

Efectos políticos del activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana que negativamente podrían impactar negativamente el proceso de inclusión social de la minoría LGTB*

Political effects of the judicial activism of the Colombian Constitutional Court that could negatively impact negatively the process of social inclusion of the LGBT minority

Alonso Cortina Acevedo**
Doris Colina de Andrade***

Resumen

Este trabajo advierte la necesidad de analizar los efectos políticos del activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana que impactan negativamente el proceso de inclusión social de la minoría LGTB. La hipótesis es que la Corte Constitucional, con la modificación del concepto de familia en favor de la minoría LGTB y en contra de la mayoría que rechaza la “modernización” de la noción “tradicional” de familia, no produce el deseado efecto político-social de inclusión. Por el contrario, el resultado empíricamente apreciable es el recrudecimiento de la discriminación, que se acentúa por la creciente resistencia de la mayoría a incorporar social y políticamente en su núcleo los nuevos derechos reconocidos a la comunidad LGTB, siendo evidente la ineficacia de los derechos recién adquiridos, dada la incapacidad del Estado para obligar política y socialmente a la mayoría a que sea inclusiva con la minoría LGTB.

Palabras clave: neoconstitucionalismo colombiano, ideología jurídica, Constitución, democracia y soberanía.

Abstract

This work warns the need to analyze the political effects of judicial activism of the Colombian Constitutional Court that negatively impact the process of social inclusion of the LGBT minority. The hypothesis is that the Constitutional Court with the modification of the concept of family in favor of the LGBT minority, and against the majority that rejects the “modernization” of the “traditional” notion of family; Does not produce the desired political-social effect of inclusion, on the contrary, the empirically appreciable result is the intensification of discrimination, which is accentuated by the growing resistance of the majority to incorporate socially and politically at its core the new rights

* Análisis de los efectos políticos del activismo judicial de la corte constitucional colombiana que negativamente impactan el proceso de inclusión social de la minoría LGTB. En calidad de investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad del Sinú Sede Cartagena.

** Especialista en derecho administrativo, Especialista en gestión pública, candidato a Doctor en ciencias políticas en la Universidad Privada Dr. Rafael Beloso Chacín, URBE.

*** Doctora en Ciencias Políticas, Magister en Ciencias de la Educación mención Gerencia Educativa, Licenciada en Educación Integral, mención Lengua, Abogado. Docente de la Universidad Popular del Cesar, Colombia, miembro del Grupo de investigación Transferencia Psi reconocido por Colciencias. Investigador Nivel B del PEII-ONCTI-Venezuela.

recognized to the The LGTB community, and the inefficiency of the newly acquired rights is evident, given the inability of the State to politically and socially oblige the majority to be inclusive of the LGTB minority.

Keywords: Colombian neo-constitutionalism, legal ideology, Constitution, democracy and sovereignty.

Introducción

Colombia, como país latinoamericano, goza del influjo de la cultura española, por el hecho de haber sido colonizada por la madre patria, en función de sus arraigos y sobre todo de sus creencias religiosas. Sin embargo, el proceso de globalización ha traspasado las fronteras en materia de concepciones como la estudiada en este artículo, en el cual se hace referencia al neoconstitucionalismo y el activismo judicial con respecto al tema de la familia en el país. En ese sentido, la Corte Constitucional (2011) en la Sentencia C-577 ha interpretado la Constitución Política de 1991, actuando para favorecer a una minoría (comunidad LGTB) en contra de una mayoría (sociedad colombiana) que se ciñe por el concepto tradicional de familia (padre, madre e hijos), como núcleo central de la sociedad. Con esta actuación, esa minoría asume un notable poder político, porque se considera respaldada para reclamar abiertamente sus derechos.

En ese sentido, se busca una descripción de la doctrina en cuanto al tema objeto de la investigación: Análisis político del activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana frente al cambio contra mayoritario del concepto de familia. Por lo cual se estudia cómo las sentencias de la Corte Constitucional deben patentar que se han dictado no solo con el cumplimiento del debido proceso constitucional y legal, sino más bien tomando en cuenta los principios político-democráticos desarrollados en la teoría de la soberanía popular en la república democrática.

Esta investigación es descriptiva de corte documental puesto que, durante el desarrollo, se describen todas las implicaciones sobre la actividad judicial de la Corte frente a la obligación constitucional de garantizar en sus sentencias la interpretación y ponderación de los valores y principios que fortalezcan la legitimidad política de la Constitución Política de los colombianos. Este análisis descriptivo permitirá fundamentar la hipótesis de esta investigación.

Los resultados de esta investigación se obtendrán mediante los siguientes métodos:

Deductivo: en el transcurso de la misma se harán juicios que van de lo general a lo particular.

Científico: se hará a través de una serie de etapas para obtener un conocimiento válido desde el punto de vista científico, utilizando para esto instrumentos que resulten fiables.

Sistemático: servirá para ordenar sistemáticamente toda la información que se obtenga durante la investigación.

Histórico: es necesario recurrir a los antecedentes para llevar a cabo una investigación adecuada y fundamentada, según los principios que han ido prevaleciendo en el tiempo dentro del ámbito antropológico, político y jurídico del constitucionalismo.

Activismo judicial

El evento objeto de este trabajo encuentra su génesis en un fenómeno propio del constitucionalismo moderno conocido como activismo judicial, el cual se refiere al rol que debe tener el juez en la administración de justicia. El término se acuña en los Estados Unidos y se atribuye al académico Arthur Schlesinger Jr. desde el año 1974, quien lo usó por primera vez en la revista *Fortune*, aunque son Cross y Lindquist los que, refiriéndose a la Corte Suprema de los Estados Unidos, particularmente a la era de la Corte Warren, los resaltan como un asunto de debate sobre el papel del juez como actor principal de las reformas sociales. (Garro, 1992)

El debate que suscita el activismo judicial tiene una dimensión política y jurídica; sin embargo, es la primera la que lo hace público y de interés general, ya que la particularidad del debate está en la resistencia que el activismo judicial puede encontrar en el consenso democrático. Al respecto García y Verdugo (2013) manifiestan que

El debate público suele reaccionar de manera crítica frente a sentencias que parecen no someterse lo suficiente a la Constitución y a las normas jurídicas dictadas por las autoridades electas democráticamente y, en algunos casos,

contrariando derechamente su voluntad. De esta manera, se suele acusar de activista a aquellos jueces que no siguen las pautas normativas que han sido acordadas por una comunidad política en su Constitución o que han entregado los representantes populares, que son quienes gozan de la legitimidad para dictar las reglas que regirán a la sociedad. La crítica contra los jueces activistas tiene, entonces, una dimensión democrática y acusa un desconocimiento en la asignación de roles dentro del sistema político (p. 27).

La dimensión política del activismo judicial está dada por la relación que este fenómeno tiene con la Constitución Política y la idea de justicia, soberanía y democracia que puedan tener los ciudadanos. Si bien es cierto el mismo no es un fenómeno propio y exclusivo del juez constitucional, no es menos cierto que es en materia de hermenéutica constitucional donde la discusión sobre la legitimidad política de tal actividad adquiere mayor preponderancia.

Toda vez que tradicionalmente el papel del juez, según nos enseña la cultura jurídica del derecho continental, debe ser el de proteger la democracia haciendo cumplir la Constitución Política, y así mismo, sancionar el incumplimiento de las disposiciones legales emitidas por el órgano de representación política del Estado- trátese del Parlamento o del Congreso para el caso colombiano-, en estas funciones se reconoce al juez la potestad de definir los conflictos que se someten a su consideración dándole la última palabra al determinarse en su instancia la cosa juzgada. Pero ¿qué sucede cuando la sentencia se soporta no en la disposición legal sino en la interpretación que de la constitución hace el juez? Resulta más trascendental este interrogante cuando lo que se define va en contra de los arraigos culturales, políticos y jurídicos de la nación, o pueblo entendido como sujeto político (Mantilla, 2009).

No obstante Mejía y Pérez (2015), señalan que ahora,

la actitud de los jueces no siempre ha sido activista, más bien desde el establecimiento del estado de derecho y la consolidación de la división de los poderes públicos; los administradores de justicia habían conservado una posición pasiva, de simple aplicadores del derecho positivo, para lo cual acudían a una simplista fórmula de solución silogística para los casos planteados, se apelaba a la concepción de resolución de controversias teniendo un esquema tarifado, pues la ley era inmensamente previsiva y difícilmente

podía pecar por defecto, bajo esas premisas, el juez se limitaba a ser, la boca que apenas pronuncia las palabras de la ley (p. 31).

Dentro de ese marco, el activismo judicial presupone que el juez realice, entre otras, una función que inicialmente es exclusiva del órgano legislativo (Congreso Nacional), como es la creación de normas; empero, el juez no conceptúa en toda la extensión de interpretación de la palabra una norma, pero si crea una regla para casos similares e incluso puede otorgar o extender derechos que el sistema jurídico no contempla, aun cuando las sentencias en rigor son normas jurídicas.

Para dar respuesta al anterior cuestionamiento es factible ubicarse en dos escenarios: uno en el que el activismo judicial del juez se dé expresamente, reconocido, argumentado y justificado en la misma sentencia, y otro en el que el activismo se dé implícitamente. Para el caso colombiano, el activismo de la Corte Constitucional es expreso en materia de derechos fundamentales, lo que se explica por el mismo Tribunal como una consecuencia de la forma ideológica de entender el Estado constitucional de derecho, la democracia constitucional y los derechos fundamentales, como teoría del derecho neoconstitucional idónea para defender eficientemente y de manera democrática los derechos fundamentales de las minorías de lo que sería la dictadura del consenso democrático o mayorías.¹

Inclusión social

Estamos en un momento histórico de globalización en este siglo XXI en que nuestras sociedades se vuelven cada vez más dinámicas. Por ello, los temas de fondo se pueden plantear en los siguientes cuestionamientos: ¿de qué manera el mundo público puede ser más sensible, respetuoso y pertinente frente a la diversidad de género?, y también, ¿de qué manera las familias se incluyen e involucran en los procesos de formación y gestión de políticas públicas que las atañen directa-

¹ El juez constitucional creador permanente de derechos, avala la ley de acuerdo con la Constitución, con lo cual, reinterpreta, actualiza y refresca la Constitución en armonía con los derechos humanos. Cabe resaltar que la democracia no es solo el respeto de los derechos fundamentales; se consolida únicamente si los fallos de los tribunales constitucionales aportan un beneficio democrático en el entendido de que amparen a la sociedad, y en esa medida se legitima el juez constitucional (Ferrerres, 2011, ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho citado en García, 2013, p. 20)

mente? Tratando de resolver esta ecuación lo más armoniosamente posible avanzaremos hacia sociedades más igualitarias, interculturales e inclusivas.

Encontrándonos precisamente en Colombia, donde los últimos giros constitucionales han dado como resultado grandes transformaciones a la familia como base fundamental de la sociedad y la cual primariamente se constituye de padre, madre e hijos, buscando la inclusión social de un nuevo modelo de familia, al cual desde el pensamiento occidental no se está acostumbrado en el país, pero que se ha venido introduciendo fuertemente; apartando un poco los prejuicios y valoraciones, se puede señalar entonces que la Corte Constitucional colombiana le da un poder a la minoría en contrapeso de la mayoría.

En función de esos señalamientos, la inclusión social es el proceso de cambio de las personas, familias, comunidades e incluso regiones, de manera que participen social, económica y políticamente, tanto de forma pasiva (beneficios y oportunidades) como activa (mecanismos y procesos de decisión comunitaria) (Araoz-Fraser, 2010). Lo que permite inferir al autor, en este contexto colombiano, que se pretende la inclusión en la sociedad de modelos de familia no originarios, pero que por decisión de la Corte Constitucional, en su interpretación, se permite la funcionalidad de los mismos, sobre todo en cuanto al derecho de la adopción.

Discusión

En su ideología conocida como “nuevo derecho”² la actual Corte Constitucional reconoce que dada la omisión legislativa³ del Congreso en

² Con la expresión “nuevo derecho” se ha referido en Colombia, fundamentalmente desde la expedición de la Constitución del 91, a una serie de trasplantes iusteóricos, además de los conocidos trasplantes dogmáticos como leyes o códigos, y a la difusión y consolidación de una serie de argumentos de corte antiformalista e ideologías antitradicionales que hacen uso constante de lecturas transformadoras de la Teoría Transnacional del Derecho como crítica a la cultura jurídica preponderante, esencialmente relacionadas con la interpretación y aplicación del derecho, la reformulación de nuestro sistema de fuentes, el papel del juez en la creación de derecho, la relación derecho-sociedad, el carácter vinculante de los principios, entre otros. Esta nueva sensibilidad iusteórica e ideológica se implantó y fortaleció por la labor vanguardista y progresista de la Corte Constitucional (Jaramillo, 2012)

³ En forma reiterada, la Corte Constitucional ha sostenido que la omisión legislativa de carácter relativo se presenta cuando, al regular una materia, el Legislador omite referirse a una hipótesis que viene exigida por la Constitución; ausencia que torna incompleto el desarrollo legal. Doctrinariamente este fenómeno ha sido explicado, tanto como un vacío en la regulación, o como la manera de dar lugar a un significado implícito y negativo, en cuanto el silencio excluye de un beneficio o de una

regular y garantizar legalmente derechos fundamentales de las minorías, se ve abocada a fungir como legislador positivo, sin embargo, le es claro que la función es del Congreso como órgano legislativo. Pertinente resulta en este punto traer a colación a Lovera

(...) las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen. O cómo [sic] ocurre en el caso de los derechos sociales, como mecanismos para llamar la atención por lo que no hacen en absoluto. Para insistir con la idea con la que comencé este trabajo: no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena. De hecho el mismo trabajo de las cortes en este sentido debiera ser la semilla de su propia desaparición –en tanto cortes ‘juricéntricas’– Para que ello ocurra (...) el sistema político debe ser capaz de ‘sentir’ ese golpe. De acusar recibo. Debe ser capaz de entender que ‘algo no está funcionando’ y debe ser mejorado (Lovera, 2010, p.137).

El activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana podría constituirse eventualmente en un atentado contra el preámbulo de la Constitución, en la medida en que antes de propugnar por la unidad nacional atenta paradójicamente contra esta por causa de una decisión contra-mayoritaria en defensa de los derechos fundamentales de la minoría conocida como LGTB, ampliando el concepto de familia y dando a las parejas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio y conformar una familia.

La defensa constitucional de los derechos fundamentales de la minoría LGTBI enfrenta políticamente a la Corte Constitucional con la mayoría de los colombianos que considera violentada o desconocida la voluntad del constituyente primario que cuando discutió la aprobación del artículo 42 de lo que sería la nueva Constitución Política de los colombianos, restringió la posibilidad de contraer matrimonio y constituir familia, reconociendo esta potestad solo para las parejas conformadas por un hombre y una mujer.

medida de protección a la persona o al grupo de personas dejadas por fuera al momento de dictar la ley (Villota, 2012)

La generalidad de los colombianos reclama la interpretación constitucional exegética del artículo 42 de la Constitución Política (C.P.), el cual establece expresamente que la familia en Colombia se conforma por el matrimonio entre un hombre y una mujer, sin embargo, la Corte Constitucional, basándose en lo que se ha conocido como el nuevo paradigma del derecho neoconstitucional, conceptúa que dar una interpretación textual al artículo 42 de la Carta Política, sería hoy inconstitucional porque se estaría discriminando a la minoría LGTB violándoseles sus derechos fundamentales a conformar una familia y contraer matrimonio. Dice textualmente la Corte Constitucional (2016), en Sentencia SU214/16

Constitución Política-No excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo/Artículo 42 de la Constitución Política- No puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad en materia de matrimonio por parejas del mismo sexo/Principio de hermenéutica constitucional del derecho-Aplicación Aunque el Artículo 42 de la Constitución establece, de manera expresa, que el matrimonio surge del vínculo entre un hombre y una mujer, de esta descripción normativa mediante la cual se consagra un derecho a favor de las personas heterosexuales, no se sigue que exista una prohibición para que otras que lo ejerzan en igualdad de condiciones. Instituir que los hombres y las mujeres puedan casarse entre sí, no implica que la Constitución excluya la posibilidad de que este vínculo se celebre entre mujeres o entre hombres también.

Esto se debe a que en la hermenéutica constitucional, la enunciación expresa de una categoría no excluye la existencia de otras, incorporando per se la regla de interpretación “inclusio unius est exclusio alterius”, pues la Carta Política no es una norma general escrita en lenguaje prohibitivo. Por el contrario, la norma Superior, al estar escrita en el lenguaje deóntico de valores, de principios y derechos fundamentales, su contenido esencial se determina con base en la interpretación sistemática de éstos. A la luz de lo anterior, la Sala Plena encuentra que la Constitución en ninguna parte excluye la posibilidad de contraer matrimonio por personas del mismo sexo. El artículo 42 Superior no puede ser comprendido de forma aislada, sino en perfecta armonía con los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad.

Claramente la Corte Constitucional niega la comprensión exegética del artículo 42 de la C.P. y argumentando una interpretación sistemática

de la Constitución como norma viva cambiante y dinámica, declara la mutación constitucional⁴ de la “institución familia” reconociendo la posibilidad de que parejas de homosexuales constituyan familia, de lo que se sigue que estas “nuevas” familias tengan los mismos derechos que la familia tradicional, entre otros el de adoptar. Se cita textualmente la Corte Constitucional

Hasta el momento, la jurisprudencia constitucional relativa al concepto de familia se fundamenta, básicamente, en la interpretación literal del primer inciso del artículo 42 superior y, en lo que hace al matrimonio, se ha sostenido que “el contrayente asume, con conocimiento de causa, las consecuencias que se siguen a la celebración del contrato”, una de las cuales “directamente derivada del texto constitucional es la de que únicamente es admitido en Colombia el matrimonio entre un hombre y una mujer, pues la familia que se acoge por el Constituyente no es otra que la monogámica.

El requisito de heterosexualidad y el carácter monogámico de la unión también presiden la conceptualización de la denominada familia de hecho originada en la convivencia de los miembros de la pareja, quienes no expresan el consentimiento que es esencial en el matrimonio. Claramente la Corte ha señalado que la “unión libre de un hombre y una mujer, aunque no tengan entre sí vínculos de sangre ni contractuales formales”, debe ser protegida, “pues ella da origen a la institución familiar” y ha enfatizado que, según el artículo 42 superior, la unión marital de hecho es una “unión libre de hombre y mujer”. Con apoyo en los anteriores criterios, reiteradamente la Corporación ha afirmado que la Constitución “consagra inequívocamente dos formas de constituir una familia: por vínculos naturales o por vínculos jurídicos”, lo que implica el reconocimiento de su diverso origen y de la diferencia entre la unión marital y el matrimonio, fincada en que mientras la primera de las mencionadas formas “corresponde a la voluntad responsable de conformarla sin mediar ningún tipo de formalidad, la segunda exige la existencia del contrato de matrimonio a través del consentimiento libre de los cónyuges.

⁴ Las mutaciones constitucionales nacen como un medio para cambiar las Constituciones, sin necesidad de modificar el texto de sus disposiciones. Como suele suceder en el derecho y en particular en el derecho constitucional, hay varias definiciones y conceptos sobre las mutaciones constitucionales que se podrían sintetizar en tres: (i) la perspectiva –que se podría denominar sociológica–, de acuerdo con la cual una mutación “se trata de la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por el otro”, (ii) por otra parte y desde una perspectiva objetiva, Konrad Hesse expresa que “una mutación constitucional modifica, de la manera que sea, el contenido de las normas constitucionales, de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente”, y (iii) la definición más acertada –además de que fue la primera en el tiempo– es la que ofrece Georg Jellinek: es la “modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación” (citado en Benítez, 2011, p.309)

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. (Corte Constitucional, 2011, Sentencia C-577)

El debate se genera porque existe una tensión irreconciliable, por sus implicaciones axiológicas, morales e incluso religiosas, entre la “institución familia”, secular, libertaria y progresista, que desentraña la Corte Constitucional del artículo 42 de la constitución política, fundamentada en los derechos humanos, y la “institución familia” tradicional y confesional, que como -nación histórica-, han construido y defendido, cultural, política, y jurídicamente, de generación a generación, los colombianos, en el proceso de construcción de la identidad cultural de la nación, fundamentada básicamente en los valores judeo-cristianos, particularmente en los valores inculcados por la doctrina católica. Es decir, el problema está en que la Corte Constitucional siguiendo la doctrina neoconstitucional, se ha empeñado en “purgar” el sistema axiológico de la nación colombiana, modernizándolo, haciéndolo más inclusivo, abierto y secular, aunque esto signifique ir en contra de la cultura y la identidad del colombiano, como bien lo reconoce el profesor Diego López Medina (2004), en su obra *La teoría impura del derecho*, en la que señala que

el nuevo derecho, con una dosis de ansiedad de influencia no resuelta ha emprendido la tarea de desconstruir nuestra tradición jurídica y los valores fundantes de nuestra nacionalidad para reconstruirla o mejor refundarla in-

gresando sin tropiezos, según su parecer a la posmoderna aldea global, mediante el expediente de la socialización de la Constitución: *‘El pluralismo ideológico colocó sobre la agenda de la justicia la tarea de proclamar los criterios morales de la sociedad y así los tribunales constitucionales reemplazaron a las iglesias en la tarea de definir los parámetros morales de la cultura’, con sus pontífices, sus dogmas, sus cruzadas, sus pecados y sus herejías...’* (p. 66).

Según el artículo 42 de la Constitución Política colombiana, “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, por ende, toda iniciativa constitucional que pretenda modificar la estructura y los valores que constituyen este núcleo, por ello resulta ser de máximo interés para la nación, y por lo tanto, no es errado analizar la posibilidad de que el pueblo, como sujeto político soberano, poseedor del poder originario con posibilidad de dar vida y muerte a la Constitución, deslegitime políticamente la interpretación progresista que del artículo 42 hace la Corte Constitucional por cuanto termina por convertir al núcleo de la sociedad en algo que le es culturalmente ajeno y, por si fuera poco, contrario a los valores en los que se inca la moral colectiva de la mayoría de los colombianos, quienes además creen encontrar en su Constitución Política los valores que encierra la democracia deliberativa.⁵

El activismo judicial que lleva a la Corte Constitucional a legislar en contra del consenso del constituyente primario, es de magna importancia en tanto que bajo esa tesitura lo que resulta en discusión es la soberanía política del pueblo, toda vez que frente al argumento de la “Dictadura de la Democracia de las Mayoría”, se opone a la Corte Constitucional, el contra-argumento, entre otros, de que la modificación del concepto de familia finalmente queda sujeta a una mayoría que decide al interior de la Corte Constitucional, solo que esta mayoría no tiene representación popular; luego entonces, si en últimas es una mayoría la que tomará la decisión, ¿por qué debe ser la mayoría de la Corte Constitucional y no la de los colombianos?

⁵ Surgida en los años 80 y 90 (Joseph Besette) en cuya línea se sitúan pensadores como Habermas y Rawls, entre otros. Ésta es una teoría normativa que propone que las decisiones políticas se tomen por un procedimiento de deliberación democrática. El procedimiento deliberativo se convierte así en un “proceso de justificación o legitimación de las decisiones políticas”, de manera que si no es así, si todos los interesados no participan en la deliberación y toma de decisión de los asuntos que les conciernen, la toma de decisiones no es legítimamente democrática (López Hernández, 2009, p. 163).

Pero el problema no está solamente en que sigue siendo una mayoría la que defina los derechos fundamentales de la minoría LGTB, también es problemático el hecho de que solo la mayoría de colombianos en consenso democrático (constituyente primario) puede modificar la Constitución, y la mayoría al interior de la Corte Constitucional solo puede variar la interpretación de la Constitución siempre que tal ejercicio hermenéutico no implique el desconocimiento de los ejes axiomáticos de la de la carta política.⁶

Georg Jellinek (1991) distingue entre las nociones de reforma y de mutación constitucional: *“por reforma de la Constitución entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente, que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o conciencia de tal mutación”* (p.36). Pues bien, los cambios constitucionales y legales impuestos judicialmente por la Corte Constitucional obedecen a la composición del Tribunal como cuerpo colegiado; es decir, mientras las decisiones de la Corte fueron tomadas por la mayoría “tradicionalista”, la Constitución de Colombia era una, coherente y adaptada a la dinámica de cambio social que reconocía unos derechos fundamentales a la minoría LGBTI como pareja, pero no la consideraba igual a la pareja heterosexual y por lo tanto no entendía la prohibición del matrimonio para las parejas homosexuales como una discriminación violatoria de derechos fundamentales;⁷ pero con el cambio de la configuración ideológica de la mayoría en la Corte

⁶ Corte Constitucional - La reforma constitucional implica modificación de la Constitución adelantada por el órgano autorizado para reformarla y con apego al procedimiento previsto para el efecto, siendo la reforma que le compete al Congreso de la República aquella que puede contradecir el contenido de normas constitucionales, incluso de manera drástica, pero en la que el cambio no ha de ser tan radical que sustituya el modelo constitucional actualmente en vigor o que conduzca a reemplazar un eje definitorio de la identidad de la Constitución por otro opuesto o integralmente diferente. De ahí que no toda variación es susceptible de adscribirse en el concepto de reforma constitucional. La constancia de las modificaciones debe quedar expresamente consignada en los textos reformados con el objetivo de que se cumplan idénticos propósitos a los perseguidos por la Constitución original, esto es, escrita y vertida en un documento único, de manera que la transformación operada mediante el mecanismo de la reforma constitucional pueda ser conocida, genere la certeza acerca de su introducción en el cuerpo de la Carta y tenga, a partir de su vigencia, la vocación de permanencia que acompaña a la Constitución en su conjunto. Así pues, en concordancia con el carácter escrito de la Constitución, la reforma sea expresa y pierda toda oportunidad la introducción de modificaciones tácitas o de imposible, difícil o dudoso conocimiento, lo que a su vez implica la clara identificación de los textos que mediante los especiales procedimientos son sometidos a modificación y que, efectivamente, se produzcan transformaciones a tal punto verificables que la certeza acerca de aquello que rige, en la cima del ordenamiento y como Derecho superior del Estado, aflore con facilidad, acompañe la variación y sea prenda de garantía de la seguridad jurídica (Corte Constitucional, 2009, Sentencia C-588).

⁷ Corte Constitucional, 2010, Sentencia C-886/10.

Constitucional las parejas que antes no eran iguales, a partir del año 2015, lo comenzaron a ser por interpretación judicial. Esto, en sana lógica de lectura de la realidad, lleva a cuestionar sobre la modificación del núcleo de la sociedad colombiana, preguntándonos si, al hacer tal modificación sin sustento en la realidad sino en una ideología, no está la Corte Constitucional modificando la Constitución, cambiando sus ejes axiológicos, desnaturalizándola, al modificarla sin estar legitimada por la misma Constitución para hacerlo.

Se resalta en este punto que la Corte Constitucional no desconoce la interpretación constitucional que hiciera ella misma de la aplicación exegética del artículo 42 de la Constitución, esto es, preservando la garantía constitucional de protección a la familia conformada solamente para las parejas de hombre y mujer, a fin de garantizar el cumplimiento de la voluntad del constituyente primario. Solo que, se insiste, con la salida de algunos magistrados, y el ingreso de unos nuevos, la Corte se reconstituyó de manera que los que antes eran mayoría “tradicionalista” ahora pasaron a ser minoría, y la minoría “progresista” pasó a ser mayoría, siendo el resultado la mutación constitucional de la familia y el matrimonio. Es decir, la sola reconfiguración ideológica de la Corte Constitucional produjo o dio, en la práctica, como resultado una “nueva Constitución”, que, a diferencia de la anterior, desecha el paradigma “tradicional” de derecho y democracia, para imponer como nuevo paradigma “progresista”, el neoconstitucionalismo y la democracia constitucional.

Según el nuevo paradigma de derecho y democracia las tensiones que se presentan entre mayoría y minoría, relacionadas con el reconocimiento de los derechos atinentes a la familia, no pueden ser resueltas mediante consenso del poder constituyente puesto que la discusión no pertenece a la esfera de lo público, sino a la dimensión particular e íntima en donde se encuentra la dignidad del ser humano, espacio vedado para el poder decisorio del consenso de las mayorías, conocido en el paradigma tradicional como democracia instrumental o de las mayorías.

Como consecuencia de lo anterior, la “nueva” Corte Constitucional concibe una nueva realidad política en la que el artículo 42 de la Constitución Política no puede ser aplicado de forma expresa, exegética,

implicando esto que la conformación de la familia y el matrimonio no solo se reserva para la pareja conformada por un hombre y una mujer sino que tal garantía también ampara a las parejas del mismo sexo que libremente deseen conformar familia, desconociendo la oposición mayoritaria que persiste en la defensa de la familia tradicional.

De esta dinámica da cuenta el precedente de la Corte Constitucional, en el cual los argumentos de salvamento de voto de la minoría “progresista” en materia de derechos de la comunidad LGBT, pasaron a ser la *Cratio decidendi*- de la nueva línea jurisprudencial de la misma Corte. Es evidente entonces que la mutación constitucional de la institución del matrimonio y la familia no obedece a una realidad política de la nación colombiana, sino más bien a la precepción de la realidad política determinada por la conformación ideológica de la Corte Constitucional, sin que esta guarde identidad axiológica, moral e ideológica con el pueblo soberano entendido como sujeto político.

La conformación ideológica actual de la Corte Constitucional genera una inestabilidad política institucional e inseguridad jurídica. Toda vez que sus decisiones se orientan por corrientes filosóficas, principios liberales históricamente ajenos a la identidad colectiva del pueblo y nación colombiana no solo en materia jurídica, política y cultural, sino moral, habida cuenta de que la interpretación de la constitución se hace desde una moral pública que no tiene arraigo en la identidad de la nación colombiana, sino en la moral pública pretendidamente universal, señalada como fundamento ideológico de los derechos humanos, definida por el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), citado en Bregaglio & Chávez (2008).

La falta de identidad del pueblo colombiano con su Constitución, como resultado de la modificación constitucional del concepto de familia, puede producir efectos políticos adversos, no previstos, que dificultan, antes que facilitar el proceso de inclusión de la población minoritaria LGTB en la sociedad colombiana. Es así como se proponen como objeto de estudios más profundos, los siguientes efectos políticos:

a) Recrudescimiento de la discriminación social de la minoría LGTB, por cuenta de la deslegitimación social de los derechos fundamentales recién reconocidos a la familia homosexual.

La identidad colectiva de una nación o pueblo es un proceso de construcción que se va dando de generación a generación; es el pegamento político-social que nos enlaza con un pasado, presente, y futuro común, vínculo que se hace posible mediante la estructuración de sistemas políticos, axiológicos y jurídicos, que funcionan por ser apreciados y validados como justos y necesarios por parte de la mayoría que política y socialmente los legitima (Maldonado, 2010). Que el poder del Estado haya modificado axiológica e ideológicamente el núcleo de la sociedad (la familia), accionando en favor de una minoría y en contra de la mayoría del pueblo colombiano (que valida y legitima el poder público), generó como reacción social la creación de organizaciones civiles como Plataforma Unidos Por la Vida,⁸ Red Familia Colombia,⁹ Centro Cultural Cruzada¹⁰ y eventos de multitudinaria movilización, personas marchando en defensa de la familia tradicional, y en las redes la polarización política, social, moral e incluso religiosa, ha conformado un caldo de cultivo propicio para la conformación de un movimiento social cuyo interés de cohesión sería la defensa de la identidad colectiva, de la identidad nacional.

En la realidad nacional descrita se evidencia el efecto político preocupante de un movimiento social que, en defensa de la identidad colectiva, enfrenta la institucionalidad del Estado, y busca la reafirmación y el reconocimiento de sus intereses por fuera del sistema político. La sociología ha definido la naturaleza de los movimientos sociales

⁸ Unidos por la Vida es una Plataforma que nació en el año 2006 y reúne a personas y organizaciones de la sociedad civil que están comprometidas con la defensa y promoción de la vida humana y la familia tradicional.

⁹ La Red Familia Colombia es una ONG que busca fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia a partir del diseño, el apoyo y la creación de estrategias que la promuevan y la defiendan así como la supervisión y proposición de políticas que la protejan. A través de campañas específicas y la generación de redes, pretende ser un ente de presión frente a los estamentos del Estado así como ser un referente social y político en los temas relacionados con la familia, entendida según el art. 42 de la Constitución. "La 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.

¹⁰ El Centro Cultural Cruzada es una iniciativa, una invitación al buen combate con el objeto de defender en el ámbito ideológico, legal y pacífico, la institución de la Familia y los demás principios fundamentales de la Civilización Cristiana

como “empresas colectivas destinadas a realizar cambios en el orden social” (Lang, 1961), “esfuerzos colectivos para controlar el cambio social o para alterar la dirección del cambio” (Lauer, 1976, “formas más o menos organizadas de acción colectiva orientadas al cambio social” [o también:] “Grupos de individuos reunidos con el propósito común de expresar el descontento sentido subjetivamente de forma pública y de cambiar lo que se percibe como los fundamentos sociales y políticos de tal descontento” (Eyerman y Jamison, 1991), citados en Hartu-emanak (2014, p. 5)

Los movimientos sociales para Jelin, 1986,

son aquellas acciones colectivas con alta participación de base que utilizan canales no institucionalizados y que, al mismo tiempo que van elaborando sus demandas, van encontrando formas de acción para expresarlas y se van constituyendo en sujetos colectivos, es decir, reconociéndose como grupo o categoría social (p. 18)

Enseña la teoría que lo cambios que persiguen los movimientos sociales no siguen las reglas del juego político, las acciones son meramente de dinámica social, por lo tanto, enfrenar la imposición jurídica y política de la familia homosexual, no va a generar su inclusión en la sociedad; por el contrario, la reacción del movimiento social frene al activismo de la Corte Constitucional será la de deslegitimar la familia LGTB como parte del núcleo de la sociedad colombiana, con el agravante de que la razones y argumentos para tal efecto se cuecen de manera espontánea en la opinión pública de un pueblo violento, con bajos niveles de educación, cargado de miedo que termina por identificar a la población LGTB como una amenaza de la identidad cultural, rechazando la inclusión social de la familia homosexual.

Así las cosas, el activismo judicial de la Corte Constitucional, al reconocerle derechos fundamentales a la familia homosexual, antes que generar su inclusión en la sociedad, la perjudica, porque, aunque política y jurídicamente se les reconocen derechos, esto socialmente no implica una real incorporación en la sociedad colombiana.

b) Deslegitimación política de la Corte Constitucional y de la Constitución misma. Debilitamiento de las dinámicas políticas propias del parlamento como escenario connatural de la regulación de los conflictos

de gran interés para la sociedad. Deslegitimación del Gobierno, que debe diseñar e implementar políticas públicas, igualmente deslegitimadas por ser consideradas una amenaza para el sistema de valores que fundamenta la familia tradicional.

Reflexiones finales

Se propone el estudio a profundidad y en extenso de los efectos políticos del activismo judicial de la Corte Constitucional, toda vez que políticamente la realidad parece estar señalando que el pueblo colombiano no logra interiorizar socialmente que su núcleo como sociedad pueda ser ideológica y axiológicamente modelado aún en contra de la ideología y del sistema de valores que definen su identidad colectiva. Aunado a lo anterior, parece ser políticamente contrario a la cultura jurídica de la nación colombiana, entender que, según el neoconstitucionalismo, la legitimidad política de instituciones del poder público como la Corte Constitucional, no dependa del consenso democrático (mayoría), porque la legitimidad política de la Corte le viene dada por la Constitución Política misma.

En el caso colombiano la ininteligibilidad del debate constitucional entorno a la familia se da por la falta de identidad entre la ideología jurídica que imprime la Corte Constitucional a la Constitución Política y la ideología jurídica con la que juzga su Constitución el pueblo soberano, doctrinariamente la ideología jurídica se define según el concepto que se tenga de Constitución Política, soberanía, democracia y derechos fundamentales.

Si bien es cierto nadie discute la libertad ideológica de los jueces, no es menos cierto que la doctrina y la realidad empírica nos muestran que cuando la ideología jurídica del cuerpo colegiado, jueces encargados de la función de proteger y mantener viva la Constitución, no coincide con la ideología jurídica del constituyente primario, el riesgo de que sobrevenga la deslegitimación de la Constitución es cierto y muy alto.

Referencias

- Araoz-Fraser, S. (2010). Inclusión Social: un propósito nacional para Colombia. *Documentos de investigación. Economía*. (7). p. 50 Bogotá, D.F. Colombia: Universidad Central.
- Benítez, V. F. (2011). Legitimidad democrática y constitucional de las modificaciones implícitas a la constitución por parte de la jurisprudencia constitucional en Colombia. *Universitas*, 122, 303-334. Recuperado de www.scielo.org.co/pdf/vniv/n122/n122a11.pdf
- Constitución Política de Colombia. Segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991
- Corte Constitucional (2010) Sentencia C-886/10. Noviembre 11, Bogotá D.C
- Corte Constitucional (2016), *Sentencia SU214/16*. Disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/su214-16.htm>
- Eyerman, R. (1991). *Social movements: a cognitive approach*. Cambridge: Polity Press.
- García G, J.F & Verdugo R, S. (2013) *Activismo Judicial: Teoría y Práctica en el Sector Salud*. Revista Libertad y Desarrollo. Serie Justicia. 729-734
- García, L. F. (julio de 2013). ¿Ideal democrático? Del activismo judicial a la constitucionalización del derecho. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 13. 17-32 Recuperado de www.scielo.org.co/pdf/ccso/v13n25/v13n25a03.pdf
- Garro Alejandro M. Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte. *Revista Española de Derecho Constitucional* Año 12. Núm. 35. Mayo-Agosto 1992
- Hartu-emanak (2014). *Apuntes de actualidad social 1*. Escuela de ciudadanía. Resúmenes de las charlas del 1er ciclo de la Escuela de Ciudadanía. Recuperado de <http://www.hartuemanak.org/wp-content/uploads/2015/08/Apuntes-Actualidad-social-1.pdf>

- Imilan, W. y Álvarez, V. (2008). El pan mapuche. Un acercamiento a la migración mapuche en la ciudad de Santiago. *Revista Austral de Ciencias Sociales*, 14. 23-43 Recuperado de <http://www.redalyc.org/comocitar.oa?id=45901402>
- Jaramillo L. G. (2012). El neoconstitucionalismo en el contexto de la internacionalización del derecho. El caso colombiano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (65) 99-118. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723287003> > ISSN 0041-8633
- Jelin, E. *Otros silencios, otras voces: el tiempo de la democratización en la Argentina*" (en: F. Calderón Gutiérrez (comp.), Los movimientos sociales ante la crisis. Buenos Aires, UNU/CLACSO/IISUNAM, 1986)
- Jellinek, G. (1991). *Reforma y mutación de la Constitución*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, España.
- López Hernández, J.. (2009). El concepto de legitimidad en perspectiva histórica. *Cuadernos Electronicos De Filosofía Del Derecho*, 34. Pags. 153-166 Recuperado de www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200004
- López, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis. 480 p.
- Lovera, Parmo D. (2010). ¿A quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y participación. Ponencia en III Congreso Estudiantil de Derecho y Teoría constitucional. Universidad de Chile. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. Disponible en http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-11/11Juridica06.pdf
- Maldonado, A. M. (2010). El proceso de construcción de la identidad colectiva. *Convergencia*, 17(53), 229-251. Recuperado de www.scielo.org.mx/pdf/conver/v17n53/v17n53a10.pdf
- Mantilla Espinosa, F. *"Interpretar": ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2009) [pp. 537 - 597]*
- Mejía, J. y Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Revista Justicia* (27). 30-41

Villota Benavides, M.S. *El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho*. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 42, No. 117 / p. 455-479
Medellín - Colombia. Julio-Diciembre de 2012, ISSN 0120-3886