprincipios de la proporcionalidad se repiten solamente con algún tipo de ampliación a lo largo de los años. Uno de los aspectos novedosos del desarrollo consiste en la propuesta de diversos modelos de aplicación de la metodología general. En ese sentido, dependiendo de la materia objeto de la norma que se demande, el análisis deberá hacerse desde la perspectiva de tres niveles: uno leve, uno intermedio y uno estricto. Esta nueva subclasificación, sin embargo, tampoco ofrece directrices claras para la aplicación de cada uno de los subniveles, dejando nuevamente la concretización de esas argumentaciones abstractas al querer del intérprete.
- c. El fundamento de aplicación del principio más repetitivo hace referencia al uso de este por parte de tribunales internacionales extranjeros. En esa medida, no es posible afirmar que existe un fundamento de validez positivo del principio, ni de su migración al orden constitucional colombiano. Así mismo, es difícil hablar

legítimo, debe ser adecuado, efectivamente conducente y necesario para la consecución del fin, esto es, que no puede ser reemplazado por uno menos lesivo. Adicionalmente, en este, se exige adelantar un juicio de proporcionalidad en sentido estricto” Corte Constitucional (2001).

de una categorización del principio que se mantenga en la narrativa de la Corte durante sus tres décadas de existencia. En algunas ocasiones, se habló estrictamente de una herramienta metodológica para el análisis de constitucionalidad; en otras, de una directiva y en otras sentencias, se le atribuye la naturaleza de un principio de interpretación constitucional. En la sentencia más reciente (2020) se habla escuetamente de un aspecto que la Corte debe tener en cuenta para el análisis¹⁸.

- d. La Corte se ha limitado a definir los subprincipios sin dedicarse a la fundamentación normativa del principio de proporcionalidad. No es posible afirmar el desarrollo de los elementos que le otorgarían fuerza normativa constitucional a este principio (Schlink 2014, p. 131). Sin embargo, en algunas argumentaciones se hace referencia al principio del Estado de derecho como fundamento de validez (tal y como sucede en la doctrina alemana). La mención de este principio del Estado no es desarrollada con posterioridad, ni logra establecer un marco de aplicación obligatoria (criterios constitucionales precisos) de la proporcionalidad. La derivación del principio del Estado de derecho no resulta coherente, considerándola una utilización selectiva del principio sin la presencia de unos presupuestos que le ofrezcan una base de racionalidad al procedimiento de análisis con fundamento en el principio de proporcionalidad. Una derivación del principio del Estado de derecho exigiría un marco normativo claro y consistente de la aplicación para el control constitucional que obligara a la misma Corte, y que tuviera una aplicación coherente en los procesos de tutela. En este último caso, resulta aún más necesaria la existencia de parámetros concretos, pues la protección vía tutela es competencia de cualquier juez de la república. La ausencia de un sistema coherente de aplicación de un principio derivado de uno de los cimientos normativos del Estado constitucional actual podría llevar a comportamientos judiciales lejanos del principio de seguridad jurídica. Ese es un riesgo que un Estado social y democrático de derecho no debería estar dispuesto a correr.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 2020. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos.

Incorporación legal: el principio de proporcionalidad en el proceso de toma de decisiones sobre una actividad de inteligencia o contrainteligencia

A diferencia de la adopción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en términos de interpretación constitucional, en el caso específico de la función de inteligencia y de contrainteligencia puede constatarse la incorporación legal de los componentes del principio en el artículo 5 de la Ley 1621 de 2013, así:

Quienes autoricen y quienes lleven a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, además de verificar la relación entre la actividad y los fines enunciados en el artículo 4.º de la presente ley, evaluarán y observarán de manera estricta y en todo momento los siguientes principios:

Principio de necesidad. La actividad de inteligencia y contrainteligencia debe ser necesaria para alcanzar los fines constitucionales deseados; es decir que podrá recurrirse a esta siempre que no existan otras actividades menos lesivas que permitan alcanzar tales fines.

Principio de idoneidad. La actividad de inteligencia y contrainteligencia debe hacer uso de medios que se adecuen al logro de los fines definidos en el artículo 4.º de esta ley; es decir que se deben usar los medios aptos para el cumplimiento de tales fines y no otros.

Principio de proporcionalidad. La actividad de inteligencia y contrainteligencia deberá ser proporcional a los fines buscados y sus beneficios deben exceder las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales. En particular, los medios y métodos empleados no deben ser desproporcionados frente a los fines que se busca lograr.

Estudiar el principio de proporcionalidad de la mano de su presencia legislativa en el ámbito de la función de inteligencia y de contrainteligencia resulta pertinente por dos razones concretas. Por un lado, permite observar, desde una perspectiva normativa, los contenidos establecidos por el legislador para la aplicación del principio de una actividad concreta de la administración que desarrolla un fin esencial de seguridad, y que, por ello, implica intervenciones en los espacios de libertad individual (Wegener 2016, p. 297). Por otro lado, da lugar a un análisis sobre el fundamento de validez teórico de la migración que ha sido expuesto con anterioridad en relación con la necesidad de protección de los derechos fundamentales. Esta fundamentación representa un punto esencial desde la perspectiva del Estado constitucional y democrático de derecho, el

cual por definición se debe a la publicidad de sus actuaciones (Ruiz, 2002, pp. 24-25) y, por lo tanto, una intromisión en las esferas de libertad de los ciudadanos mediante el ejercicio de una función esencialmente secreta requiere de una justificación excepcional que asegure la vigencia de esos derechos.

En el caso del ejercicio de las facultades de la función de inteligencia se ven involucrados, indefectiblemente, derechos fundamentales que deberán ser restringidos de conformidad con las finalidades de la función, abriendo una posibilidad de vulneración grave a libertades individuales (Wegener 2016, p. 312). En ese sentido, y según la justificación de validez de conformidad con la necesidad de protección (Bernal, 2015, p. 260), la vigencia del principio de proporcionalidad aseguraría la posición primaria de los derechos fundamentales frente a la intervención estatal. Así, el principio de proporcionalidad actuaría como una cláusula de limitación en la intromisión de libertades fundamentales, en la medida en que exigiría un estándar estricto de justificación de la medida estatal.

Siguiendo esa línea argumentativa, el principio de proporcionalidad se constituiría como un seguro para la vigencia de los espacios de libertad que podrían verse afectados con la materialización de una actividad de inteligencia o de contrainteligencia. En principio, podría pensarse que el desarrollo legislativo del principio de proporcionalidad debería ofrecer los criterios necesarios para que el operador jurídico se guíe en el proceso de creación de una decisión —como resultado de la ponderación— en torno a una actividad de inteligencia garantizando la vigencia del principio y sin que se materialice una pérdida generalizada de protección de libertades fundamentales (Klatt & Meister, 2012, p. 161).

Ahora bien, es necesario identificar los elementos positivos del principio y el alcance establecido por la regulación y su desarrollo. Una lectura rápida del artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 permite identificar los tres elementos clásicos del principio de proporcionalidad al establecer que quien sea competente para desarrollar una actividad de inteligencia o de contrainteligencia deberá observar en todo momento los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Ossenbühl, 2000, p. 904).

Por otro lado, como desarrollo de la regulación legislativa, en el caso específico del Ejército Nacional, el *Manual Fundamental de Inteligencia (MFE 2-0)* establece que las actividades de inteligencia y contrainteligencia se rigen estricta y permanentemente por los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad determinados en el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 (EJC, 2017, p. 4). Allí mismo se transcriben los tres subprincipios y se condiciona la autorización de las actividades de inteligencia o de contrainteligencia al cumplimiento de los fines legales y de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Rüthers et al., 2013, p. 430).

Teniendo en cuenta que el ejercicio de la función de inteligencia se encuentra en constante tensión con espacios fundamentales de libertad y privacidad, se considera pertinente evaluar la posibilidad de identificar, en la positivización de los componentes del principio de proporcionalidad, elementos objetivos para determinar si la actividad de inteligencia o de contrainteligencia debe ser autorizada. Así, al detenerse en la incorporación legal puede, por un lado, inferirse que las definiciones de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad adoptadas por el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 corresponde a las adoptadas jurisprudencialmente y los contenidos que repetidamente menciona la Corte Constitucional en sus sentencias. Esta afirmación encuentra sustento en la transcripción de los subprincipios que se presenta en el artículo 5.º de la Ley 1621 de 2013 y en los materiales legislativos. Es así como en la exposición de motivos puede leerse una referencia simple al significado de cada uno de los subprincipios reforzando la necesidad de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en el proceso de decisión sobre una actividad de inteligencia. Sin embargo, no es posible identificar elementos concretos que indiquen cómo debería asegurarse la aplicación de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad (Congreso de la República, 2011, p. 11).

Por el otro, respecto de la validez de los subprincipios, no es posible hallar referencias precisas en la ley, ni en el MFE 2-0. Tampoco se desarrolla un procedimiento más preciso para la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del operador jurídico autorizado para ordenar una actividad de inteligencia o de contrainteligencia. En tal sentido, el desarrollo de la regulación legal del principio de proporcionalidad no ofrece contenidos ni diferentes ni más desarrollados que la figura jurisprudencial. Con ello, puede atribuir-

sele a la estructura de los subprincipios las mismas dificultades derivadas de la generalidad y flexibilidad de la aplicación del principio de proporcionalidad (Röhl & Röhl, 2008, p. 654).

Con la finalidad de ofrecer unas pautas concretas de aplicación del principio de proporcionalidad al ejercicio de la función de inteligencia y de contra-inteligencia resulta necesario entenderla en el marco de la noción del Estado constitucional y democrático de derecho. Una de las características del tipo estatal de esta generación¹⁹ consiste en entender que, en un orden positivo, la Constitución representa el elemento de mayor autoridad en el ordenamiento estructurado de forma escalonada en el sentido clásico (Wahl, 1981, p. 485). Esa consideración de la Constitución como orden jurídico de suprema autoridad trae una consecuencia necesaria en términos de interpretación —legal o constitucional—: en un Estado democrático de derecho la valoración de intereses hecha por el legislador tiene un peso determinante en la interpretación de una norma, pues el contenido normativo no es otra cosa que el resultado de esa valoración (Rüthers et al., 2013, p. 424). Ese resultado del proceso político no es más que la respuesta del legislador a una problemática social específica determinada, a su vez, por el contexto histórico del que se deriva y por las consideraciones sociales en relación con el contexto y las características del problema que se pretende resolver (Looschelders & Roth, 1996, p. 119)²⁰. En ese sentido, en virtud del principio democrático, las motivaciones del órgano legislativo son determinantes para la aplicación de una norma y estará condicionada por el contexto histórico del proceso democrático (Rüthers et al., 2013, p. 430).

En consecuencia, un análisis completo de las finalidades de la imposición de los subprincipios del principio de proporcionalidad en la ley de inteligencia requiere de un acercamiento a las motivaciones del legislador y a los problemas específicos a los que pretendía dar solución. Para establecer el alcance del principio de proporcionalidad en los casos de las operaciones de inteligencia o de contra-inteligencia y compararlo con los desarrollos previstos por la Corte es necesario acudir a la huella legislativa del artículo en concreto y de la Ley 1621 de 2013 en general. Una lectura de este tipo es apenas consecuente

19 Aquí se hace referencia a la afirmación de Kriele sobre la existencia de un Teoría del Estado para cada tipo generacional. Ver, Kriele, Martin: *Einführung in die Staatslehre*, Ed. Kohlhammer, 2003.

20 Muy crítico sobre la capacidad política de transformar las necesidades sociales en respuestas normativas debido al alejamiento de las élites políticas y el electorado. (Ferrari 2012, págs. 192 y ss.)

con la noción, esta sí normativa, del Estado social y democrático de derecho descrito en la Constitución (Rüthers et al., 2013, p. 75). Ahora bien, en relación con el criterio fundante de validez del principio de proporcionalidad, podría afirmarse según Röhl y Röhl (2008) que se derivaría de la lógica de la relación entre medio y finalidad, convirtiéndose de ese modo en un método para la preparación de decisiones valorativas, en este caso concreto, de la decisión sobre una actividad de inteligencia o de contrainteligencia (Röhl & Röhl, 2008, p. 655)²¹.

Una propuesta de interpretación en ese sentido puede encontrarse en el texto “Fundamentos normativos de la autorización de actividades de inteligencia: el Ejército Nacional y la vigencia del Estado de derecho” (Solano, 2022). Allí, acudiendo a un análisis, si se quiere sistemático, de la Ley 1621 de 2013, la Sentencia C-540 de 2012 —pronunciamiento de control previo— y el contexto histórico de expedición de la norma, se propone un marco normativo que refuerza la aplicación del principio de proporcionalidad.

Siguiendo la exposición propuesta por Solano (2022), los principios que guían la función de inteligencia y de contrainteligencia actuarían como una norma habilitante para el ejercicio de una facultad discrecional. Esa discrecionalidad, sin embargo, no podría entenderse como una “libertad completa de configuración de la Administración” (Solano, 2022, p. 267), sino como una autorización dentro del marco normativo impuesto por las finalidades de la función de inteligencia²². El papel delimitador del principio de proporcionalidad está determinado por la interpretación sistemática que hace el autor del contexto histórico de la expedición de la norma y la expresa manifestación de la vigencia primaria de unos derechos fundamentales específicos: derecho a la intimidad, al buen nombre, *habeas data*²³.

De igual forma, continúa el autor, la afirmación de una exigencia de interpretación restrictiva de los principios de necesidad, idoneidad y propor-

21 Es importante recordar que el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido que el fundamento de validez del principio de proporcionalidad se encuentra en el principio del Estado de derecho.

22 Ver, por ejemplo, Ejército Nacional 2017, pág. 8. El MFE 2-0 Inteligencia condiciona la autorización al cumplimiento de los fines de la función de inteligencia y de los principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

23 El autor hace referencia, por ejemplo, a la exposición de motivos de la ley en la que se expresaba la necesidad de regular de manera urgente el ejercicio de la función de inteligencia. Así mismo, se argumenta que el contexto histórico exigía la regulación como respuesta estatal a los abusos probados del Grupo de Inteligencia y Análisis (G3).

cionalidad encontraría fundamento en la voluntad del legislador consistente en atar el proceso a la ponderación estricta de valores constitucionales como, por ejemplo, los componentes del principio del Estado de derecho. En ese sentido, el principio de dignidad humana, el principio de separación de poderes y los derechos fundamentales se configurarían como valores constitucionales de obligatoria observancia en el proceso de la toma de decisiones sobre una actividad de inteligencia o de contrainteligencia (Solano, 2022, p. 268).

Para concluir, se ofrece una herramienta metodológica basada en lo que el autor denomina un *control previo institucional*. Dicha herramienta corresponde a las tres fases clásicas del proceso de ponderación (Solano, 2022, p. 273). Cada una de ellas debe responder a unos requisitos estrictos de interpretación en virtud del análisis de contexto y de finalidades legislativas. La decisión sobre la autorización de las actividades de inteligencia o de contrainteligencia dependería de unos criterios adicionales derivados de la interpretación normativa y sistemática en el marco del contexto histórico y de limitaciones impuestas en diferentes artículos de la Ley 1621 de 2013, lo que constituiría un marco normativo que pretende reducir las posibilidades de arbitrariedad del operador jurídico.

Esta propuesta metodológica podría constituirse como un procedimiento estricto y seguro para la aplicación del principio de proporcionalidad en un ámbito de tensión entre libertades fundamentales y el fin de seguridad del Estado. Sin embargo, difícilmente podría negarse que los criterios objetivos propuestos no se derivan del principio de proporcionalidad trasladado jurisprudencialmente y que con posterioridad fue positivizado, sino que resultan de un ejercicio de interpretación juicioso y respetuoso del principio democrático desde una perspectiva de la interpretación subjetiva (Rüthers et al., 2013, p. 424).

En sentido estricto, la autorización de una actividad de inteligencia o de contrainteligencia no consiste en una aplicación ponderada en la que se garanticen de igual forma derechos fundamentales y el fin de seguridad del Estado, sino que se traduce en la obligación de justificar una intervención en esos derechos constitucionales (Schlink 2014, pp. 127). Por ello, la exigencia de un corredor jurídico que delimite cada uno de los componentes del principio de

proporcionalidad privilegiando ciertos derechos fundamentales, tal y como lo propone Solano, es un intento desde la ciencia jurídica de asegurar decisiones objetivas que vayan más allá del resultado de un proceso de argumentación jurídica (García, 2009, p. 18).

En lo que respecta al principio de proporcionalidad (simple y complejo, según la categorización desarrollada jurisprudencialmente), muy a pesar de la intención de la Corte Constitucional, continúa siendo una metodología vaga y flexible que depende de un proceso de argumentación del operador jurídico facultado para decidir sobre una actividad de inteligencia o de contra-inteligencia. Así mismo, traslada el fundamento de validez del derecho de un ordenamiento positivo a una metodología de la argumentación en el proceso de toma de decisiones, tal y como ocurre en la ponderación en el ámbito de planeación donde se asegura un espacio de creación jurídica y no de interpretación propiamente dicha (Ossenbühl, 2000, p. 904). Esto último sería menos problemático si no se estuviera frente a las tensiones de los espacios secretos del Estado constitucional y su finalidad de seguridad.

Conclusiones

Primera. El principio de proporcionalidad tiene un origen determinado por su finalidad específica: la limitación de márgenes de apreciación de la organización estatal para garantizar los espacios de libertad individuales. Su desarrollo posterior en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática alemana obedece a unas características básicas de su ordenamiento jurídico y la posición privilegiada de los derechos fundamentales. Lo llamativo del principio de proporcionalidad se reduce a una gran flexibilidad en su aplicación que le abre un espacio extenso de creación mediante argumentación al operador jurídico llamado a aplicarlo, bien sea desde la perspectiva de operador administrativo en el proceso de toma de decisiones o de operador judicial en su tarea de corrección de las actuaciones estatales. Esa flexibilidad, sin embargo, también puede ser origen de inseguridad jurídica y de tratos desiguales sin opción de control objetivo.

La incorporación legal del principio de proporcionalidad, como en el caso de la ley de inteligencia, es una muestra de que su aplicación en ámbitos

de derecho fundamental requiere de la imposición de límites adicionales que regulen el ejercicio del operador jurídico autorizado por la norma para la toma de decisiones. El principio de proporcionalidad como metodología para la construcción de decisiones jurídicas —o para el control de una medida determinada— no ofrece criterios objetivos, claros y precisos que garanticen un proceso racional para la toma de una decisión, pese a la promesa de racionalidad sobre la que descansa su aplicación. En términos reales es el operador jurídico el que determina los intereses que deben ser sopesados y quien a su vez otorga una valoración específica producto de un proceso de argumentación propio (García, 2009, p. 2).

Segunda. El contexto de migración de una idea constitucional por la jurisprudencia de un tribunal constitucional puede resultar un intento interesante de diálogo entre tribunales y entre teoría y práctica. Sin embargo, también genera dudas sobre el respeto por la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Desde la perspectiva de la teoría del derecho con fundamento de validez positivo, todo el ordenamiento jurídico tiene una pretensión de asegurar la validez del derecho creado en virtud de la observancia de los principios de competencia y de procedimiento. En el caso de las migraciones jurisprudenciales, esa observancia se dificulta. A pesar del intento de soportar normativamente el traslado de la figura mediante el principio del Estado de derecho y la necesidad de protección de derechos fundamentales, no es posible afirmar que existe certeza sobre el fundamento positivo que le otorga fuerza normativa constitucional al principio de proporcionalidad.

Los elementos conceptuales del principio parecen repetirse constantemente de sentencia en sentencia sin una confrontación clara con las críticas recurrentes —que también migran, aunque de manera más lenta— sobre la utilización de un principio multifuncional con un inmenso deseo de convertirse en el componente universal del neoconstitucionalismo (Reimer, 2013, p. 28). Dada la rapidez de la migración del concepto por los pronunciamientos de tribunales tanto nacionales como internacionales y de las corrientes neoconstitucionalistas que se apropian de los diversos órdenes jurídicos, parece que un nuevo fantasma recorriera Europa y Latinoamérica: el fantasma del principio de proporcionalidad.

Referencias

- Arango Díaz, A. M. (2019). Anotaciones básicas sobre las funciones de los derechos fundamentales: Un breve repaso desde la teoría constitucional alemana. *Revista de las Fuerzas Armadas*, 31-35.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El derecho de los derechos: Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, C. (2015). La migración del principio de proporcionalidad a través de Europa. En *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. (Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 235-276). Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://n9.cl/divu6>
- Congreso de la República. (2011). *Gaceta del Congreso 121*. <https://n9.cl/izn2f>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-939-02 de 2002, (M.P. Eduardo Montealegre).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 476 de 2008, (M.P. Clara Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-647 de 2008, (M.P. Clara Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-281 de 2017, (M.P. Aquiles Arrieta).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-082 de 2018, (M.P. Gloria Ortiz).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-430 de 2019, (M.P. Antonio Lizarazo).
- Corte Constitucional de Colombia, Auto A-486 de 2020, (M.P. Gloria Ortiz).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU 190 de 2021, (M.P. Diana Fajardo).
- Ejército Nacional de Colombia, EJC. (2017). *Manual fundamental del Ejército MFE 2-0 Inteligencia*. Imprenta militar del ejército. <https://n9.cl/b2m3rv>
- Ferrari, Vincenzo. (2012). *Derecho y sociedad. Elementos de sociología del derecho* (2.ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Fleiner, F. (2018). *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*. Forgotten Books.
- García Amado, J. A. (2009). Abwägung versus normative Auslegung?: Kritik der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips als Mittel juristischer Methodik. *Rechtstheorie*, 40(1), 1-42.
- Jestaedt, M. (2015). § 11. Maßstäbe des Verwaltungshandelns. *En Allgemeines Verwaltungsrecht* (pp. 325-372). De Gruyter. <https://doi.org/10.1515/9783110370584-019>
- Klatt, M., & Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. <https://n9.cl/udx5q>
- Kraft, I. (2007). *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Rechtsverständnis*. <https://n9.cl/gkfrq>
- Kriele, M. (2003). *Einführung in die Staatslehre*. Ed. Kohlhammer.
- Leisner, W. (1997). *Der Abwägungsstaat: Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?* Duncker & Humblot.
- Looschelders, D., & Roth, W. (1996). Juristische Methodik Im Prozess Der Rechtsanwendung: Zugleich Ein Beitrag Zu Den Verfassungsrechtlichen Grundlagen Von Gesetzesauslegung Und ... Zur Rechtstheorie.).

- Manssen, G. (2015). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Verfassungsrecht Aktuelle Entwicklungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. En P. Szymaniec (Ed.), *The principle of proportionality and the protection of the fundamental rights in the european states* (pp. 97-105). Wydawnictwo Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Angelusa Silesiusa. <https://epub.uni-regensburg.de/33534/>
- Ossenbühl, F. (2000). Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter. En F. Ossenbühl (Ed.), *Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter*: 423. Sitzung am 17. November 1999 in Düsseldorf (pp. 7-35). VS Verlag für Sozialwissenschaften. https://doi.org/10.1007/978-3-322-90066-1_1
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. El razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Reimer, P. (2013). "... und machet zu Jüngern alle Völker" Von "universellen Verfassungsprinzipien" und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte. *Der Staat*, 52(1), 27-57. <https://doi.org/10.3790/staa.52.1.27>
- Röhl, K. F., & Röhl, H. C. (2008). *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*. Heymann.
- Ruiz Miguel, C. (2002). *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*. Tecnos. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=30917>
- Rüthers, B., Fischer, C., & Birk, A. (2013). *Rechtstheorie: Mit Juristischer Methodenlehre* (7., überarbeitete Auflage). C.H. Beck.
- Schlink, B. (2014). *El principio de proporcionalidad. En La ponderación en el derecho. Evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Universidad Externado de Colombia.
- Solano González, É. (2022). Fundamentos normativos de la autorización de actividades de inteligencia: el Ejército Nacional y la vigencia del Estado de derecho. En *Líneas estructurales para la fuerza pública: medioambiente e inteligencia militar*. (pp. 201-296). Universidad Externado de Colombia. <https://n9.cl/udmed2>
- Suárez Manrique, W. Y. (2012). Principio de proporcionalidad sistémico. *Iustitia*, (10), 129-148. <https://doi.org/10.15332/iust.v0i10.880>
- Wahl, R. (1981). Der Vorrang Der Verfassung. *Der Staat*, 20(4), 485-516.
- Wegener, B. (2016). Verfassung in ausgewählten Teilrechtsordnungen: Konstitutionalisierung und Gegenbewegungen im Sicherheitsrecht, en: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Ed. De Gruyter.