



DE IURE

REVISTA DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO
Y DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

SEPTIEMBRE | 2021



DEMOCRATIZACIÓN DE LAS ACCIONES CONSTITUCIONALES EN COLOMBIA

Autora: Claudia Milena Vélez Ortiz¹.

RESUMEN

Se presentan discusiones y disertaciones de carácter filosófico – Jurídico, a las cuales nos vemos avocados en el constante transcurrir del tiempo; una de ellas, es la democratización de las acciones constitucionales en Colombia. En esta ocasión, analizaremos la efectiva aplicación de la parte dogmática de la Constitución Política Colombiana a través de sus medios de control de carácter constitucional, para de esta forma demostrar cómo se aproxima la jurisdicción constitucional colombiana al cumplimiento del reto que implica un verdadero ejercicio del constitucionalismo democrático; ello, desde una perspectiva, progresista y permanente, mediante el diálogo interinstitucional entre las ramas del poder público y la misma ciudadanía cuando busca de los Magistrados y Jueces la solución de sus demandas de justicia constitucional.

ABSTRACT

Discussions and dissertations of a philosophical - legal nature are presented, to which we are advocated in the constant passing of time; one of them is the democratization of constitutional actions in Colombia. On this occasion, we will analyze the effective application of the dogmatic part of the Colombian Political Constitution through its constitutional means of control, in order to demonstrate how the Colombian

¹ Abogada, Especialista en Derecho Constitucional, Magister en Filosofía con Énfasis en Política y Argumentación, actualmente, Relatora del Tribunal Administrativo del Quindío y docente de la Universidad del Quindío y de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, Q..

constitutional jurisdiction approaches meeting the challenge that a true exercise of the democratic constitutionalism; This, from a progressive and permanent perspective, through inter-institutional dialogue between the branches of public power and the citizens themselves when they seek from the Magistrates and Judges the solution of their demands for constitutional justice.

Palabras clave: Democracia constitucional, constitucionalismo democrático, acciones constitucionales, progresismo, diálogo.

Key Words: constitutional democracy, democratic constitutionalism, constitutional actions, progressivism, dialogue.

I. Consideraciones iniciales: La interpretación constitucional de los derechos como fundamento argumentativo para encontrar la solución democrática a los conflictos de derechos.

Sin lugar a dudas, el mayor desafío y primer ejercicio que debe realizar todo aquel que se dedique a administrar justicia pronta y cumplida en aras de dar solución democrática a los conflictos de los derechos que surgen entre los asociados del Estado, es acercarse y familiarizarse con los conceptos de democracia, democracia constitucional y constitucionalismo democrático, lo que se convertirá para el intérprete judicial en el objeto de las más profundas reflexiones que sobre los conceptos de justicia constitucional y de garantía de los derechos constitucionales se pueden realizar.

Entendiendo la importancia de dicho acercamiento para la reflexión que de alguna manera podríamos llamar filosófica desde la perspectiva del derecho e indiscutiblemente jurídica, comenzaré por realizar en esta oportunidad, un recuento sobre conceptos como la democracia constitucional y el constitucionalismo democrático, ello, como primer paso a fin de comprender y contextualizar cuál es el rol de la interpretación

constitucional para encontrar solución a los conflictos de derechos, que destacan la labor titánica del Juez constitucional y del Juez ordinario en el marco de los procesos de integración normativa.

GARCÍA J, Leonardo², en su artículo “*CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO*”, *Robert Post y Reva Siegel*, esboza que la democracia constitucional y el constitucionalismo democrático, son conceptos diferentes a pesar de encontrarse creados por el mismo poder constituyente, en consideración a que la democracia tiene que ser constitucional y no sólo considerarse bajo el concepto de democracia formal, que se conoce a través de las definiciones etimológicas relacionadas en los diccionarios jurídicos, como la forma de organización del Estado donde el pueblo gobierna por el pueblo y para el pueblo identificando al gobernado con su gobernante, aduciendo que la toma de decisiones colectivas se adoptan mediante los mecanismos de participación directa o indirecta que confiere legitimidad a sus representantes, es así como, el concepto de democracia debe ser adicionado con el constitucional, a fin de trascender a través del cambio de las disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta en su consagración la voluntad del pueblo, transformando de esta manera la realidad social, mediante la efectividad de los derechos constitucionales del poder constituyente primario.

De esta manera, señala, que la democracia constitucional “...*articula elementos como, de un lado, el derecho al voto igual, la regla de mayorías, el autogobierno colectivo, la división de poderes, el sistema de frenos y contrapesos institucionales, y, de otro lado, la naturaleza normativa de la Constitución y la fuerza vinculante de los derechos. La Constitución limita el poder del Gobierno y el Congreso, pero también amplía las exigencias a todos los poderes públicos que se encuentran vinculados a los derechos fundamentales.*”.

² Abogado con estudios de filosofía. Actualmente cursa la maestría en Humanidades, con énfasis en Política, Universidad EAFIT - Medellín. Miembro del Instituto de Estudios Constitucionales «Carlos Restrepo Piedrahita» de la Universidad Externado de Colombia. Ha publicado artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros, sobre ciencia política, derecho constitucional y teoría jurídica. Profesor y editor, Universidad EAFIT - Medellín.

Y de otra parte GARCÍA J, Leonardo, expresa: que la democracia con el adjetivo “*constitucional*”, radica en dotar de mayor legitimidad al constitucionalismo, para que respondan mediante su interpretación y configuración, a la democracia, al pueblo, al Estado de derecho y a los principios de legalidad y seguridad jurídica.

Advierte además, que la legitimidad democrática del constitucionalismo, se funda “*en que las sentencias surjan no solo de estrictos razonamientos judiciales, sino también de interacciones entre el poder judicial y otras ramas del Poder Público, asociaciones civiles, partidos políticos, movimientos sociales, centros de investigación, ONG y el poder judicial en conjunto.*”.-

Cabe resaltar conforme a lo anotado por GARCÍA J, Leonardo, que de cara al principio democrático desarrollado en el derecho que tiene la ciudadanía de participar en la toma de decisiones, la Honorable Corte Constitucional Colombiana, en sentencia C-379/16, establece las implicaciones del carácter democrático en la Constitución Política de 1991, así: “*(i) que el Pueblo es poder supremo o soberano y, en consecuencia, es el origen del poder público y por ello de él se deriva la facultad de constituir, legislar, juzgar, administrar y controlar, (ii) que el Pueblo, a través de sus representantes o directamente, crea el derecho al que se subordinan los órganos del Estado y los habitantes, (iii) que el Pueblo decide la conformación de los órganos mediante los cuales actúa el poder público, mediante actos electivos y (iv) que el Pueblo y las organizaciones a partir de las cuales se articula, intervienen en el ejercicio y control del poder público, a través de sus representantes o directamente*”. Dimensionando las relaciones existentes entre el ciudadano y el Estado en dos sentidos: *El primero tiene que ver con la elección de sus representantes y el segundo con la participación activa en la toma de decisiones colectivas por medio de mecanismos de participación ciudadana.*

Afirmando que el ciudadano en todo momento conserva sus derechos políticos para controlar a su representante en una democracia participativa, por cuanto, éste es

vocero de la voluntad popular y por lo tanto, debe acatar el mandato imperativo de sus electores, porque los representa individualmente, sin que se le transfiera la soberanía popular pues lo inviste de legitimidad para actuar como un delegado del pueblo. Anotando, que en un Estado constitucional y democrático el Pueblo “acepta que todo poder debe tener límites y, *“por lo tanto, como pueblo soberano acuerda constituirse y autolimitarse de conformidad con ese modelo democrático e instituye cauces a través de los cuales pueda expresarse con todo y su diversidad”*”.

Es así como, interpretando el sentido democrático constitucional la Corte Constitucional Colombiana, en cumplimiento del mandato del Constituyente Primario de 1991, consagrado en el artículo 152 – d y 103 de la Constitución, expresa que: *“el legislador expidió las leyes estatutarias 134 de 1994 y 1757 de 2015. Conforme dichas leyes y las sentencias de constitucionalidad emitidas por esta Corporación, se identifican los siguientes elementos definitorios del plebiscito: (i) es un mecanismo de participación ciudadana que puede ser convocado únicamente por el Presidente de la República en aquellos casos que este lo considere necesario, (ii) para consultar a los ciudadanos una decisión política de su Gobierno que se encuentre dentro de la órbita de sus competencias. El pronunciamiento popular (iii) dota de legitimidad popular la iniciativa del Jefe de Estado; y, además, (iv) tiene un carácter vinculante, en términos de mandato político del Pueblo soberano, restringiéndose dichos efectos al Gobierno, sin que resulten extensibles a otras ramas del poder público.”*

Con lo analizado en el contexto jurisprudencial colombiano relacionado, se puede aseverar que lo interpretado por Martínez Dalmau, Rubén, en su texto *“Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos”* cuando aduce: *“En nuestro caso, hemos defendido la especificidad de la interpretación constitucional en relación con los derechos y la Constitución, partiendo del concepto de Constitución democrática. Esto es, aquella cuya voluntad del poder constituyente, creador de la Constitución, es diferente a la del poder constituido, atrapado y limitado en la Constitución y por la Constitución. Convenimos así que no existe norma*

jerárquica superior a la Constitución democrática, la única originaria del poder constituyente democrático.”., vislumbra el criterio constitucional de la Alta Corporación de Cierre citada, como guardiana de la Constitución Política de Colombia, que conforme al tenor normativo art. 241, de la Carta Magna consagra “ *A la Corte **Constitucional** se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la **Constitución**, en los estrictos y precisos términos de este artículo. ...* “, cuando en la sentencia citada, reitera el respeto desde su interpretación constitucional de la voluntad del poder constituyente creador de la Constitución, partiendo del concepto de constitución democrática.

De contera, como bien lo colige la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-150 de 2015, es la democracia la que mediante la intervención y participación de sus individuos en la conformación de la sociedad y del poder público es fuente de legitimidad para reconocer y tutelar los derechos constitucionales de su pueblo.

“...La democracia en tanto eje axial del sistema jurídico colombiano así como los conceptos que usualmente se encuentran asociados a ella como “soberanía”, “pueblo”, “participación” y “representación” son empleados en la Constitución con varios propósitos, plenamente articulados con las implicaciones antes referidas. En efecto, tales categorías son incorporadas en la Carta Política para establecer la fundamentación del poder político ejercido por los diferentes órganos (la democracia como fuente de legitimidad), para reconocer y tutelar los derechos de participación de los individuos y la sociedad en la conformación y control del poder político e imponer deberes de respeto y protección al Estado y a los particulares (la democracia como fundamento de derechos y obligaciones) y para definir la forma en que tal poder opera democráticamente y los ámbitos en los que su aplicación puede exigirse (la democracia como expresión de reglas de funcionamiento y toma de decisiones). ...”

Los Colombianos tiene la oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones gubernamentales, en consideración no sólo de los mecanismos de participación ciudadana (voto, referendo, plebiscito, consulta popular, entre otros), sino también desde el marco de control como veedor de la gestión pública, artículo 270 de la Constitución Política Colombiana: “...*La ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados.*”. De donde se generan los espacios en los cuales interviene el ciudadano mediante la interposición de las demandas de carácter constitucional como son: la Acción de Tutela Art. 86 de la Constitución Política, para proteger sus derechos fundamentales, la Acción Popular Art. 88 de la Constitución Política, para salvaguardar sus derechos colectivos, la Acción de Grupo Art. 88 segundo párrafo de la Constitución Política, para que un grupo de personas que ven afectado su patrimonio económico por parte del Estado, soliciten al juez constitucional su reparación inmediata e indemnización por los perjuicios causados, de igual forma, hallamos la Acción de Cumplimiento Art. 87 de la Constitución Política, para que lo legislado dentro del marco normativo, se cumpla por parte de la Administración Pública, la Acción de Hábeas Corpus para que con ella se proteja la libertad del individuo que se ve restringido en su movilidad dentro del espacio nacional, la Acción del Hábeas Data para proteger la información íntima - datos, frente a las bases que los recaudan como los bancos por mencionar sólo una de ellas. Finalmente mencionaremos la Acción de Constitucionalidad para la protección constitucional del ordenamiento jurídico en Colombia, que por su importancia e injerencia en el tema que se aborda en esta oportunidad será analizada a continuación para evidenciar la aproximación que la Corte Constitucional Colombia ha realizado en aras de salvaguardar los derechos de las minorías conforme al artículo 13 “...*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.* “.de la Constitución Política Colombiana, haciendo una interpretación de los derechos fundamentales mediante la democratización constitucional, cuando la Ley resulta insuficiente en su salvaguarda.

2. Aplicación constitucional de la parte dogmática de la Constitución Política Colombiana para garantizar la efectividad de los derechos constitucionales frente a la Ley.

La Corte constitucional hace un ejercicio diáfano y colosal cuando mediante sus sentencias proferidas de fondo para resolver casos presentados mediante las acciones constitucionales, establece precedentes judiciales de carácter constitucional para orientar a los Magistrados de Tribunales y Jueces del país, mediante sus argumentaciones explicativas y justificativas con respecto a la interpretación constitucional que se utiliza en la solución de los conflictos que se suscitan frente al ejercicio de los derechos de los coasociados; para ello, indiscutiblemente se debe de aceptar la existencia del límite de los derechos, por cuanto no son absolutos y la existencia de los conflictos a partir de su efectividad. Empero, emerge relevante argumentar que la interpretación vinculante de la Constitución es la principal función de los tribunales constitucionales. Que obliga a todos los jueces tanto los constitucionales como a los jueces ordinarios, obligados por la jurisprudencia constitucional.

Ahora veremos un caso puntual, donde se demuestra el valor que tiene la interpretación constitucional desde la interpretación evolutiva del derecho a partir de observación de la realidad social y desde el principio de integración normativa dentro de un marco de progresividad del derecho constitucional.

Casos resuelto por la Corte Constitucional de Colombia

Acción Constitucional: Denominación Acción de Inconstitucionalidad

Referencia: Expedientes acumulados D-8367 y D-8376 - Asunto: Demanda de inconstitucionalidad en contra de algunas expresiones contenidas en el artículo 113

del Código Civil, en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1361 de 2009. Demandantes: Expediente D-8367: Carlos Andrés Echeverry Restrepo. Expediente D-8376: Marcela Sánchez Buitrago, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez, César Rodríguez Garavito, Mauricio Noguera Rojas, Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal. Magistrado Ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO - Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil once (2011)

Decisión adoptada por competencia: La Sala Plena de la Corte Constitucional, obra en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991. - La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, de conformidad con lo establecido por el artículo 241-4 de la Constitución, por cuanto se han acusado apartes contenidos en leyes de la República.

Normatividad Demanda mediante la acción de inconstitucionalidad

LOS TEXTOS DEMANDADOS

“ ... A continuación se transcriben los textos de los artículos 113 del Código Civil, 2º de la Ley 294 de 1996 y 2º de la Ley 1361 de 2009 y se subrayan los segmentos demandados.

CÓDIGO CIVIL

(...)

TITULO IV
DEL MATRIMONIO

“ARTICULO 113. *El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”.*

Ley 294 de 1996

(Julio 16)

Diario Oficial No. 42.836 de 22 de junio de 1996

Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

TITULO I

OBJETO, DEFINICIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES

ARTICULO 2º. *La familia se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

Para los efectos de la presente Ley, integran la familia:

- a) Los cónyuges o compañeros permanentes;*
- b) El padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar;*
- c) Los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos*
- d) Todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica.*

LEY 1361 DE 2009

(Diciembre 3)

Diario Oficial No. 47.552 de 3 de diciembre de 2009

Por la cual se crea la Ley de Protección integral de la Familia

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTICULO 2º. DEFINICIONES. *Para los efectos de esta ley, se entenderá por:*

Familia. Es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. ...”.

Objeto de la decisión: DÉFICIT DE PROTECCIÓN QUE AFECTA A LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO

Constitucionalismo democrático: La Corte Constitucional utilizó el diálogo interinstitucional para resolver el caso propuesto.

Participaron con su argumentación en defensa de la evolución del derecho de cara a la realidad social cada una de las entidades con las cuales interactuó la Corte Constitucional así: con la sociedad civil a través de sus representantes, y los mismos ciudadanos, con entidades del Estado, Partidos políticos, la academia. Tales como: Defensoría del Pueblo, Personería Municipal de Medellín, Personería Municipal de Armenia, Organización de las Naciones Unidas -ONU- Polo Democrático Alternativo, Partido Verde, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - Grupo de Acciones Públicas, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Pontificia Universidad Javeriana - Instituto de Estudios Sociales y Culturales - Grupo de investigaciones “Pensar (en) Género”, Universidad de Santander-UNDES, Universidad Autónoma de Colombia y Universidad de Medellín, Universidad de los Andes - Universidad Externado de Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Universidad del Norte, Universidad del Atlántico, Grupo Femm, G. & M. de Colombia Abogados, Corporación Prodiversia, Colombia Diversa, La Asociación Internacional de Lesbianas, Gay, Bisexual, Trans e Intersexuales - ILGA LAC, Observatorio de Discriminación Racial -ODR- , Asociación Colombiana de Juristas Católicos, Comunidad de Cali, Profamilia, Grupo de Madres, padres y familiares de personas lesbianas, bisexuales y transgeneristas LGTB, Grupo de Jóvenes LGTB de Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad-De justicia, Asociación Lesbapolis, Comité Prodefensa de las Pensiones, Comisión Colombiana de Juristas, Grupo de Apoyo a Mamás Lesbianas, Corporación Sisma Mujer, Corporación Caribe Afirmativo, 38. Magazine Némesis Times, Instituto de Investigación del Comportamiento Humano, Ciudadanos que adhirieron a los cargos formulados en la presente demanda de inconstitucionalidad

Las materias jurídicas a tratar y el orden para su desarrollo

Indica la Corte Constitucional: *“Así las cosas y dado que el planteamiento de las demandas involucra la interpretación del artículo 42 de la Carta e incluso el señalamiento de posibles diferencias con la lectura plasmada en la jurisprudencia constitucional que, según algunos actores habría tenido una necesaria evolución todavía no reconocida por la Corte ni explorada en todas sus consecuencias, para examinar los ataques de inconstitucionalidad dirigidos en contra de la expresión “un hombre y una mujer” del artículo 113 del Código Civil resulta indispensable iniciar con un análisis del principal parámetro constitucional invocado cual es el artículo 42 superior, a fin de (i) determinar su alcance en relación con la familia y el matrimonio, (ii) precisar si da pie a los distintos tipos de familia, (iii) establecer si la unión de parejas del mismo sexo responde o no a la noción de familia y, en caso afirmativo, (iv) dilucidar si es objeto de protección constitucional y (v) en caso de serlo, cuál es el alcance de esa protección y quién está llamado a brindarla.*

Una vez desarrollados los anteriores puntos y obtenidas las pertinentes conclusiones, la Sala Plena estará en condiciones de evaluar las interpretaciones brindadas por los actores, de verificar si el legislador incurrió en una omisión relativa e inconstitucional, de resolver acerca de la realización del test estricto de proporcionalidad y de tomar la decisión que corresponda sobre la constitucionalidad de la expresión “un hombre y una mujer”, perteneciente al artículo 113 del Código Civil.”. Aclara de igual forma la Corte: “es indispensable precisar su contenido y alcance respecto de algunas cuestiones básicas que sustentan las declaraciones de inconstitucionalidad solicitadas, como sucede (i) con la comprensión de la homosexualidad, (ii) con la determinación del criterio sospechoso que sirve de soporte al trato diferente alegado y (iii) con el sentido del derecho al matrimonio que se reclama para poner fin a esa desprotección.”.

Evolución en la interpretación constitucional del contenido de la Carta Magna, desde los distintos ámbitos y escenarios de la vida nacional colombiana.

La posición asumida por los Magistrados que salvaron el voto a aquella decisión tenía en cuenta el estado en que estaba el debate en aquella época (2001), en los distintos ámbitos y escenarios de la vida nacional, como por ejemplo el Congreso de la República. Más de una década ha transcurrido desde entonces, y el mundo, al igual que el país, ha evolucionado en debates como el presente. Afirmar actualmente que la familia constitucionalmente protegida es la monogámica y heterosexual, únicamente, desconocería los cambios que ha tenido la institución en la realidad y la jurisprudencia constitucional en la materia desde el 2007, como expresamente lo indica la sentencia C-577 de 2011. También, como se dijo, implicaría desconocer el carácter pluriétnico y multicultural de la nación, el cual supone que el Estado respete, proteja y garantice los derechos de todas las familias, sin desconocer sus diversidades; ámbito en el cual la jurisprudencia constitucional también ha avanzado. Nada más lejano al espíritu constitucional de 1991 que querer imponer a las personas y a los ciudadanos un modelo de familia concreto y particular. Esta nunca fue su intención, como se revela en las palabras mismas de la Constitución, que indican categóricamente que, entre otras formas, la familia se constituye por la 'voluntad responsable de conformarla'. Esta amplia y ambigua expresión, permite recoger familias reales, que se expresan en nuevas manifestaciones familiares que existen y no encajan en las anteriores categorías, a la vez que confiere un amplio margen de configuración al legislador para establecer nuevas y diversas formas de familia. El texto del artículo 42 no es cerrado y taxativo al respecto.

Interpretación argumentativa de la Corte Constitucional

1.- Interpretación constitucional desde la perspectiva de la democracia constitucional y respeto por la división en sus competencias de las ramas del poder público – División de poderes

“ ... En este orden de ideas, la decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica “la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”³.

.... DÉFICIT DE PROTECCIÓN-Configuración por carencia de institución que posibilite formalizar y solemnizar vínculo entre parejas del mismo sexo

PAREJAS DEL MISMO SEXO-Carecen de un instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales/**PAREJAS HOMOSEXUALES**-Derecho a decidir si constituyen familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho

Actualmente la pareja heterosexual cuenta con dos formas de dar lugar a una familia, lo que les permite a sus miembros decidir autónomamente y ejercer su derecho al libre desarrollo de la personalidad, en tanto que la pareja homosexual carece de un

³ Ibídem.

instrumento que, cuando se trata de constituir una familia, les permita a sus integrantes tener la misma posibilidad de optar que asiste a las parejas heterosexuales. En esas condiciones, la Corte estima factible predicar que las parejas homosexuales también tienen derecho a decidir si constituyen la familia de acuerdo con un régimen que les ofrezca mayor protección que la que pudiera brindarles una unión de hecho -a la que pueden acogerse si así les place-, ya que a la luz de lo que viene exigido constitucionalmente, procede establecer una institución contractual como forma de dar origen a la familia homosexual de un modo distinto a la unión de hecho y a fin de garantizar el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como de superar el déficit de protección padecido por los homosexuales. No se puede desconocer que en esta cuestión se encuentra profundamente involucrada la voluntad, puesto que la familia homosexual surge de la “voluntad responsable” de conformarla y no se ajusta a la Constitución que esa voluntad esté recortada, no sirva para escoger entre varias alternativas o se vea indefectiblemente condenada a encaminarse por los senderos de la unión de hecho cuando de formar familia se trate, o quede sujeta a lo que la Corte vaya concediendo, siempre que tenga la oportunidad de producir una equiparación en un campo específico. Que la expresión de la voluntad responsable para conformar una familia debe ser plena en el caso de los homosexuales es conclusión que surge de las exigencias de los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autonomía y la autodeterminación, a la igualdad, así como de la regulación de la institución familiar contenida en el artículo 42 superior, luego la Corte, con fundamento en la interpretación de los textos constitucionales, puede afirmar, categóricamente, que en el ordenamiento colombiano debe tener cabida una figura distinta de la unión de hecho como mecanismo para dar un origen solemne y formal a la familia conformada por la pareja homosexual. No sobra advertir que la existencia de una figura contractual que permita formalizar el compromiso torna posible hacer público el vínculo que une a la pareja integrada por contrayentes del mismo sexo, lo que ante la sociedad o el grupo de conocidos o allegados le otorga legitimidad y corresponde a la dignidad de las personas de orientación homosexual, que no se ven precisadas a ocultar su relación ni el afecto que los lleva a conformar una familia.

Es por ello, que:

... La decisión acerca de la opción que está llamada a garantizar la existencia de la posibilidad de optar en el caso de las parejas homosexuales decididas a conformar familia y su desarrollo concreto no le atañe a la Corte Constitucional, sino al Congreso de la República, entre otras razones, porque fuera de ser el foro democrático por excelencia, además de la faceta de derechos, la familia es la institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y su trascendencia social impone su protección mediante medidas que el órgano representativo está llamado a adoptar, con límites que pueden provenir del componente de derechos inherente a la familia o a sus miembros individualmente considerados. ... La decisión constitucional de reservar a la ley lo relativo a la familia y al matrimonio, implica “la defensa de un espacio propio que corresponde al legislador, de tal suerte que se impida a otros poderes del estado desconocerlo” y, por ello, la Corte Constitucional “no puede ordenar una protección máxima, no puede escoger los medios que estime mejores, diseñar una institución jurídica o proponer una determinada política social”. Y en consecuencia, Exhortó al Congreso de la República, para que antes del 20 de junio de 2013 legislara, de manera sistemática y organizada, sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección que, según los términos de esta sentencia, afecta a las mencionadas parejas. Además de advertir, que en el caso de que a partir del 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no hubiera expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrían acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual.

2.- Interpretación de la Corte Constitucional desde la perspectiva de constitucionalismo democrático a partir de las acciones constitucionales como mecanismos de protección y efectividad de los derechos del pueblo colombiano.

REGULACIÓN DEL MATRIMONIO-Alcance de la expresión “de procrear”/**PROCREACIÓN**-Definición

En cuanto a la expresión “de procrear”, del artículo 113 del Código Civil, la acusación versa sobre el desconocimiento de los derechos a la autonomía reproductiva, a la intimidad personal y familiar y al libre desarrollo de la personalidad, que garantizan la opción de no tener ningún hijo, así como sobre el desconocimiento de los derechos de la mujer, dado que debe asumir cargas especiales, en razón de cuestiones biológicas y culturales relacionadas con la reproducción de la especie. El planteamiento supone que, en la forma como aparece mencionada en el artículo 113 del Código Civil, al considerarla uno de los fines del matrimonio, la procreación implica una imposición a los contrayentes, quienes no podrían, en ningún caso, sustraerse de ella y sucede que eso no es así, porque el matrimonio genera una vinculación jurídica que surge del consentimiento expresado por la pareja heterosexual, mas no de su aptitud para procrear, lo que puede o no suceder y, en caso de no acontecer, no suprime el carácter de familia al cual han accedido los cónyuges en virtud de la expresión de su consentimiento. Por esa razón es factible el matrimonio de ancianos, el matrimonio in extremis o el celebrado por personas conscientes de su infertilidad o que, con fundamento en respetables criterios, han decidido no tener hijos e incluso abstenerse de mantener relaciones sexuales, habida cuenta, además, de que, conforme se ha expuesto, toda familia se funda en el afecto y la solidaridad que alientan el cumplimiento de un proyecto de vida en común y la feliz realización de cada uno de sus integrantes. Más aun, la unión sexual de la pareja, orientada a la reproducción, puede darse y, pese a ello, frustrarse el propósito de engendrar descendencia por circunstancias no dependientes de la voluntad de los esposos. La procreación no es, entonces, una obligación, sino una posibilidad que se les ofrece a los casados y que el legislador, atendiendo a lo que suele ser normal en la realidad, reconoció, otorgándole el carácter de finalidad del matrimonio, lo que no implica la imposición de una obligación inexcusable de tener hijos, ni un desconocimiento de los derechos a la autodeterminación reproductiva, a la autonomía individual y al derecho al libre desarrollo de la personalidad. Los mismos demandantes, en apartado posterior de su escrito admiten que “la procreación no es una condición de la existencia, ni de la validez del contrato de matrimonio y, en tal sentido, la capacidad de engendrar no es un requisito que deba ser satisfecho para poder celebrar este contrato”. Ciertamente el

artículo 42 de la Constitución establece que “la pareja tiene el derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos” y como tantos derechos, entre ellos los relativos a la familia y al matrimonio, tiene una faceta positiva y una faceta negativa. De acuerdo con su faceta positiva, la pareja tiene la facultad para decidir tener hijos en la cantidad que libremente resuelvan los esposos, pero de acuerdo con la faceta negativa libremente los cónyuges tienen la prerrogativa de decidir no tener descendencia. Así lo ha estimado la Corte al señalar que la libertad de fundar una familia tiene dimensiones positivas y negativas e incluye “la libertad de reproducirse o no hacerlo”. El contenido del derecho está integrado por las dos facetas y no solo por la negativa como lo entienden los demandantes, motivo por el cual su interpretación del establecimiento de la procreación como finalidad del matrimonio es desacertada, pues no existe imposición alguna en el sentido de tener hijos. Así, en caso de optar por no tenerlos, la decisión de la pareja tiene respaldo jurídico, pero si deciden tenerlos el apoyo legal dado por la inclusión de la procreación como fin del matrimonio es importante para la pareja y, sobre todo, para los hijos habidos en el matrimonio, quienes tienen derecho a su familia biológica y son sujetos de especial protección constitucional. En cuanto al papel de la mujer en relación con la reproducción, cabe apuntar que las consecuencias negativas aducidas por los actores no tienen su origen en la disposición atacada, que se limita a incluir la procreación como fin del matrimonio, pero no ordena que la mujer tenga que asumir cargas agobiantes, lo que más bien proviene, como dicen los actores, de causas biológicas o culturales que no son creadas ni alentadas por la expresión demandada, debiéndose tener en cuenta que, según la Constitución, la decisión acerca del número de hijos no puede ser el resultado de la imposición de uno de los cónyuges al otro, sino que ha de ser tomada por “la pareja”, que incluye a la mujer.

... **CONCEPTO DE FAMILIA**-No puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo

A modo de conclusión conviene reiterar que “el concepto de familia no incluye tan solo la comunidad natural compuesta por padres, hermanos y parientes cercanos, sino que se amplía incorporando aun a personas no vinculadas por los lazos de la consanguinidad, cuando faltan todos o algunos de aquellos integrantes, o cuando, por diversos problemas, entre otros los relativos a la destrucción interna del hogar por conflictos entre los padres, y obviamente los económicos, resulta necesario sustituir al grupo familiar de origen por uno que cumpla con eficiencia, y hasta donde se pueda, con la misma o similar intensidad, el cometido de brindar al niño un ámbito acogedor y comprensivo dentro del cual pueda desenvolverse en las distintas fases de su desarrollo físico, moral, intelectual y síquico”. Finalmente, es menester poner de presente que también se impone como conclusión que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio de pluralismo”, porque “en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.

... La interpretación textual del artículo 42 de la Carta indica que la familia sustentada en vínculos jurídicos se funda “en la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio”, en tanto que la familia natural se constituye “por la voluntad responsable de conformarla”, de donde se desprende que “la interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita, lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual”. La consecuencia inevitable de la anterior conclusión consiste en que, si la familia prevista en la Constitución y objeto de especial protección es la heterosexual y monogámica, “no cabe interpretar unas disposiciones legales que expresamente se refieren al matrimonio y a la unión permanente, y que se desenvuelven en el ámbito de la protección constitucional a la familia, en un sentido según el cual las mismas deben hacerse extensivas a las parejas homosexuales”. Así las cosas, conviene ahora aludir a la protección que a las personas homosexuales se les ha brindado en la jurisprudencia de la Corte, con el objetivo de establecer cuál ha sido su desarrollo, qué efectos ha

proyectado ese desenvolvimiento y si, en materia de derecho de familia, la evolución ha tenido consecuencias distintas de las acabadas de reseñar.

3. Consolidación de la interpretación constitucional democrática mediante el efecto erga omnes que la Sala Plena de la Corporación le otorgó a esta decisión constitucional.

La Sala Plena de la Corporación resolvió hacer esta declaración, que tiene efectos *erga omnes*, por las siguientes razones,

“En cualquier caso, lo que a la luz de la interpretación constitucional está fuera de toda duda es la condición de familia que tienen las uniones conformadas por parejas del mismo sexo, la existencia del déficit de protección y la necesidad de instaurar una figura contractual que les permita constituir la familia con base en un vínculo jurídico, así que el principio democrático impone que el Congreso de la República, como máximo representante de la voluntad popular tenga la posibilidad de actuar, pero a su turno, la vigencia permanente de los derechos constitucionales fundamentales impone señalar que si el 20 de junio del año 2013 no se ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar un vínculo contractual que les permita constituir una familia, de acuerdo con los alcances que, para entonces, jurídicamente puedan ser atribuidos a ese tipo de unión.”

Es decir, la Sala Plena de la Corte Constitucional honra, respeta y protege la reserva democrática que existe en materia de la regulación de la familia, en especial, de su constitución mediante un contrato matrimonial. Sin embargo, tal respeto no puede llegar hasta el punto de dejar de proteger de forma desproporcionada el derecho

constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, 'solemne' y 'formal', que le asiste a toda familia, incluyendo, aquellas conformadas por dos personas del mismo sexo. La forma de evitar este grado de desprotección irrazonable y desproporcionado es la medida subsidiaria que permite, precisamente, que las parejas en cuestión puedan celebrar su contrato matrimonial.

De esta forma, se observa que la Corte Constitucional Colombiana ha materializado la doctrina de constitucionalismo viviente, como lo indica GARCÍA J, Leonardo⁴, en su artículo “*CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO*”, *Robert Post y Reva Siegel*, cuando asevera: *La Corte Constitucional Colombiana ha hecho referencia doctrina del constitucionalismo viviente, cuando ha suscrito la concepción conforme a la cual, independientemente las intenciones subjetivas de los gestores de la norma, lo cierto es que, una vez dictadas, se independizan de querer de sus autores (Sentencia T – 001/92 y C-152/03).*

3.- Implicaciones del reto del constitucionalismo democrático en Colombia, mediante el ejercicio de la democratización de las acciones constitucionales a través de la interpretación de los derechos constitucionales.

Las condiciones constitucionales de la interpretación de los derechos constitucionales se deben de plasmar, una vez, se estudien y analicen las circunstancias sociales que generan el cambio de mentalidad filosófica, jurídica y social, amén de todos los factores que resulten involucrados en esa disertación, para que mediante el progresismo que aboga el constitucionalismo democrático, se sigan generando espacios en el contexto de la administración de justicia, donde los Jueces y los Magistrados creen el diálogo interinstitucional que la Corte ya ha abierto y practicado con la sociedad y las instituciones

⁴ Abogado con estudios de filosofía. Actualmente cursa la maestría en Humanidades, con énfasis en Política, Universidad EAFIT - Medellín. Miembro del Instituto de Estudios Constitucionales «Carlos Restrepo Piedrahita » de la Universidad Externado de Colombia. Ha publicado artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros, sobre ciencia política, derecho constitucional y teoría jurídica. Profesor y editor, Universidad EAFIT - Medellín.

gubernamentales, académicas y de toda índole, para que sin ningún obstáculo la sociedad participe en la interpretación progresista de los derechos constitucionales a fin de alcanzar la efectividad de los derechos constitucionales de los miembros de la población colombiana.

Se dejan a modo de conclusión unas preguntas en la inmensidad de la democratización constitucional que busca hacer efectivos los derechos de la población en Colombia, teniendo en cuenta para ello, el texto de Martínez Dalmau, Rubén, "*Problemas actuales sobre la interpretación constitucional de los derechos*" cuando expresa: *Cabe ser honestos con el objetivo del juez en la interpretación evolutiva: no es sólo fortalecer la relación entre normatividad y realidad, y huir de esta manera del nominalismo constitucional. También es transformar la realidad social a través del cambio en el significado de las disposiciones constitucionales. En este ámbito, el intérprete evolutivo se mueve en aguas cenagosas, puesto que un exceso en la función interpretativa podría acabar en la sustitución de la voluntad constituyente, por la voluntad del juez como intérprete evolutivo. Por lo que: Pondría con ello en peligro la legitimidad democrática de la Constitución y, por lo tanto, del resto del ordenamiento jurídico, cuya legitimidad proviene de ésta. Por esa razón, la interpretación evolutiva no sólo está limitada por el tenor literal del texto y por las condiciones de normatividad de la disposición, sino que debe tomar en cuenta la voluntad del poder constituyente democrático. Éste es quien determinó la existencia de las normas constitucionales, objeto de interpretación a través de un debate público, democrático, capaz de producir voluntad general. Es, en definitiva, quien legitimó la Constitución. En caso de que la adaptación social y la normatividad de la disposición fueran tan relevantes como para considerar un significado contrario a la voluntad del constituyente, una Constitución democrática no debería tener obstáculos para ser modificada democráticamente, a través de una nueva generación de voluntad general: debate público y decisión colectiva sobre la disposición correspondiente. El carácter emancipador de la Constitución democrática requiere de esta potencial revisión, que rompería formalmente la rigidez justificadora de la decisión judicial evolutiva. Así podría o no coincidir con la decisión democrática; ésta decisión sería la evolutiva. Hurtar la decisión al debate público y hacerla recaer sobre los hombros del juez haría un flaco favor a la*

evolución democrática de la sociedad a través de la dialéctica constituyente que soluciona de manera emancipadora la tensión entre democracia y constitucionalismo.”

¿Cuál es límite dentro del marco normativo Superior, que tiene el Juez constitucional, para que su actuación no reemplace la voluntad del constituyente primario, cuando realiza la interpretación evolutiva de los derechos constitucionales dentro del marco progresista y de integración de la normatividad internacional, que tiene que ver con la efectividad en la protección de los derechos humanos?

¿Cuál debe ser el comportamiento democrático del pueblo en su país, frente al cambio social y su estructura del ordenamiento jurídico?

... ¿ ... ?.

Interrogantes que rebasan las fronteras y se vuelven de carácter internacional frente a las instituciones judiciales que en cada país administran justicia extendiendo el marco de interpretación constitucional y relegando la Ley incipiente en su contexto de protección, de cara al amparo de los derechos constitucionales de sus coasociados.

“ ... La Soberanía del pueblo no puede ser reemplazada en una democracia... el Pueblo tiene que ser más que sus propias Leyes e Instituciones... por ser su creador.”.

