



INCIDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL REDISEÑO DE LA
POLÍTICA PÚBLICA DE FAMILIA EN COLOMBIA

Tesis de grado para optar por el título de:

Magíster en Políticas Públicas y Desarrollo

Elaborada por:

Nayda Ordóñez Torres

Dirigida por:

Dra. Ángela María Díaz Pérez

Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB)

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Instituto de Estudios Políticos (IEP)

2018

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo no hubiese sido posible sin la ayuda de personas e instituciones que hicieron más fácil el camino y aportaron conocimiento para poder potencializar mis capacidades y competencias.

En primer lugar quiero agradecer a la Universidad Autónoma de Bucaramanga y su Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, en especial al señor Decano Jorge Eduardo Lamo Gómez por haberme apoyado incondicionalmente en mis estudios de maestría. En segundo lugar al Instituto de Estudios Políticos (IEP) por haberme brindado conocimiento de calidad para transformar mi vida profesional. A los docentes que me instruyeron en el tema de Políticas Públicas y Desarrollo por su calidad y talante. A mi directora de tesis Ángela María Díaz Pérez por su constante apoyo y consejo a lo largo de la elaboración y redacción de esta tesis. A mis compañeros de maestría por compartir experiencias de vida conmigo y por su amistad que hicieron de este proceso un camino más llevadero. A mi familia por ser el motor que me impulsa a superarme constantemente.

Por último a mi esposo por su constante e irrestricto apoyo, su orientación y por el tiempo que destinó para guiarme.

Contenido

1. INTRODUCCIÓN	4
1.1 Problema de investigación y justificación: Corte Constitucional y Políticas Públicas	5
1.2 Objetivos generales y específicos	11
1.3 Metodología	11
1.4. Antecedentes	17
1.5 Estructura de la tesis	22
2. MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO	23
2.1 El Enfoque Neoinstitucional en el análisis de las Políticas Públicas	23
2.2 El papel de los actores en la formulación de las políticas públicas	40
2.2.1. La Corte Constitucional colombiana como actor.	47
2.3 El papel de las Cortes en la transformación de imaginarios sociales	63
2.3.1 La indeterminación del lenguaje jurídico y su carácter realizativo	69
2.3.2. El regreso de los principios	73
2.3.3. El Derecho como ejercicio narrativo y de comunicación	77
2.3.4. La aceptación del Derecho como subordinado de la Política	79
2.4 Evolución del concepto de familia en Colombia	85
3 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO ACTOR EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE FAMILIA EN COLOMBIA.	108
3.1. Las sentencias de la Corte Constitucional en material de familia en Colombia.	109
3.1.1 El análisis jurisprudencial de las sentencias	109
3.2. Las Políticas Públicas de familia en Colombia a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional como actor.	147
3.3 Impacto de las sentencias de la Corte Constitucional en las políticas públicas de familia en Colombia.	158
4 REFLEXIONES FINALES	164
5. REFERENCIAS	167

INCIDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN EL REDISEÑO DE LA POLÍTICA PÚBLICA DE FAMILIA EN COLOMBIA

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es presentado con el objetivo de evidenciar las competencias y capacidades obtenidas durante el desarrollo de la Maestría en Políticas Públicas y Desarrollo de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y así optar por el título de magíster en Políticas Públicas y Desarrollo.

El tema central por abordar es la implicación que han tenido los pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el concepto de “familia” en la elaboración, formulación y evaluación de las políticas públicas en esta materia. Básicamente se pretende sostener que los jueces (tribunales y Cortes) son actores de las políticas públicas y que su incidencia, en el caso colombiano, no es poca.

La realización de este trabajo se dio a partir de una metodología de investigación cualitativa con un método hermenéutico comprensivo, y tuvo como fuentes primarias los documentos oficiales en materia de políticas públicas de familia, así como jurisprudencia de la Corte Constitucional (análisis jurisprudenciales), y documentos de doctrinantes expertos en el área.

1.1 Problema de investigación y justificación: Corte Constitucional y Políticas Públicas.

El planteamiento del problema a abordar inicia con el escenario que supone la pluralidad étnica y cultural, ahora reconocida en el texto constitucional, y que ha generado grandes retos para varias instituciones –entre ellas la familia- que marcaron un debate entre las posiciones tradicionales conservadoras y las nuevas visiones que pretendían la superación conceptual y práctica de éstas. Este nuevo escenario generó un fuerte rechazo de gran parte de la población, que con una ideología conservadora forjada por la hegemonía de la iglesia católica y sus tradiciones y rituales, se resiste a concebir el fenómeno familiar por fuera de estructuras y regulaciones rígidas y dogmáticas.

El problema, inicialmente parece ser de orden conceptual, lo cual se explica a partir de un fenómeno recurrente en la historia constitucional colombiana: la falta de consenso constituyente, el profesor Ricardo Zuluaga Gil dice al respecto:

En Colombia hay una realidad que a la luz de las evidencias históricas resulta muy notoria. Hago referencia a que ya casi en los 200 años de vida independiente, nuestra sociedad ha sido incapaz de alcanzar un consenso constitucional que sea suficientemente profundo y duradero. (2008, p. 25)

Este problema histórico y político trae consecuencias jurídicas, debido a que la llegada de la Constitución de 1991 significó por primera vez un verdadero pacto político nacional en el cual se tuvo en cuenta a los diversos grupos sociales, políticos y económicos del país. Históricamente las Constituciones en Colombia eran impuestas por los clanes políticos que llegaban al poder y esto suponía la exclusión de clanes rivales y la eliminación de proyectos

anteriores contrarios. El proceso constituyente que culmina con la Constitución Política de 1991 rompe con el modelo descrito anteriormente, pues por primera vez el pueblo es consultado a cerca de su voluntad de crear una asamblea nacional constituyente y los miembros que la conformarían. El resultado de lo anterior fue una composición pluralista de la asamblea donde se vieron representados diversos sectores e ideologías: negritudes, indígenas, representantes de diversas religiones, exguerrilleros y dese luego los sectores tradicionales.

Este pluralismo significó la enunciación de derechos fundamentales e instituciones pero no su delimitación y contenido. Tomemos por ejemplo, y para los efectos de esta tesis, el concepto de familia: si bien es cierto la Constitución la concibe como núcleo esencial de la sociedad, nunca se detuvo a enunciar las características de su composición de una forma clara y profunda, puesto que hubiese sido imposible lograr un acuerdo sobre esto teniendo en cuenta la multiplicidad de ideologías de la asamblea. En otras palabras, basta imaginar a grupos religiosos conservadores, grupos liberales y sectores radicales (todos ellos con representación en la constituyente) poniéndose de acuerdo en cuál es el concepto ideal de familia; ante la imposibilidad de lograrlo el único acuerdo posible era indicar que la familia es la base de la sociedad. Lo anterior supuso que la enunciación de la familia como núcleo esencial de la sociedad es el ejemplo de un liberalismo procedimental propio de un consenso entrecruzado (*overlapping consensus*) que implica lograr acuerdos sobre lo mínimo y se convierte en la base de una democracia consensual; esto es un punto importante en la teoría del profesor norteamericano John Rawls (1993, p. 133-172) que plantea, a partir de este consenso, el punto de partida para lograr acuerdos racionales e incluyentes; ahora bien, jurídicamente hablando, la consecuencia de esta estructura política es evidenciable: la

indeterminación del texto constitucional, que enuncia derechos e instituciones pero no indica su contenido y alcance, de esta manera se puede apreciar cómo de una teoría política concreta (Rawls) se puede explicar un fenómeno jurídico, así: el consenso entrecruzado implica vaguedad e indeterminación del lenguaje jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta tesis busca enfocarse específicamente en la evolución que ha tenido el concepto de familia en los pronunciamientos de la Corte Constitucional y si se han formulado políticas públicas para concretar dichos pronunciamientos. La indeterminación del texto constitucional (como resultado del pluralismo descrito anteriormente), hizo necesario que el concepto de familia, su composición y fines fuese determinado por los jueces. Fue entonces el aparato judicial el abanderado en el reconocimiento de un concepto de familia incluyente que dista del tradicionalmente aceptado. Los jueces asumieron una lucha de carácter filosófico y político, este es un rasgo muy común de las democracias constitucionales contemporáneas: el activismo judicial; al respecto Ronald Dworkin dice: *“En su labor cotidiana los jueces toman decisiones sobre muchos asuntos que son también, por lo menos en apariencia, objeto de una importante literatura filosófica.”* (2008, p. 8)

Por otro lado, la justificación de este estudio radica en la necesidad de una reflexión jurídica que esté ligada al concepto de políticas públicas en un Estado Social de Derecho. Éstas últimas han cobrado un auge y debate notable en los últimos años.

Las políticas públicas pueden ser entendidas como aquello que la sociedad espera del Estado y sus instituciones, en virtud de los fines que constitucionalmente están consagrados: vida, honra y bienes de los individuos (Art. 2º Constitución Política). Por ello es deber de las

autoridades nacionales y locales garantizar y concretar políticas públicas tendientes a la realización de los postulados constitucionales a través de la intervención pública, la responsabilidad y los recursos. Las Políticas Públicas son también estrategias para la consecución de un fin, bajo un contexto y unos límites claros:

Una estrategia con la cual el gobierno coordina y articula el comportamiento de los actores a través de un conjunto de sucesivas acciones intencionales, que representan la realización concreta de decisiones en torno a uno o varios objetivos colectivos, considerados necesarios o deseables en la medida en que hacen frente a situaciones socialmente relevantes (Torres-Melo, *et al*, 2013, p. 56)

Dicho lo anterior, la investigación realizada y presentada es relevante, en primer lugar, por la actual coyuntura política del país que representa un desafío para la creación de políticas públicas y su ejecución en un escenario de intenso debate jurídico, ideológico y económico. La polarización de la sociedad colombiana producto de enfrentamientos ideológicos sobre el concepto, conformación y función de la familia, ponen de relieve la necesidad de reflexionar sobre las respuestas del Estado a esta. Diversos grupos sociales manifiestan, a veces con odio, ideologías que dividen y desafían los pronunciamientos judiciales, convirtiendo sus discursos en caballos de batalla en escenarios políticos, generando así un ambiente de tensión, en el cuál las políticas públicas pierden relevancia y comprometen su utilidad.

En segundo lugar, es necesario indicar que en la actualidad hay una tensión evidente que radica en preguntarse hasta qué punto la democracia puede ser frenada por el aparato judicial, en otras palabras, nos enfrentamos a la vetusta discusión de si son los jueces los llamados a ordenar la creación o ejecución de políticas públicas, asumiendo una función que por esencia es propia del gobierno o el legislador.

Finalmente, las políticas públicas, entendidas como la respuesta del Estado a las necesidades sociales con base en los fines constitucionales de éste cobran relevancia en tanto se convierten en instrumentos que aseguran el cumplimiento de los principios constitucionales y aseguran la libertad de los individuos dentro de los límites del respeto y el bien común. Las políticas públicas, así vistas, son fundamentales porque aseguran el vencimiento de la dominación, la exclusión y el miedo propios de regímenes sectarios y excluyentes: *“Tenemos que entender que la gente solo puede ser libre si no está bajo estructuras de dominación que impiden que la persona llegue a una concepción de que es efectivamente autónoma y no que está sujeta, subordinada o sometida.”* (Arango, 2016 (I), p. 32)

En consecuencia y ante los motivos expuestos anteriormente es pertinente indagar a cerca de la existencia de políticas públicas que incorporen los pronunciamientos judiciales respecto del concepto constitucional y fines de la familia, todo esto bajo el panorama que supuso la llegada de la Constitución de 1991 y su marco pluralista.

El problema que supone la presente investigación se ve reflejado en la tensión existente entre el activismo judicial, la elaboración de políticas públicas y la opinión pública. Como se manifestó líneas arriba, el activismo judicial, que es consecuencia de la indeterminación del lenguaje constitucional, sumado a un poder legislativo paquidérmico y sin voluntad política,

han conllevado a que decisiones sensibles para el país, en nuestro caso el concepto de familia, generen un desafío en la elaboración y aplicación de políticas públicas que respondan a dichos pronunciamientos y que a su vez se mantengan lejos del populismo y otras pasiones peligrosas. Una muestra de lo anterior es la polarización actual que se evidencia en la sociedad por temas como familia homoparental, matrimonio igualitario, adopción igualitaria y ideología de género. Estos temas conjugan los escenarios enunciados anteriormente y permiten problematizar acerca de si existen políticas públicas que recogen de manera clara los pronunciamientos judiciales mas allá del apasionamiento con el que a veces la opinión pública los toma.

Lo anterior plantea una situación problemática que puede evidenciarse en una desconexión entre los pronunciamientos judiciales, las autoridades nacionales y locales respecto de la creación de políticas públicas coherentes con el espíritu de la Constitución, debido en muchos casos a la presión popular y la vanidad política. Ejemplos recientes han mostrado cómo pese a pronunciamientos puntuales de la Corte Constitucional sobre el matrimonio y la adopción igualitaria algunas entidades gubernamentales omiten crear e implementar políticas públicas adecuadas para garantizar la nueva realidad reconocida vía jurisprudencia.

El problema parece tener su génesis en la tensión entre Derecho y Política, y que tiene su punto más álgido en la existencia de una Constitución con un amplio catálogo de derechos fundamentales (lingüísticamente indeterminados), diversos mecanismos judiciales para su protección y la creación de políticas públicas que concreten los valores y principios constitucionales. (*cf.* García Jaramillo, 2016, p. 93)

1.2 Objetivos generales y específicos

Esta investigación presenta una dualidad de enfoques para llegar a un objetivo. Por un lado, hay una reflexión desde la Filosofía del Derecho y del Derecho Constitucional, que se observa en temas como la indeterminación del lenguaje jurídico, la hermenéutica constitucional, la discrecionalidad judicial y el concepto de derechos fundamentales. Por otro lado, un análisis desde la política con la reflexión sobre las políticas públicas, su utilidad y efectividad, la democracia y el debate político. De esta manera se busca realizar una reflexión que desde el derecho aterrice en un tema tan sensible como la creación, ejecución y evaluación de políticas públicas.

El objetivo general de la investigación será señalar la incidencia de las sentencias de la Corte Constitucional en materia de familia en el rediseño de las políticas públicas de familia en Colombia.

Como objetivos específicos se tienen: i) Analizar el papel de la Corte Constitucional como actor en la formulación de las políticas públicas de familia en Colombia, ii) Comparar las políticas públicas de familia de los años 2012 y 2016 para identificar las transformaciones y avances entre éstas, y iii) Mostrar desde el análisis narrativo de las políticas públicas de familia en Colombia el impacto de las sentencias de la Corte Constitucional.

1.3 Metodología

La metodología de este trabajo consiste en un análisis hermenéutico (interpretativo-comprensivo) que supone el rescate de elementos propios de la temática por parte del sujeto. Dicho proceso investigativo-hermenéutico toma como fuentes los datos textuales para

trascender las fronteras del texto y obtener su verdadero significado y sus implicaciones prácticas. Se plantea la interpretación que hace el autor respecto de un fenómeno determinado para así obtener sus implicaciones en la realidad. Lo que se busca con este método es comprender lo que se encuentra expresado en unas fuentes textuales, pues no siempre la gramática y el análisis lógico formal son suficientes para lograr la adecuada comprensión de un fenómeno como el que se aborda en este trabajo. La pretensión con la asunción de este método busca establecer que los Jueces (en este caso Tribunales o Cortes) sí son actores en las políticas públicas, contrario a lo que la mayoría de los tratadistas en el área sostienen, de esta manera, a partir de una interpretación de los textos y de sus implicaciones prácticas, puede llegarse a la conclusión deseada.

Es importante resaltar, metodológicamente, que el análisis de los textos sirve para entender un discurso y crear realidades a modo de conclusiones. De esta manera se busca lograr un conocimiento acabado del contexto en el cual es producido un determinado discurso sometido a análisis para posteriormente obtener la comprensión de problemáticas complejas. En este proyecto de investigación abordaremos las distintas fuentes textuales relacionadas con políticas públicas y el concepto de familia, y se analizará cuál es su verdadero significado a la luz del contexto histórico, político y jurídico para así lograr una clara interpretación de la realidad a la que se refieren con el discurso evidenciable.

Puede decirse que el quehacer investigativo en el área de las ciencias sociales (como la Ciencia Política y el Derecho) ha estado marcado por un antiguo debate entre dos posiciones paradigmáticas: el paradigma positivista y el paradigma humanista. El primero más cercano al modelo de las ciencias naturales (*more geometrico*) y el segundo afín con aquellas

creaciones propias del intelecto o espíritu humano (denominadas otrora “*ciencias del espíritu*”). Es en este escenario que aparece un modelo metodológico hermenéutico.

La hermenéutica es aquella herramienta que pretende lograr la comprensión de textos (en un sentido clásico), en este caso, a partir de procesos de evaluación de interpretaciones; de esta manera se puede afirmar que la hermenéutica, como método, proporciona herramientas objetivas, como la historia o la lingüística, para corregir las interpretaciones arbitrarias -éstas últimas caracterizadas por la subjetividad del intérprete-. El proceso elemental parte de asumir que todo texto o discurso es la manifestación de una experiencia vital de un individuo (autor) o grupo, en otras palabras, lo que se encuentra en un texto es el pensamiento de su autor, autor que ha vivido una determinada experiencia forjando así una ideología que es plasmada a través de signos externos (escritura) en forma de texto (leyes, narraciones o similares). Esta posición es sostenida principalmente en la obra del autor alemán Wilhelm Dilthey y parte de que la hermenéutica es un ejercicio de interpretación de las manifestaciones vitales que han sido plasmadas en un escrito por el autor, de esta manera se busca comprender la individualidad desde los signos externos; pues son éstos los que permiten la entrada a las profundidades de la mente del sujeto que desea transmitir un mensaje. Por ello no es de extrañar entonces que Dilthey establezca que: “*los métodos hermenéuticos tienen, finalmente, una conexión con la crítica literaria, filológica e histórica*” (Dilthey, 2000, p. 93).

El método de interpretación hermenéutico entonces, a partir de la fundamentación que el mismo Dilthey delimitó, pretende consolidarse como aquel que sustente la idea de verdad en las ciencias sociales a partir de la comprensión de la mentalidad del autor o creador de un texto. En este orden de ideas, el método plantea la necesidad de desconfiar de la gramática

como única fuente de dotación de sentido de una proposición. Esta propuesta plantea el abandono de lo gramatical (lo perceptible o lo físico) como único referente del sentido, para afrontar que muchas veces el espíritu o intención del autor no se refleja fidedignamente en el texto escrito o el discurso dicho: *“sobre el suelo de lo físico aparece la vida espiritual.”* (Dilthey, 2000, p. 121). Así las cosas, el sentimiento vivido será el fundamento para el desarrollo de una hermenéutica que se sustente en la razón histórica y así la comprensión se lograría a través del análisis de la individualidad a partir de signos externos pues al final todo texto es la expresión de un autor, de sus sentimientos y aspiraciones: *“Al proceso por el cual, partiendo de signos que se nos dan por fuera sensiblemente, conocemos una interioridad, lo denominamos comprensión.”* (Grondin, 2008, p. 40)

Pero si con Dilthey se crea una idea de hermenéutica metódica, es decir creadora de reglas para evaluar los procesos de interpretación, y amplia, es decir capaz de abarcar a todas las ciencias sociales (superando así una visión reduccionista que sólo veía la utilidad hermenéutica en la Religión, el Derecho y la Filología), es necesario establecer además que el método hermenéutico también va de la mano con una teoría pragmática del lenguaje.

Dado lo anterior, se requiere un giro en la concepción del lenguaje que agregue una capacidad generativa, en otras palabras, no es suficiente con el sólo proceso de comprensión al que se accede por vía de la hermenéutica, sino que también se debe reconocer que esto se da dentro de un proceso de comunicación que es práctico pues genera realidades y las transforma. Cuando se escribe o cuando se habla siempre hay una intención de transformación de la realidad que trasciende la simple externalidad de los signos usados, en palabras de López:

[...] la práctica significativa del lenguaje no sólo se hallaba subordinada a la razón, sino que quedaba reducida, en la praxis epistemológica y hermenéutica, a la sola función denotativa, asertiva o enunciativa. Por tanto, a la luz de este fenómeno, el lenguaje ya no será más “la expresión externa” de un pensamiento que se había asumido como el lugar de la certeza, sino que se revelará en su extraordinaria función generativa, en su enérgica capacidad de generar realidad. (2001, p. 193)

A partir de este escenario, se presenta un giro en el lenguaje, pues ahora ha cambiado su rol en tanto deja de ser un fin para convertirse en un instrumento del saber y de transformación social. El lenguaje, ahora liberado del yugo de la razón formal, ha permitido al significante separarse de la lógica invariable del significado. En otras palabras, el giro lingüístico puede presentarse como la insurrección o rebelión del lenguaje frente a la razón: del significante frente al significado. El lenguaje no es un simple medio diáfano e impoluto entre el sujeto y la realidad, tampoco es un elemento auxiliar que refleja las representaciones del pensamiento, sino que posee una entidad propia y con límites, que además determina en cierta manera, tanto al pensamiento como a la realidad. Lo anterior permite entender el verdadero objetivo del lenguaje: la comunicación como la forma para transmitir las experiencias de vida (ya no sólo el pensamiento), y dichas experiencias buscan establecer acuerdos entre una comunidad de hablantes que están determinados por una cultura y por sus subjetividades y prejuicios, incluso a veces de forma inconsciente:

La comunicación es, vista así, el acto de poner en común las experiencias particulares mediante enunciados, con el fin de establecer acuerdos intersubjetivos sobre el “mundo de todos”, el conjunto de mapas que

conforman la cartografía que por convención cultural llamamos “realidad”. Y la cultura, la paulatina decantación de esos enunciados lingüísticos e icónicos, que en la medida en que son colectivamente asumidos van formando un humus, un sedimento común para uso consciente e inconsciente de todos. Tal sedimento es la tradición cultural que empapa a los individuos de modo inevitable, lo sepan o no, lo quieran o no. (Chillón, 1998, p. 74)

En la presente investigación resulta pertinente este método. En primer lugar, porque dadas las fuentes que se analizan, textuales en su totalidad, se requiere la comprensión más allá de lo que la simple gramática permite. Toda expresión escrita sobre políticas públicas y su normatividad, obedecen a unas intenciones que no siempre quedan plasmadas en el texto, por lo que el contexto, la historia, la ideología y las coyunturas locales e internacionales, son elementos indispensables para poder realizar un adecuado proceso comprensivo de las políticas públicas en materia de familia. En segundo lugar, la necesidad de abordar los textos relacionados con políticas públicas y su normatividad desde una perspectiva narrativa y transformadora implican el reconocimiento de una noción de texto dinámica que evolucione con los diversos contextos sociales y tenga una praxis efectiva; hablamos en este apartado de documentos que permiten la comprensión de diversos imaginarios sobre la familia y las consecuencias que en la realidad implica asumir tales comprensiones. Finalmente, el gran objetivo que se puede trazar dada la metodología propuesta, es el de lograr determinar la existencia y eficacia de las políticas públicas en materia de familia en Colombia, pero ello sólo es posible a la luz de una correcta comprensión de dicho concepto a partir de los contextos, narrativas y pronunciamientos de las autoridades judiciales.

Así las cosas un proceso de investigación hermenéutico requiere generar procesos que implican alejarse de lógicas formales y narrativas amarradas a la gramática pues no se es un sujeto neutro, puesto que la historia y las ideologías determinan el discurso y la comprensión de un determinado fenómeno, al respecto Vattimo dice:

La interpretación no es ninguna descripción por parte de un observador neutral, sino un evento dialógico en el cual los interlocutores se ponen en juego por igual y del cual salen modificados; se comprenden en la medida en que son comprendidos dentro de un horizonte tercero, del cual no dispone, sino en el cual y por el cual son dispuestos. (1991, p. 61-62).

Sumado a lo anterior, la investigación que se proyecta es de carácter cualitativo y se llevará a cabo por medio del estudio y análisis de documentos oficiales que permitan el abordaje de la Política Pública Nacional para las Familias colombianas 2012 – 2022 y la Política Nacional de Apoyo y Fortalecimiento a las Familias 2014 - 2024 en Colombia, bibliografía (textos y jurisprudencia) y por el contraste de sus resultados parciales con investigadores especialistas en la materia. Por ello, la metodología a implementar conlleva el estudio del material bibliográfico pertinente y la redacción de los capítulos de la tesis que desarrollen los objetivos y el sometimiento de las hipótesis de respuesta a la valoración de otros especialistas, principalmente los directores de tesis.

1.4. Antecedentes

La presente investigación trata de analizar dos escenarios de las ciencias sociales. Por un lado la Ciencia Política, en especial el tema de las Políticas Públicas abordando su concepto, función e implicaciones; y por otro, un tema propio del Derecho, en este caso el rol de los

jueces desde la perspectiva del denominado “activismo judicial”. Tanto de Políticas Públicas como de activismo judicial se ha escrito y se encuentra abundante literatura, pero es complejo encontrar trabajos que mezclen estos dos escenarios, más complejo aún respecto de un común interés: el concepto de familia.

En este orden de ideas, encontrar un trabajo que aborde políticas públicas en materia de familia (resaltando la transformación -vía jurisprudencia- del concepto) es una tarea ardua, mucho más si se ahonda en el escenario nacional, donde un estudio de estas características - hasta ahora- no se ha podido evidenciar. De ahí el interés por trabajar en este documento: aportar luces en un escenario hasta ahora poco, o nada, iluminado en el campo nacional

En la actualidad existe un desarrollo notable, tanto a nivel nacional como internacional, en los temas que componen el núcleo de esta investigación (familia, políticas públicas y activismo judicial). Antes de pasar a enunciar las teorías que soportarán el desarrollo de este trabajo, es necesario detenerse un momento a analizar los documentos más relevantes.

En el ámbito internacional se encuentran trabajos que permiten establecer una clara relación entre los fallos judiciales y las políticas públicas. Un primer ejemplo es el texto de John B. Orth “*The Role of the Judiciary in Making Public Policy*” (el documento puede ser consultado en el *North Carolina Periodical Index* <https://digital.lib.ecu.edu/ncpi/view/388>).

El texto trata sobre el escenario de la creación de políticas públicas en el poder judicial norteamericano, el documento soporta una de las ideas centrales de esta investigación: un poder judicial activo puede ser considerado una parte importante en la creación, implementación y evaluación de las Políticas Públicas.

Igualmente es destacable la contribución de la profesora Rosalie Silberman Abella en su texto: “*Public Policy and the Judicial Role*” (McGill Law Journal 1989, <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5984150-Abella.pdf>). Este documento resalta cómo a partir de la selección de interpretaciones y precedentes los jueces crean políticas públicas, mostrando así que el juez es un actor determinante en el escenario de éstas. El documento aporta a este trabajo una consideración relevante: la función judicial, en tanto ejercicio interpretativo, dota de sentido las disposiciones normativas y de esta manera el juez tiene la suficiente entidad para dotar de sentido las Políticas Públicas.

Vale la pena mencionar también el escrito “*La Justicia Constitucional y las Políticas Públicas: Una Aproximación*”, Del profesor Pavel G. Corilloclla. El documento hace parte del material del Instituto de Políticas Públicas IDP de la Universidad Diego Portales de Chile, el documento se puede consultar en el siguiente link: <http://www.expansiva.cl/media/publicaciones/indagacion/documentos/20090707121202.pdf>. La investigación trata sobre el *topoi* de este proyecto: cómo los jueces ayudan en la creación de Políticas Públicas debido a la necesidad de desarrollo de los postulados que se encuentran en la Constitución Política y que obligan al Estado a cumplir con unos fines (a través de las Políticas), de esta manera, inevitablemente los jueces, al ser defensores del espíritu constitucional, son también actores de las Políticas Públicas. El documento analiza el caso chileno.

También es necesario hacer referencia a la tesis de grado: “*Familia y Escuela en la política pública ¿una nueva relación? Análisis de la relación de la familia y la Escuela en la implementación de la Ley de Subvención Escolar Preferencial*” presentada por Viviana Soto Aranda (Universidad de Chile, 2011). En dicho trabajo se presenta una aproximación al

manejo de las Políticas Públicas en Chile a partir del escenario educativo público en el que la familia (su concepto, conformación y finalidad) es incrustada en el desarrollo de una Política Pública determinada. De esta manera es un claro ejemplo de la creación de una Política Pública que gira en torno a la familia y la educación. El documento puede ser consultado en este vínculo: (<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113321/cs39-sotov999.pdf;sequence=1>)

Respecto de la implementación de políticas públicas en determinados escenarios que condicionan la formación de conceptos, como por ejemplo el de familia, se presenta el artículo: “*Family Policies in Taiwan. Development, Implementation and Assesstement*”, de Shann Hwa Hwang, en: Robila, Mihaela (Ed.) *Handbook of Family Policies Across the Globe*, Springer, 2014. Puntualmente se trata sobre la creación y enfoque de políticas públicas en Taiwán a partir de escenarios de pobreza y diversidad en el que la familia cobra un rol esencial. El concepto, fanalidad y conformación de la familia debe ser resultado de un análisis contextual que incorpore diferentes aspectos (económicos, sociológicos y políticos).

En el ámbito nacional también se encuentra literatura relevante que permite una mejor comprensión del estado del arte.

Sin duda el artículo “*El juez constitucional: un actor de las políticas públicas*” del profesor Juan Carlos Henao es un referente indispensable a la hora de concebir a los jueces como actores de las políticas públicas. Puntualmente en el texto se trata el escenario en el que la Corte Constitucional ha venido tomando protagonismo en la formulación de políticas públicas pero con una recomendación hacia la medida en este proceso.

Respecto de los desafíos de la implementación de Políticas Públicas y la necesidad de acudir a instancias judiciales para ello, cabe también mencionar el artículo: “*El poder judicial como creador de políticas públicas: el caso de la gratuidad en la Educación Básica y Media en Colombia*” del profesor Juan Diego Barajas López (<https://repository.eafit.edu.co/handle/10784/8192#.Wi7FpoaWYdU>). En esta obra se trata del dilema al que se ve sometido el poder Ejecutivo a la hora de acudir a los jueces para la formulación de políticas públicas, en tanto tradicionalmente se ha considerado que los jueces no son actores de las Políticas Públicas.

Existen también trabajos destacables que han pretendido abordar la evolución del concepto de familia en Colombia, para la muestra se tiene: “*El concepto de familia en el siglo XXI*”, ponencia presentada por Néstor Santiago Arévalo Barrero en el Foro Nacional de Familia del 2014. El texto muestra uno de los temas más importantes en este debate: el concepto de familia y su versión actual como resultado de una evolución que comporta elementos ideológicos, económicos y políticos. La conferencia puede consultarse en el siguiente link: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/6.%20Min%20Justicia-%20El%20Concepto%20de%20Familia%20en%20el%20Siglo%20XXI.pdf>.

En este mismo apartado, y sobre el análisis cultural que permite establecer las diversas causas y relaciones que dan origen al concepto de familia, se puede consultar la tesis de grado “*Relaciones que dan origen a la familia*”, de Hesley Andrea Parra Bolívar (2005), Universidad de Antioquia, el documento se puede consultar en el repositorio virtual de la Universidad de Antioquia: <http://tesis.udea.edu.co/bitstream/10495/348/1/RelacionesOrigenFamilia.pdf>

Finalmente, respecto de las políticas públicas que apuntan a una equidad de género y al reconocimiento de una diversidad sexual y cultural como elemento para una reformulación del concepto de familia, se puede consultar la tesis doctoral: “*La Política de Género en el Estado Colombiano: Un camino de conquistas sociales*” de Margarita María Peláez Mejía, Tesis Doctoral en Salud Pública (2001), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá (el documento se puede consultar en: <http://www.bdigital.unal.edu.co/47458/1/lapol%C3%ADticadeg%C3%A9neroenelestadocolombiano.pdf>)

1.5 Estructura de la tesis

La primera parte de la tesis muestra cómo desde el enfoque Neoinstitucional de las políticas públicas se puede abordar el tema de los jueces como actores de estas, esto debido a la dinámica del enfoque que se concentra en la negociación y en la racionalidad de los intervinientes para lograr acuerdos sobre temas complejos.

Posteriormente se encarrila a unos de los puntos neurálgicos: el papel de la Corte Constitucional como actor en las políticas públicas, esto a partir de una reflexión desde la filosofía del Derecho que aborda temas como el activismo judicial, la indeterminación del lenguaje jurídico y su carácter realizativo, el regreso de los principios, el derecho como ejercicio narrativo y de comunicación y la subordinación del Derecho a la Política.

Hechas las consideraciones anteriores se procederá a realizar que presente a la Corte Constitucional como actor en políticas públicas respecto del concepto de familia a través del análisis jurisprudencial de sus fallos más relevantes. Por último, se presentan las reflexiones finales sobre el tema y las referencias utilizadas.

2. MARCO TEÓRICO Y NORMATIVO

2.1 El Enfoque Neoinstitucional en el análisis de las Políticas Públicas

El Enfoque Neoinstitucional de las políticas públicas (en adelante ENPP) tiene su origen en la idea según la cual las instituciones de cualquier comunidad son un conjunto de reglas encaminadas a la definición de la acción humana en su actividad política. Lo anterior basado en la asunción de que toda actividad política es el resultado de valores, principios, creencias y costumbres que se van construyendo a lo largo del tiempo. De esta manera el ENPP puede entenderse con lo que Max Weber denominó “*proceso de racionalización*” y que explica cómo una determinada comunidad construye sus más arraigadas e íntimas creencias y prácticas a partir de un proceso largo y constante en el que una clase dominante difumina entre las clases dominadas, no sólo su ideología, sino también su estética, lenguaje, tradiciones y cosmovisión; de esta manera las clases dominadas terminan aceptando como algo natural los comportamientos que se tildarán de correctos normales; pero que al final resultan ser sólo la aceptación de las actuaciones de la clase dominante. Bajo la anterior idea se puede decir también que a partir de dicho proceso se construye, por ejemplo, el concepto de legitimidad (que afecta no sólo a las normas sino también a las políticas públicas), al respecto Habermas, hablando de Weber, dice:

Max Weber entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la “dominación legal”. Basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas por la fe en la legalidad. (2005, p. 535)

Este proceso de racionalización, propio de occidente, moldea entonces las imágenes, valores y prácticas que se consideran normales o aceptadas dentro de la comunidad, elementos que al final conformarán las reglas que sustentan las instituciones políticas, eje central del ENPP. Si bien es cierto el final del proceso implica una pauta legal, ello no es ajeno a la idea de Política Pública en tanto es ésta un motor de aquella. El proceso de racionalización de Weber puede ser considerado entonces un proceso histórico y de carácter universal que explica las relaciones de poder de las instituciones políticas a partir de la formación de valores. Weber profundiza en la religión, pues en ella se encuentran los fundamentos de las prácticas más comunes (sociedad patriarcal, obediencia a una autoridad, concepto de bien y de mal, etc.) para al final sostener que la base del modelo capitalista está en la ideología protestante y sus tradiciones. Desde el punto de vista sociológico, Weber: *“brinda una teoría macro-sociológica multidimensional para el análisis histórico de configuraciones sociales básicas y sus variantes, en una perspectiva evolutiva y comparativa.”* (Schluchter, citado en Aronson y Weisz, 2005, p. 31)

Las instituciones políticas son el resultado entonces de dicho proceso de racionalización en tanto permiten organizar la cotidianidad del individuo y la comunidad a través del establecimiento de reglas que dividen, jerarquizan, instruyen y permiten juzgar el ejercicio del poder y las relaciones del hombre con él. Todo lo anterior a partir de un moldeamiento de la conducta colectiva.

Consiste en la organización de la vida, mediante la división y coordinación de las diversas actividades, sobre la base de un estudio preciso de las relaciones entre los hombres, con sus instrumentos y su medio ambiente, en vista de una mayor eficacia y rendimiento (...). Weber caracteriza esta

racionalización como una sublimación, es decir, como un refinamiento ingenioso de la conducta de la vida y un dominio creciente del mundo exterior. (Freund, 1973, p. 21-22)

La racionalización como fundamento de las instituciones políticas facilita entonces el ejercicio del poder y el sostenimiento del individuo a las reglas a partir de la idea de dominación. Si bien es cierto el concepto de poder es amorfo, Weber lo plantea en estos términos: *“la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad”* (2002, p. 43) De esta manera las instituciones políticas terminan adquiriendo su carácter totalizador, hegemónico y por ende incontrovertible para el individuo construyendo la idea de corrección que se basa en el poder o capacidad de no equivocarse pues es un reflejo de lo tradicional, de “lo bueno y correcto”. Sucede así, para nuestro caso, con el concepto de “familia”. Puede decirse entonces que la familia también se desarrolla dentro del proceso de racionalización.

Las instituciones políticas pueden ser consideradas también, en un sentido amplio, como entidades operativas, ya no solamente ideológicas como se apreció en los párrafos anteriores. De esta manera coordinan y establecen acciones para la concreción de los valores públicos entre los individuos y la comunidad.

Las instituciones, en un sentido amplio, son las reglas, normas, costumbres de operación del sistema; son al mismo tiempo las redes que sirven para enlazar y encauzar institucionalmente las relaciones de intercambio económico, social y político entre los subsistemas o distintos componentes del sistema (Rivas, 2003, p. 39).

Así las cosas, el origen del ENPP está cimentado en una reformulación del enfoque Institucionalista de las políticas públicas y que se caracterizaba por la postura según la cual las instituciones estatales derivaban su autoridad de la voluntad general o popular (*cf.* Peters, 2003, p. 20). Esta teoría fue dominante durante la primera mitad del siglo XX y se evidenció en regímenes restrictivos de las libertades de los individuos en beneficio de la defensa del Estado y la legalidad del mismo -construida bajo el ideal de la voluntad y soberanía popular-. De esta manera el institucionalismo se centraba en mecanismos y políticas que privilegiaran el papel del legislador y el sometimiento del sentimiento individual al colectivo (instituciones) en búsqueda de un bienestar igualmente general.

Pero con la evolución que significó la llegada del racionalismo y el modelo conductista en las décadas de los 50 y 60 (de origen psicológico pero con amplias repercusiones en todas las ciencias sociales), el enfoque institucional perdió fuerza y dio un giro hacia este nuevo escenario. En otras palabras, de un enfoque centrado en la legitimidad política a través de la ficción voluntarista de las instituciones, se pasó a uno con más énfasis en el comportamiento del individuo, lo que implicó un modelo de institución más científico y pragmático, por ende más evidenciable. La consecuencia de este interés por la conducta del individuo generó una postura eminentemente individualista, donde cada sujeto tenía –racionalmente- la opción de elegir qué acción realizar para alcanzar un fin determinado. Dichas elecciones contendrían una cantidad de variables que el individuo calcula (económicas principalmente), por lo que el poder de las instituciones se verá limitado. De acuerdo con lo anterior, el cálculo racional y la estabilidad del contexto que realiza el individuo antes de elegir le dan la posibilidad de

contar con información completa para definir invariablemente sus preferencias y las consecuencias de cada alternativa que pueda tomar (*cf.* March y Olsen, 1997, p. 59).

Sin embargo, las críticas al conductismo y al modelo racionalista hicieron que se regresara al modelo institucionalista. Bajo este nuevo enfoque (neo-institucionalista) se cuestiona la pretensión de racionalidad intrínseca de la Ciencia Política y las Políticas Públicas que sostenían el racionalismo y el conductismo; esto debido a que no era posible asumir de una manera simplista e ingenua que todo fenómeno político se reducía al cálculo y negociación de elecciones por parte del individuo o la comunidad. Así, el nuevo institucionalismo, en busca de sus orígenes, sostiene que el análisis de las políticas públicas debe enfocarse en las instituciones, que ya no son sólo un sistema de normas o reglas, sino también un conjunto de tradiciones, narrativas, valores y principios construidos a través del tiempo (proceso de racionalización) que determinan la forma de conducta y de relaciones de los individuos. Pretender entonces, un enfoque meramente individualista es un error pues se crea una ficción según la cual la conducta del individuo puede darse independientemente de reglas, valores y tradiciones contenidos en las instituciones. Las decisiones no siempre son individuales o egoístas, en muchos casos están mediadas por la conciencia de la pertenencia a una comunidad y la necesidad de alcanzar ciertos objetivos deseables por ésta, lo que implica muchas veces sacrificar el interés individual por el general de forma consciente. Desde la perspectiva neoinstitucional se tiene entonces que las instituciones no tienen naturaleza propia, ya que se conforman a partir de las preferencias particulares y racionales. (*cf.* March y Olsen, 1997, p. 197)

Así las cosas, el ENPP enlaza las conductas y elecciones racionales de los individuos con unos valores y principios deseables por la comunidad. Esto explica porque las legislaciones

son en últimas herramientas para la consecución de unos fines políticos consagrados en la Constitución. Los individuos poseen derechos inalienables (teoría del Derecho natural) los cuales no pueden ser alterados por disposiciones de carácter positivo; por ende las instituciones son las encargadas de que exista la armonía necesaria entre los principios inalienables y las legislaciones positivas. Este escenario conlleva, necesariamente, a que los individuos participen en la formulación de políticas involucrándose en el debate y la toma de decisiones, pues en últimas están en juego sus valores y creencias para el desarrollo de un bien común.

Las instituciones originan valores compartidos de unidad social y confianza en el sistema político, permitiendo que los procesos de cultura política se fortalezcan desde la capacidad e interés de los agentes de participar en los procesos de toma de decisiones públicas y de asignación presupuestal. (March y Olsen, 1997, p. 198)

Cabe anotar que hasta ahora el enfoque neoinstitucionalista se presenta como un modelo integrador, en tanto si bien plantea regresar el modelo institucionalista, no abandona postulados claves del racionalismo y el conductismo. Ante las preguntas fundamentales acerca de cómo se toman las decisiones políticas y cuál es la influencia de las instituciones en dichas decisiones el ENPP asume una posición empírica, propia del racionalismo, que implica el reconocimiento de la inestabilidad política, los variopintos sistemas morales y de tradiciones, los contextos geográficos y económicos, entre otros, para así poder entender el fenómeno de toma de decisiones como algo variable; según Peters (*cf.* 2003, p. 218) el ENPP posee tres aspectos esenciales: i) Toda conducta de los actores está determinada por un marco institucional: reglas de juego, costumbres (valores y tradiciones) y organizaciones; ii) las

instituciones determinan y condicionan la actividad política, pero además tienen una identidad, poder y estrategia que permite adecuar el comportamiento del individuo a ciertos resultados deseables; y iii) las instituciones están determinadas por la historia que sirve a su vez como lineamiento para la creación de un futuro común y deseable.

El ENPP es útil también en la medida que presenta a las Políticas Públicas como estructuras integradoras con el mundo jurídico en tanto toda regla que pretenda determinar el accionar político y económico del individuo y su efecto en la comunidad es el resultado de un proceso histórico que se hereda y concreta en normatividades puntuales (Derecho). Estos “*nuevos institucionalismos*” (cf. Powell y Dimaggio 1999, p. 20), son una especie de acuerdos o arreglos institucionales necesarios para la conformación y aceptación (de ahí la legitimidad de las instituciones) de las reglas de juego que determinan la vida económica y política de la sociedad y que actúan, bien sea como reglas informales socialmente transmitidas por herencia cultural o como normas jerárquicamente ordenadas por el Derecho.

Como conclusión de lo expuesto anteriormente se tiene que bajo el ENPP todas las instituciones se articulan bajo un marco histórico que reúne aspectos propios de las tradiciones, valores, imaginarios, narrativas y deseos de un pueblo que evoluciona constantemente. De esta manera las instituciones construyen la legitimidad para poder determinar aquello que es “acertado” o “correcto” para la comunidad, y por ende, toda actuación individual está limitada a la consecución de un bien común. La reproducción de hábitos de pensamiento, estéticas, lenguajes y conductas por parte de las instituciones terminan influenciando al individuo que adecuará su conducta a lo transmitido por aquellas (instituciones políticas como entidades de aprendizaje). Una institución entonces no puede concebirse únicamente como una estructura formal, sino como un conjunto de reglas, normas,

valores, tradiciones y rutinas interconectadas que determinan las acciones adecuadas a asumir por el individuo en un determinado rol en una situación específica (*cf.* Peters, 2003, p. 50)

El nuevo institucionalismo en la ciencia política considera a las instituciones como conjuntos de normas y tradiciones que tienen su origen en las rutinas organizacionales. Los actores organizacionales las obedecen porque representan mecanismos eficaces para simplificar la realidad y facilitar procesos de toma de decisiones que lleven a resultados satisfactorios. (March y Olsen, 1997, p. 35).

Debe anotarse además, que el ENPP está marcado por una dinámica, en ocasiones abrupta, en virtud de la variabilidad de los contextos sociales, ideológicos y económicos. Las instituciones (formales o informales) al ser diseñadas por los hombres pueden sufrir alteraciones ante elementos sobrevinientes: cambios políticos, debacles económicas o por el avance de nuevas ideologías, pero nunca renunciando a los conceptos de “adecuado” o “correcto” como elementos legitimadores de la decisión institucional:

El análisis neoinstitucional ofrece argumentos para entender (...) el cambio institucional como un proceso permanente en donde las instituciones formales -normas que idean los humanos- pueden sufrir modificaciones abruptas como consecuencia de decisiones políticas, mientras que las instituciones informales - “códigos de conducta”- siguen una senda evolutiva debido a la resistencia al cambio que las caracteriza. (Eslava, 2008, p. 3)

Es muy importante resaltar que en el ENPP (al menos en una de sus variantes) se les da un peso determinante a los actores. Como se dijo anteriormente, las instituciones son el resultado

de procesos humanos que tienen un carácter participativo, deliberante y unificador cuya finalidad es construir usos, costumbres, sanciones e incentivos que determinan acciones, capacidades y perspectivas de los actores en concordancia con el bien común; por lo que el papel de los actores es determinante en tanto son éstos los que actúan e interactúan con el sistema político.

Si bien es cierto las normas y reglas son determinantes para el desarrollo de acciones a través de las instituciones, éstas se crean, modifican, reinterpretan o extinguen por agentes humanos presentes en organizaciones (ramas del poder público por ejemplo): “*De esta forma, el análisis de las instituciones integra el estudio de variables culturales en la aprehensión de las condiciones de formación y funcionamiento de las organizaciones.*” (Roth, 2002, p. 41). Como consecuencia de esto, todo actor está constituido institucionalmente en tanto sus capacidades para actuar en el proceso están cimentadas sobre la base del conjunto de reglas y normas preexistentes, en otras palabras, no puede existir un actor por fuera de la institución.

El análisis de las instituciones y los procesos que las forman no pueden desconectarse de la naturaleza de los actores o mediadores que participan en ellas, es necesario tener en cuenta las relaciones, comportamientos y tensiones que se generan conforme avanza o retrocede en el proceso, esto a través de un constante cuestionamiento sobre el objetivo del proceso de toma de decisiones. (cf. Muller, 2002, p. 137).

Para finalizar, se habla entonces de un Enfoque Neoinstitucional basado en actores, que entiende que las Políticas Públicas son dinámicas por lo que se necesita encontrar su sentido político de forma constante pues frecuentemente éstas se transforman y evolucionan –o involucionan-. Por lo anterior los actores deben adecuarse a esta realidad cambiante

potenciando su capacidad de crítica y reformulación, y apuntando siempre a la consecución de resultados. A medida que la sociedad avanza se presentan cambios no previstos que requieren de una capacidad adaptativa fuerte por parte de los actores para corregir el rumbo o reformularlo. Por lo anterior se habla de la necesidad de una interacción estratégica que reconozca la necesidad de que los actores se relacionen entre sí para poder realizar procesos de negociación en busca de acuerdos bajo un escenario impredecible y cambiante. (cf. Klijn, 1998, p. 36), sobre esto Roth dice: “*es necesario considerar las políticas públicas como una serie de experimentaciones sociales cuyos efectos nunca son completamente asegurados, garantizados, ordenados, o previsibles*” (2002, p. 71).

Una vez expuestos los postulados centrales del ENPP, es necesario adecuarlo al objeto de investigación del presente trabajo: el concepto de familia en el ordenamiento jurídico colombiano y las políticas públicas que se han generado en torno a él.

En primer lugar debe indicarse que el ENPP en tanto una fórmula intermedia entre el conductismo/racionalismo y el enfoque institucionalista busca la fundamentación de políticas públicas a partir de los ideales, valores y colectivos sociales antes que de los intereses individuales calculados. En este orden de ideas, puede entenderse porque el concepto de familia que se ha construido a través de la narrativa jurisprudencial de la Corte Constitucional recoge esta visión del enfoque ENPP.

Así, se tiene como primera muestra de esta situación, lo expresado por la Corte en la sentencia T-292 de 2016 (M.P. Gabriel Mendoza Martelo):

La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad, supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991. El constituyente reguló la institución familiar como derecho y núcleo esencial de la sociedad en el artículo 42 Superior. De acuerdo con esta disposición, 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”. En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral. (Acápito 4)

La referencia a la familia como una “institución sociológica” parece mostrar la adecuación de la postura del Tribunal a la estructura del ENPP. En la misma sentencia se establece:

Entre otras formas de composición familiar que se vislumbran en la sociedad actual se denotan las originadas en cabeza de una pareja, surgida como fruto del matrimonio o de una unión marital de hecho, cuya diferencia radica en la formalización exigida por el matrimonio, ambas tienen iguales derechos y obligaciones, y pueden o no estar conformadas por descendientes. También existen las familias derivadas de la adopción, nacidas en un vínculo jurídico que permite “prohijar como hijo legítimo a quien no lo es por lazos de la

sangre” ; las familias de crianza, que surgen cuando “un menor ha sido separado de su familia biológica y cuidado por una familia distinta durante un período de tiempo lo suficientemente largo como para que se hayan desarrollado vínculos afectivos entre [este] y los integrantes de dicha familia” ; las familias monoparentales, conformadas por un solo progenitor y sus hijos y las familias ensamblada. (Acápito 4)

[...] Resulta contrario a los fines estatales brindar un trato discriminatorio a las familias en razón a su forma de composición cuando, precisamente, por medio de su conformación, se busque cumplir el deber de protección y asistencia a los menores de edad. De esta manera, la protección y el respeto debido sobre la familia por parte del Estado se fundamenta en que “su desconocimiento significa, de modo simultáneo, amenazar seriamente los derechos constitucionales fundamentales de la niñez”, a pesar del interés superior del que son titulares los niños, niñas y adolescentes. (Acápito 4)

La Corte Constitucional entonces, vía jurisprudencia, se apersona del tema espinoso del concepto de familia y sus implicaciones con una reflexión que se nutre de los ideales y aspiraciones de una sociedad pluriétnica y multicultural. Apalancada en la noción sociológica de familia la Corte define una institución de una manera general, modula (ya sea prolongando o posponiendo) el efecto de sus decisiones para que las instituciones pertinentes puedan adoptar los correctivos necesarios (por ejemplo, cuando se le conmina al Legislativo a regular ciertos temas), establece unos criterios mínimos de beneficios o de condiciones para que las políticas encaminadas hacia ciertos sectores puedan desarrollarse, y finalmente sirve como un canal de comunicación hacia sectores excluidos. La Corte Constitucional se convierte

entonces en un actor fundamental, que desde el ENPP, colabora con la concreción y articulación de las políticas públicas en Colombia:

[...] en Colombia el interés jurídico por las dos dimensiones de las políticas públicas –es decir, por su estudio y su diseño– ha crecido en gran medida, debido a que la Corte Constitucional comenzó a usar con frecuencia este concepto en sus sentencias y a llenar de contenido una expresión que, en esencia, no pertenece a ninguna categoría jurídica particular, lo cual no ha sido impedimento para que la Corte se involucre, de diversas maneras, en el proceso de políticas públicas. (Cano, 2014, p. 437)

El análisis de una política pública desde el enfoque neoinstitucional supone la presencia de conflictos que harán necesaria la cooperación entre los actores involucrados; para entender mejor esta dinámica, el ENPP plantea la necesidad de establecer tres momentos en el proceso: i) identificar el problema sobre el cual se va a construir y desarrollar la política pública, es decir el antes; ii) determinar cómo interactúan los actores y las características de esta interacción, es decir el durante; y iii) un análisis retrospectivo y crítico de la política implementada que revise las debilidades y fortalezas de la misma, es decir el después.

En este aspecto la Corte ha sido clara al establecer estos momentos. En primer lugar, en su jurisprudencia siempre es reiterada la explicitación de lo que se denomina “problema jurídico” (en este caso también de naturaleza política). Para la investigación que nos ocupa el problema, *grosso modo*, está determinado por el alcance del concepto de familia bajo la Constitución de 1991 y su capacidad de ser incluyente.

Con el propósito de resolver el problema jurídico planteado, se procederá a estudiar, principalmente, los siguientes temas: (i) procedencia de la acción de tutela; (ii) la protección de la familia y el alcance del interés superior de los niños, niñas y adolescentes como principio orientador ante la presunta vulneración de un derecho fundamental; (iii) precisiones sobre el derecho a la igualdad entre los hijos, indistintamente de su forma de vinculación familiar; (iv) proscripción de la vulneración del derecho a la igualdad de las familias ensambladas y de los hijos aportados para, estudiar finalmente, (v) los casos concretos. (Sentencia T-292 de 2016, M.P. Gabriel Mendoza Martelo, acápite 2)

En segundo lugar, la jurisprudencia de la Corte ha determinado cómo se ha planteado la lucha en materia de temas relacionados con el concepto de familia y sus afines (matrimonio igualitario, adopción igualitaria, en general, aquellos relacionados con los derechos de comunidades excluidas como la LGBTI):

Una de las funciones que se ha dado tradicionalmente en Colombia a la institución matrimonial, como se dijo, es la de excluir ciertas construcciones familiares a lo largo de la historia. Las tensiones entre el matrimonio civil y el matrimonio religioso, por ejemplo, fueron centrales a lo largo del siglo XIX y buena parte del siglo XX. De hecho, el régimen matrimonial fue una de las razones que motivaron las guerras civiles que padeció el país en el pasado. En la sentencia C-456 de 1993, la Corte recordaba que “[una] vez promulgada la Carta Política de 1886, el Consejo Nacional de Delegatarios expidió las leyes 57 y 153 de 1887, las cuales regularon el régimen matrimonial. Dicha

regulación se hizo en consonancia con la doctrina católica que considera el matrimonio como uno de los sacramentos, cuyo vínculo es indisoluble. Como corolario de lo anterior, el rito católico tenía plenos efectos civiles.” Esta decisión política, impuesta por el gobierno de la Regeneración Conservadora, años antes de que Colombia entrara en la cruenta guerra de los mil días, resolvía lo que para muchos había sido una grave injusticia, a saber, el desconocimiento del matrimonio religioso. En efecto, antes de que la Ley 57 de 1887 adoptara el Código Civil como legislación nacional, dicho Código era ley en aquellos estados que hacían parte de los Estados Unidos de Colombia y, autónomamente así lo habían decidido. La Ley 57 habría pues, corregido la injusticia de haber desconocido los matrimonios religiosos, en su proyección civil y política. No obstante, la época de la regeneración trajo consigo nuevas exclusiones, pero esta vez para el matrimonio civil. Así, por ejemplo, en 1888 se decidió mediante la Ley 30 de ese año, que consagró la nulidad ipso iure del matrimonio civil, cuando alguno de los cónyuges contrajera matrimonio por el rito católico. Tal recuento, también ha sido hecho por la jurisprudencia constitucional. Así, fue con la Constitución de 1991 que se abrió una página de tolerancia y respeto por las diferencias en este tema, permitiendo que coexistan diversos tipos y clases de matrimonios. La labor que ha de asumir el legislador colombiano, por tanto, es remover las últimas exclusiones que se mantienen en el ámbito de la regulación de las familias constituidas mediante contratos de carácter marital, formal y solemne. (Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Mendoza Martelo, acápite 2.3)

Finalmente, la Corte constantemente asume una actitud evaluadora sobre la implementación de políticas públicas y sus efectos en la comunidad:

El reconocimiento constitucional del matrimonio para los heterosexuales y su consiguiente protección expresamente contemplada en la Carta no implican, necesariamente, la prohibición de prever una institución que favorezca la constitución de la familia integrada por la pareja homosexual de conformidad con un vínculo jurídicamente regulado. En efecto, la expresa alusión al matrimonio heterosexual y la ausencia de cualquier mención al vínculo jurídico que formalice la unión entre personas del mismo sexo no comportan una orden que, de manera perentoria, excluya la posibilidad de instaurar un medio por cuya virtud la familia conformada por homosexuales pueda surgir de un vínculo jurídico, pues el contenido del artículo 42 superior no está en contradicción con los derechos de las parejas homosexuales y por lo tanto, tampoco impide que se prevea una figura o institución jurídica contractual que solemnice la relación surgida de la expresión libre de la voluntad de conformar una familia con mayores compromisos que la originada en la simple unión de hecho. Ciertamente el matrimonio entre los miembros de parejas heterosexuales está expresamente permitido en la Carta vigente, pero no hay razón para entender que esa permisión implícitamente contenga la exclusión de toda posibilidad de hacer viable el ejercicio de los derechos de las personas homosexuales en el ámbito familiar y, en concreto, de los que han llevado a concluir que es menester superar un déficit de protección

mediante la inclusión de una institución que torne factible la posibilidad de optar entre la unión de hecho y la formalización de su relación a partir de una vinculación jurídica específica.

[...] 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 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. (Sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Mendoza Martelo)

2.2 El papel de los actores en la formulación de las políticas públicas

Bajo el Enfoque Neoinstitucional de Políticas Públicas (ENPP) el papel de los actores es fundamental pues es a través de la interacción (conflicto-negociación) entre éstos que las políticas públicas pueden ser analizadas y evaluadas. El intercambio entre actores sociales y políticos es determinante para crear redes que permitan la transmisión de conocimientos,

experiencias y expectativas, dichas redes se caracterizan por: i) necesidad de alcanzar metas u objetivos por lo que la interdependencia es fundamental; ii) cada actor tiene una ideología y una preferencia que pueden cambiar durante el proceso; y iii) el proceso de interacción social puede generar acuerdos que se erigen como reglas del juego. (cf. Klijn, 1998, p. 33)

De esta manera las Políticas Públicas se conciben como estructuras dinámicas en las que se ven enfrentados diferentes grupos con discursos y narrativas propias que se confrontan con el objetivo de lograr una finalidad particular. Los actores que intervienen en este proceso buscan sacar adelante sus intereses a través de estrategias (jurídicas y políticas) en complejas redes de negociación, lo anterior tiene una consecuencia directa en la formulación y en la ejecución de la política pública. En otras palabras, el contenido de una política pública está determinado por los intereses y valores de los actores que intervienen en el proceso de creación.

Las redes de actores pueden presentarse en dos formas: la primera con la presencia de gremios o grupos de presión fuertes que generan una verdadera red de cooperación con un Estado igualmente fuerte y sólido. En este escenario se crean grupos con mecanismos de participación cerrados, sólidos y estables. Pero cuando se está ante la presencia de un Estado débil o frágil frente a gremios fuertes o viceversa, la negociación virará hacia un panorama deficitario en tanto la inexistencia de valores e intereses compartidos sólo beneficiará a una de las partes excluyendo a los grupos que no representen los valores o intereses de minorías por ejemplo. (cf. Roth, 2002, p. 35)

Resulta vital entonces abordar el tema de los actores en el estudio de las políticas públicas, ya que por lo general son éstos los que contribuyen en la definición del problema público a

abordar, influyen la negociación y agilizan el proceso de búsqueda de soluciones, al respecto Zurbriggen dice:

El nuevo institucionalismo, en cualquiera de sus variantes, está preocupado fundamentalmente de argumentar que el marco institucional es un contrapeso importante frente a la dinámica de cambio que implicaría la libre actuación de individuos racionales. Sin embargo, cada uno de los diferentes aportes tiene implícitos presupuestos diferentes acerca de la capacidad de reflexión e intencionalidad del actor y, por lo tanto, de la influencia de las instituciones en el resultado político. (2006, p. 67)

Es menester indicar que pese a las distintas versiones que existen en los enfoques institucionalistas y neoinstitucionalistas, el esquema común parece ser que el agente o individuo busca satisfacer sus necesidades y deseos, por lo que la institución aparece como una restricción o una estructura reglada que en ocasiones no está en sintonía con lo que el actor desea. De esta manera el comportamiento del agente o actor puede cambiar dependiendo de la institución a la que se enfrente o del juego que otros actores plantean. (*cf.* Tsebelis, 1990, p, 92) De lo anterior, los cambios en las estrategias de los actores serán inevitablemente recogidos en las políticas.

Por lo tanto, las instituciones son el resultado del juego consciente de los actores y son endógenas, producto de las preferencias de éstos. De ahí que se defina a las instituciones como las reglas formales de un recurrente juego político o social. (Zurbriggen, 2006, p. 69)

De esta manera las instituciones son redefinidas como estructuras estratégicas dentro de las cuales los actores diseñan medios para lograr sus fines, es así como las instituciones cumplen un papel condicionante de los agentes y sus relaciones por medio de la regulación sobre qué conductas están permitidas y cuáles no. De ahí que tanto las corrientes institucionalistas, como las neoinstitucionalistas (independientemente de sus variantes) reflexionan sobre la capacidad de elección racional del sujeto a partir de ciertos valores y principios adecuados a fines: *“La importancia otorgada al individuo como sujeto político conduce inexorablemente a discernir sobre los principios que guían su comportamiento.”* (Zurbriggen, 2006, p. 69)

Como punto de partida para analizar la importancia de los actores en los enfoques institucionalistas (tradicional o neo) es necesario hablar del individualismo metodológico. Esta teoría concibe a las instituciones como creaciones humanas, por lo tanto sus resultados y contenidos políticos inevitablemente remiten a las calidades de los actores que las crearon. La institución, de acuerdo con lo anterior, surge con una función clara: la de regular o estandarizar los comportamientos a través de la reducción de contingencia o de incertidumbres, tratando de planificar todo aquello que involucra el complejo proceso de negociación entre los actores.

La función de la institución es regular, estabilizar y reducir la incertidumbre, que, además, es introducida –en lógico provecho propio– por aquellos agentes que tienen poder. Por el contrario, en los enfoques culturalistas las instituciones existen independientemente del comportamiento de los individuos que las habitan. (Zurbriggen, 2006, p. 69)

Los actores además son sujetos que se incrustan dentro de un marco comunitario que supone compartir expectativas, valores y deseos, tal como se puede observar en la explicación del proceso de racionalización que ilustra Max Weber y que se expuso anteriormente. Las instituciones no son sólo reglas y procedimientos formales, por ello la importancia del actor como sujeto dotado de conciencia y emociones: los mitos, costumbres, símbolos y valores son determinantes para poder entender el proceso de negociación entre las partes:

Los individuos son socializados en una cierta perspectiva del mundo, aprenden las convenciones sociales y con ellas construyen una forma aceptada de hacer las cosas; esto uniforma el comportamiento y facilita la interacción social. Así, las reglas y las tradiciones institucionales son resultado de un proceso de “construcción de la realidad”, es decir, son un fenómeno cultural y constituyen el marco de referencia a partir del cual los individuos se explican el mundo que los rodea, convirtiéndose en una parte objetiva de la realidad. (Zurbriggen, 2006, p. 71)

Es común que en este escenario suela hablarse de una falacia del falso dilema (reducir las opciones de un debate a sólo dos opciones, por lo general abiertamente opuestas y radicales). Esta falacia ocurre cuando se plantea la disyuntiva (falsa) de si todas las ciencias sociales fundamentan su explicación, o bien en los actos autónomos de los individuos, o bien en el contexto o estructuras sociales y políticas de las que los actores son meros portadores, tal como lo plantea Zurbriggen:

Este falso dilema ya planteado en la sociología por Giddens (1995) cobra relevancia cada vez que se realiza la pregunta de si los resultados políticos

son consecuencia de las acciones intencionadas de los actores directamente implicados, o bien, de la estructura relacional en que están insertos. (2006, p. 72)

Para superar este falso dilema surge la denominada teoría del Institucionalismo Centrado en Actores (ICA)¹. Esta teoría resulta conciliadora pues reconoce que tanto el actor como la institución son elementos necesarios para un adecuado proceso de desarrollo, esta teoría:

[...] destaca la incidencia que tienen las instituciones, por un lado, sobre las percepciones, las preferencias y las capacidades de actores individuales o colectivos y, por otro, sobre las formas en que estos actores interactúan. Las instituciones son, sin duda, la principal fuente de información de los actores y el principal factor que influye sobre sus decisiones, en el sentido de que reducen los incentivos para seguir ciertas estrategias de acción y aumentan los incentivos para realizar otras. Las instituciones varían entre sociedades de diferentes naciones y también cambian a lo largo del tiempo. (Zurbriggen, 2006, p. 74)

Pese a lo anterior, no puede hablarse de un fenómeno determinista por parte de las instituciones, pues la teoría del ICA resalta que siempre existe un margen para que los actores elijan entre diferentes tácticas y estrategias. (cf. Scharpf, 1997, p. 39-42) Como consecuencia

¹ Un trabajo importante en esta línea de investigación es el realizado por Fritz Scharpf en 1997. Scharpf, a partir de una serie de estudios con la socióloga Renate Mayntz, desarrolla un enfoque dentro del institucionalismo, que denomina institucionalismo centrado en actores, y ofrece una perspectiva conciliadora y relacional entre actor y la estructura. Al respecto dice Scharpf: "*theoretical perspectives and the observed reality of political interaction that is driven by the interactive strategies of purposive actors operating within institutional settings that, at the same time, enable and constrain these strategies.*" (1997, p.36)

de lo anterior el resultado de la política no sólo surge del obediencia ciega de reglas, sino también del resultado de la intencionalidad de un actor conforme a sus deseos o intereses previos que son sometidos a una negociación, sobre esta teoría de Scharpf, Zurbruggen dice:

A partir de estas premisas, Scharpf elabora un modelo básico de explicación de las políticas públicas que tiene en cuenta la interacción de dos conceptos claves: actores e instituciones. Cada actor está institucionalmente constituido, pues emerge basado en reglas preexistentes. Tales reglas no sólo habilitan su constitución, sino que son las que aseguran su permanencia y actuación. Así definen criterios de membresía, recursos disponibles, la esfera de sus actividades legítimas, el alcance de sus representantes, inclusive sus principios rectores. Las instituciones no sólo operan como facilitadores de elecciones posibles, sino que también delimitan cómo debe evaluar el actor implicado en los resultados de tales elecciones y determinan, de esta forma, las preferencias del actor respecto a las alternativas posibles. Así como las instituciones permiten la estructuración de cada actor, también constituyen una fuente de información para predicciones mutuas respecto a cómo actuarán o no actuarán los otros actores implicados en determinada arena política. (2006, p. 74)

Para finalizar, los actores –bajo la teoría descrita previamente- tienen la capacidad de influenciar en mayor o menor medida el resultado de la política final, ello moldeado por la realidad y los intereses o preferencias que posean pero que están sujetas a cambios, a veces por el contexto institucional. (*cf.* Scharpf, 1997, p. 43)

En Colombia, bajo la perspectiva descrita líneas arriba, es posible sostener entonces que los actores en materia de Políticas Públicas de familia están representados tanto por los jueces (en este caso el papel desarrollado por la Corte Constitucional) como por el sector gubernamental, así como también los grupos monotemáticos que luchan y negocian en el debate sobre el concepto de familia: partidos políticos u organizaciones no gubernamentales; y finalmente por aquellos grupos o sectores que, directa o indirectamente se ven afectados por una eventual re-definición del concepto de familia y que propugnan por el reconocimiento de sus derechos:

La confluencia de actores gubernamentales, sociales, políticos, económicos e institucionales que demanda la formulación, diseño e implementación de las políticas públicas es perentorio para otorgarle carácter político a las mismas e implica: la configuración de escenarios para escuchar y atender las necesidades y las percepciones que se tienen sobre los asuntos y las situaciones que acontecen; la concertación de acuerdos y negociaciones para poner en conversación los intereses individuales en procura de beneficios colectivos y la confluencia de acciones que superen el protagonismo personal e institucional. (Franco y Sánchez, 2008, p. 105)

2.2.1. La Corte Constitucional colombiana como actor.

La Corte Constitucional, en primer lugar, ha empezado a colonizar escenarios que otrora eran exclusivos de otras ramas del poder público, y dentro de esta colonización las políticas públicas han cobrado especial relevancia. Lejos quedan los tiempos en los que éstas se

encontraban sometidas a las voluntades de mayorías legislativas o a los procesos del sector ejecutivo. Con un nuevo panorama jurídico-político a partir de la Constitución de 1991 y la eficacia directa del texto constitucional, los jueces son llamados ahora a concretar los principios de la carta superior.

En Colombia se ha empezado a cuestionar las bases del Estado de Derecho, la división de poderes clásica, o mejor a revalorar la colaboración armónica entre poderes. Las políticas públicas, otro monopolio exclusivo del Legislativo y el Ejecutivo, tienden a ser impulsadas por la rama jurisdiccional, específicamente por las altas Cortes. El presente trabajo se sustenta en esta realidad, en este hecho irrefutable, y hace énfasis en la Corte Constitucional.

(Henaó, 2013, p. 68)

La Corte Constitucional se ha convertido en un actor de primera línea a la hora de la formulación y la implementación de políticas públicas. Y bajo el ENPP se puede observar cómo en su interior se dan interesantes procesos de negociación y debate en torno a problemas polémicos como el concepto de familia y afines. Para nadie es un secreto que los jueces poseen una ideología política determinada y que de alguna manera dicha ideología pesa a la hora de tomar decisiones. Si bien es cierto este fenómeno es mucho más evidenciable en el modelo norteamericano y su Corte Suprema de Justicia, en donde cada magistrado (*Chief*) ejerce su cargo de forma vitalicia, lo que le permite una mayor independencia y una mayor influencia de su posición política; en Colombia el modelo viene abriéndose cada vez con mayor fuerza: dado que los magistrados de la Corte Constitucional colombiana los elige el Congreso de ternas enviadas por el Presidente, el trasfondo político del proceso es notable. Cada vez se observa con más frecuencia los acuerdos políticos entre

los actores que intervienen en la designación de un Magistrado, lo que conlleva a que los sectores políticos que dominan el Legislativo, así como la Rama Ejecutiva, opten por cálculos que les permitan un Magistrado que represente la ideología política mayoritaria. El ejemplo clásico se da cuando se determina si se requiere un juez de carácter conservador o uno de talante más liberal, todo esto en el marco de discusiones delicadas que se resuelven a veces en votaciones muy apretadas (hay que recordar que la Corte Constitucional está conformada por nueve magistrados, para evitar empates). El profesor español Alejandro Garro (1992) da un buen ejemplo de este modelo, en el caso norteamericano de inicios de los 90:

La marcada orientación “conservadora” evidenciada por los pronunciamientos de la Corte en su actual composición responde no sólo a las preferencias interpretativas de los nuevos miembros del tribunal, sino también a los nuevos vientos políticos que comenzaron a soplar con inusitada fuerza luego de la derrota electoral del presidente Cárter y el arribo a la Presidencia de Ronald Reagan. El presidente Reagan tuvo oportunidad de designar tres de los nueve jueces de la Corte (Sandra O'Connor, Antonin Scalia y Arthur Kennedy) y elevar a la presidencia del tribunal al Juez Rehnquist, cuya “visión constitucional” pareciera más compatible con la filosofía política del partido republicano y más adecuada a las expectativas de la Administración Reagan con respecto al rol modesto que debe cumplir el poder judicial en cuestiones de importancia moral y política para la nación. La renuncia del Juez Brennan y la incorporación el año pasado del Juez David H. Souter, designado en 1990 por el presidente George Bush en reemplazo de Brennan, solidificó un bloque mayoritario de opiniones de neta tendencia

conservadora. La renuncia del Juez Marshall y la incorporación del Juez Clarence Thomas permiten augurar un giro aún más pronunciado en la doctrina de la Corte durante las próximas décadas. A este cambio significativo en el más alto tribunal de la nación debe añadirse que, a fines de 1991, los dos últimos presidentes republicanos lograron designar el 64 por 100 de todos los magistrados de los tribunales federales de apelación que componen los trece circuitos federales de los Estados Unidos. (p. 88)

Ahora bien, este modelo no puede entenderse como una “politización de la justicia” en tanto es una situación inevitable dado que pretender que el juez sea imparcial de una manera absoluta es imposible, por lo que desconocer su vocación y formación política es tan ingenuo como perjudicial (pues de no ser así no habría forma de hacer contrapeso a las otras ramas del poder, lo que degeneraría en injusticias extremas).

No se trata de que la Corte norteamericana se encuentre “politizada”, sino del resultado de múltiples factores institucionales, entre los que cabe destacar que la Constitución es un programa político en la medida en que limita los poderes de las ramas de gobierno y el poder de éste frente a los individuos; que si bien todos los ciudadanos y funcionarios de gobierno tienen la facultad de interpretar la carta fundamental a su manera, sólo la interpretación pronunciada por los jueces de la Corte es genuinamente “suprema” y definitiva; que la Corte norteamericana, a través de los años, ha asumido sin ambages su rol de contrapeso de los otros poderes de gobierno, enfrentando muchas veces al poder de las “mayorías temporarias” representadas por el presidente y los representantes del pueblo en las Cámaras del Congreso y

legislaturas estatales; que inevitablemente existen diferencias de opinión (algunas veces pronunciadas y otras de matices) entre estos nueve magistrados acerca del alcance de cláusulas constitucionales promulgadas hace más de dos siglos, pero que todavía señalan el límite de lo que pueden y no pueden hacer “los que mandan”. Y lo que es más importante: debe destacarse que las diferencias de opinión de los magistrados de la Corte son defendidas con absoluta transparencia y vehemencia en sus opiniones mayoritarias, concurrentes y disidentes. (Garro, 1992, p. 87)

Cabe destacar que, como en muchas legislaciones y sistemas políticos, el papel de los Tribunales Constitucionales cobra mayor relevancia en tanto éstos son los portadores de la “última palabra” respecto de un asunto debatido previamente en instancias inferiores, en otras palabras, las decisiones de la Corte Constitucional se convierten, por regla general, en la decisión final e inapelable a la que se someten los sujetos en conflicto.

Sin duda que en el aspecto jurídico-formal tanto la Corte norteamericana como los tribunales constitucionales de muchos países de Europa occidental son “supremos” y que dichos tribunales tienen la última palabra acerca del alcance que debe otorgársele a cláusulas constitucionales adoptadas más de un siglo atrás y necesariamente dotadas de un alto grado de vaguedad. (Garro, 1992, p. 88)

En el caso colombiano el modelo parece seguir estos lineamientos en tanto la composición de una Corte Constitucional más liberal permitió en los inicios de la Constitución de 1991 un desarrollo jurisprudencial más garantista de los derechos fundamentales basado en el

reconocimiento de la diversidad ética, cultural y sexual de la población. Situación que ha ido mermando dada la actual composición del tribunal, con presencia cada vez más fuerte de un ala conservadora.

Como se ha podido apreciar en el caso de la Corte Constitucional, se trata entonces de un actor que comparte ciertos valores, en este caso valores constitucionales, que se concretan en la formulación y aplicación de una determinada política pública. De ahí que puede pensarse que el juez, como actor de las políticas públicas es un personaje insertado en una “*comunidad política, compuesta por actores que comparten ciertos valores, interactúa con otras y compete por definir la actuación del Estado para solucionar o manejar una situación relevante para estos grupos.*” (Henaó, 2013, p. 70) En este enfoque, que se conoce en el ámbito de las políticas públicas como *Advocacy Coalitions*:

Se parte de una visión horizontal, con matices, del Estado y la sociedad, y de un entramado de relaciones entre lo público y lo privado, y se deja de lado la visión unidireccional y vertical del Estado y la sociedad. Esto tiene especial importancia pues, como veremos, permite entender por qué las demandas de inconstitucionalidad y las acciones de tutela, promovidas por diversos actores, hacen posible que el juez constitucional sea un gestor en las políticas públicas y que esas personas agencien asuntos políticos mediante su participación. (Henaó, 2013, p. 70)

Finalmente, es necesario advertir que la irrupción del juez como actor determinante en las políticas públicas se debe, en gran medida a la necesidad de gobernanza, entendida como la estructura necesaria para poder concretar los principios constitucionales y los derechos

fundamentales de los ciudadanos a través de acciones efectivas contenidas y desarrolladas en las políticas públicas. Basta recordar que las políticas públicas dependen, no sólo de la existencia de recursos (aspecto económico), sino también de una adecuada planeación como por ejemplo la organización de prioridades, la identificación de problemáticas, y las dificultades en la negociación y la implementación de éstas.

Las condiciones sociales han llevado a que el juez constitucional colombiano se constituya en actor de las políticas públicas, pero ¿por qué ha sucedido? La gobernanza, la posesión de condiciones financieras y administrativas para transformar en realidad las decisiones que toma el Estado, ha entrado en crisis. No por falta de recursos, sino por la delimitación de prioridades. En muchas ocasiones a esto se suma la falta de voluntad de algunos actores para modificar condiciones sociales específicas. En otras palabras y en concordancia con lo dicho antes, la crisis se debe a que existe un déficit de implementación de las acciones del Estado colombiano de gran envergadura. Esto indica que no basta la gobernabilidad, entendida como el apoyo político necesario para gobernar, para transformar una situación problemática o socialmente relevante, solucionándola o haciéndola más llevadera. El Estado no es hoy suficientemente efectivo, administrativa, jurídica y financieramente, para garantizar los derechos fundamentales de las personas, y falta a las obligaciones contempladas en el artículo 2° del Texto Fundamental, que los consagra como fines en los siguientes términos: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad

general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”. (Henaó, 2013, p. 71)

La Corte Constitucional, como máximo guardián de la Constitución, juega un rol político y jurídico determinante en materia de políticas públicas, pues en cada actuación del Estado es ésta la encargada de velar porque cada política formulada e implementada respete y contenga la esencia del texto constitucional, se trata de:

[...] asegurar que las políticas de desarrollo no encuentren contradicción con los principios fundamentales de los Derechos Humanos, como la universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia y, entre otros, la no discriminación, y que además se promuevan acciones afirmativas tendientes a garantizar los derechos de la población [...] Expresado en otros términos, se trata de asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan. (Pérez, 2007, p. 79-80)

Finalmente, es menester indicar que incluso dentro de la misma área jurídica el tema de la injerencia de la Corte Constitucional no ha sido pacífico. Existen posiciones y sectores que ven en el protagonismo judicial una amenaza a un modelo republicano en el cual el Legislador es el actor central dejando a los jueces como simples “bocas de la ley” sin mayor presencia que aquella requerida simplemente para aplicar las sanciones que las leyes imponen. De esta manera se indica que los jueces, al no tener representatividad, no pueden interpretar o modificar lo que el Legislador ha dispuesto, pues éste último efectivamente es

el elegido por el pueblo para manifestar su voluntad, lo que constituye sin dudas un escenario antidemocrático.

Los extremos ideológicos son claros, de una parte, se le atribuye a la Corte Constitucional la calidad de antidemocrática al i) convertirse en ordenador del gasto, ii) interferir en las competencias propias del Poder Ejecutivo, iii) injerir en la política económica como labor consustancial del Congreso de la República, iv) afectar la gestión del Banco de la República v) obstaculizar la participación ciudadana y vi) aceptar que personas, no elegidas por el voto popular, impidan decisiones ciudadanas apoyadas en millones de firmas a través de los candidatos que ha sido elegidos por el pueblo. Todas son razones que motivan afirmar que existe una dictadura de los jueces siendo esta la más despreciable y peligrosa de todas las posibles, ya que se trata de una minoría aristocrática que aplaca a las mayorías democráticas. Del otro lado, se destaca a la Corte como garante de la democracia, al i) ser un control que impide la perpetuidad en el poder en un momento político exacerbado, ii) evitar que las reglas electorales se modifiquen en favor del gobernante de turno, iii) frenar el empleo de medidas que silencien a los opositores y iv) garantizar la vigencia de la Constitución como guardián que de ella es. (Yáñez, 2014, p. 238)

Ante la existencia de los denominados “Estados de Cosas Inconstitucional”² (ECI) es que se puede evidenciar con mayor claridad cómo la Corte Constitucional toma el rol protagónico

² En la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional ha precisado que se esta ante un Estado de Cosas Inconstitucional cuando: “(i) La vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento

a la hora de las políticas públicas. En dichos estados, la necesidad de restablecer el orden constitucional es apremiante, por lo que el Estado debe organizar y aplicar las políticas públicas conducentes para reparar la situación dañina que no es tolerable dentro del marco constitucional.

En la actualidad la Jurisprudencia constitucional interviene integralmente en el proceso de formulación de políticas públicas, a través de lo que se han denominado órdenes de tipo simple y complejo (lo cual puede considerarse extraño a una providencia judicial dado su impacto sobre la función ejecutar la Ley), cuestión que le compete identificar, en forma precisa, al Poder Ejecutivo conforme a la Constitución. De allí la necesidad del establecimiento de límites para esta intromisión, porque lo es, a partir del reconocimiento, a la vez, de competencia de la Corte Constitucional pero no en un sentido absoluto, como hasta ahora lo ha venido regulando en sus decisiones.

La Corte Constitucional es competente para emitir órdenes que impacten la formulación de Políticas Públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo, los cuales deben cumplirse en forma conjunta: (i) que exista declaratoria de un ECI sobre los hechos objeto de

de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (iv) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (v) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

estudio en el caso; *(ii)* de no existir un ECI los hechos deben ser de tal entidad que éste ha de ser declarado en la decisión; *(iii)* debe tratarse de un problema constitucional que recaiga sobre sujetos que ostenten una especial protección constitucional; *(iv)* inexistencia de medidas de carácter positivo que se dirijan a remediar la prolongada violación de los derechos en concreto; *(v)* deben hacerse parte del proceso a todas las entidades sobre las cuales recaerían eventualmente ordenes simples o complejas. (Yáñez, 2014, p. 239)

Sumado al papel de la Corte Constitucional, es importante resaltar la labor de grupos monotemáticos³ que se han encargado de afrontar las presiones y negociaciones en torno al concepto de familia (y otros afines). Hablamos, principalmente, de la comunidad LGBTI y aquellos simpatizantes de su causa. Esta comunidad ha logrado importantes triunfos en materia de reconocimiento de derechos para minorías, entre ellos, la ampliación del concepto de familia para así garantizar la dignidad de sus miembros y la igualdad pregonada en la Constitución Política de 1991.

³ Un rasgo monotemático se presenta cuando se busca luchar contra la injusticia que supone la exclusión por parte de una mayoría hegemónica: “[...] todos los colectivos identitarios (los de género y orientación sexual, los de clase y etnia, los religiosos y raciales), pese a su variedad, tienen rasgos en común. Uno, es que apuntan a que el sector social subordinado que ellos están articulando entienda la especificidad de la injusticia que vive y avance, en atención a ella, demandas específicas. Otro, es que no suelen articular sus demandas a plataformas políticas integrales, ni tratan de establecer principios generales para una reforma total de la sociedad, en coordinación y en pie de igualdad con los otros sectores subordinados. En general, más que querer reformar el Estado o la sociedad como un todo, a la luz de algún ideal político, quieren defender su propio sector. Un tercer rasgo se deriva de los dos anteriores: se caracterizan por cierta tendencia monotemática, no tanto en el sentido de hablar siempre de la misma cosa, sino de reinterpretarlo todo a partir de su propia condición de subordinación, percibida como la injusticia por excelencia.” (Grueso, 2013, p. 20)

Colombia se ha caracterizado por ser un país de línea conservadora y renuente a abrir las fronteras del pensamiento y la libertad. En este contexto, el movimiento social Lesbianas, Gays, Bisexuales, Transexuales (Intersexuales) (LGBT (I)) ha llevado paulatinamente un proceso de formación a lo largo de varias décadas y, en tiempos recientes, ha ganado importante protagonismo en el ámbito nacional, en la medida en que ha ido conquistando reconocimientos de derechos, asunto tiempo atrás insospechado. Sin desconocer que este es un proceso no solo reciente sino difícil, es necesario también reconocer que lo que se ha llamado por intelectuales del propio movimiento como “movilización legal”, si bien logros en su agenda, representa conquistas por ganar en la práctica y, sobre todo, frente a la sociedad en su conjunto. (Sánchez, 2017, p. 117)

Esta comunidad se ha movilizado desde hace mucho tiempo buscando la reivindicación de sus derechos a través de la estructura jurídica, en otras palabras, se trata de una lucha desde la Política que instrumentaliza al Derecho, pues lo concibe en últimas como la herramienta idónea, dentro del marco democrático, para conquistar los principios de dignidad e igualdad. Lo anterior implica una estructura muy bien organizada y constante en el tiempo, que, desde la actuación política, simbólica y jurídica, genera un cambio en las instituciones y sea a la vez una resistencia contra procesos regresivos para dicha comunidad, de esta manera se convierte en un actor colectivo:

Un movimiento social es un actor colectivo movilizador que, con cierta continuidad y sobre las bases de una alta integración simbólica y una escasa especificación de su papel, persigue una meta consistente en llevar a cabo,

evitar o anular cambios sociales fundamentales, utilizando para ello formas organizativas y de acción variables (Raschke, 1994, p.124).

En Colombia, la comunidad LGBTI ha tenido una evolución constante y sólida. Desde el grupo denominado “*Los Felipitos*” en la década de los 40 en Bogotá (hombres homosexuales de la clase alta que se reunían de forma clandestina para simplemente socializar), pasando por el Movimiento de Liberación Homosexual de Colombia MLHC, creado en 1976 por León Benhur Adalberto Zuleta Ruiz y un grupo de amas de casa de Medellín y en cuyas movilizaciones utilizaban símbolos como: pintas en el corazón y la flor. También fueron autores de consignas tales como: “¿Qué hace una lengua en tu cama?”, “Oh familia, que caiga sobre ti una lluvia de fuego”, “Ni casados, ni en la casa.” En 1977 se dio formación al Grupo de Encuentro por la Liberación de los Gáis GELG (*cf.* Sánchez, 2017, p. 120 y ss.). Pero sin duda el movimiento más representativo y que más triunfos ha logrado es Colombia Diversa.

No se puede escribir sobre el movimiento LGBT(I) colombiano, sin hacer referencia a Colombia Diversa, organización no gubernamental fundada en marzo de 2004, encaminada a trabajar por los derechos humanos de la comunidad LGBTI. Esta organización surge luego de los continuos fracasos de los proyectos de ley, presentados ante el Congreso colombiano, sobre el reconocimiento de los derechos de las parejas del mismo sexo. (Sánchez, 2017, p. 124)

Dentro de los más rutilantes logros de Colombia Diversa⁴ se tienen:

1. Reconocimiento legal para parejas del mismo sexo y los derechos patrimoniales, seguridad social, migratorios y todos los de los compañeros permanentes. Esto se ha logrado con acciones judiciales que han modificado alrededor de 50 leyes (Ver por ejemplo sentencias de la Corte C-075 de 2007, C-336 de 2008, C-029 de 2009, T-051 de 2010)
2. Reconocimiento de parejas del mismo sexo como familias protegidas por la constitución (sentencia C-577 de 2011)
3. Realización de 30 matrimonios de parejas del mismo sexo plenamente válidos en Colombia y defensa de estos matrimonios ante acciones del Procurador.
4. Protección de hijos de parejas del mismo sexo y reconocimiento del derecho de personas LGBTI a adoptar como solteros, el derecho de parejas del mismo sexo a adoptar el hijo biológico del compañero/a. Así mismo se ha logrado una apertura social para dar debate sobre hijos de parejas del mismo sexo. Ejemplo de este trabajo fue el acompañamiento del caso de Ana Leiderman y Verónica Botero, mamás lesbianas de Medellín, que buscaban que la madre no

⁴ <http://colombiadiversa.org/colombiadiversa/index.php/quienes/nuestros-logros>

biológica adoptará legalmente a los hijos biológicos de su compañera (sentencia SU-617 de 2014).

5. Creación de un precedente constitucional consistente y claro sobre los derechos de la población LGBTI aplicable a casos de discriminación y violencia.
6. Creación de una red de asesoría legal y aliados en facultades de derecho para las personas LGBTI.
7. Consolidación de materiales pedagógicos para reclamar por los derechos.
8. Visibilizar las violaciones de derechos humanos contra la población LGBTI y la responsabilidad del Estado en estas materias a través de nuestro informe de derechos humanos.
9. Visibilizar la discriminación y matoneo a estudiantes LGBTI en los colegios y la creación de materiales pedagógicos y jurídicos para hacer frente a esta situación, por ejemplo el reciente caso del suicidio de Sergio Urrego, el cual Colombia Diversa acompaña legalmente.
10. Creación del primer centro comunitario LGBTI de América Latina en asocio con Profamilia, Theatron y Alcaldía de Chapinero.

11. Inclusión de los derechos de las personas LGBTI en leyes estratégicas como la ley de víctimas, convivencia escolar y violencia contra las mujeres entre otras.
12. Seguimiento a las campañas electorales y candidatos para que se incluya la agenda LGBTI.
13. Consolidación de una estrategia de comunicaciones para crear condiciones sociales y culturales para el pleno reconocimiento de los derechos LGBTI.

Es evidente entonces que cada vez es mayor el peso que organizaciones como Colombia Diversa logran a la hora de los debates políticos y jurídicos. Su presencia ya no sólo se ve en el Legislativo (donde la presencia de legisladores abiertamente pertenecientes a dicha comunidad aumenta), sino que también es parte importante del debate electoral en tanto la comunidad representa un número significativo de votantes y una ideología que juega un papel fuerte en el discurso político. También su voz retumba con fortaleza en los debates jurídicos que se ventilan en la Corte Constitucional, donde sus participaciones son solicitadas y en muchos casos son determinantes para una decisión en uno u otro sentido. Los tribunales parecen entonces haber volteado su atención a lo que esta comunidad tiene que decir.

La atención de los tribunales se centra cada vez más en razonamientos acerca de la orientación sexual. En importantes casos de igualdad que controvierten la discriminación contra hombres gay y lesbianas, los tribunales han comenzado a aplicar el juicio de mera racionalidad de un modo que exige al Estado la articulación de sus razones para justificar políticas en contra de los

homosexuales y que demanda a los jueces que decidan si esas razones son razonables. (Halley, 2006, p. 258)

La existencia de estas comunidades no es gratuita, no es simplemente un grito de existencia y exigencia de respeto, es una lucha por la trascendencia y por hacer parte, de una manera equitativa y ética, en las negociaciones y debates que definen el rumbo e identidad de la sociedad. Dichas comunidades buscan que se aplique una política correcta que garantice el respeto a sus derechos constitucionales a partir de una postura retórica y discursiva clara y contundente con un tinte incluyente; lo anterior sin duda concuerda con el ENPP y su estructura conciliadora que garantiza un proceso deliberativo para los actores en conflicto.

En estos debates está en juego mucho más que la política adecuada que debe adoptar el Estado en asuntos relativos a las diferencias sexuales. De modo más fundamental, implican la lucha por definir los procesos discursivos en los que ésta y otras opciones de política se adoptarán, y, por tanto, las situaciones discursivas de los participantes en el debate. Estos debates acerca de la orientación sexual exigen que todos los actores participen en la construcción de sus propias identidades de orientación sexual y que se presten a que otros las interpreten a lo largo de este registro. (Halley, 2006, 258)

2.3 El papel de las Cortes en la transformación de imaginarios sociales

El denominado “activismo judicial”⁵ es un tema que ha generado -y genera aún- una polémica fuerte al interior del estudio del Derecho y la Ciencia Política, esta polémica parece

⁵ La expresión “activismo judicial” se acuña por primera vez en los Estados Unidos y ha formado parte importante de la discusión política-jurídica norteamericana. Dicha expresión se ha difundido por otras tradiciones

continuar y aumentar de intensidad a medida que se incrementan los elogios o cuestionamientos respecto de sus implicaciones. Antes de empezar a ahondar sobre las bases del movimiento, sus implicaciones y su relación con las políticas públicas es necesario presentar el contexto del debate en torno a tal postura.

Para entender el tema del activismo judicial, en primer lugar, es necesario indicar que es una figura que se crea y desarrolla en un modelo jurídico distinto al colombiano, pues el activismo es un movimiento que se construye a la luz de las bases y problemáticas del modelo anglosajón de derecho, también llamado *common law*, el cual se caracteriza por una visión más pragmática del Derecho y que se centra en el precedente o decisión judicial como elemento o fuente principal del sistema jurídico. Lo anterior contrasta con el esquema que heredó Colombia en materia jurídica y que está marcado por el modelo continental europeo o romano-germánico; este modelo es menos pragmático y se construye a partir de la norma positiva (ley) como fuente principal, dejando como auxiliar el precedente judicial. En otras palabras, mientras el modelo del derecho común (*common law*) tiene como fuente principal del Derecho a la decisión judicial, el modelo continental europeo tiene a la ley positiva.

Este escenario parecía tener una relativa calma en nuestra historia jurídico-política, y ello se debía a que hasta antes de la Constitución de 1991 se tenía clara la diferencia entre los dos modelos, sumado a ello el paradigma dominante –de corte positivista/formalista- dictaba que

jurídicas. Básicamente se trata de un término que hace referencia a las polémicas sentencias de algunos magistrados (*Chiefs*) de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos (en especial la denominada “*Corte Warren*”) que se emitían bajo la idea de que dicha corporación podía contribuir con un desarrollo social y progresista a través de reformas como la implementación de políticas públicas o su cuestionamiento. Cabe destacar que este es un término al que generalmente se oponen sectores conservadores, tanto de la sociedad como de la magistratura.

las decisiones judiciales no eran una fuente obligatoria para los jueces a la hora de resolver asuntos sometidos a su consideración. Estaba claro entonces que en el sistema jurídico colombiano las decisiones judiciales no tenían autoridad u obligatoriedad alguna como fuente del derecho, salvo que un juez quisiera usarlas, aun así, siempre estarían -jerárquicamente hablando- por debajo de las normas positivas.

Pero después de la expedición de la Constitución Política de 1991 el panorama cambia radicalmente. El nuevo modelo que supone la adopción del Estado Social de Derecho (fórmula escogida por la Asamblea Constituyente y que cambia respecto del Estado de Derecho que regía en la Constitución de 1886) implica una eficacia directa de la Constitución, por lo que los jueces serán también los encargados de garantizar que los principios y valores constitucionales, así como derechos fundamentales, se cumplan a plenitud para lograr los objetivos de un Estado garantista y respetuoso de la dignidad humana. De esta manera la acción de tutela y la acción pública de inconstitucionalidad, por citar dos ejemplos muy conocidos, se convirtieron en herramientas poderosas y al alcance de los ciudadanos, quienes pueden ahora exigir ante las autoridades judiciales el cumplimiento de aquello que la carta política consagra por parte del Estado y los particulares. Sin duda este escenario supone el ascenso de la función judicial a una esfera más comprometida con la realización de reformas sociales y la acerca también a la noción y función de las políticas públicas. Ahora el juez es un garante de los derechos de los ciudadanos y una herramienta poderosa para que las políticas públicas se concreten.

Desde el punto de vista teórico el anterior escenario supone un choque fuerte entre dos visiones o tradiciones jurídicas, tal como se dijo líneas arriba. Dicho choque se da,

principalmente, respecto del concepto, objeto y función del Derecho. A continuación se profundizará este tema.

Concebir el Derecho como un asunto normativo ha sido la tradición en el sistema colombiano. Desde la enseñanza del Derecho hasta las sentencias judiciales se ha tendido a asumir que el Derecho es un fenómeno esencialmente de normas positivas vigentes y expedidas por una autoridad competente. Esto es lo que hace del Derecho una ciencia normativa que tiene por objeto de estudio a la norma positiva, que a su vez consagra conductas a las que se les atribuye una consecuencia (vg. “El que matare a otro incurrirá en prisión de 15 a 25 años”). Este modelo es el clásico esquema expuesto por quien es, para muchos, el mayor tratadista de teoría jurídica del siglo XX en el modelo continental europeo (al que pertenece Colombia), el profesor austriaco Hans Kelsen en su muy conocida obra “Teoría Pura del Derecho”. La Teoría Pura es una obra conceptual que busca definir al Derecho de manera científica a partir de un método de depuración que lo separe de aquellos elementos impuros o extraños con los que tradicionalmente se lo ha confundido: política, moral, sociología, etc. De esta manera se lograría un concepto universal de Derecho, que no variase independientemente del sistema jurídico que se tratase, es decir, un concepto puro, y que además tiene como objeto de estudio las normas jurídicas: juicios del deber ser (*sollen*) que imputan sanciones a quienes cometan una conducta descrita en una norma anterior. Es muy conocido el inicio de la obra del profesor austriaco:

La Teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo, del derecho positivo en general y no de un derecho particular. Es una teoría general del derecho y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional. Quiere mantenerse como teoría, y limitarse a conocer única y

exclusivamente su objeto. Procura determinar qué es y cómo se forma el derecho, sin preguntarse cómo debería ser o cómo debería formarse. Es una ciencia del derecho y no una política jurídica. Al calificarse como teoría “pura” indica que entiende constituir una ciencia que tenga por único objeto al derecho e ignore todo lo que no responda estrictamente a su definición. El principio fundamental de su método es, pues, eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños. (Kelsen, 2009, p. 19)

De lo anterior se tiene entonces una pretensión notoria de cientificidad del fenómeno jurídico a partir de su pureza y objetividad. Cabe recordar que dentro de la teoría kelseniana el Derecho es un ejercicio valorativamente neutro, es decir, no admite juicios de valor, ya que ello es propio de un acto político mas no del científico (acudiendo a la clásica diferenciación de Max Weber entre científico y político), en este orden de ideas, el abogado es un científico del Derecho que debe, metodológicamente, separarlo de la moral si quiere de verdad entenderlo como una ciencia. En conclusión, la ciencia del Derecho es normativa y sancionatoria en tanto a través de normas positivas se describen conductos y se les atribuyen sanciones o consecuencias, todo esto sin usar juicios de valor, ni caer en debates políticos o sociológicos (los primeros son propios de los legisladores, los segundos de aquellos que estudias las consecuencias de los fallos y su impacto social), en palabras de Kelsen:

Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no

se trata de verdaderos juicios de valor, sino de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.

(2009, p. 48)

Como puede observarse hasta ahora, poco o nada importan el papel del juez y la decisión judicial, en tanto el Derecho tiene como objeto exclusivamente las normas positivas, por lo que pretender que las sentencias judiciales sean el objeto del fenómeno jurídico es inaceptable para el modelo positivista visto, hegemónico en la enseñanza y aplicación del Derecho en Colombia durante gran parte de su historia. El juez es el que sanciona las conductas descritas en una norma, y su representatividad política, al ser inexistente, no le permite cuestionar de manera vehemente aquello que considere injusto o incorrecto (porque ello es además subjetivo y anticientífico). Así pues, el juez se guía por el principio de deferencia al legislador, entendido como aquel que erige la voluntad del pueblo como fundamento de la obligatoriedad de la norma, por lo que el juez no posee la representatividad política para cuestionar la ley, que es en últimas la voluntad del pueblo que se ha expresado de una manera democrática. Es claro entonces que bajo este panorama es imposible, casi inaudito, hablar de un activismo judicial pues conceptual, metodológica y epistemológicamente el juez y su función no es el centro del Derecho.

Pero la anterior posición es cuestionada por aquellos que ven en el Derecho un ejercicio judicial antes que normativo, esto es, asumir que el Derecho está y se concreta en decisiones judiciales antes que con normas positivas. Esta idea es propia de la cultura jurídica norteamericana, de corte más pragmático, ya que ubica en el centro del fenómeno jurídico a

las sentencias judiciales y al rol del juez que las expide pues en últimas lo que el individuo conoce como “Derecho” es una decisión judicial que afecta su cotidianidad y sus relaciones con los demás.

El giro es mayúsculo, pues se trata ahora de entender al Derecho como aquello que dicen o hacen los jueces (piénsese por un momento en que cuando muchos de nosotros escuchamos la palabra Derecho, inmediatamente se piensa en jueces, tribunales, procesos y abogados mas no en legisladores, parlamentos o debates políticos). Es entendible entonces la polémica que supone, y supuso, entrar a estudiar este modelo en un país como Colombia con una tradición contraria al papel activo del juez en el Derecho, al respecto Dworkin sostiene que:

La diferencia entre dignidad y ruina puede revertir un argumento que puno no haber golpeado con la misma fuerza a otro juez, o incluso al mismo juez, otro día. Las personas pueden ganar o perder más por el asentimiento de un juez que por cualquier acto general del Congreso o parlamento. (2012, p. 15)

La anterior reflexión es potente y permite ver la verdadera dimensión del debate. Por un lado una visión del Derecho que lo asume como un ejercicio normativo donde el rol central es el del legislador, y por otro una visión de corte judicial que propone al juez como actor principal del fenómeno jurídico. La razón para adoptar la segunda posición (centralidad del juez) puede estar dada, entre otras, por las siguientes causas.

2.3.1 La indeterminación del lenguaje jurídico y su carácter realizativo

El positivismo formalista parte de un error: es no tomarse con la suficiencia debida la importancia del lenguaje en el Derecho. Este error se manifiesta en lo que se denominó la

falacia del “aguijón semántico” explicada por Ronald Dworkin (*cf.* Dworkin, 2012, p.35 y ss.) y que muestra como los positivistas parten de que un término o palabra de la norma es entendido de forma unívoca por todos los receptores de ésta, en otras palabras, los términos de la ley significan lo mismo para todos. Como consecuencia de lo anterior no existirían desacuerdos en el Derecho, al menos de carácter teórico, por lo que la hermenéutica es innecesaria a la hora de resolver asuntos jurídicos. Es conocido el famoso ejemplo que recrea la existencia de un aviso en un parque que contiene un enunciado normativo que expresa: “*Está prohibida la circulación de vehículos en este parque so pena de multa*”; ante esta situación y asumiendo que un vehículo es en “*medio de transporte de personas o cosas*”, una niña en patines debería ser multada. Pues bien, este caso es la evidencia de la insuficiencia en materia lingüística del positivismo, que partió de asumir que todos los términos de una ley son claros y por ende basta una interpretación gramatical para su comprensión.

La indeterminación del lenguaje jurídico es pues una razón fuerte para entender la relevancia del juez, pues ante los problemas de discrecionalidad que surgen de la ambigüedad o vaguedad del lenguaje, es él el encargado de resolverlos, pues la indeterminación del lenguaje será inevitable, no porque se origine en el Derecho, sino porque se origina en el mismo lenguaje, la práctica social más común. En otras palabras, los problemas jurídicos en el fondo denotan problemas de lenguaje sin resolver:

Para destacar la existencia de la discrecionalidad partamos de que no existen “problemas jurídicos”, existen entonces problemas de lenguaje que la generan. La discrecionalidad es un problema derivado de la indeterminación del lenguaje en el Derecho. Los problemas jurídicos no son nada distinto a malos entendidos del lenguaje. (Sterling, 2013, p. 141)

La indeterminación del lenguaje del derecho se presenta entonces como una causa para poder predicar la importancia del juez. Pero además hay que agregar que el lenguaje no sólo es una herramienta para describir la realidad, sino que también es una forma de modificarla (tal como lo planteó J.L. Austin en su famosa obra de 1955 “Cómo hacer cosas con palabras”). En efecto existen proposiciones que se denominan “realizativas” y son aquellas que no simplemente describen una realidad y generan una proposición susceptible de ser catalogada como verdadera o falsa de acuerdo a la comprobación empírica (vg. “Juan usa un sombrero blanco” o “El sol brilla en lo alto de la montaña”), pues dichas proposiciones cumplen una función que no es decir algo, sino hacer algo: vg. “Juro decir la verdad”, o “Te acepto como esposa” o “Envíese a prisión al acusado”. Como se puede apreciar este tipo de proposiciones implican que se crean o modifican realidades una vez son pronunciadas, por ejemplo: compromiso, obligación, extinción de un deber o el deber de actuar. Así pues, el Derecho es particularmente rico en este tipo de proposiciones permitiendo concluir que en el Derecho no sólo se dicen cosas, sino que se hacen cosas: se crean, modifican o extinguen realidades:

La palabra “realizativo” será usada en muchas formas y construcciones conectadas entre sí, tal como ocurre con el término “imperativo”. Deriva, por supuesto, de “realizar”, que es el verbo usual que se antepone al sustantivo “acción”. Indica que emitir la expresión es realizar una acción y que ésta no se concibe normalmente como decir algo. (Austin, 1971, p. 51)

Lo anterior concuerda con la idea que se ha venido manejando del juez como creador del Derecho, ahora vista desde la óptica del lenguaje. El juez ya no sólo es visto en un escenario lingüístico en el que se parte de que el lenguaje jurídico sólo describe, sino que también crea, modifica o extingue realidades, pero además existe la presencia de términos vagos o

ambiguos que deben ser interpretados por el juez y de cuyo resultado interpretativo depende la ruina o fortuna de un individuo o una comunidad, un ejemplo de esto lo plantea el profesor Timothy Endicott:

En Europa hoy, algunos aspectos muy importantes de la vida de la comunidad se rigen por la aplicación judicial de derechos vagos. Tomemos el Derecho – como lo dispone la Convención Europea de Derechos Humanos–, del respeto a la vida privada y familiar. La legislación británica sobre inmigración permite la deportación de un no-ciudadano que ha cometido un crimen serio. Sin embargo, los jueces han interpretado la Convención para prohibir la deportación si el impacto en la vida familiar del delincuente –o en la vida familiar de sus hijos– supera el propósito público en la deportación. Lo que por supuesto, un consejo local no puede hacer, esto es que se expulse de su vivienda a un inquilino del consejo por mala conducta, si al hacerlo afecta su vida familiar de una manera que es desproporcionada con el propósito del consejo. Un juez debe decidir si el impacto es desproporcionado o no. (2012, p. 131)

Es necesario indicar también que la existencia de vaguedad o ambigüedad del lenguaje del Derecho no es incompatible con el Estado Social de Derecho. Si bien es cierto estos fenómenos no pueden ser evitados, suele pensarse incluso que deben ser deseados, es decir, las normas deben ser vagas o ambiguas para que así el juez sea aquel que les de un contenido y las adecúe a las realidades sociales:

No es necesario eliminar la vaguedad en la ley para que un Estado logre el Estado de Derecho. Por el contrario, la gobernabilidad por ley necesita normas vagas. Si existe una buena razón para la vaguedad de las leyes y si el sistema tiene tribunales independientes para resolver las disputas que inevitablemente resultan de la aplicación de normas vagas, puede hacer todo lo que esperamos de un sistema legal. (Endicott, 2012, p. 130)

En conclusión, la indeterminación del lenguaje jurídico (ya sea por vaguedad o por ambigüedad de términos) y la función realizativa del lenguaje permiten entender de una mejor manera el papel central y creador del juez en el Derecho ante el olvido del positivismo de la importancia del escenario lingüístico.

2.3.2. El regreso de los principios

Una larga discusión permea la teoría y la filosofía del Derecho: la pertenencia o no de los principios al sistema normativo. Mucho se ha escrito sobre esta temática, que en resumen puede presentarse de esta manera: por lo general las teorías positivistas “fuertes” o excluyentes sostienen que existe una separación metodológica entre el Derecho y la moral - u otras áreas similares-, de ahí que para una correcta definición, función y método del Derecho es requisito ineludible ignorar aquellos elementos metafísicos que no harían parte de una ciencia jurídica (Kelsen, es su mayor representante), de ahí que se oponen a que los principios, por ser entidades morales y metafísicas, hagan parte del sistema de normas que llamamos Derecho.

Una de las razones más importantes de los positivistas “fuertes” o excluyentes radica en la denominada “teoría de las fuentes sociales” que plantea básicamente que el Derecho es resultado de una voluntad concreta y demostrable, en este orden de ideas, sólo el ser humano tiene dicha voluntad consciente de crear pues el positivista se opone a la idea de un “espíritu” de la naturaleza o de Dios, por ejemplo, como motores de los acontecimientos del mundo: *“La existencia y el contenido del Derecho en una sociedad dependen de hechos sociales, esto es, de actos o actividades individuales de los miembros de esa sociedad.”* (Bulygin, 2006, p. 74)

En otras palabras, el Derecho se crea porque el hombre quiere que se cree y no porque sea dictado por una “ley natural” o una “ley divina” (ambas improbables y alejadas del rigor científico). Como consecuencia de esta posición, el Derecho no requiere de principios: estructuras que son creadas por entidades supra-humanas como Dios, la naturaleza o la razón para que las normas positivas (las hechas por el hombre, y que efectivamente constituyen “el Derecho”) sean válidas. Una norma positiva vale porque así lo ha establecido el hombre en normas positivas anteriores y superiores en jerarquía, así pues, no hay necesidad de buscar una justificación moral para aplicar el Derecho.

Pero contraria a la anterior postura, se encuentra la contenida en teorías como el Iusnaturalismo, cuya esencia radica en el necesario sometimiento de las leyes positivas humanas a los principios divinos, naturales o racionales; o el positivismo jurídico “moderado” o incluyente, que admite la existencia de principios en el sistema normativo sobre todo en constituciones escritas. Ambas escuelas concuerdan en que los principios son parte de un sistema normativo y además determinantes para resolver asuntos judiciales, pues el juez no es sólo un aplicador de normas sino también un guardián de la moralidad pública.

Una de las figuras más representativas de este movimiento es, de nuevo, el profesor Ronald Dworkin, quien en su crítica al positivismo plantea que es imposible asumir que el Derecho es simplemente un sistema de reglas o normas positivas. Según Dworkin, si el Derecho fuese tan sólo un modelo de reglas sería imposible resolver los denominados “*casos difíciles*”⁶ (casos que implican una valoración moral por parte del juez y que tienen en principio dos o más soluciones viables). Por lo tanto, cuando se presentan este tipo de casos es necesario acudir a los principios para su resolución. Esta idea es muy común en el escenario norteamericano, que como se dijo anteriormente, es la cuna del activismo judicial como lo conocemos en Colombia. Este ideal estadounidense de gobierno no bajo las leyes sino además bajo principios es la más importante contribución de nuestra historia a la teoría política. Otras naciones y culturas se han dado cuenta de esto, y el ideal estadounidense ha sido creciente y autoconscientemente adoptado e imitado en todos lados. (cf. Dworkin, 1996)

Dichos principios también son entidades que pueden presentar ambigüedades y vaguedades semánticas, pero pese a ello, esta indeterminación “*no se encuentra tanto en su formulación*

⁶ El caso *Riggs vs Palmer*, resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, es el caso que Dworkin utiliza para probar la ineficiencia del positivismo jurídico al prescindir de los principios. En el caso se discute acerca de si un nieto (Elmer E. Palmer) que asesinó a su abuelo (Francis B. Palmer) puede reclamar lo que éste último le dejó en su testamento. Debe anotarse que dicha situación no determinada por el derecho de sucesiones del Estado de Nueva York. Los jueces se debaten entonces entre la aplicación de la ley, que guarda silencio pues no consagra sanción alguna para tal acto, por lo que hacerlo implicaría imponer una pena no prevista en la legislación positiva vigente o la búsqueda de principios de justicia e intereses superiores que permitan la entrega de la herencia a otros familiares. La opinión mayoritaria representada por el Juez Earl fundamenta esta segunda opción y rechaza la interpretación estricta representada por el Juez Gray. El principal fundamento del fallo es una apelación a la máxima general y fundamental (un principio) del *Common Law*. A nadie se le debe permitir beneficiarse de su propio fraude, o tomar ventaja de su propio error, fundar cualquier demanda sobre su propia iniquidad, o adquirir propiedad sobre la base de su propio crimen.

semántica como en la necesidad de su comprensión por parte de quien debe extraer conclusiones operativas en la práctica del Derecho.” (Grandez, 2016, p. 55). De esta manera se comprueba la posición previamente ilustrada acerca de la importancia del juez como aquel que creará, modificará o extinguirá realidades a partir de su interpretación de principios y derechos fundamentales.

La presencia de los principios parece entonces evidente en el Derecho, y este escenario ha sido el adoptado por el esquema de la Constitución de 1991 en todo su esplendor. La carta política no sólo consagra los principios sobre los que se funda el Estado Social de Derecho, además enuncia derechos fundamentales con una clara estructura principialística y para finalizar anota que no puede existir una norma positiva que contraríe lo que los postulados constitucionales establezcan. La Corte Constitucional, en su ya famosa sentencia T-406 de 1992 estableció que:

La Constitución esta concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma sólo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

Así las cosas, el paradigma actual del Derecho en Colombia (al que muchos rotulan como “neo-constitucionalista”) insiste en la existencia de principios y su hegemonía sobre disposiciones de menor jerarquía. En este orden de ideas, es imposible asumir el Derecho sin la presencia de principios, y son los jueces los llamados a dotarlos de sentido.

2.3.3. El Derecho como ejercicio narrativo y de comunicación

El lenguaje no es un simple medio diáfano entre el sujeto y la realidad, tampoco es un elemento auxiliar que refleja las representaciones del pensamiento, sino que posee una entidad propia y con límites que además determina en cierta manera tanto al pensamiento como a la realidad. Lo anterior permite entender el verdadero objetivo del lenguaje: la comunicación como forma para transmitir las experiencias de vida por medio del lenguaje y ya no sólo el pensamiento. Dichas experiencias buscan establecer acuerdos entre una comunidad de hablantes que están determinados por una cultura y por sus subjetividades y prejuicios, incluso a veces de forma inconsciente.

La comunicación es, vista así, el acto de poner en común las experiencias particulares mediante enunciados, con el fin de establecer acuerdos intersubjetivos sobre el “mundo de todos”, el conjunto de mapas que conforman la cartografía que por convención cultural llamamos “realidad”. Y la cultura, la paulatina decantación de esos enunciados lingüísticos e icónicos, que en la medida en que son colectivamente asumidos van formando un humus, un sedimento común para uso consciente e inconsciente de todos. Tal sedimento es la tradición cultural que empapa a los individuos de modo inevitable, lo sepan o no, lo quieran o no. (Chillón, 1998, p. 74)

No es descabellado pensar entonces que el Derecho es un ejercicio comunicacional, es decir, que busca transmitir un mensaje que transforme la realidad. En este orden de ideas, el Derecho es un conjunto de discursos encaminados a un fin: comunicar un mensaje, lo anterior en varios escenarios ya que tanto el legislador como el juez, los abogados y los estudiosos del derecho se sirven de discursos para expresar sus ideas y lograr la persuasión de un auditorio. El Derecho visto así es un discurso evidenciable en actos: “*Derecho es la ley, y también la sentencia, el registro, el contrato.*” (Robles, 2003, p. 19)

El Derecho como ejercicio comunicativo implica un componente hermenéutico basado en la comprensión de la realidad y la historia a partir de un contexto dado. De ahí que surja un componente narrativo. Se tiene entonces que el Derecho es más que la simple descripción de realidades, es la creación de muchas más a partir de diversas formas de comprender y narrar el mundo. Las vivencias de cada individuo pueden ser llevadas a textos y pueden ser dotadas de nuevos sentidos a través de las sentencias judiciales: un fallo judicial es una historia, un asunto resuelto “aquí y ahora” que construye historia y realidad. Se parte entonces de que la historia no es algo que se cuenta, se hace, se comprende y se analiza en busca de un sentido superior a simplemente sancionar, se trata de una función cuyo objetivo es descubrir contextos y crear realidades a partir del discurso y la comunicación jurídica para transmitirlos, generar nuevos sentidos y preservarlos.

Una función de carácter comunicativa en tanto trasmite un mensaje de un emisor hacia un receptor. Una función generadora de nuevos sentidos en ocasiones presumiblemente no previstos y lo que desemboca en una capacidad creadora a partir de la interpretación. Y una tercera función

nemotécnica como la capacidad de preservar el recuerdo y evitar el olvido.

(Sterling, 2018, p. 267)

La visión comunicacional y narrativa del Derecho permite así una sensibilidad mayor con los dramas sociales y con las experiencias individuales significativas. Se genera una relación de empatía emocional que devolvería el humanismo al fenómeno jurídico y lo acercaría a áreas afines como las políticas públicas, en tanto dicha sensibilidad permitiría un mejor abordaje de los contextos para los que son creadas.

Puede entonces pensarse que el proceso de interpretar consiste en aplicar el texto de forma tal hasta que llegue a estar en relación con el universo entero pues sólo así tendría sentido. El texto da cuenta de experiencias, historias, sentimientos, conductas que se dan en un espacio y tiempo, los jueces los abordan y se pronuncian sobre ellos. (Sterling y Osma, 2018, p. 244)

2.3.4. La aceptación del Derecho como subordinado de la Política

La idea de una relación estrecha entre el Derecho y la Política no es desafiante ni novedosa, de hecho, puede afirmarse que es evidente y necesaria. Sin embargo, una postura que sí genera roces entre abogados y politólogos es aquella que subordina el mundo jurídico al político. Son varias las teorías que reconocen que el Derecho es un mero instrumento de la Política, pues a través del primero es que las directrices de las autoridades (con una ideología determinada) se concretan. Esta posición, como se dijo anteriormente no resulta agradable para los abogados, ya que es que no es sencillo aceptar al Derecho como un mero subordinado de lo político, por lo menos para quienes han pasado años de su vida estudiando el fenómeno jurídico.

Las Teorías Críticas del Derecho (TCD) -*Critical Legal Studies CLS*- son una muestra de la anterior posición. Básicamente los representantes de esta teoría (denominados autores críticos) sostienen que:

1) Los autores críticos intentan demostrar la indeterminación de la doctrina jurídica: cualquier conjunto de principios jurídicos puede ser usado para conseguir resultados opuestos; 2) Los críticos llevan a cabo análisis históricos y socio-económicos para mostrar cómo los grupos de interés, las clases sociales, o las instituciones económicas arraigadas se benefician de las decisiones jurídicas a pesar de la indeterminación de las doctrinas jurídicas; 3) los autores críticos buscan mostrar cómo la cultura y el análisis jurídico rechazan los elementos provenientes de otros ámbitos de la vida social y legitiman sus resultados; y 4) la escuela crítica procura traer a la luz visiones sociales nuevas o previamente desfavorecidas, y defiende su realización en las prácticas jurídicas y políticas mediante su incorporación en el discurso del derecho. (Minow, 1986, p. 84-85)

Las TCD, de origen en discurso de la izquierda norteamericana, se fundamentan entonces en la indeterminación del lenguaje del Derecho (posición explicada previamente) y cómo este fenómeno facilita que sea maleable a los intereses de la Política. De esta manera las TCD apuntan a una reivindicación de la lucha política a través del Derecho como un instrumento idóneo para ello, así las cosas, por ejemplo, las luchas de las comunidades negras, indígenas o LGBTI son fieles exponentes del Derecho como herramienta para la consecución de unos fines políticos.

Duncan Kennedy, uno de los más conocidos representantes de las TCD nos dice que: “[...] *la manera como percibimos la legalidad bien puede variar dependiendo del carácter y la naturaleza de esta “yo quiero” que se enfrenta a “la ley”.*” (1999, p.97) Esta postura, se presenta también en los movimientos Realistas del Derecho, e indica que la imparcialidad del Juez no es real, ya que en la práctica un fallo judicial no es nada distinto a una posición personal y política de quien la emite disfrazada bajo un discurso legal que acude a normas. Este elemento irracional (pues las teorías tradicionales del Derecho no se atrevían a reconocerlo abiertamente) es lo que termina convirtiendo al Derecho en un instrumento legitimador de ideologías, es decir, una herramienta al servicio de una ideología política. En este orden de ideas, el Derecho legitima a través de normas o sentencias judiciales los pensamientos políticos de una clase dominante, esto a través del uso de los códigos “legal” o “ilegal” con los que se rotula aquello que es “aceptable” o “inaceptable” en una comunidad; de esta manera si dicha clase dentro de su ideología y tradición considera que la familia debe estar conformada por un varón (padre) y una mujer (madre), esta será la forma que el Derecho buscará garantizar y preservar a través de sus fuentes; de la misma manera, si la clase dominante necesita una posición “menos tradicional” (piénsese como estrategia para acaparar la simpatía de minorías para un fin ulterior), pues el Derecho a través de sus fuentes flexibilizará las condiciones sobre la conformación de la familia. Pasa igual con temas tan sensibles como el matrimonio igualitario, la adopción igualitaria, o la equidad de género. Vemos pues, como el Derecho es un simple subordinado de la política. Kennedy denominó a lo anterior “*preferencias ideológicas*”, y éstas se dan cuando:

Una preferencia ideológica liberal o conservadora es una tendencia a elegir normas jurídicas asociadas con el liberalismo o el conservadurismo. Una

preferencia puede ser obvia o difícil de discernir, puede ser reconocida o negada y puede ser consciente, inconsciente o semi-consciente. Una preferencia, es el uso común, es más que un patrón fáctico (aunque a veces los economistas la usan precisamente en este sentido limitado). Cuando imputamos una preferencia, suponemos que estamos brindando una explicación o una interpretación de una acción pautada, atribuyéndola a una disposición psicológica del actor. (2010, pp. 34-35)

Se puede apreciar entonces que la pretendida científicidad del Derecho edificada sobre la idea de imparcialidad del juez es un mito. Toda decisión judicial y toda norma es el resultado de una preferencia ideológica que al final será legitimada por las fuentes jurídicas a través de los rótulos “legal” o “ilegal”. Este proceso se hace a través de la interpretación que los jueces hacen de los enunciados normativos (como se dijo antes: indeterminados) para así “crear Derecho”:

La actividad de creación de Derecho de los jueces tiene lugar en el contexto de una estructura de normas jurídicas (frente a una determinada laguna, conflicto o ambigüedad en esta estructura). Los jueces resuelven problemas interpretativos a través de una forma de trabajo que consiste en reformular alguna parte de esta estructura, y luego desplegar un repertorio de argumentos jurídicos para justificar sus soluciones. Una modalidad importante de la influencia ideológica en la decisión judicial proviene de la interpenetración entre esta retórica específica y técnica de la justificación jurídica y la retórica política general del momento. (Kennedy, 2010, p. 29)

Una posición más moderada que la que plantea las TCD, supone pensar que el Derecho, si bien no es un subordinado de la Política, es en últimas una práctica política pues a través de él se desarrollan instituciones económicas, culturales, antropológicas o ideológicas. De esta manera se suaviza la relación entre Derecho y Política al ubicarla en un plano de colaboración más que de subordinación, es decir, el Derecho sería la etapa final de una obra colectiva hecha por la comunidad a lo largo del tiempo, etapa final que se concreta con obras -en este caso políticas públicas- los fines del Estado, al respecto Nino dice:

Lo que quiero proponer aquí es la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes en una obra colectiva. Esa obra colectiva es el desarrollo del Derecho vigente como parte de un proceso todavía más amplio, como lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad. Es evidente que sólo hombres excepcionales en circunstancias excepcionales -como Napoleón o Lenin- pueden controlar casi por completo la construcción de todo el orden jurídico y su entresijo de prácticas, costumbres, expectativas y actitudes culturales. Normalmente, aún los grandes constitucionalistas, legisladores, jueces o gobernantes, lo único que pueden hacer es contribuir de manera relevante a la obra común, que suele ser el resultado intencional o no intencional de millones de personas a lo largo de mucho tiempo. (2014, p. 140)

De lo anterior puede plantearse que el Derecho se constituye en un gran ejercicio narrativo, esto con especial énfasis en el tema de las políticas públicas. Partiendo de los derechos fundamentales como conceptos jurídicamente indeterminados (vagos o ambiguos) y del

papel del juez como un activista social, se puede presentar un escenario en el cual la forma como los jueces interpreten la realidad, imaginarios, valores, tradiciones y necesidades de una comunidad, sea definitiva para evaluar o formular una determinada política pública, ya que no es lo mismo un juez de corte conservador que propugna por una idea de familia tradicional, a aquel con una formación e ideología más liberal que siente más empatía con la lucha de minorías como la comunidad LGBTI. Las narrativas así entendidas están constituidas por elementos o datos sensibles que alimentan una historia que se incrusta en un todo formando un abanico de mundos posibles, un acontecer social y cotidiano que se somete al juez para obtener una transformación de la realidad (desde el ciudadano que busca su pensión hasta la pareja que busca ser tenida en cuenta como familia):

[...] pueden ser entendidas como “elaboraciones interpretativas de los sucesos” que dan una forma posible, un modelo, a una serie de datos informes. Ellas proveen una “heurística”, esto es, un método para descubrir lo que realmente ocurrió. Sin embargo, su característica principal es que ellas solamente proponen *posibilidades*, no importando qué tan lejanas ellas estén de la realidad. En ese sentido, las narrativas son como el diseño que forma un mosaico a partir de un montón de piezas de vidrio de colores. (Taruffo, 2007, p. 235)

Las narrativas en el Derecho y las Políticas Públicas surgen entonces como una forma de generar empatía entre los jueces y los contenidos de aquellas por lo que el denominado “Análisis narrativo de Políticas Públicas” (*Narrative Policy Analysis*) surge como una herramienta poderosa de conexión entre el Derecho como ejercicio comunicativo-narrativo y las Políticas Públicas:

[...] El *análisis narrativo* de políticas públicas (*Narrative Policy Analysis*) propuesto por Emery Roe (1994), que se inscribe dentro del llamado *giro argumentativo* de las políticas públicas y estima que alrededor de cada política se tejen relatos (*stories*) elaborados por distintos actores. En tal sentido, esta investigación considera que la Corte Constitucional es un actor más en el campo de las políticas públicas, por lo cual construye su propio relato que puede entrar en pugna con otros actores. (Cano, 2014, p. 438)

El escenario planteado también permite identificar la ubicación de la narrativa como una herramienta usada dentro del proceso electoral como “*estrategia política*” (Hampton, 2009, p. 232) lo que supone que también es un escenario de debate donde se entrecruzan los actores para así lograr la toma de una decisión correspondiente a una política pública. Sólo a través de una interconexión entre los actores a partir de las narraciones de sus valores, vivencias y deseos, puede llegarse a un acuerdo útil y empático para la adopción de políticas públicas exitosas.

El análisis narrativo de políticas públicas es un enfoque que facilita los puntos de vista de grupos divergentes en temas polémicos y provee un método de análisis para superar los dilemas. El proceso permite la yuxtaposición de expertos y el conocimiento local por medio de la narración de historias. (Hampton, 2009, p. 240)

2.4 Evolución del concepto de familia en Colombia

Siguiendo con lo anterior, el Derecho puede ser entendido como un ejercicio de narración en tanto todo acto de discurso (escrito u oral) apunta a la transmisión de un mensaje y la

consecución de unos fines a través del recuento de historias y la recreación de imaginarios individuales y colectivos. La narrativa del Derecho es entonces aquella estructura conformada por una acción, unos fines, unos motivos, unos agentes y finalmente unos resultados. Todos estos elementos, presentes por lo general en las acciones judiciales y las sentencias que de ellas se derivan, permiten que el Derecho pueda ser comprendido a partir de un concepto similar al de novela o relato, sólo bastaría con preguntarse asuntos básicos para encender la trama y poner en marcha la narrativa: *“En pocas palabras: estos términos u otros parecidos sobrevienen a preguntas sobre el qué, el por qué, el quién, el cómo, el con, o el contra quién de la acción”* (Ricoeur, 2004, p. 117).

Todo proceso judicial empieza con una narración y termina con otra. A través de la práctica narrativa se acceden a mundos fascinantes que sorprenden, emocionan, deprimen e invitan a la crítica. Cuando un individuo se acerca a la judicatura presenta a ésta un relato de su mundo y creencias, comparte sus experiencias de vida esperando respuesta en otro dialogo empático a sus creencias y pretensiones.

Narrar no es fácil. Hay que exponer lo preciso y sin complicaciones. [...] No todo el mundo vale para el caso. Si tocamos la historia argentina, queremos saber quién era San Martín y de dónde venía; quién le acompañó; por qué desoyó los llamamientos del Gobierno; etc. [...] Pensemos siempre que lo primero que necesita el juez es enterarse del caso. De suerte que el historiador es el primer literato que aparece en nuestra personalidad profesional. Más no basta el historiador. Viene después el novelista. Cada pleito es un problema de psicología. [...] Si atacamos a un usurero avariento, no nos debemos limitar a explicar el contrato abusivo hecho en su beneficio. Será conveniente que

saquemos a la luz sus antecedentes para hacerlo antipático al tribunal. Si estamos refiriéndonos a un muerto por accidente, no será lo mismo para la narración que el muerto sea un soltero o que sea un padre de familia con una docena de hijos en la miseria. Si estamos planteando una infidelidad conyugal, no podemos pintar de igual manera a la mujer que se extravió y a la que mostró siempre alma de empedernida prostituta. (Ossorio, 1975, p.156-158)

La narración está íntimamente ligada a la concepción de Derecho. El derecho al ser un instrumento que se involucra con la conducta del hombre y su juzgamiento, necesariamente se conecta con los ideales y aspiraciones del individuo, así las cosas, desde el ánimo de vindicación más genuino, hasta el anhelo de felicidad más puro, se esconden bajo narraciones que a veces rayan con lo increíble (el caso). De la misma manera encontramos en las sentencias judiciales posiciones tan sabias que sólo queda contemplarlas con enorme sobrecogimiento, sin olvidar que habrá algunas cuantas que nos harán sentir estupor por su desprolijidad e injusticia, cada narración es una vida puesta en texto y contexto: “*las ‘vidas’ son textos [...] sujetos a revisión, exégesis, interpretación.*” (Bruner y Weisser, 1995, p. 178) Así las cosas, la lucha del ser humano, la lucha que se da al interior del Derecho, del proceso judicial, es la lucha por la dignidad y por el respeto, es al anhelo de triunfo sobre la opresión. ¿Se pueden olvidar acaso relatos heroicos que inspiran? ¿Puede decirse acaso que una sentencia judicial no es un relato de triunfo de la dignidad propio de una epopeya?

Contamos historias porque, al fin y al cabo, las vidas humanas necesitan y merecen contarse. Esta observación adquiere toda su fuerza cuando evocamos la necesidad de salvar la historia de los vencidos y de los perdedores. Toda la

historia del sufrimiento clama venganza y pide narración (Ricoeur, 2004, p.145).

Nos encontramos ahora frente a las narrativas que supone abordar un tema tan polémico y variopinto como lo es el del concepto de familia (y sus implicaciones) bajo la Constitución Política de 1991. Es menester entonces viajar al pasado para reconstruir las narraciones que dan cuenta de las situaciones, motivos y estrategias que generaron un discurso que cambió la realidad de muchos, estas narraciones sólo se pueden concebir partiendo de un mundo histórico lleno de contrastes y sentimientos, de mundos paralelos y escondidos, “*mundos alternativos que echan nueva luz sobre el mundo real*” (Bruner, 2003, p. 24). Se trata entonces de relatar desde el inicio de los tiempos para así tener una mejor comprensión de la lucha y el resultado, pues “*el derecho busca legitimarse en el pasado; la ficción literaria, en lo posible.*” (Bruner, 2003, p. 31) De esta manera la importancia del Derecho como ejercicio narrativo radica en la capacidad de generar empatía con los otros pues a partir de la narración, de la exposición de un mundo a través de un relato (demanda judicial o sentencia), puede lograrse una conexión con situaciones del pasado y las consecuencias de un futuro dictado por la decisión judicial. La empatía que se logra con la narración enfrenta al individuo con realidades de mundos alternos y escondidos que ponen a tambalear las más firmes creencias y emociones: “*la literatura narrativa, cuando es buena, es el puente que facilita la comprensión empática [...] La metáfora y la narrativa son los medios por los que llegamos a comprender lo que inicialmente nos fue ajeno.*” (Gilligan, 1982, p. 874)

El abordaje de la temática sobre el concepto de familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido sencillo. A él se llegó gracias a los cambios que la Constitución Política de 1991 introdujo y que no eran nada distinto al reconocimiento de una realidad

alterna a la que tradicionalmente se había vuelto hegemónica. Así, la apertura a nuevas religiones, etnias y visiones políticas como resultado de un proceso constituyente pluralista terminaron afectando y cambiando, numerosas instituciones jurídicas y políticas del país, una de ellas la familia. Esta narración no es un proceso simple, requiere de valentía y precisión en ambos sentidos: tanto del individuo como del juez que determinará su suerte, de ahí que se deba pensar en los jueces como narradores que generen empatía con sus relatos, por lo que la capacidad narrativa –y literaria- es una virtud del buen juez, Martha Nussbaum en su *Justicia Poética* respalda esta idea pues dicha actitud judicial es necesaria “*para guiar a los jueces en sus juicios, a los legisladores en su labor legislativa, y a los políticos cuando midan la calidad de vida de gentes cercanas y lejanas.*” (1997, p. 25)

Pero como se dijo, dicho cambio no fue sencillo, por el contrario resultó problemático y sólo se logró después de intervenir otras instituciones tradicionales que suponían la base de lo que era “familia” para la sociedad y el Derecho en Colombia. Una de estas figuras, cuyo análisis bajo la nueva Constitución arrojó luces para posteriormente abordar el concepto de familia fue la del matrimonio, en especial su finalidad, composición y regulación.

Uno de los puntos más álgidos de la historia constitucional y social colombiana, por el impactó que aún genera, es el de la permisión del matrimonio entre personas del mismo sexo o igualitario. La razón radica en las consecuencias que dicha realidad generaría sobre los niveles de acceso que tendrían las parejas homosexuales para poder acceder a esta institución y así crear una familia protegida por la Constitución.

El debate que se ha generado en las sentencias de la Corte Constitucional he tenido un profundo impacto en la comunidad pues se trata de un tema que históricamente ha sido de

difícil abordaje dado sus connotaciones religiosas. Tres temas giran alrededor de esta polémica discusión: homosexualidad, matrimonio y familia; los tres enfrentados en un escenario político y jurídico que se concretará en una nueva realidad construida a través de la jurisprudencia. El choque entre el escenario religioso y el jurídico-político cobra aquí ribetes notables:

En Colombia, empero, la discusión sobre el tema sí parece tener una connotación religiosa más o menos clara. La oposición al reconocimiento social de la homosexualidad tiene sobretonos claramente teológicos; la posición que defiende el matrimonio “tradicional” usualmente lo hace desde conceptos igualmente “religiosos”. (López, 2016, p. 118)

Por tanto, la Corte ha manifestado una separación tajante entre “familia” y “matrimonio” a la hora de definir a este último en el Derecho colombiano. Inicialmente se señala que el matrimonio⁷ es tan sólo una figura formal o instrumental: una herramienta que permite lograr una obra posterior: la familia. De esta manera la Corte implícitamente reconoce, vía interpretación, que el matrimonio es una de las tantas formas existentes para crear familia, pero no la única. Esta posición de la Corte busca deslegitimar lo que se conoce como “*homofobia jurídica*” (López, 2016, p. 119) argumentando la tendencia abierta y progresista del Derecho en Colombia desde la Constitución Política de 1991, puntualmente en la

⁷ El matrimonio en el ordenamiento jurídico colombiano es concebido como una figura especial, en tanto si bien es un contrato según el artículo 113 del código civil: “*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*”, también es concebido por parte de la doctrina jurídica como una institución que genera a la familia.

interpretación del artículo 42 que trata sobre el concepto y función de la familia, así la Corte en sentencia C-886 de 2010 (M.P. Mauricio González Cuervo) ha establecido 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 como aquella surgida del vínculo matrimonial.

(Acápito 4.2.)

Esta reflexión jurisprudencial es de vital importancia para la realidad jurídica de aquellas parejas del mismo sexo que quieran poder ser parte del concepto de familia que la Constitución (ahora interpretada por la Corte) establece; ello porque se establece que tanto la persona como la pareja homosexual tienen en el instituto del matrimonio la posibilidad de crear familia (familia como finalidad) por lo que pensar en el vínculo matrimonial sólo como un medio es contrario a la interpretación constitucional. En otras palabras, la constitución de la familia es un fin en sí mismo avalado por la carta política, por lo que someterlo a la formalidad y solemnidad del contrato de matrimonio en una interpretación textual resulta injustificado.

Por eso, el punto central será mostrar que la persona y la pareja homosexual tienen un *derecho-fin*: el del reconocimiento de la familia formada por dinámicas espontáneas de interacción social. Por el contrario, esta misma familia no es titular de un *derecho-medio*: el de la constitución de la familia por medio de matrimonio formal y solemne. (López, 2016, p. 120)

Esta lectura del artículo 42 de la Constitución resulta “*entusiasta*” (López, 2016, p. 120) pues por primera vez en un texto constitucional se reflexiona y afirma acerca de la existencia de familia por fuera del concepto tradicional (como ya se dijo, dominado por la religión), y como consecuencia de ello se produce un avance al reconocer que la familia no sólo es el resultado del matrimonio formal en los términos del código civil, sino que también puede ser creada a partir de uniones convencionales de hecho, las adopciones, las de crianza y las monoparentales (especial y mayoritariamente las encabezadas por mujeres), las ensambladas, etc. Todas estas formas, que si bien es cierto no se encuentran explícitamente indicadas en el artículo constitucional, se desprenden de la familia como finalidad encaminada, primariamente, a la protección de los niños (que tienen derecho a una familia) pero también a la defensa de la libertad de elección de la persona y la pareja como elementos fundadores de la familia.

La Corte Constitucional, en su esfuerzo por mostrar una idea conceptual más moderna de familia también se refiere a la procreación endógena o directa⁸ como elemento determinante para su concepto. Sostiene que dicho requisito: “[...] *no es esencial en la constitución del matrimonio y familia porque ello vaciaría de sentido entonces a los vínculos establecidos sin propósito aparente de procrear.*” (López, 2016, p.121) Y ello es apenas entendible pues si un requisito esencial para la existencia del matrimonio o de la familia fuera la procreación, entonces una persona con esterilidad no podría celebrar dicho contrato (casarse) y tampoco formar una familia; en dicha situación caería también aquellas parejas que voluntaria y

⁸ La procreación endógena o directa se presenta con la unión del óvulo de la mujer y el espermatozoide de su pareja, por su parte la procreación exógena o indirecta es entre el óvulo de la mujer y el espermatozoide de un hombre (en este caso un tercero) que no es su pareja, ya sea conocido o desconocido. (Cf. Borrillo, 2012, pp. 177-174)

conscientemente deciden no tener hijos, o aquellos adultos mayores que por alguna razón crían a menores de edad, entre otros. Este argumento es crucial para que la Corte adopte un concepto social de familia que la aleja de concepciones biológicas o naturalistas que se centran en la procreación como elemento determinante para hablar de ella.

El concepto de familia ha evolucionado en los últimos años, lo que refleja uno de los cambios sociales más importante en la actualidad. En cuanto a su composición, no se puede hablar únicamente de familias nucleares mediante la unión entre un hombre y una mujer con roles plenamente establecidos y descendencia, pues las dinámicas familiares actuales obligan a tener en cuenta otras tipologías como las familias extensas, muy tradicionales en Colombia, integradas por diferentes parientes como abuelos o tíos, etc. Existen familias unipersonales donde no existe un núcleo familiar, o las familias monoparentales donde solo que se caracteriza por la ausencia de padre o madre, siendo estas conformaciones resultado de procesos de globalización, culturas, violencia intrafamiliar, entre otros factores que influyen los modos y estructuras de organización familiar. El porcentaje de hogares monoparentales cada día es mayor, las separaciones y divorcios entre parejas son cada vez más comunes y las familias compuestas también son representativas en tanto que las personas separadas o divorciadas vuelven a formar nuevos hogares con otras personas. (Departamento Nacional de Planeación, 2014, p. 7)

De esta manera la familia se construye sobre la ampliación de un concepto que ahora no sólo busca la protección de menores sino que también se erige sobre la libre asociación de quienes deciden conformarla (más allá del patrón de pareja mujer-hombre), que además también deben ser protegidos. Igualmente los menores que hagan parte de esta nueva estructura conceptual no tienen que necesariamente provenir de *“la reproducción biológica de la pareja adánica.”* (López, 2016, p.121) Así pues se sigue rompiendo, vía jurisprudencia, a la pareja conformada por un hombre y una mujer como paradigma social y creador de la familia (visión tradicional y hegemónica) y que proviene de la visión mitológica de la religión, en este caso católica, en especial del libro del Génesis: *“Creó, pues, Dios al hombre a imagen y semejanza suya, a imagen de Dios lo creó, varón y hembra creó.”* (Génesis 1:16) Así las cosas, la heterosexualidad es la que engendra la unión básica para la subsistencia de la familia pues: *“Por tanto el hombre dejará a su padre y a su madre y se unirá a su mujer, y serán una sola carne”.* (Génesis 2:24) Son numerosos entonces los pasajes bíblicos en los que se fundamenta la idea de familia a partir de la heterosexualidad y el fin de procreación únicamente. (Cf. Crane, 2006, pp. 1221-1259)

La Corte abandona entonces la interpretación textualista o literal del concepto de familia consagrado en el artículo 42 de la Constitución pues no es posible realizar un ejercicio hermenéutico que concluya una interpretación exegética de la palabra “familia” en los términos descritos párrafos arriba (heterosexualidad biológica basada en el mito adánico). Y ello se deriva de una interpretación teleológica o sociológica del enunciado constitucional que privilegie la finalidad o la intención de éste antes que su mera reproducción gramatical. En otras palabras: el textualismo como un abuso hermenéutico surge cuando se interpreta de forma literal las palabras de un enunciado normativo sin importar si con ello se llegase a una

conclusión absurda o cómica (vg. “*prohibido subir perros al metro*”, por lo tanto se puede ingresar con un tigre, pues expresamente se prohíben “perros”). Para combatir este abuso se propone un método teleológico-sociológico que se fundamenta en la finalidad del enunciado normativo en armonía con los valores, principios y tradiciones de la comunidad (el objetivo de prohibir un perro en el metro es garantizar la seguridad de los pasajeros y la higiene del vehículo, por lo tanto resulta absurdo tratar de subir un tigre).

Lo anterior llevó a que la Corte se apalancara en argumentos y análisis históricos y sociológicos acerca del momento que se vivía cuando se reunió la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 para debatir el contenido del texto constitucional. Como conclusión de este proceso se infirió que es imposible determinar con exactitud a qué tipo de “familia” se refería el constituyente al redactar el artículo 42, por lo que se debe asumir que, debido a que en su construcción se involucraron diversas ideologías, corrientes y grupos de presión, parece poco probable que se estuviese pensando sólo en un tipo de familia: la heterosexual y biológica, esto dada la pluralidad ideológica de los miembros de la Asamblea. El sólo texto escrito muchas veces no es suficiente para obtener la verdadera intención de su creador dada la complejidad que supone el proceso político y los textos constitucionales que resultan de éste, al respecto la Corte en la misma sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gerardo Mendoza Martelo) dice:

[...] con fundamento en un criterio que ya es usual en el derecho constitucional contemporáneo, se afirma que es difícil establecer la voluntad de un órgano de composición plural y heterogénea con el solitario apoyo de los textos suscritos por los ponentes y que sirvieron de base a las discusiones anteriores a la adopción de un texto. Que no suele ser la expresión de una

tendencia, sino del resultado de un compromiso entre las distintas vertientes representadas en el seno de cuerpos colegiados. (Acápito 4.1)

En consecuencia una interpretación jurídica textualista del concepto de familia no es un verdadero ejercicio hermenéutico en tanto no es posible atribuir un significado al término a partir de aquello que se infiere gramaticalmente exclusivamente, por ello es necesario indagar por la finalidad de la norma y las circunstancias históricas que propiciaron su aparición; en este caso hablamos de la necesidad de protección de los menores y la garantía de la libertad de elección de la persona y la pareja sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen o ideología (principio también contenido en la Constitución).

Por vía de interpretación textualista de la Constitución, la familia no está formada necesariamente por la pareja adánica. Se trata de una realidad social más compleja, formada por “vínculos naturales” que el Estado debe reconocer y proteger. La familia nuclear biparental sigue siendo la imagen más tradicional de la familia, pero ya se reconoce que las familias se forman y reconfiguran de muchas maneras complejas, fruto a veces de planes voluntarios de vida y a veces a la contingencia de las vicisitudes vitales. A pesar de ello, estas formaciones alternativas no pueden terminar siendo desprotegidas por el Estado. (López, 2016, p. 123)

Lo anterior lleva a consideraciones acerca de que también existe, por ejemplo, un tipo de familia monoparental con especial énfasis en el liderazgo de la mujer llamada “*madre cabeza de familia*” y que en la narrativa jurisprudencial de la Corte se constituye en un sujeto de

especial protección⁹. Este tipo de familia se ha abierto espacio en Colombia hasta el punto de ser la más numerosa. La denominada “*jefatura femenina*” es la base de esta forma de familia monoparental. Un documento del Departamento Nacional de Planeación muestra como en una gran cantidad de hogares colombianos esta figura está presente:

En las encuestas de hogares, la jefatura de hogar se designa por reconocimiento. Es decir, el jefe de hogar es aquella persona del hogar que los demás miembros reconocen como tal. Generalmente, por razones culturales, cuando el hogar está compuesto por una pareja heterosexual, la tendencia es a reconocer al hombre como el jefe de hogar. Las mujeres, al quedar solas por separación, divorcio o viudez, asumen la jefatura del hogar.

(Departamento Nacional de Planeación, 2014, p. 17)

Lo anterior es una muestra de cómo el concepto de familia se ha venido desmarcando de aquel tradicional biparental y heterosexual para recalar en unos más amplios, pragmáticos y finalistas. Ante este panorama el Estado, a través de su aparato judicial debió ofrecer protección a estas nuevas formas que no eran cobijadas por la tradición y la religión ya que “*La conciencia religiosa tiende a ser moralista y a sancionar la expresión de la sexualidad, la procreación y la formación de la familia por fuera de las normas que prescribe.*” (López, 2016, p. 124) Bajo este entendido la Corte Constitucional interpretó de manera correcta la

⁹ La Corte Constitucional en numerosas sentencias ha establecido una protección especial a la mujer cabeza de familia en desarrollo de los artículos 5, 13, 43 y 44 de la Constitución. Las sentencias más relevantes son: T-102 de 2012, T-692 de 2009, T-646 de 2006, T-1086 de 2006, C-184 de 2003, C-964 de 2003, C-044 de 2004). Dicha protección se ve reflejada en diversos ámbitos como el laboral, entre otros.

nueva composición social e ideológica del pueblo colombiano desligando al escenario moral tradicional representado por la mayoritaria composición católica de sus habitantes de un Estado laico con unos fines generales alejados de una religión dominante o una tradición excluyente. La Corte se adaptó así a una nueva época y como consecuencia de ello se vieron resultados importantes en el concepto de familia que permitieron, por primera vez, alejar su concepto del yugo de una forma tradicional y excluyente que limitaba los derechos de las minorías.

Dicho escenario fomentaba la idea de una familia tradicional, impoluta y moralmente aceptable en oposición a una que no podía ser considerada como tal dado su carácter impuro, accidental e inmoral. Pero detrás de este razonamiento se escondía una realidad innegable: en la práctica lo que era inaceptable como familia no era nada distinto a situaciones de hecho que estaban alejadas de una mentalidad religiosa dominante, pues al final eran tan sólo el resultado de contingencias inevitables. Se partía erróneamente de que para constituir una familia debía existir una intención o voluntad para ello, de ahí que todo acto involuntario o culpable se asumía como inmoral, se tiene aquí una clásica falacia naturalista: la familia se conforma y desarrolla en virtud de unos postulados extraídos (falsamente) de la naturaleza, que impone un macho y una hembra para la fecundación y crianza de un descendiente, por lo que todo aquello que atente contra ese hecho natural resulta inmoral por anti-aural. En otras palabras: la realidad mostraba que la familia no se basaba en un concepto natural y que por no serlo no podía ser tildada de inmoral y por ende excluida. Situaciones contingentes entonces, que podían ser consideradas creadoras de un sentimiento llamado familiaridad, eran excluidas pues atentaban contra lo natural y tradicional:

[...] había una época en la que incluso formas “no culpables” de familia alternativas eran socialmente sancionables en todo caso con el reproche, la exclusión y la vergüenza: las relaciones de crianza eran escondidas y presentadas como relaciones naturales o como abandonos o infortunios que no generaban solidaridad sino, incomprensiblemente, reproche; la recomposición familiar por vía de ensamblaje (los míos, los tuyos, los nuestros) era proscrita porque implicaba casi siempre un atentado contra la inviolabilidad del matrimonio religioso anterior; la monoparentalidad era igualmente vergonzosa porque revelaba siempre debilidades de carácter que manchaban, no solamente al que cometía la falta de abandono, sino a su familia entera; incluso la adopción era vista como una final y extrema alternativa frente a la fatalidad de la esterilidad. (López, 2016, p. 124)

En conclusión, la posición de la Corte es la de mostrar que es un error tratar de asumir el concepto de familia como algo estrictamente natural y biológico, hacerlo sería desconocer no sólo la realidad social, sino también desconocer la finalidad de los valores y principios de la Constitución que están dispuestos para proteger a la familia en su papel de núcleo esencial de la sociedad. La familia es un concepto complejo, interdisciplinario y pluritemático que involucra la historia, costumbres y prácticas de una comunidad, apuntando siempre a un sentimiento de protección cariño y empatía entre sus miembros.

Consideramos que la familia con su conjunto de valores y estructura es suma integrada de influjos y presiones que emanan del todo institucional y de la cultura. Lo que se ha venido reflejando en un devenir histórico, resultante de un ambiente social creado por el total institucional: economía, religión,

socialización, poder político, ley, etc., y por un cerco cultural tratando la familia de adecuarse a estos influjos institucionales. (Gutiérrez y Vila, 1988, p. 29)

Hechas estas consideraciones y reconstrucciones a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, la pregunta que surge necesariamente es si una pareja del mismo sexo puede constituir o no familia. A continuación se tratará esta temática.

Como se comentó anteriormente, la interpretación tradicional que se tenía en el ordenamiento jurídico colombiano sobre el concepto de matrimonio se cimentaba en una visión conservadora y excluyente que concebía a esta figura como la única que podía generar familia (además sólo en una modalidad adánica: varón-mujer). La razón de esto subyacía en los fines que perseguía el contrato de matrimonio de acuerdo con la legislación: procreación, convivencia y mutua ayuda. Esta definición resultaba tan ajustada que parejas del mismo sexo veían imposible el acceso a tal figura pues su redacción estaba decididamente orientada a la exclusión, como consecuencia de esto, al no poder acceder a la figura matrimonial era imposible también acceder a la conformación de una familia.

La Corte consideró que esta situación no podía ser tolerada por el ordenamiento constitucional colombiano en tanto no podía dejarse sin la posibilidad de crear familia a aquellas personas que estuviesen excluidas de un concepto cuya definición, de hecho, era ya cortante. En la sentencia hito C-577 de 2011 (M.P. Gerardo Mendoza Martelo) la Corte aborda esta situación haciendo una interpretación “*comprehensiva*” (López, 2016, p. 126) del artículo 42 constitucional, es decir, una postura interpretativa que busque integrar a grupos sociales minoritarios para garantizar la igualdad, una postura interpretativa contraria, es

decir, aquella que como resultado arroje exclusión, no estaría acorde con la Constitución, dice la Corte en la citada providencia:

La diferencia fundada en que sólo la pareja heterosexual puede constituir familia, no puede servir de base para negar *prima facie* el carácter asimilable de estos dos tipos de pareja respecto al contrato de matrimonio y que tampoco la adscripción a la noción de familia puede justificar, *per se*, el trato diferente. (Acápito 2.4)

El avance es notorio con este fallo, López Medina al respecto sostiene:

En el sentido estrecho y tradicional, la pareja homosexual no puede llegar a constituir familia y por esa misma razón, no podría acceder al matrimonio (y ni siquiera a la UMH¹⁰ como hemos visto ya). El objetivo de estas páginas de la sentencia de la Corte se encamina a cambiar esta posición jurisprudencial, y por tanto, generar un avance en el reconocimiento de derechos. (2106, p. 126-127)

La Corte Constitucional desde el 2007 también ha empezado a generar un ámbito de protección más amplio respecto de las parejas del mismo sexo generando sentencias que protegen los intereses y derechos de la comunidad LGBTI. A juicio de la corporación, existe una desprotección para este grupo de población, evidenciable en el odio y la discriminación que deben soportar en la cotidianidad. Sumado a lo anterior, en muchas partes del mundo se

¹⁰ Unión Marital de Hecho. La Ley 54 de 1990, en su art. 1º define como tal a la UMH “*la unión formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.*” En el lenguaje coloquial también se la conoce como “unión libre”.

han venido garantizando los derechos de esta comunidad, por lo que es apenas normal empezar a estar a tono con las posturas internacionales de protección a grupos monotemáticos. En la sentencia C-577 de 2011 (M.P. Gerardo Mendoza Martelo), se manifiesta que el artículo 42 de la Constitución ha sido interpretado erróneamente pues se infiere que la familia y el matrimonio son figuras exclusivas y obligatorias para heterosexuales; pero haciendo un ejercicio interpretativo textualista la Corte llega a una conclusión interesante: Una lectura textualista (literal) del artículo 42 de la Constitución implica tres tesis: i) “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, ii) “se constituye por vínculos naturales o jurídicos” y iii) “por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”.

Ahora, si bien es cierto no se discute la primera tesis, pues la familia es en esencia el núcleo de la sociedad y de su protección depende la formación de ciudadanos comprometidos con los valores y los principios de un Estado Democrático, son discutibles las tesis dos y tres. Y lo son porque presentan un conector de disyunción “o” por lo que no se trata de condiciones que deban cumplirse simultáneamente para que cumplan su fin (no es lo mismo afirmar “prohibido comer y hablar en el salón” a afirmar “prohibido comer o hablar en el salón”). De esta manera si analizamos la segunda tesis tenemos que la familia puede ser constituida por un vínculo o bien natural o bien jurídico por lo que una familia también puede ser constituida aun cuando no ha sido resultado de una condición biológica como la procreación. Pero el verdadero impacto llega en la tesis tres, pues el conector disyuntivo que la expresión “*la voluntad responsable de conformar*” familia no estaría sometida a la condición de heterosexualidad, en otras palabras, no es cierto que se conforme familia sólo por el vínculo

matrimonial, hay otra opción que ofrece el texto: la voluntad de una pareja. Con esto queda claro que la corte abre el concepto de familia a parejas del mismo sexo:

La familia es una realidad dinámica, longitudinal, compleja: somos miembros de diversas configuraciones familiares a lo largo de nuestras vidas; el concepto es fluido y múltiple, influenciado por la historia personal, por el multiculturalismo y por la diversidad social. (Sentencia C-075 de 2007, M.P. Jaime Araujo)

Se logra entonces por primera vez un concepto amplio de familia a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que recoge diversas narrativas e imaginarios forjados a través del tiempo. De la interpretación textual del artículo 42, cuyo resultado se ajusta a los parámetros constitucionales, se obtienen no sólo un concepto amplio e incluyente, sino que se derivan consecuencias notables: La primera es que la familia no se funda necesariamente por una pareja, es decir, se elimina la condición obligatoria de biparentalidad. Así las cosas una “madre cabeza de familia”, un padre soltero, etc., pueden conformar familia. La segunda es que la familia no está necesariamente atada a la heterosexualidad en tanto parejas del mismo sexo pueden conformarla por una decisión libre y responsable. Una tercera consecuencia es que el fin de la familia no es exclusivamente la procreación y cuidado de los hijos, pues de ser así se estaría excluyendo de la posibilidad de formar familia a aquellas personas que por razones biológicas (esterilidad) o por una simple elección de vida no deseen hijos con su pareja. Una cuarta consecuencia radica en que la familia no se puede entender como una institución exclusivamente ligada al cuidado de hijos propios, pues al excluir a la adopción como forma de generación de familia se estaría sacrificando el derecho de los menores -que por circunstancias accidentales se encuentran por fuera de un núcleo familiar- a pertenecer a

una familia responsable y amorosa. Finalmente, una quinta consecuencia sería que la familia ni siquiera tendría que ser monogámica, pues la realidad muestra que esta figura es tolerada en la sociedad.

De lo anterior surge una nueva concepción de familia bajo la Constitución de 1991: “*Se trata de una comunidad de afecto, cuidado y solidaridad, independiente de su configuración.*” (López, 2016, p.131) Por lo tanto, frente al enfoque tradicional del concepto de familia hay ahora dos notables diferencias: En primer lugar, para la noción de familia pasa a un segundo plano el aspecto sobre quiénes la conforman para dar paso al propósito o la intención, es decir, lo principal para que exista una familia es el ánimo de cuidado, solidaridad y afecto entre sus miembros más allá de su condición biológica. En segundo lugar, los propósitos de afecto, solidaridad y cuidado se amplían a personas que se encuentran en situación de abandono o que por cuestiones contingentes no son el resultado de una relación matrimonial en el sentido tradicional.

Bajo las anteriores consideraciones y narrativas es claro que una pareja del mismo sexo puede acceder al concepto (ahora ampliado por jurisprudencia) de familia, la Corte lo ha manifestado de esta manera:

Conforme ha sido expuesto, la interpretación tradicional del artículo 42 de la Carta que ha permitido sostener que la única familia constitucionalmente reconocida es la heterosexual y monogámica consiste en ligar los vínculos jurídicos que le dan origen a la mención “la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio” y los vínculos naturales de la frase “por voluntad responsable de conformarla”, de donde surge que sólo el matrimonio

y la unión marital de hecho entre un hombre y una mujer son las dos clases de familia que la Constitución protege [...] En el orden puramente literal se plantea, entonces, una nueva interpretación del primer inciso del artículo 42 superior y antes de decidir sobre la plausibilidad de la interpretación ofrecida como alternativa a la que ha predominado en la jurisprudencia, la Sala considera indispensable examinar cuál ha sido el debate que alrededor del concepto de familia se ha surtido en el seno de la Corporación, pues aunque en las sentencias sobre protección a parejas homosexuales la cuestión no se ha tratado o no ha sido argumento de carácter principal, lo cierto es que, como se ha alcanzado a poner de manifiesto, se han presentado aclaraciones y salvamentos de voto que invitan a abordar el tema y a replantear la jurisprudencia que sobre él se ha producido. (Sentencia C-577 de 2011. M.P. Gerardo Mendoza Martelo)

Para finalizar, es necesario resaltar el notable papel que ha cumplido la Corte Constitucional en la interpretación del concepto de familia y las consecuencias que ello ha traído para aquellos que históricamente habían sido excluidos de la posibilidad de constituir una. Son de amplio conocimiento casos que se han resuelto a partir de una concepción más amplia y garantista de los derechos fundamentales de las parejas del mismo sexo y sus implicaciones para el concepto de familia. Un ejemplo de lo anterior es la sentencia SU-617 de 2014 en donde la Corte da la razón a las accionantes: una pareja de madres en unión permanente de hecho, quienes son autorizadas para la adopción de una menor de edad –hija biológica de una de las mujeres-, se abrió así la posibilidad de la adopción homobiparental, lo cual fue celebrado como un triunfo por la comunidad LGBTI y sus simpatizantes.

Otro ejemplo es la Sentencia C-071 de 2015, en donde la Corte realiza un análisis integral de todos los posibles escenarios y consecuencias de la adopción igualitaria (homo-biparental). En esta providencia la Corte establece que: i) la pareja del mismo sexo puede adoptar de manera complementaria a la filiación natural, cuando el compañero permanente del padre o madre biológicos adopta a este hijo en una forma específica de ensamblaje familiar donde *“tus hijos pasan a ser mis hijos también”* (López, 2016, p. 198), ii) la adopción puede ser conjunta pues se puede asumir dicha maternidad o paternidad sin que haya un vínculo previo con el adoptado y iii) la adopción puede ser consecutiva, cuando se adopta por parte de un miembro de la pareja a un hijo que previamente había sido adoptado por el otro miembro. Cabe mencionar también la Sentencia SU 696 de 2015 dada por la Sala Plena de la Corte, y trata sobre la posibilidad que tienen las personas del mismo sexo de adoptar e inscribir en el registro civil de nacimiento a los menores adoptados.

Como se ha podido apreciar, muchas han sido las batallas que se han librado, muchas las páginas de fallos que se han escrito y numerosas las polémicas que se han formado con la postura de la Corte Constitucional respecto de la familia, el matrimonio igualitario y afines. Pero al sol de hoy tenemos la seguridad de un concepto de familia amplio y concordante con los postulados de dignidad, igualdad y libertad que consagra la Carta Política de 1991 a partir de un ejercicio hermenéutico comprensivo y riguroso que abandona el textualismo y la gramática como única forma de dotación de sentido de los enunciados normativos, para pasar a un análisis interpretativo más cercano a las intenciones y a las empatías sociales.

Pese a que es imposible conocer el futuro político de nuestra nación y del mundo, la lucha se ha dado –y se sigue dando-, se han logrado cambios palpables a través de las narrativas de los jueces, narrativas que modifican, crean o extinguen realidades para la gloria de muchos

o el infortunio de otros que no piensan como aquellos. La ideología y tradiciones de un pueblo no pueden borrarse de un plumazo y de un día para otro, se construyen fallo a fallo, argumento tras argumento y con una adecuada pedagogía constitucional.

Es cierto que existen tradiciones fuertemente arraigadas, pero éstas sólo se pueden cambiar cuando se tome conciencia de que no aportan al crecimiento del país ni al fortalecimiento de los lazos solidarios y afectivos entre los miembros de la comunidad, mientras la tradición excluya sin una razón válida a la luz del ordenamiento jurídico, ésta no puede ser considerada benéfica. El escenario sigue siendo polémico y siempre habrá posturas extremas, pero el papel del juez es alejarse de las pasiones propias de los discursos incendiarios, la intuición y el fanatismo, para alcanzar un discurso racional, razonable y acorde a los postulados del Estado Social de Derecho y la Dignidad humana, en ese orden de ideas la Corte Constitucional Colombiana, hasta ahora, ha podido interpretar esta partitura con armonía y decoro.

3 LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO ACTOR EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE FAMILIA EN COLOMBIA.

A continuación, se presentará el análisis de las jurisprudencias más relevantes de la Corte Constitucional y que tratan sobre reflexiones en torno al concepto de familia. En las fichas que se relacionan se encontrará, aparte de su identificación, el Magistrado ponente, un resumen de los hechos jurídicamente relevantes, la *ratio decidendi*¹¹, es decir, la “*formulación general, más allá de las particularidades irrelevantes del caso, del principio, regla o razón general que constituye la base de la decisión judicial específica*” (Corte Constitucional, sentencia SU-047 de 1999, p. 53), o en otras palabras, las razones que llevan a la Corte a adoptar una determinada decisión.

El análisis jurisprudencial es una herramienta bastante útil para el asunto que nos ocupa en tanto:

[...] es un espacio de reflexión que se da entre un investigador o intérprete frente a un grupo de sentencias emitidas por las altas cortes o instancias menores dentro de la jerarquía de producción de jurisprudencia en determinado contexto judicial. Dicho análisis indagará por la argumentación que hacen los jueces frente a determinado problema que ha sido propuesto por el investigador y frente al cual se busca encontrar respuestas en forma de fallos judiciales, que permitan al investigador sacar conclusiones frente a

¹¹ La *ratio decidendi* está constituida por los fundamentos jurídicos sobre los cuales un tribunal argumenta su decisión. Dichos argumentos tienen un carácter vinculante para el propio tribunal y para los tribunales que son inferiores jerárquicamente, es decir, ante situación fácticas similares, deben obedecerse los argumentos dados por el tribunal (en este caso la Corte Constitucional).

cómo se está resolviendo tal problema por parte de los jueces. (Coral-Díaz, 2012, p. 19)

3.1. Las sentencias de la Corte Constitucional en material de familia en Colombia.

Las sentencias analizadas fueron las siguientes: T-090 de 1994, C-174 de 1996, C-098 de 1996, C-742 de 1998, T-586/99, T-503/99, C-814/01, C-075/07, C-811/07, C-336/08, T-716 de 2011, C-577/11, C-238/12 y T-606/13

Las sentencias, como se dijo anteriormente, fueron seleccionadas debido a su aporte sobre la temática del concepto de familia. Cabe anotar que al ser pocas las decisiones (no por ello algunas irrelevantes) el ejercicio recolectó todos y cada uno de los pronunciamientos del alto tribunal.

Si bien es cierto no existe un orden determinado que permita establecer un patrón de periodicidad respecto de las sentencias analizadas, es necesario, para proceder a una mejor comprensión de las fichas expuestas, que los argumentos relevantes se encuentran en la *ratio decidendi*, pues en ella, se verán evidenciados los argumentos que ya se han expuesto a lo largo del trabajo.

3.1.1 El análisis jurisprudencial de las sentencias.

FICHA DE ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL
--

Identificación de la Sentencia:	T-090 de 1994
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Hernando Herrera Vergara
Resumen de los hechos relevantes:	<p>El señor Yesid Álvarez interpuso acción de tutela a nombre de su menor hijo, Edwin Mauricio Álvarez Álvarez, dado que fue seleccionado para prestar servicio militar obligatorio en la Policía Nacional el 7 de Diciembre de 1992.</p> <p>Para la fecha, el menor convivía en union marital de hecho con la madre de su menor hija, quienes dependen económicamente de él.</p> <p>Se solicita se le exonere de prestar el servicio militar debido a su obligación económica.</p>
<i>Ratio decidendi:</i>	<p>La Corte Constitucional resalta que en algunas ocasiones además de los derechos del conscripto pueden verse comprometidos los derechos de miembros de su familia y en particular los correspondientes a los hijos menores de edad. Surge de tal manera una indiscutible incompatibilidad entre los deberes que el llamado a filas debe atender respecto del Estado y aquellos otros deberes u obligaciones que la misma Carta le impone en relación con su familia. La exigencia simultánea de unos y otros "genera un conflicto de derechos e intereses jurídicamente</p>

protegidos, debiendo el Juez Constitucional realizar una cuidadosa sopesación de los valores, derechos, principios y deberes en conflicto". (Sentencia 491/93)

Según lo anterior, puede entenderse el Artículo 42 de nuestra carta magna, al afirma que "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".

Así las cosas, cuando a la ausencia del padre, causada por la prestación del servicio militar, se suman circunstancias que tienen que ver con el desempleo y la desprotección de la madre de los menores, puede presentarse una vulneración de los derecho fundamentales que el Artículo 44 de la Constitución reconoce a los niños. En la Sentencia No. 326 de 1993, se consignaron los siguientes planteamientos que en esta oportunidad reitera la Sala.

"El servicio militar, a pesar de constituir un deber de los colombianos y un derecho de la patria a exigirlo, no puede sobreponerse a los intereses de los niños, que la Constitución Política consagró como derechos fundamentales y les reconoció una evidente preeminencia sobre los derechos de los demás (C.P. Artículo 44). Pretender lo contrario, significa ignorar esa primacía que el Estado no puede desconocer, porque uno de sus fines esenciales, al decir del Artículo 2o. de la Carta, es el de `garantizar la efetividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución".

	<p>Cuando la ley exencionó del servicio militar al "varón casado que haga vida conyugal (ley 1a-45,f,) estaba defendiendo la familia, que de acuerdo con los criterios éticos- jurídicos que primaban antes de la nueva Constitución, merecía protección únicamente cuando se formaba por el vínculo matrimonial; pero a la luz de los principios profesados por los constituyentes de 1991, la familia que se origina entre compañeros permanentes, en las condiciones previstas por la ley, merece también reconocimiento y protección; de manera que el varón en estas condiciones debe ser igualmente objeto de la exención que se otorga al casado.</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-174 de 1996
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Jorge Arango Mejía
Resumen de los hechos relevantes:	<p>El demandante solicita se hagan extensivos a los compañeros permanentes los derechos de los cónyuges en relación con la vocación hereditaria, el optar por porción conyugal y el solicitar alimentos. Agrega que debe dictarse por esta Corte una sentencia integradora.</p>

	<p>Considera vulnerados los derechos constitucionales fundamentales a la igualdad, porque se prohíbe la discriminación por razones de origen familiar y, a la libertad de conciencia, por constreñirse a las personas a contraer matrimonio para ser titular de dichos beneficios.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>La Corte estableció que si bien es verdad que en el artículo 42 de la Constitución, se reconoció que 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". Pero de ahí a sostener que la Constitución estableció la igualdad entre el matrimonio y la unión libre, hay mucha distancia. El matrimonio es diferente de la unión libre, y, por lo mismo, difieren entre sí las situaciones jurídicas de los cónyuges y de los compañeros permanentes.</p> <p>En razón de las diferencias que la Constitución y la ley establecen entre el matrimonio y la unión libre, la ley consagra obligaciones y derechos diferentes para los cónyuges y los compañeros permanentes.</p> <p>El juez constitucional no puede crear una igualdad entre quienes la propia Constitución consideró diferentes, es decir, entre los cónyuges y los compañeros permanentes. Como se ve, no se quebranta el principio de igualdad consagrado en la Constitución, cuando se da por la ley un trato diferente a quienes están en situaciones diferentes,</p>

	<p>no sólo jurídica sino socialmente. No se olvide, como se ha dicho, que cónyuges y compañeros permanentes, tienen un estado civil diferente, según lo prevé el último inciso del artículo 42 de la Constitución. Y que el estado civil, como se ha dicho, trae consigo derechos y deberes, acordes con él y fijados por el legislador, según la evolución social.</p> <p>En consecuencia, si el legislador estima conveniente asignar vocación hereditaria al compañero permanente supérstite, en la sucesión del otro fallecido, en sus manos está dictar la ley respectiva. Pero, se insiste, no corresponde a la Corte Constitucional modificar las leyes que regulan esta materia.</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-098 de 1996
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Eduardo Cifuentes Muñoz
Resumen de los hechos relevantes:	El ciudadano Germán Humberto Rincón Perfetti demandó la inconstitucionalidad de los artículo 2° de la Ley 54 de 1990 “Por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros

	<p>permanentes”; por considerarlos violatorios de los artículos 1, 13, 16, 18 y 21 de la Constitución Política.</p> <p>Se coarta el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad (C.P., art. 16), pues si bien se admite que la sexualidad del individuo pueda orientarse hacia personas de su mismo sexo, la ley le niega protección a la comunidad de vida que en este caso puede formarse.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>La Corte Constitucional establece que las disposiciones demandadas, adoptadas por el legislador, no prohíben ni sancionan el homosexualismo. Se limitan a tratar los aspectos patrimoniales de un determinado tipo de relaciones. No se descubre en ellas censura o estigmatización de ningún género hacia las parejas homosexuales. El hecho de que la sociedad patrimonial objeto de la regulación, no se refiera a las parejas homosexuales, no significa que éstas queden sojuzgadas o dominadas por una mayoría que eventualmente las rechaza y margina. La ley no ha pretendido, de otro lado, sujetar a un mismo patrón de conducta sexual a los ciudadanos, reprobando las que se desvían del modelo tradicional.</p> <p>No obstante se admita, en gracia de discusión, el término de comparación sugerido por el demandante (la comunidad de vida), y se pase de largo sobre las notables diferencias fundadas en el artículo 42 de la Constitución Política que separan los dos tipos de parejas, habría que concluir - en el supuesto adoptado como premisa - que se trata de personas pertenecientes a grupos minoritarios o</p>

	<p>discriminados por la sociedad. En este orden de ideas, sin pretender santificar o perpetuar las injusticias existentes, no parece razonable que se supedite la solución de los problemas que enfrenta una clase o grupo de personas, a que simultáneamente se resuelvan los de otros grupos o se extienda de manera automática la misma medida a aquellas personas que si bien no están cobijadas por la norma legal soportan una injusticia de un género más o menos afín. Si así debiera forzosamente proceder el Legislador, la soluciones serían más costosas y políticamente más discutibles, y en últimas sufrirían más todos los desvalidos y grupos débiles que verían alejadas las posibilidades reales de progreso y reivindicación de sus derechos.</p> <p>Sería deseable que el Legislador, en un único acto, eliminara todas las injusticias, discriminaciones y males existentes, pero dado que en la realidad ello no es posible, esta Corte no puede declarar la inexecutable de una ley que resuelve atacar una sola injusticia a la vez, salvo que al hacerlo consagre un privilegio ilegítimo u odioso o la medida injustamente afecte a las personas o grupos que todavía no han sido favorecidos.</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-742 de 1998
Corporación que la expide:	Corte Constitucional

Magistrado ponente:	Vladimiro Naranjo Mesa
Resumen de los hechos relevantes:	<p>La ciudadana Claudia Lucía Granados Talero, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandó la inexecutable de los artículos 537 y 592 del Código Civil.</p>
<i>Ratio decidendi:</i>	<p>La Carta Política de 1991 reconoce implícitamente la autoridad paterna de ambos progenitores sobre los hijos de familia. Así lo hace al indicar en su artículo 5° que "El Estado... amparará a la familia como institución básica de la sociedad", ya que este amparo necesariamente tiene que comenzar por defender su estructura básica, uno de cuyos componentes es la autoridad de los padres, como lo indica la naturaleza de las relaciones familiares comunes en la especie humana. En este mismo orden de ideas, el artículo 42 superior indica que "La familia es el núcleo fundamental de la sociedad" y que el "Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia". Por su parte, el artículo 68 de la Carta, señala que los padres de familia tienen el "derecho de escoger el tipo de educación de sus hijos menores", facultad que sólo tiene explicación sobre la base del reconocimiento implícito de la autoridad paterna.</p> <p>La Constitución como las normas civiles reconocen la autoridad paterna sobre los hijos menores de edad, y el</p>

	<p>correspondiente deber de respeto y obediencia en cabeza de los hijos, deber que en su connotación moral o psicológica, se proyecta más allá de la mayoría de edad.</p> <p>La Corte concluye que la presunción general de ausencia de un consentimiento libre en cabeza del hijo para llevar a cabo la administración de los bienes de su padre, resulta razonable. La solución contraria, además de romper el orden normal de los papeles en el seno de la familia colombiana, atenta contra el orden jerárquico que fundamenta la estructura familiar, y sería, por ello, fuente de conflictos intrafamiliares, con lo cual se desconoce el propósito constitucional de propender por la armonía y la unidad de la familia como núcleo o fundamento de la sociedad. (Art. 42 C.P.)</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	T-586/99
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Vladimiro Naranjo Mesa
Resumen de los hechos relevantes:	<p>El señor Jorge Alberto Negret Van Arcken contrajo matrimonio con la señora Cielo Roldán Barrios, de la unión nació Malka Negret Roldán, quien tiene 6 años.</p> <p>Los señores Jorge y Cielo dieron fin al matrimonio y la custodia de la menor quedó en cabeza del padre.</p>

	<p>El señor Jorge se encuentra en unión marital de hecho con la señora Claudia Osorio Gómez; quienes convivían hace 19 meses.</p> <p>El accionante se encontraba laborando en Saludcoop, entre los meses de mayo y octubre de 1997 estuvo afiliado a Comfenalco y recibía los pagos de subsidio familiar en dinero por su hija. Desvinculado de esta relación laboral, su compañera, quien trabaja para la firma “Nases” y por ello está afiliada a Comfenalco, solicitó el pago del subsidio familiar para Malka, pero este le fue negado por no ser hija de la señora Claudia.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>El tenor del artículo 42 de la Constitución Política es el siguiente:</p> <p>“ARTICULO 42. 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.”</p> <p>La hermenéutica de la anterior disposición lleva a concluir que el constituyente quiso expresamente otorgar reconocimiento jurídico a la familia que proviene de la unión libre entre compañeros permanentes, y ubicarla en un pie de igualdad ante la ley respecto de la familia que se constituye a partir del matrimonio. Los antecedentes de la disposición, en la Asamblea Constituyente, no permiten arribar a una conclusión diferente. En efecto, se dijo entonces lo siguiente:</p>

	<p>“No es necesario discutir ... por qué la familia es el núcleo, principio o elemento fundamental de la sociedad. Se reconoce a ella éste lugar de privilegio dentro de la escala social porque todos deberíamos nacer, vivir y morir dentro de una familia”.</p> <p>La jurisprudencia constitucional reiteradamente ha avalado la igualdad jurídica entre la familia que proviene del matrimonio y la que proviene de “la voluntad libre de conformarla”, esto es la que se origina en la unión libre entre compañeros permanentes. En la Sentencia C-098 de 1996, esta Corporación expreso la respecto lo siguiente:</p> <p>“La familia constituida por vínculos naturales, por la voluntad responsable de un hombre y una mujer de conformarla, también es objeto de expreso reconocimiento constitucional que se concreta en su protección integral por parte del Estado y la sociedad. De otro lado, la Constitución ordena que las relaciones de todo orden, entre los miembros de la pareja, se fundamenten en el respeto mutuo y en la igualdad de derechos y deberes (C.P. arts. 42 y 43).</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	T-503/99
Corporación que la expide:	Corte Constitucional

Magistrado ponente:	Carlos Gaviria Díaz
Resumen de los hechos relevantes:	<p data-bbox="651 396 1385 596">El señor Miguel Humberto Guerrero Pava labora desde el 18 de mayo de 1987 en la Cervecería Águila S.A., y desempeñaba el cargo de Supervisor de Ventas con sede en Sincelejo.</p> <p data-bbox="651 648 1385 848">El 8 de enero de 1998, el Jefe de Relaciones Industriales de esa Cervecería informó por escrito al señor Guerrero que, a partir del 9 de febrero de ese año, se haría efectivo su traslado a la ciudad de Riohacha.</p> <p data-bbox="651 900 1385 1157">El señor Guerrero se trasladó a Riohacha, pero su compañera permanente y sus dos hijos menores no lo pudieron acompañar, pues estaban cursando, ella su tercer semestre de contaduría y ellos su educación básica primaria.</p> <p data-bbox="651 1209 1385 1409">En comunicación del 14 de enero de 1998, el señor Guerrero manifestó a la empresa una serie de motivos para reconsiderar su traslado, pero la firma demandada no respondió a esas inquietudes.</p> <p data-bbox="651 1461 1385 1822">El estado de salud del accionante mejoró, y uno de sus hijos empezó a tener problemas en el colegio -según la psicóloga que lo viene atendiendo, se relacionan directamente con la falta del padre-, por lo que el señor Guerrero incoó acción de tutela, y solicitó que el juez ordenara a la empresa demandada reinstalarlo en su puesto de trabajo en Sincelejo.</p>

Ratio decidendi:

La familia es, más que una entre muchas formas de asociación, aquella reconocida por el Estado, sin discriminación alguna, como la institución básica de esta sociedad (C.P. art.5). A diferencia de las otras formas de asociación, la familia no es apenas un ente ficticio de cuyo origen contractual, o afiliación posterior, se desprenden para las personas que la conforman derechos y obligaciones; para empezar, es la institución básica de la organización social en todas las culturas presentes en el territorio nacional; tanto la constitución como la disolución de una familia modifican el estado civil de los cónyuges o compañeros, e imponen a los demás miembros de uno y otro grupo familiar el ingreso o egreso de un miembro, a través de la aquiescencia manifestada por sólo uno de sus integrantes; además, a pesar de ser una unidad de producción, distribución, prestación y consumo de múltiples y variados bienes y servicios, las actividades con significación económica que en ella se realizan son sólo una parte, tal vez la menos relevante aunque necesaria, de todas las que conforman su objeto o finalidad.

La especial naturaleza de la familia se ve reflejada en el ordenamiento constitucional, entre otras cosas, a través de la consagración de derechos colectivos como los de la comunidad familiar a su honra, dignidad e intimidad (C.P. art. 42), complemento éste último del derecho subjetivo de toda persona a similar privacidad (C.P. art. 15), y su correlato en la garantía de que nadie podrá ser obligado a

declarar contra sí mismo o contra los familiares enumerados en el artículo 33 Superior. En este ordenamiento, las relaciones familiares son un caso especial de aplicación del principio de igualdad (C.P. arts. 13 y 43), a la atribución de los derechos y deberes de los miembros de la pareja, y al respeto recíproco que se deben todos los miembros del grupo familiar.

Además, es claro que la realización general del derecho a la paz (C.P. art.22), pasa por el logro de ese orden armónico en las relaciones hogareñas y, para procurarlo dentro del marco del ordenamiento vigente, los miembros de toda familia están llamados a participar en el ejercicio de la autonomía comunitaria reconocida por la Carta Política, es decir, deben tomar parte en una normalización tal de sus relaciones cara a cara, que a cada quien se le hagan efectivos sus derechos individuales y, en especial, la opinión de los niños sea oída, y atendida de manera creciente, hasta que de la participación política extrafamiliar del adolescente, se pase al pleno ejercicio de la ciudadanía por parte del joven mayor de edad.

Esa función socializadora de la convivencia pacífica entre los menores y sus familiares se puede cumplir, sólo a condición de que sea efectivo el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella (C.P. art. 44), es decir, a condición de la efectividad del derecho a la integridad familiar, y la tarea de concretar esos derechos de los niños y de los integrantes de la familia, no es apenas una labor del Estado, sino que también a la sociedad compete "garantizar la protección integral de la familia" (C.P. art. 42).

	<p>El artículo 333 Superior sirve para establecer el vínculo normativo entre lo que se ha afirmado respecto a la familia en el régimen constitucional colombiano, y la función que corresponde a la empresa en la concreción de los derechos de la familia y de los niños a los que se viene haciendo referencia, pues esas sociedades mercantiles tienen "una función social que implica obligaciones"; efectivamente, en ese artículo el Constituyente de 1991 estableció los límites generales de la actividad económica y la iniciativa privada, pues éstas "son libres, dentro de los límites del bien común".</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-814/01
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Marco Gerardo Monroy Cabra
Resumen de los hechos relevantes:	<p>El ciudadano Luis Eduardo Montoya Medina, actuando en nombre propio, haciendo uso del derecho consagrado en el artículo 241 numerales 4º y 5º de la Constitución Política, demandó ante la Corte Constitucional la inconstitucionalidad de la expresión “moral” contenida en el artículo 89 del Decreto 2737 de 1989 “por el cual se expide el Código del Menor”, y el numeral 2º del artículo 90 del mismo estatuto, por considerarlos violatorios de la</p>

	<p>Carta Fundamental en sus artículos 5, 13, 16, 42, 44, 45 y 67.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>La Corte se ha encargado de precisar el contenido de este principio, que emana del artículo 44 de la Constitución Política cuando indica que “(l)os derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. En efecto, sobre lo que ha de entenderse por el principio del interés superior del menor, ha dicho lo siguiente:</p> <p>“El denominado "interés superior" es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado "menos que los demás" y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era inexistente o muy reducida.</p> <p>La adopción entonces, si bien permite que personas que no son padres o madres por naturaleza lleguen a serlo en virtud del parentesco civil, posibilitándoles a ellos el ejercicio de varios derechos como el conformar una familia, el del libre desarrollo de la personalidad, etc., no persigue prioritariamente este objetivo, sino el de proteger al menor de la manera que mejor convenga a sus intereses, aplicando en ello el artículo 44 de la Carta. Por ello, en relación con el principio del interés superior del menor, la</p>

jurisprudencia sentada en sede de tutela ha afirmado que una decisión judicial que se aparte del mismo, resulta ser inconstitucional.[10] Igualmente la jurisprudencia extranjera acoge este principio rector de todos los procesos en los cuales se hacen presentes los intereses de menores, entre ellos los procesos de adopción.

La jurisprudencia sentada en sede de tutela, también ha convalidado los criterios morales como referentes a los cuales puede acudir el legislador y el juez de amparo. En lo que concierne concretamente al requisito de idoneidad moral exigido a las personas que hacen solicitudes de adopción de menores, la Corte, en la Sentencia T-290 de 1995,[17] rechazó la solicitud de amparo incoada por un homosexual quien solicitaba autorización para adoptar a una menor abandonada a quien había cuidado personalmente no obstante no ser su padre. Consideró entonces esta Corporación que el pretendiente adoptante no reunía el requisito de idoneidad moral mencionado. Sin embargo, en esa ocasión no fue la condición de homosexual la que llevó a esa conclusión, sino el ambiente socio cultural en que dicha persona vivía, estimado como inconveniente desde el punto de vista moral, de cara al principio del interés superior menor. Dijo entonces la Corte:

“Es cierto que el niño tiene derecho a vivir en el seno de una familia, y resulta inobjetable, además, que en un Estado pluralista y protector de la diversidad como es el Estado Colombiano, no existe un único tipo familiar digno de protección, sino que se reconoce igualmente a la

	<p>familia proveniente de vínculos jurídicos como a aquella formada por lazos naturales o afectivos. Sin embargo, no es menos cierto que los niños tienen derecho a gozar de la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social, y que a falta de los padres o de las personas legalmente obligadas a dispensarle al menor esta asistencia -como ocurre en este caso con xx- es el Estado el obligado a asumir directamente su cuidado o a confiarlo, mediante la adopción, a personas cuya idoneidad ha de calificar según criterios axiológicos ajustados al orden constitucional. Así se deduce del principio de primacía que la Carta Política dispone en favor de los derechos de los niños (art. 44), y se ha desarrollado legalmente en materia de protección al menor (arts. 3 y 6 del Decreto 2737 de 1989).</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-075/07
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Rodrigo Escobar Gil
Resumen de los hechos relevantes:	<p>En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, Luz María Mercado Bernal, Alejandra Azuero Quijano y Daniel Bonilla Maldonado demandaron parcialmente los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen</p>

	<p>patrimonial entre compañeros permanentes”, modificada parcialmente por la Ley 979 de 2005.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>Destaca la Corte que en esa nueva aproximación al régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, tal como se acaba de expresar, no desaparecen los fundamentos primigenios de la ley, y que, infortunadamente, la realidad de desprotección de la mujer y de la familia a la que ellos aluden continúa presente de manera significativa en nuestra sociedad. Esos supuestos constituyen, incluso, un elemento en gran medida determinante de la viabilidad constitucional del régimen tal como está concebido en el texto legal, puesto que no puede pasarse por alto que la imposición de una presunción sobre la existencia de una sociedad patrimonial, susceptible de ser judicialmente declarada en un proceso contencioso, comporta una restricción de la autonomía privada, que el legislador fundamentó y justificó en las normas constitucionales que contemplan una protección integral para la familia y prevén una especial protección para la mujer.</p> <p>Por otro lado, sin embargo, tampoco puede dejar de observarse la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida</p>

	<p>asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual.</p> <p>En efecto, tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan se encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante superviviente podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante.</p> <p>En ese contexto jurídico la realidad homosexual se ha hecho más visible, en un marco más receptivo de la diversidad en el campo de las preferencias sexuales y que implica, por consiguiente, la apertura efectiva de nuevas opciones que, con anterioridad, un ambiente hostil mantenía vedadas.</p> <p>Esas opciones diferentes y sus concretas manifestaciones en la vida social exigen un reconocimiento jurídico, que en el ámbito en el que la presente demanda de inconstitucionalidad ha sido considerada apta, remite a la consideración del régimen de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y de la circunstancia de</p>
--	--

	que el mismo se haya previsto exclusivamente en función de las parejas heterosexuales.
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-811/07
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	MARCO GERARDO MONROY CABRA
Resumen de los hechos relevantes:	Los ciudadanos Magda Carolina López García y Jaime Faiyeth Rodríguez Ruiz, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, consagrada en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, demandaron la expresión “familiar”, contenida en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993.
Ratio decidendi:	A juicio de la Corte, “hoy, junto a la pareja heterosexual, existen -y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento Superior- parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicen de la pareja heterosexual”. Para la Corporación, “tal como se plantea en la demanda y en varias de las intervenciones, los homosexuales que cohabitan se

encuentran desprotegidos patrimonialmente, porque al terminarse la cohabitación no tienen herramientas jurídicas para reclamar de su pareja la parte que les corresponde en el capital que conformaron durante el tiempo de convivencia, desprotección que es también evidente en el evento de muerte de uno de los integrantes de la pareja, caso en el cual, por virtud de las normas imperativas del derecho de sucesiones, el integrante supérstite podría ser excluido de la titularidad de los bienes que conformaban ese patrimonio, por el derecho de los herederos del causante”. (Sentencia C-075 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil)

El fallo en cita estimó entonces que el cambio en la percepción de los esquemas de protección de la pareja homosexual es una realidad de la sociedad contemporánea, que además se ha visto impulsado por una creciente tendencia internacional dirigida a elevar los niveles de protección de la opción sexual, cuando la misma se manifiesta en la voluntad de constituir una pareja.

Al respecto, el fallo resaltó que “...la prohibición de discriminación en razón de la orientación sexual se desprende de normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que de manera genérica proscriben toda forma de discriminación.[14] Más allá de esa dimensión normativa, sin embargo, como se expone en la demanda y se ha manifestado en distintas oportunidades por la jurisprudencia constitucional, pronunciamientos de distintas instancias internacionales y Tribunales de diferentes Estados han avanzado en la

definición del ámbito de protección de la persona y de la pareja homosexual, y en la identificación de factores que pueden considerarse discriminatorios en función de la orientación sexual de las personas”.

A su juicio, el debate constitucional debía estar encaminado a determinar si la ausencia de regulación en materia de reconocimiento de protección patrimonial constituía incumplimiento, por parte del legislador, de un deber de protección específico, dispuesto por la Constitución para situaciones de hecho asimilables; sin que con ello se buscara la homologación del régimen jurídico de la pareja heterosexual al de la pareja homosexual.

La Corte, en suma, estudió la constitucionalidad de las disposiciones acusadas a la luz de la omisión de un deber de protección, matizado por la vigencia de derechos como la libre opción sexual, manifestación del libre desarrollo de la personalidad y el principio de no discriminación constitucional.

En el caso de la regulación de los efectos patrimoniales de la pareja, la Corte constató que la denominada “unión marital de hecho”, constituye un régimen de protección para parejas heterosexuales, que excluía de suyo la opción homosexual. Esta exclusión, a juicio de la Corte, resultaba injustificada a la luz de los principios constitucionales, pues, más allá del respeto por la libertad de configuración del legislador, éste debe garantizar la protección de la

	dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y evitar cualquier forma de discriminación.
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-336/08
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Clara Inés Vargas Hernández
Resumen de los hechos relevantes:	El ciudadano Rodrigo Uprimny Yepes y otros, en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 40-6 y 242-1 de la Constitución Política, presentaron demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1º. (parcial) de la ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la ley 100 de 1993.
<i>Ratio decidendi:</i>	La pensión de sobrevivientes es uno de los mecanismos establecidos por el legislador para realizar los derechos de previsión social; su finalidad es la de crear un marco de protección para las personas que dependían afectiva y económicamente del causante, permitiendo que puedan atender las necesidades propias de su subsistencia y hacer frente a las contingencias derivadas de la muerte del pensionado o afiliado.

	<p>Como la pensión de invalidez, la pensión de sobrevivientes es una institución de la seguridad social favorable a quienes se encuentran en situación involuntaria e insufrible de necesidad y requieren un tratamiento diferencial positivo o protector que les permita un reconocimiento digno e igualitario por parte de la sociedad. Por esta razón, el ordenamiento jurídico crea un determinado orden de prelación respecto de las personas afectivamente más cercanas al causante, privilegiando a quienes más dependían emocional y económicamente de él. Su naturaleza jurídica ha sido explicada en los siguientes términos:</p> <p>“La Corte Constitucional en varias oportunidades se ha pronunciado respecto de la naturaleza de la pensión de sobrevivientes, al respecto ha dicho que dicha prestación suple la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado del grupo familiar con el fin de evitar que su muerte se traduzca en un cambio radical de las condiciones de subsistencia mínimas de los beneficiarios de dicha prestación.</p> <p>Adicionalmente, la Corte ha planteado que la pensión de sobrevivientes ‘(...) responde a la necesidad de mantener para su beneficiario, al menos el mismo grado de seguridad social y económica con que contaba en vida del pensionado fallecido, que al desconocerse puede significar, en no pocos casos, reducirlo a una evidente desprotección y posiblemente a la miseria”. La ley prevé entonces que, en un determinado orden de prelación, las personas más cercanas y que más dependían del occiso y</p>
--	---

	<p>compartían con él su vida, reciban una sustitución pensional para satisfacer sus necesidades.”</p> <p>No es cierto que el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al compañero o compañera permanente en las parejas homosexuales desemboque en un desequilibrio financiero que impida la sostenibilidad económica del sistema de protección de seguridad social en pensiones, por cuanto al ampliar la protección a estas personas simplemente se está introduciendo una variante en el orden de prelación establecido por la ley para el caso de la sustitución pensional; es decir, cuando sobrevenga la muerte del pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, en adelante su compañero o compañera permanente tendrán el orden de prelación que la ley prevé para cuando las parejas heterosexuales afrontan la misma contingencia.</p> <p>El legislador no puede válidamente suponer que en todo caso de muerte de un pensionado o afiliado integrante de una pareja homosexual, no existe en el orden de prelación una persona legitimada para reclamar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, toda vez que la regla básica y general es que las personas hacen parte de un grupo familiar, de una comunidad de afecto y apoyo mutuo, al interior de la cual bien pueden estar presentes los futuros beneficiarios de la sustitución pensional. En adelante, el legislador deberá adecuar el sistema de protección social en pensiones a partir de análisis financieros que tengan en cuenta los efectos de</p>
--	---

	la presente Sentencia, como también el nuevo orden de prelación establecido como consecuencia de la misma.
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	T-716 de 2011
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Luis Ernesto Vargas Silva
Resumen de los hechos relevantes:	El ciudadano Pedro, manifiesta ostentar la condición de compañero permanente del fallecido Álvaro, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en razón que su pareja ostentaba la condición de pensionado al momento del deceso.
<i>Ratio decidendi:</i>	La misma jurisprudencia no restringe el análisis del reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales y las parejas del mismo sexo al ámbito de la libertad de opción sexual. Adicionalmente, ha determinado la Corte que dicho mandato constitucional incorpora el deber de prodigar un tratamiento jurídico

	<p>similar entre las parejas del mismo y de diferente sexo, en lo que corresponde a posiciones jurídicas, entre ellas las de contenido prestacional, que se derivan de la decisión de adoptar proyectos estables de vida y, como se explicará más adelante, de conformar familias. Esta es la materia analizada, entre otros fallos, por la sentencia C-336/08, en la que la Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad contra, entre otros, los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993 que, como se explicó en precedencia, determinan los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. El cargo consistió en considerar que esas normas incurrieran en una omisión legislativa relativa, en tanto reconocían como beneficiarios dicha prestación a los cónyuges y a los compañeros permanentes, pero no extendían esa condición a las parejas del mismo sexo. Ello a pesar que, entre otras razones, (i) la Corte ya había reconocido en la sentencia C-075/07 la obligatoriedad de ese tratamiento paritario respecto de otras prestaciones del sistema general de seguridad social; (ii) tanto en uno como en otro caso se estaba ante la presencia de un proyecto de vida común y una relación de dependencia económica, por lo que no resultaba admisible una distinción de trato, pues ella se fundaría exclusivamente en un criterio sospechoso, según las razones antes mencionadas.</p> <p>A fin de solucionar el problema jurídico propuesto, la Corte partió de la explicación del mandato constitucional de protección de los derechos y posiciones jurídicas predicables de las parejas del mismo sexo, en términos similares a los expuestos en este aparte. A partir de ello,</p>
--	--

	<p>encontró que la ausencia de una regla de derecho que extendiera la pensión de sobrevivientes a dichas parejas, configuraba un déficit de protección de sus derechos. Esto bajo el entendido que si la Constitución protegía la diversidad de identidad y orientación sexual y, con ella, la potestad de las personas de optar con conformar comunidades de vida estable con otras del mismo sexo, no existía ninguna justificación válida para prodigar a estas tratamiento diferente a las de las parejas del diferente sexo, en cuanto al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Como se expuso en el fundamento jurídico 3 de esta sentencia, la justificación de la pensión de sobrevivientes descansa en la necesidad de proteger los derechos fundamentales de quienes dependían económicamente del afiliado o pensionado, quienes verían abruptamente interrumpidos los ingresos económicos que aportaba antes de la muerte. Este factor concurre, con la misma intensidad e implicaciones, en las parejas de diferente y del mismo sexo, por lo que se violaba la Constitución al prodigarse un tratamiento distinto por el ordenamiento. En ese sentido, se estaba ante tratamiento discriminatorio injustificado, basado en la orientación sexual de los beneficiarios de la prestación. Esta circunstancia daba lugar a concluir la existencia de una omisión legislativa relativa.</p> <p>Esto puede comprobarse a partir de la lectura de los razones utilizadas por la Corte para justificar decisiones de esa naturaleza. En ellas, partía de advertir que determinadas reglas o prerrogativas se explicaban en razón de la vigencia de las relaciones de familia, para luego señalar que las mismas eran predicables de las</p>
--	---

	<p>parejas del mismo sexo, debido a que en ese caso se estaba ante deberes de solidaridad de la misma raigambre. Así por ejemplo, a propósito de las normas sobre violencia intrafamiliar, la Corte señaló que “[e] legislador, dentro de su libertad de configuración, ha decidido estructurar un tipo penal orientado a sancionar, cuando ocurren en el ámbito familiar, conductas de violencia física o psicológica que no tienen la entidad necesaria como para integrarse en los tipos que, de manera general, protegen bienes como la vida, la integridad personal, la libertad, la integridad y la formación sexuales, o la autonomía personal, y de acuerdo con su tenor literal, las medidas previstas en las normas acusadas se desenvuelven en el ámbito de la protección integral a la familia, por cuanto lo que se pretende prevenir, es la violencia que de manera especial puede producirse entre quienes, de manera permanente, comparten el lugar de residencia o entre quienes, de manera quizá paradójica, se encuentran más expuestos a manifestaciones de violencia en razón de la relación de confianza que mantienen con otra persona, relación que, tratándose de parejas, surge del hecho de compartir un proyecto de vida en común, situación que también se presenta en el ámbito de las parejas homosexuales, da lugar a un déficit de protección porque ignora una realidad que, para los supuestos previstos por el legislador, puede aspirar a un nivel equivalente de protección al que se brinda a los integrantes de la familia.”</p> <p>Según las premisas anteriores, la familia constitucionalmente protegida es aquella que se</p>
--	---

	<p>constituye por vínculos naturales o jurídicos, al igual que por la simple voluntad de conformarla. En ese sentido, la nota característica de esta institución es la concurrencia de una relación de solidaridad y ayuda mutua, en la que aspectos como el parentesco o la conformación de parejas son rasgos que pueden concurrir o no. Como esas calidades efectivamente se verifican en la pareja del mismo sexo, no existe ninguna razón constitucionalmente relevante para dejar de reconocerlas como familia. Incluso, negar ese carácter es una discriminación injustificada, contraria a los derechos fundamentales de sus integrantes. Se impone, en consecuencia, una conclusión unívoca sobre la materia analizada: la pareja del mismo sexo, entendida como comunidad de vida estable y singular, es una modalidad de familia constitucionalmente protegida. Por lo tanto es titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad.</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-577/11
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

<p>Resumen de los hechos relevantes:</p>	<p>En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, establecida en los artículos 241 y 242 de la Constitución Política, el ciudadano Carlos Andrés Echeverry Restrepo demandó algunas expresiones del artículo 113 del Código Civil y, de otra parte, los ciudadanos Marcela Sánchez Buitrago, directora ejecutiva de Colombia Diversa, Rodrigo Uprimny Yepes, Luz María Sánchez Duque, Diana Esther Guzmán Rodríguez y César Rodríguez Garavito, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA, Mauricio Noguera Rojas, abogado de Colombia Diversa, así como Felipe Montoya, Felipe Arias Ospina, Juan Miguel Eslava Lozzi y Juliana Emilia Galindo Villarreal, demandaron algunas expresiones contenidas en el artículo 113 del Código Civil, en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 294 de 1996 y en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley 1361 de 2009.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>Es indispensable contrastarlo con las diversas formas de familia a las que se ha hecho referencia, con el objetivo de establecer si constituye una especie de denominador común de todas ellas. Sobre el particular la Sala verifica que tratándose de familias conformadas por madres solteras y sus hijos, que pueden incluso ser procreados con asistencia científica, la calificación de esa relación como familia protegible no está fundada siquiera en la pareja y, por lo tanto, el requisito de heterosexualidad no aparece como indispensable al entendimiento de la familia, cosa que también ocurre con las relaciones de</p>

	<p>familia trabadas entre los abuelos y los nietos de cuya crianza se han hecho cargo[119], entre los tíos que tienen la entera responsabilidad de sus sobrinos, entre el hermano o hermana mayor que, debido a la total, y en ocasiones irreparable, ausencia de los padres, asume la dirección de la familia que integra junto con sus hermanos menores necesitados de protección[120] o entre una persona y la hija o el hijo que ha recibido en adopción.</p> <p>Esos derechos fundamentales, involucrados en la defensa de un concepto amplio de familia, tienen que ver con la igualdad, hasta donde se permita, en la medida en que se prohíbe la desprotección a causa de la orientación sexual, con el libre desarrollo de la personalidad que garantiza la asunción libre de una opción de vida que no contraría los derechos de los demás ni el orden jurídico, con libertades como la de conciencia que impide molestar a otro por sus convicciones u obligarlo a actuar en contra de ellas o la de cultos que protege el derecho a profesar o difundir las propias creencias e, inevitablemente, con la dignidad humana.</p> <p>Así las cosas, la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, porque hay un componente afectivo y emocional que alienta su convivencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que, además, se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquiera otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituya familia.</p>
--	---

	<p>Los lazos del afecto están presentes en las familias que integran los tíos con sus sobrinos a cargo, los abuelos responsables de sus nietos, la madre o el padre cabeza de familia con sus hijos biológicos o no y, por lo tanto, procede sostener que esos lazos constituyen el común denominador de todo tipo de familia y que, existiendo entre los miembros de la pareja homosexual que conviven con vocación de permanencia, ha de concluirse que estas parejas también forman una familia que, como las demás, es institución básica y núcleo fundamental de la sociedad y merece la protección de la sociedad misma y del Estado.</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	C-238/12
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	Gabriel Eduardo Mendoza Martelo
Resumen de los hechos relevantes:	<p>En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Juan Carlos Marín Quinceno demandó la expresión “conyugue” contenida en los artículos 1040, 1046, 1047 y 1233 del Código Civil.</p>
<i>Ratio decidendi:</i>	<p>Conforme se ha anticipado en estas consideraciones, de la porción conyugal ya se ha ocupado la Corte en la Sentencia C-283 de 2011 y, tras entenderla como una</p>

figura de índole compensatoria que afecta el patrimonio del causante mediante una asignación forzosa que le permita al supérstite contar con un patrimonio adecuado, teniendo como referente el patrimonio del fallecido, la Corporación juzgó que no existe razón válida para sostener que esa protección, de carácter patrimonial, no pueda ser reconocida al compañero o compañera que sobreviva a su pareja del otro sexo, con quien en vida integró una unión marital de hecho y de idéntica manera, decidió que el miembro supérstite de la pareja del mismo sexo tiene derecho a que se le llame como titular de la porción conyugal dentro de la sucesión de su compañero o compañera, en los términos y condiciones en que la figura está regulada en los preceptos que, en esa ocasión, fueron objeto de acusación.

Tratándose de las parejas conformadas por personas de distinto sexo la Corte indicó que no existe sustento constitucional para considerar que a la porción conyugal solo tiene derecho quien haya sido compañero o compañera del causante y, en el caso de las parejas del mismo sexo, puntualizó que la posibilidad de obtener esa porción no puede estar condicionada por la orientación sexual de quienes deciden vivir en pareja, en la medida en que la finalidad de esta figura consiste en equilibrar las cargas propias de la decisión de compartir una vida en común.

Como quiera que el artículo 1233 del Código Civil regula un aspecto referente a la porción conyugal y alude al cónyuge sobreviviente y al cónyuge que ha fallecido, es

	<p>claro que, por las razones anotadas, la inconstitucionalidad originada en la insuficiencia de la regulación y en la consecuente exclusión del compañero o compañera, de distinto sexo o del mismo sexo, también alcanza a este precepto, motivo por el cual se impone entender que en las menciones en él hechas al “cónyuge” comprenden al compañero o compañera permanente que sobrevive al causante, sea que la respectiva unión de hecho haya sido conformada por personas de distinto sexo o por personas del mismo sexo. Así lo decidirá la Corte en la parte resolutive de esta providencia.</p>
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Identificación de la Sentencia:	T-606/13
Corporación que la expide:	Corte Constitucional
Magistrado ponente:	ALBERTO ROJAS RÍOS
Resumen de los hechos relevantes:	<p>Daniec Julieth Lozada Portillo, hija de Ana María Portillo Monsalve y Marco Antonio Lozada Cantillo, nació el 1° de mayo de 1999.</p> <p>El padre de Daniec Julieth, falleció el 30 de julio de 2001, esto es, cuando ella tenía dos años de edad.</p> <p>La madre de Daniec convive con el señor Gerardo Emiro Quiroga Torres desde el 6 de julio de 2006, según Escritura Pública N°1562 del 10 de junio de 2009 de la Notaria Primera de Barrancabermeja, mediante la cual</p>

	<p>reconocieron y declararon la existencia de Unión Marital de Hecho.</p> <p>El 12 de septiembre de 2009 nació Eileen Mariana Quiroga Portillo, hija en común de Gerardo Emiro Quiroga Torres y Ana María Portillo Monsalve.</p> <p>El señor Quiroga Torres se encuentra vinculado a Ecopetrol S.A., desde el 24 de noviembre de 2005 y para la fecha de presentación de la acción se desempeñaba como Operador de Planta 10 en la Unidad Organizativa del Departamento de Craqueo Catalítico III.</p> <p>El accionante como trabajador de Ecopetrol es beneficiario de la Convención Colectiva 2009-2014, así como su compañera permanente Ana María y su hija, Eileen Mariana Quiroga Portillo. Por la misma condición, ellos tres tienen derecho al Régimen de Excepción en Salud, y se encuentran afiliados al Club de Trabajadores Infantas.</p> <p>Ecopetrol S.A. no le ha permitido surtir el procedimiento administrativo para inscribir a la niña Daniec Julieth Lozada Portillo, su hija de crianza, como beneficiaria de las prerrogativas contenidas en la Convención Colectiva 2009-2014. En consecuencia, no puede estar bajo la cobertura del Régimen de Excepción en Salud aplicable a la empresa en mención, ni afiliarse al Club de Trabajadores Infantas, de Ecopetrol S.A.</p>
<p><i>Ratio decidendi:</i></p>	<p>Además del reconocimiento que ha hecho la jurisprudencia a partir del artículo 42 de la Constitución de la igualdad de derechos y el deber de protección estatal</p>

	de la familia, y de la existencia y validez del vínculo de parentesco que nace entre padres e hijos de crianza, el ordenamiento Superior también se ocupa de garantizar la igualdad entre los integrantes de un mismo núcleo familiar. Ello, pues sin duda, aquellas medidas que atenten contra la estabilidad y unidad familiar o que promueven la discriminación desde el seno familiar, tienen proyección en el desarrollo futuro de las relaciones sociales de quienes crecieron carentes de lazos afectivos estables y en un ambiente que no promueve el respeto, la solidaridad y la tolerancia entre sus integrantes.
<i>Método de interpretación</i>	Teleológico-Sociológico

Los análisis descritos en las fichas presentadas recaen sobre sentencias emitidas por la Corte Constitucional y permiten identificar una forma de interpretación coherente con una teleología que apunta a separarse de los modelos gramaticales o exegéticos, es decir, la obtención de sentido de un enunciado normativo más allá de su simple análisis literal, para buscar la intención o espíritu que correspondan a los valores constitucionales.

3.2. Las Políticas Públicas de familia en Colombia a la luz de los pronunciamientos de la Corte Constitucional como actor.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 fueron varias las novedades en diversos ámbitos de la vida y cultura nacional que se introdujeron. La familia es un ejemplo de cómo un nuevo ordenamiento constitucional supone reformular instituciones de acuerdo

con una nueva realidad cultural y social. Bajo las anteriores consideraciones, dos son los documentos relevantes que contienen Políticas Públicas puntuales sobre la familia; dichos documentos fueron elaborados por el Ministerio de Salud y Protección Social y se constituyen en elementos lo suficientemente completos y fundamentados para poder ser objeto de un análisis riguroso como el que se pretende en este trabajo, lo anterior, sin contar con que son las dos únicas Políticas Públicas, en estricto sentido, que se pueden encontrar en materia de familia después de la nueva Constitución.

La primera evidencia data del año 2012 y se encuentra en el documento “*Política Pública Nacional para las familias colombianas 2012-2022*”¹² elaborado por el Ministerio de Salud y Protección Social.

En este documento se hace una expresa enunciación del papel de la jurisprudencia constitucional como herramienta fundamental para la creación, implementación y evaluación de la Política Pública en estos términos:

La interpretación integral del artículo 42 de la Carta Fundamental está respaldada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional que afirma que no existe un solo concepto de familia porque la realidad social de las familias es diversa y el ordenamiento jurídico no puede desconocer esta realidad. La sentencia T-572/09 en relación con esta norma, afirma que “al respecto, conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de

¹² El Documento puede ser consultado en el siguiente enlace:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CBA649DA5EBF221205257BF1007B8494/\\$FILE/APolitica_Publica_Familias_Colombianas_2012_2022_\(1\).pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/CBA649DA5EBF221205257BF1007B8494/$FILE/APolitica_Publica_Familias_Colombianas_2012_2022_(1).pdf)

manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, 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 amplia de este artículo constitucional no es reciente, se remonta a los orígenes mismos de la creación de la Corte Constitucional; la sentencia T- 523/1992 afirma que *“como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Art. 7º) no existe un tipo único y privilegiado de familia, sino un pluralismo evidente en los diferentes vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto naturales como jurídicos. Tanto reconocimiento jurídico merece la familia que se forma por lazos matrimoniales, como las que se constituyen por las relaciones naturales. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de formar una familia. En estas condiciones la familia legítima originada en el matrimonio es uno de los tipos”*

La sentencia C-289/2000 establece que *“la familia es una realidad social que fue objeto de reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991 en cuanto se la considera núcleo o sustrato básico de la sociedad. Esto implica que ella sea objeto de una protección integral en la cual se encuentra comprometida la propia sociedad y el Estado sin tomar en cuenta el origen o la forma que aquella adopta, atendidos los diferentes intereses, personales e instituciones sociales y jurídicas, a través de las cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas; por lo tanto, la Constitución*

aun cuando distingue no discrimina entre las diferentes clases de familia; todas ellas son objeto de idéntica protección jurídica sin que interese, por consiguiente, que la familia se encuentre constituida por vínculos jurídicos, esto es, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por vínculos naturales, es decir, por la voluntad responsable de conformarla.”

Otra decisión constitucional, la sentencia 510 de 2003, afirma: *“En virtud de la protección dada por la Constitución al pluralismo y a la familia, la Corte está obligada a reconocer, promover y proteger todas las formas de organización familiar que existen en el país. Lo que es más, el especial amparo que otorga la Carta a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia (Art. 43 C.P.) hace imposible desestimar la aptitud e idoneidad de las formas familiares que no responden al modelo occidental de la familia nuclear compuesta por padre, madre e hijos. Una constatación, siquiera superficial de la realidad sociocultural colombiana demuestra que existen múltiples formas de familia en nuestro país, dependiendo de la ubicación geográfica, socio-económica y cultural de cada grupo humano en cuestión y de sus necesidades concretas. Por lo mismo, mal haría un juez constitucional, al imponer una visión de familia que ni corresponde a la realidad de la organización social colombiana, ni es protegida por el constituyente.”*

Nuevamente la Corte se expresa en la sentencia C-029 de 2009 y dice: *“la pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de*

protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”

El último pronunciamiento de la Corte sobre el pluralismo en la familia se realizó en la sentencia C-577/2011 en la cual afirma que *“de conformidad con la norma constitucional (Art. 42), la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen, a su vez, a través de distintos “vínculos naturales o jurídicos”, según lo previsto en el precepto superior, no siendo la heterosexualidad una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza. Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de pareja del mismo sexo, concluyendo que la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su conveniencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.”*

Como puede apreciarse, la jurisprudencia citada da cuenta de la relación e interdependencia de las normas constitucionales y la manera como esta relación es el fundamento que acompaña y le da cuerpo a la interpretación integral y holística de la Carta Fundamental de 1991. A partir de esta interpretación se abre el diálogo entre el orden jurídico y la diversidad que caracteriza la realidad social colombiana. (Ministerio de Salud y P.S., 2012, p.18 y ss.)

Como puede apreciarse, no es poca la reflexión que el Ministerio de Salud y Protección social realiza acerca del papel que han tenido los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del concepto de familia, pues en el documento analizado se hace una referencia expresa a la evolución jurisprudencial y cómo ésta es tomada en cuenta para el desarrollo de la política. El documento, lejos de ser escueto, presenta una rigurosidad que ilustra la relación existente entre el Derecho y las Políticas Públicas a partir del papel del juez como actor central en éstas.

De resaltar es el reconocimiento que hace el documento acerca de la necesidad de un diálogo entre los actores judiciales y los encargados de las políticas públicas, bajo este entendido no se puede desconocer que los jueces han entablado un diálogo entre la comunidad y los hacedores de las Políticas Públicas, y además han interpretado los imaginarios sociales para dar armonía y eficacia al concepto de familia en concordancia con los postulados constitucionales.

En el diálogo entre el orden jurídico y la dimensión social la familia es sujeto colectivo titular de derechos y agente garante de los derechos de sus

integrantes. Tener una familia es un derecho de las personas, la prerrogativa de los seres humanos es nacer, crecer y morir en familia; ésta es el escenario de ejercicio de los derechos de las personas como sujetos individuales. En la dimensión socio- jurídica, la familia es un conjunto de personas que conforman un sujeto colectivo que establece vínculos y relaciones entre sus integrantes y con los agentes externos. La familia tiene derecho a la especial protección del Estado y las personas tienen derecho a tener y conformar una familia. Ese derecho de protección es una especie de derecho garantía porque la protección del Estado fortalece a las familias para que éstas puedan garantizar el ejercicio de los derechos de sus integrantes. (Ministerio de Salud y P.S., 2012, p. 22)

Lo anterior conllevó a que por primera vez un documento continente de una Política Pública en materia de familia ofreciera un concepto de la misma alejado de la hegemonía tradicional y coherente con los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Según estas claves, la familia es una unidad social compleja, diversa y plural ubicada en un contexto social, cultural y político; en el orden jurídico es agente político, sujeto colectivo de derechos y garante de los derechos de sus integrantes y en la dimensión social es el hogar en donde las personas perciben las vivencias de las relaciones signadas por la democracia o de relaciones autoritarias y violentas según la forma y el modo de ser y de comportarse de sus integrantes.

[...] La familia, como sujeto colectivo, es un agente político presente en el espacio público como interlocutora de la sociedad y del Estado, y por ende, en los planes de desarrollo y en las políticas públicas en el orden nacional, departamental y municipal junto con sus integrantes individualmente considerados. (Ministerio de Salud y P.S., 2012, p. 22-23)

La segunda muestra es del año 2014 (publicada en un texto de 2016) que se encuentra en el documento del Ministerio de Salud titulado “Política Pública Nacional de apoyo y fortalecimiento a las familias”¹³. En dicho texto se recogen varios de los aspectos tratados anteriormente, en especial, cabe anotar que se adopta un concepto amplio de familia que concuerda con el que la Corte Constitucional ha creado a lo largo de su jurisprudencia. Este documento es otra evidencia clara de cómo los pronunciamientos judiciales se incorporan a la Política Pública para darle sentido y una concreción mayor.

La Política de Apoyo y Fortalecimiento a las Familias asume a *las familias* desde una perspectiva pluralista, amplia e incluyente, de acuerdo con su consideración social e histórica y su realidad en el país.

Teniendo en cuenta los aspectos jurídicos, conceptuales y éticos del concepto, se reconoce a las familias como sujetos colectivos de derechos, no integradas únicamente por vínculos de consanguinidad, sino por aquellos vínculos

¹³ El Documento puede ser consultado en el siguiente enlace:

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/politica-apoyo-apoyo-fortalecimiento-familias.pdf>

afectivos que la configuran como sistemas vivos, escenarios de cuidado, reconocimiento y desarrollo, comprendidas desde la pluralidad y la diversidad. **En este sentido, tiene en cuenta las interpretaciones que han hecho las altas cortes de la Carta Política y define sus acciones en particular.** (Ministerio de Salud y P.S., 2016, p.9) Negrillas con intención.

De la misma manera, es interesante apreciar cómo la historia cobra un papel determinante en la elaboración de la política pública para darle un abordaje holístico. En este sentido se recogen las narrativas que a través del tiempo se entrelazan para una idea de familia que evoluciona y trasciende las épocas. El análisis histórico presentado en el documento también permite dilucidar un riguroso estudio de las instituciones jurídicas y de las normatividad internacional, políticas e ideológicas que han moldeado la concepción de familia hasta llegar al actual. Se trata entonces, de un documento de alta calidad que está a tono con los discursos de diversas disciplinas y sectores.

La normatividad en torno a las familias en Colombia se puede analizar a partir de tres categorías ordenadoras: (i) la familia como sujeto colectivo de derechos, (ii) la familia desde el pluralismo y la diversidad, y (iii) la familia como agente de transformación y desarrollo.

En primer lugar, los desarrollos normativos basados en la Constitución Política y la Ley 1361 de 2009 de Protección Integral a la Familia, abordan a la familia como un sujeto colectivo titular de derechos por sí mismo, y a sus integrantes como sujetos individuales de derecho. La ley citada consagra la unidad del individuo y la familia, y entiende a las familias como sujetos de

los derechos que en ella misma se citan, mientras que la Constitución la define como titular de derechos al señalar que “*el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia*”. (art. 42 de la C.P.) Lo anterior se complementa con el rol de actor corresponsable de la garantía de los derechos de sus integrantes, de manera que se configura para la familia una doble condición, tanto de sujeto titular de derechos, como de corresponsable de los derechos de quienes la conforman.

En segundo lugar, **la familia es contemplada en la Constitución y su jurisprudencia bajo los principios de pluralismo y diversidad ética y cultural, y es reconocida además como una unidad sociológica incrustada en la realidad social del país.** Debido a esto el Estado está obligado a reconocer, promover y proteger todas las formas de organización familiar, lo cual permite hablar de *las familias* en plural y de sus diferentes formas, tanto en términos de estructura como de dinámicas relacionales.

Finalmente, de acuerdo con el orden jurídico nacional e internacional (Naciones Unidas), se entiende a la familia como un agente político con capacidad de agencia, cuya importancia radica en su aporte a la transformación y el desarrollo social y económico. (Ministerio de Salud y P.S., 2016, p. 8) Negrillas con intención.

El documento observado también presenta un análisis contextual que permite identificar el enfoque Neoinstitucionalista de las Políticas Públicas. Esto en la medida en que se presenta un enfoque de la Política Pública en materia de familia sustentado en los Derechos Humanos,

capacidades humanas y curso de vida, que son el resultado de la interacción de narrativas y experiencias vitales de los actores. Todo lo anterior, matizado por unas situaciones y unos contextos determinados que:

[...] varían por la cultura, la geografía, la situación económica, entre otros, con influencia en sus dinámicas y relaciones internas, así como en sus relaciones con la comunidad y la sociedad en general. Además de la presencia de grupos étnicos (pueblos indígenas, afrocolombianos o afrodescendientes, raizales y el pueblo Rrom), el país ha enfrentado en este nuevo siglo cambios económicos y sociales que inciden en la conformación de las familias, como es la transición demográfica, con el descenso en la fecundidad y el número de hijos por mujer; la revolución femenina con el ingreso al mercado laboral; el aumento de la esperanza de vida y la disminución de mortalidad y la desnutrición infantil; el incremento de la violencia radicalizada con el conflicto armado y el narcotráfico, y sus efectos en la sociedad; entre otros.

(Ministerio de Salud y P.S., 2016, p. 13)

Para finalizar es importante señalar que el documento, a la luz de los datos obtenidos, reconoce la necesidad de la Política Pública en materia de familia no puede considerarse como una herramienta aislada, y hace una invitación a reconocer, evaluar y adoptar medidas en otras áreas de vital importancia para que las políticas en materia de familia puedan llevarse a cabo con éxito.

Estos datos señalan la necesidad de reconocer las diversas formas de organización familiar que existen en el país, y por tanto la necesidad de contar

con servicios sociales de educación, salud, vivienda, entre otros, que den cuenta de estas formas y dinámicas familiares, y propendan por su protección y fortalecimiento. (Ministerio de Salud y P.S., 2016, p. 14)

Como se pudo apreciar, los dos documentos analizados son claros y contundentes al integrar en su redacción y esencia el concepto de familia que ha sido moldeado por los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional.

3.3 Impacto de las sentencias de la Corte Constitucional en las políticas públicas de familia en Colombia.

A lo largo de este trabajo se ha mostrado con diferentes ejemplos cómo el talante activista de la Corte Constitucional ha transformado el concepto de familia, el cual ha pasado de poseer un claro tinte conservador y excluyente a uno más liberal e incluyente.

Las jurisprudencias analizadas han permitido observar que el concepto de familia ahora es más amplio y apunta a proteger derechos fundamentales, tanto de los menores que tienen derecho a una familia, hasta los individuos y parejas que tienen la libertad de conformar una, más allá de creencias y tradiciones de corte religioso. Es importante observar también cómo en los documentos que consagran las Políticas Públicas en materia de familia y que se han expedido por parte del Ministerio de Salud y Seguridad Social, se recogen los postulados que se han transmitido a través de los numerosos pronunciamientos jurisprudenciales. Estamos nada más y nada menos que ante la comprobación de la hipótesis de este trabajo: La Corte Constitucional sí ha incidido de manera determinante en las Políticas Públicas en materia de familia a través de la reformulación de su concepto, de nuevo, los ejemplos y argumentos son contundentes y claros, y se encuentran expuestos a lo largo de esta tesis.

A la hora de hablar del impacto de las sentencias de la Corte Constitucional en este apartado existen dificultades que, si bien es cierto no impiden un análisis objetivo, son entendibles debido a que el Derecho y la Ciencia Política no son áreas exactas que resuelven los problemas de una manera categórica y científica como sí lo harían las ciencias exactas. De ahí que analizar el impacto que ha generado en la sociedad el cambio del concepto de familia y la adopción de éste en los documentos de Políticas Públicas, es un ejercicio que demanda el paso del tiempo y el análisis detallado de otros factores sociológicos, estadísticos, psicológicos, etc.

Algo evidenciable sobre el impacto de las sentencias analizadas, y que se desprende de la elaboración de este trabajo, es la fuerte percepción que la comunidad tiene respecto de la función judicial. Como se manifestó líneas arriba, más allá de los gustos de los individuos o de ciertos grupos, se tiene una tendencia a respetar los fallos de la Corte Constitucional a partir de una especie de legitimidad propia del debate jurídico y político que suponen las discusiones al interior de esta. Los ciudadanos poco a poco, y cada vez en mayor medida, empiezan a tomar conciencia de que los fallos de los jueces, en especial los de la Corte Constitucional, son la última palabra en temas tan delicados como el concepto de familia. Esta situación genera que de los jueces se exija mayor cualificación y se demande de ellos rigurosidad hermenéutica y argumentativa, y esto a su vez supone que la magistratura no puede dar la espalda a los ciudadanos y a las organizaciones que representan intereses y valores de sectores de la población.

En este orden de ideas, la legitimidad de los jueces se construye a partir del discurso que justifica sus decisiones pues ante los delicados temas que se abordan en las discusiones constitucionales (aborto, eutanasia, matrimonio igualitario, familia, etc.) la única salida que

le queda a la magistratura es brindar un discurso racional, razonable y que sea aceptable por parte de la comunidad; pero aún así, un discurso coherente y sólido puede no ser aceptado por grupos extremistas con lógicas cerradas y sectarias, pero ello no puede ser óbice para descartar la rigurosidad del discurso como elemento para detectar buenos jueces y buenas sentencias.

Bajo este nuevo paradigma, el juez se ve en la obligación de tener que justificar integralmente su decisión, proporcionando argumentos suficientes y convincentes. Hoy en día, el argumento de autoridad en la decisión judicial viene dado por la justificación proporcionada por el juez. El diálogo entre jueces es una manifestación notable de los procesos a los que ha llevado la globalización y la emergencia de los derechos humanos como un potencial derecho mundial, plagado de una constelación de derechos nacionales donde ningún orden interno puede reclamar jerarquía sobre otro en base a un orden de precedencia. Por eso en este contexto, a falta de jerarquía, el diálogo y la persuasión que lo acompaña, se transforman en una herramienta útil que se ejercita a través del derecho comparado. (Aguilar, 2017, p. 5)

Dicho lo anterior, el impacto de los pronunciamientos de la Corte Constitucional está en la fuerza y coherencia de los argumentos que se han ofrecido para reformular el concepto de familia en la sociedad colombiana. Pero sumado a ello está la interiorización que de ello cada ciudadano y organización gubernamental o no gubernamental haga de dicho concepto.

Hemos visto cómo en las Políticas Públicas en materia de familia se ha recogido lo expuesto por la Corte, pero además es cada vez mayor la cantidad de personas que aceptan el discurso

de la magistratura y se abren a las nuevas formas de familia permitiendo así que las acciones estatales encaminadas a la protección de la institución familiar también sean accesibles para estas nuevas formas.

Lejos quedan aquellos tiempos en los que la legitimidad del debate en torno a las Políticas Públicas recaía exclusivamente en el Legislador, ya que ahora los jueces se erigen en articuladores de los principios constitucionales a través de sus pronunciamientos sobre dichas políticas y *“a medida que transcurrían los años y los planes y documentos quedaban parcialmente en el papel, la Corte pasó a adoptar un rol más interventor en el proceso de políticas públicas”* (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 204)

Con los discursos de la Corte Constitucional se observan narrativas diversas e imaginarios diversos y con ello se da apertura a distintas visiones del mundo. Gracias a los pronunciamientos del alto tribunal se ha podido abrir la mente de muchas personas hacia realidades que, consciente o inconscientemente, se desconocían y se ha dado voz a grupos que estuvieron mucho tiempo en las sombras. Esto es quizás uno de los impactos más relevantes que se ha podido evidenciar respecto del reformulado concepto de familia (y sobre otros temas delicados y polémicos), han salido a flote discursos y respuestas que restablecen los derechos y la dignidad de minorías que han sido discriminadas a lo largo de los años y que ven como triunfos memorables el reconocimiento de sus ideales y anhelos en documentos legales y de Políticas Públicas. Los pronunciamientos de la Corte efectivamente cambian vidas y dan sentido a los ideales e imaginarios de comunidades minoritarias.

El 28 de julio de 2014, poco después de las tres de la tarde, Danelly Estupiñán, una líder del movimiento social afrocolombiano, subió al estrado de la sala

de audiencias de la Corte Constitucional colombiana (CCC), situada en el centro de Bogotá. Acompañada por otros diez representantes de víctimas del desplazamiento forzado, Danelly habló ante los tres magistrados de la Corte que presidían la audiencia y unas cien personas que llenaban el recinto, entre las cuales estábamos periodistas, funcionarios, activistas, académicos y abogados.

“La decisión de la Corte nos dio voz”, dijo, en referencia a una sentencia de 2004 sobre personas desplazadas internamente (PDI), de la que se conmemoraban diez años en esa audiencia. *“Fue la clase de validación y apoyo que las comunidades negras habían estado esperando”* ante el desplazamiento forzado masivo causado por el empeoramiento, a comienzos de 2000, de cinco décadas de conflicto armado. Habíamos conocido en persona a Estupiñán cinco años antes, en la ciudad de Buenaventura, y sabíamos bien a qué se estaba refiriendo: los atroces asesinatos, la intimidación diaria, la desposesión masiva causada por los grupos paramilitares de derecha, las guerrillas de izquierda, las Fuerzas Armadas colombianas y las mafias del tráfico de drogas que luchaban por el control de la tierra y los recursos de Buenaventura, principal puerto de Colombia en el Pacífico y uno de los lugares más peligrosos del mundo. (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 21)

Finalmente, es necesario indicar que el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional en Colombia es un escenario de constante cambio dadas las numerosas coyunturas que moldean las decisiones judiciales. Sin embargo, esto no ha sido un obstáculo para que los

pronunciamientos de esta corporación hayan sido de profundo impacto en la sociedad sin importar la temática tratada. En el imaginario de la comunidad (con o sin formación política o jurídica) cada vez está más claro que las sentencias de la Corte Constitucional son la última palabra en temas tan delicados como el tratado, y su impacto es notorio en la modificación de reglas e ideologías a través de una especie de pedagogía constitucional evidenciable en el discurso jurídico.

4 REFLEXIONES FINALES

El Enfoque Neoinstitucional de las Políticas Públicas (ENPP) es el enfoque idóneo para abordar el tema tratado en esta tesis: la reformulación del concepto de familia a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Las razones son las siguientes: i) el ENPP es un modelo conciliatorio que da importancia al papel del individuo y al mismo tiempo de las instituciones, para evitar así un falso dilema a la hora del tema de la creación, aplicación y evaluación de las Políticas Públicas; ii) el ENPP presenta a su vez un enfoque sustentado en los actores de las Políticas Públicas, y son aquellos que se ven inmersos en un proceso dialógico y de negociación propio de la dinámica política; iii) dentro de este enfoque es posible hablar de los jueces (en especial la Corte Constitucional) y sus pronunciamientos sobre el concepto de familia; y iv) las instituciones no sólo son una estructura de reglas dadas e inmodificables, por el contrario también representan valores que se adquieren a través de un proceso de racionalización tal y como lo planteó Max Weber.

Sumado a lo anterior es necesario reconocer que las Cortes y los tribunales juegan un papel determinante en la creación de imaginarios sociales. Lo anterior debido a la figura del activismo judicial y que se traduce en jueces comprometidos con el cambio social a través de sus pronunciamientos. La explicación al auge de este movimiento activista y su utilidad radica en: i) la indeterminación del lenguaje jurídico y su carácter realizativo; ii) el regreso de los principios; iii) el derecho como ejercicio comunicativo y de narración; y iv) la aceptación del Derecho como subordinado de la Política.

Se debe hacer énfasis en el Derecho como un ejercicio narrativo y de comunicación en tanto trata de transmitir un mensaje determinado de y hacia la comunidad. En este orden de ideas

los discursos al interior del Derecho son expresiones vitales, individuales o colectivas, que permiten generar empatía entre los participantes, de ahí que asumir el Derecho de esta manera está en concordancia con el ENPP en la medida que garantiza un debate racional y ajustado a unos valores y principios constitucionales que buscan un bien común sin exclusión.

Dicho lo anterior, se puede evidenciar que la dinámica jurídica y política de la Corte Constitucional como actor de las Políticas Públicas ha recogido el sentimiento pluralista que nutre la Constitución y se ha concretado en sendas sentencias que han reformulado el concepto de familia a través de argumentaciones que abandonan la lógica formal y la exégesis (textualismo) en la interpretación del texto superior, para pasar a interpretaciones finalistas y de carácter teleológico-sociológico. Es así como la Corte concluye un concepto de familia amplio y que se aleja de tradiciones conservadoras que remitían al matrimonio heterosexual como la única forma posible de conformar familia. Una interpretación finalista del artículo 42 de la carta política triunfó al sostener que la familia es un sentimiento que puede constituirse de diversas maneras, ampliando su espectro a formas que otrora eran excluidas y discriminadas (estructuras monoparentales, uniones maritales de hecho, o individuos sin pareja, entre otros). El argumento central, fue entonces, una mala interpretación del artículo 42 superior, interpretación que al ser excluyente, no se compadece con los principios y valores de la Constitución.

La anterior reflexión fue difundida a lo largo de las diversas jurisprudencias que tocaban el mismo tema. Esto llevó a que las dos Políticas Públicas en materia de familia analizadas en esta tesis y contenidas en documentos del Ministerio de Salud y Protección Social recogieran lo establecido por la Corte respecto al concepto, origen, alcance y derechos de la familia.

Finalmente se puede evidenciar, a partir del análisis hecho a todas las jurisprudencias de la Corte Constitucional sobre el concepto de familia, que existe un discurso y una narrativa progresista, coherente y reiterativa acerca de los postulados que se han analizado a lo largo del trabajo y que propugnan por un concepto de familia amplio e incluyente a partir de una adecuada interpretación del artículo 42 de la Constitución Política y su implementación en las Políticas Públicas.

Respecto del impacto de estos pronunciamientos en las Políticas Públicas sobre familia, se puede apreciar que la Corte Constitucional ha dado voz a actores (minorías, generalmente) que reclaman sus derechos y exigen la inclusión en las acciones estatales tendientes a garantizar sus derechos. Pese a lo polémico del tema y la polarización existente, se concluye que un discurso racional, razonable y aceptable por la comunidad es la única forma de valorar los buenos fallos y los buenos jueces, y así lograr Políticas Públicas exitosas y respetuosas de la Constitución.

Finalmente, puede observarse un rediseño en las Políticas Públicas en materia de familia a partir del discurso evidenciable en las sentencias de la Corte Constitucional sobre el concepto de ésta. En este orde de ideas, es claro que los documentos que contienen dichas Políticas Públicas están sustentados y apuntan a un discurso incluyente y respetuoso de la diversidad, esto conforme a la necesidad crear una estructura armónica con el ordenamiento constitucional. Los documentos analizados son un muestra de una Política Pública que recoge un concepto amplio de familia, y esto ha sido el resultado de acatar los pronunciamientos judiciales sobre el tema. El rediseño supone la superación de una estructura formal (tanto en el sentido como en el texto) para pasar a una enmarcada en los fines y valores del Estado.

5. REFERENCIAS

AGUILAR, Gonzalo (2017). “Justicia constitucional, rol del juez y diálogo jurisdiccional: el caso de Chile.” En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 21, pp. 1-36. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.21.01>

AGUIRRE, J., Silva A., Pérez V. (2007), *Lenguaje y derecho: Habermas y el debate iusfilosófico: Análisis de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana sobre el lenguaje jurídico constitucionalmente inadmisibile*. Bucaramanga: Universidad Industrial de Santander UIS.

ARONSON, P. y WEISZ, E. (comp.), (2005). *Sociedad y religión: Un siglo de controversias en torno a la noción weberiana de racionalización*. Buenos Aires: Prometeo.

ARANGO, Rodolfo, (2016) (I). “El constitucionalismo en Latinoamérica: una mirada en perspectiva”. En: *Progresos y tendencias del constitucionalismo Latinoamericano*. Sabaneta: Unisabaneta, p. 21-39.

ARANGO, Rodolfo, (2016) (II), *Realizando los Derechos: su filosofía y práctica en América Latina*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

AUSTIN, John (1971). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Paidós.

BORRILLO, Daniel (2012). “La “biofamilia” en Francia: ¿Derecho subjetivo a la reproducción o justificación médica de la esterilidad? En: *Revista pluridisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Derecho de Familia, N° 55, julio, Buenos Aires: Abeledo Perrot, ISSN: 0327-1358, pp. 177-194

BRUNER, J. y WEISSER, S. (1995). “La invención del yo: la autobiografía y sus formas”. En: Olson, D. y Torrance, N. (Eds). *Cultura escrita y oralidad*. Barcelona: Gedisa, ISBN 84-7432-527-7, pp. 177-202

BRUNER, Jerome. (2003). *La fábrica de historias: Derecho, literatura, vida*. Buenos Aires: FCE

BULYGIN, Eugenio (2006). *El Positivismo Jurídico*. México: Fontamara

CANO, Albert (1998), “El “giro lingüístico” y su incidencia en el estudio de la comunicación periodística”. En: *Revista Anàlisi*, N° 22. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona, pp. 63-98, ISSN 2340-5236

CANO Blandón, L. (2014), “La narrativa de las políticas públicas en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana”. En: *Revista Papel Político*, Vol. 19, julio-diciembre. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, p. 435-458

CORAL-DÍAZ, Ana (2012). “Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja”. En: *Revista Opinión Jurídica*, vol. 11, N° 22, julio-diciembre. Medellín: Universidad de Medellín, pp. 17-30, ISSN 1692-2530

CRANE, Daniel (2006), “A ‘Judeo-Christian’ Argument for Privatizing Marriage. En: *Cardozo Law Review*, Vol. 27. New York: Yeshiva University, pp. 1221-1259

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DNP (2014). Informe del Observatorio Nacional de Familias, boletín N° 2, julio. Bogotá. Consultado en:

<https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Boletines/bolet%C3%ADn-3---observatorio-de-familias.pdf>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DNP (2014). Tipologías de familia en Colombia: Evolución de 2003 a 2014. Bogotá. Consultado en: [https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-\(1\).pdf](https://observatoriodefamilia.dnp.gov.co/Documents/Documentos%20de%20trabajo/D3-tipologias-evolucion_dic3-(1).pdf)

DILTHEY, Wilhelm (2000). *Dos escritos sobre hermenéutica: El surgimiento de la hermenéutica y los Esbozos para una crítica de la razón histórica*. Madrid: ISTMO

DWORKIN, Ronald (1996), “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”. En: *Freedom’s Law: The moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

DWORKIN, R. (2010), “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?” En: *Revista ISONOMÍA*. Número 32, abril. México DF: ITAM, p. 7-31. ISSN: 1405-0218.

DWORKIN, Ronald (2012). *El Imperio de la Justicia*, 2ª edición. Barcelona: Gedisa.

ENDICOTT, Timothy (2012). “La vaguedad y el Estado de Derecho: una crisis en la adjudicación de los Derechos Humanos”. En: *Revista Derecho y Humanidades*, N° 19, Santiago de Chile: Universidad de Chile, pp. 129-140, ISSN 0716-9825.

ESLAVA, Adolfo (2008). Políticas públicas y control social. Una aproximación neoinstitucional. En: *Conferencia Mundial sobre Desarrollo de Ciudades*, febrero, Porto Alegre, Brasil.

ESLAVA, Adolfo (2010), “Análisis Neoinstitucional de la Políticas Públicas”. En: ROTH, André-Nöel (ed.), *Enfoques para el análisis de políticas públicas*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, pp. 97-123

FISHER, F. (1996), “Policy Discourse and the politics of Washington think tanks”. En: F. Fisher y J. Forester (Eds.), *The argumentative turn in Policy Analysis and Planning*, Durham, NC: Duke University Press, p. 21-40

FRANCO, Sandra y SÁNCHEZ, Gloria (2008). “Las familias: ¿Un asunto de políticas públicas?” En: *Revista Economía y Sociedad*, N° 14, junio, Cali: Universidad del Valle, pp. 82-105, ISSN: 1657-6357

FREUND, Julien (1973). *Sociología de Max Weber*. Barcelona: Península.

GARCÍA JARAMILLO, L. (2016), *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.

GARRO, Alejandro (1992). “Algunas reflexiones sobre la Corte Suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la Corte”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 35, mayo-agosto. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 85-95, ISSN: 0211-5743

GILLIGAN, Carol (1982). *In a Different Voice: Essays on Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

GOTTWEIS, H. (2007), “Rhetoric in policy making: Between logos, ethos and pathos”. En: F. Fisher y G. Miller (ed.). *Handbook of Public Policy. Theory, Politics and Methods*. Boca Raton FL.: CRC Press, p. 237-250

GRANDEZ, Pedro (2016). *El ascenso de los principios en la práctica constitucional*. Lima: Palestra.

GRONDIN, Jean (2008) *¿Qué es la hermenéutica?* Barcelona: Herder

GRUESO, Delfín (2013). “Los desafíos de la democracia frente a la diversidad”. En: *Revista de Filosofía Conceptos*, N°3, febrero, Cartagena: Universidad de Cartagena, pp. 11-27, ISSN: 1692-1488

GUTIÉRREZ, Virginia y VILA, Patricia (1988). *Honor, Familia y Sociedad*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

HALLEY, Janet (2006). “Razonar sobre la sodomía: acto e identidad en y después de *Bowers v. Hardwick*”, en: García, Mauricio (comp.), *et al, Crítica Jurídica*, Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 253-284

HABERMAS, Jürgen (2005). *Facticidad y Validez*. Madrid: Trotta.

HAMPTON, Greg, (2009). “Narrative policy analysis and the integration of public involvement in decision making”. En: *Policy Sciences*, 42. Springer Verlag, pp. 227-242. 10.1007/s11077-009-9087-1.

HENAO, Juan (2013). “El Juez Constitucional: un actor de las políticas públicas”. En: *Revista de Economía Institucional*, vol. 15, N° 29, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 67-102, ISSN: ISSN 0124-5996

KAHN, P. (2017), *Construir el caso: el arte de la jurisprudencia*. Bogotá: Siglo del Hombre.

KELSEN, Hans (2009). *Teoría Pura del Derecho*, 4ª edición, 9ª reimpresión. Buenos Aires: EUDEBA

KENNEDY, Duncan (1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Universidad de los Andes – Siglo del Hombre.

KENNEDY, Duncan (2010). *Izquierda y Derecho: Ensayos de Teoría Jurídica Crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI

KLIJN, E. (1998). *Redes de políticas públicas: una visión general*. Londres: SAGE Publications.

LÓPEZ, Diego (2018). *Cómo se construyen los derechos: Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Universidad de los Andes – LEGIS.

LÓPEZ, Frank (2011), “El giro lingüístico de la filosofía y la historiografía contemporánea”. En: *Revista Mañongo*, N° 37, Vol. XIX, Julio-diciembre, Carabobo: Universidad de Carabobo, pp. 189-213, ISSN: 1315-267-X

MAJONE, G. (2005), *Evidencia, argumentación y persuasión en la formulación de políticas públicas*. México: FCE.

MARCH, J. y OLSEN, J. (1997). *El Redescubrimiento de las Instituciones. La Base Organizativa de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (2012). *Política Pública Nacional para las familias colombianas 2012-2022*". Bogotá: Ministerio de salud y protección social.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL (2016). *Política Pública Nacional de apoyo y fortalecimiento a las familias*. Bogotá: Oficina de promoción social, dirección de promoción y prevención, Ministerio de salud y protección social.

MINOW, Martha (1986), "Law Turning Outward". En: *Telos. Critical Legal of the Contemporary*, 73. Candor, NY: Telos Press Publishing, ISSN: 0090-6514, pp- 79-100

MULLER, Peter (2002). *Las Políticas Públicas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia

NINO, C.S. (2014). *Derecho, Moral y Político: Une revisión de la teoría general del Derecho*. Buenos Aires: Siglo XXI.

NUSSBAUM, Martha (1997). *Justicia Poética: La imaginación literaria y la vida pública*, trad. de Carlos Gardini. Barcelona: Editorial Andrés Bello.

OLIVA, Eduardo (2013). *El Divorcio incausado en México*. México: Moreno Editores.

OSSORIO, Ángel. (1975). *El alma de la toga*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.

OSUNA, Néstor (2015), "Las Sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia". En: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: La Protección de los Derechos Sociales, las Sentencias estructurales*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, p. 91-116.

PÁRAMO, Pablo. (Coord.) (2017) *La recolección de información en las ciencias sociales*. Ed. Lemoine. Bogotá. Colombia

PÉREZ, Mauricio (2007). "Economía y fallos constitucionales: la experiencia colombiana desde la vigencia de la Carta Política de 1991 hasta 2003," En: *Documentos de Trabajo UEC 004094*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PETERS, Guy (2003). *El Nuevo Institucionalismo: Teoría Institucional en Ciencia Política*. Barcelona: Gedisa.

POWELL, W. y DIMAGGIO, P. (comp.), (1999). *El Nuevo Institucionalismo en el Análisis Organizacional*. México: Fondo de Cultura Económica.

RASCHKE, Joachim. (1994). "Sobre el concepto de movimiento social". En: *Zona Abierta* (69), Madrid: Editorial Pablo Iglesias, pp. 121-135, ISSN: 0210-2692

RAWLS, J. (1993), *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

RICOEUR, Paul (2004). *Tiempo y Narración I*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

RIVAS, José (2003). "El Neoinstitucionalismo y la Revalorización de las Instituciones." En: *Revista Reflexión Política*, junio, N° 5, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, p. 36-46, ISSN: 0124-0781

ROBLES, Gregorio (2003). *Introducción a la teoría del Derecho*, 6ª Edición. Barcelona: Debate

RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana (2010). *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Antropos Editores.

RODRÍGUEZ, César y RODRÍGUEZ, Diana (2015). *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el sur global*. Buenos Aires: Siglo XXI.

ROTH, André (2002). *Políticas Públicas. Formulación, Implementación y Evaluación*. Bogotá: Ediciones Aurora.

SÁNCHEZ, Esther (2017). “El movimiento LGBT (I) en Colombia: la voz de la diversidad de género. Logros, retos y desafíos”. En: *Revista Reflexión Política*, vol. 19, núm. 38, enero-junio, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, pp. 116-131, ISSN: 0124-0781

SCHARPF, Fritz (1997). *Games Real Actors Play: Actor-Centered Institutionalism in Policy Research*. Boulder: Westview Press

SIERRA, Grenfieth (2009). *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas*. Bogotá: Universidad del Rosario.

STERLING, Juan (2013). “Hermenéutica y argumentación jurídica: límites a la discrecionalidad judicial”. En: Grandez P, y Morales F. (ed.). *Argumentación Jurídica y Estado Constitucional*. Lima: Palestra, pp. 139-161, ISBN: 978-612-4218-01-9

STERLING, J. y OSMA, P. (2018). “La hermenéutica en la Teoría comunicacional del derecho: la teoría de textos”. En: *Revista Filosofía UIS*, 17(1), ISSN: 1692-2484, pp. 243-269.

STERLING, Juan (2018). “La hermenéutica en la Teoría Comunicacional del Derecho: Positivismo Jurídico y Teoría de Textos”. En: MEDINA, Diego (ed.). *Ordenamiento y Sistema en el Derecho*. Valencia: Tirant Lo Blanch, ISBN: 978-84-9169-795-4 pp. 219-246

SUBIRATS, Joan, et al (2008), *Análisis y Gestión de Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.

TARUFFO, Michele (2007). “Narrativas Judiciales”. En: *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, julio. Santiago de Chile: Universidad Austral de Chile, ISSN: 0718-0950, pp. 231-270

TORRES-MELO, Jaime, et al (2013), *Introducción a las políticas públicas*. Bogotá: IEMP Ediciones.

TSEBELIS, George (1990). *Nested Games. Rational Choice in Comparative Politics*. Berkeley: University of California Press.

VAN EETEN, M. (2007). “Narrative policy analysis”. En: F. Fisher y G. Miller (ed.). *Handbook of Public Policy. Theory, Politics and Methods*. Boca Ratón FL.: CRC Press, p. 251-269

VATTIMO, Gianni (1991). *La ética de la interpretación*. Barcelona: Paidós.

WEBER, Max (2002). *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

YAÑEZ, Diego (2014). “Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas”. En: *Revista Estudios de Derecho*, Vol. LXXI. N° 157, junio, Medellín: Universidad de Antioquia, pp. 237-268, ISSN0120-1867

ZULUAGA GIL, R. (2008), *De la expectativa al desconcierto: el proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*. Cali: Universidad Pontificia Javeriana.

ZURBRIGGEN, Cristina (2006). “El institucionalismo centrado en los actores: una perspectiva analítica en el estudio de las políticas públicas”. En: *Revista de Ciencia Política*, volumen 26, N° 1. Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 67-83, ISSN: 0716-1417