

**LA FUNCIÓN HERMENÉUTICA
CONSTITUYENTE DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL. UNA MIRADA
A LA LUZ DE LA CONFORMACIÓN
JURÍDICA DE FAMILIA**

**A LOOK AT THE CONSTITUTIONAL COURT'S
FUNCTION TO FORM INTERPRETATION FROM
THE LEGAL FAMILY STRUCTURE.**

**A FUNÇÃO HERMENÉUTICA CONSTITUINTE DA
CORTE CONSTITUCIONAL. UM OLHAR À LUZ
DA CONFORMAÇÃO JURÍDICA DE FAMÍLIA.**

DAVID FRANCISCO FRANCO-MORENO*



Universidad de
La Sabana

* Universidad Santo Tomás, Bucaramanga, Colombia.
abogadodavidfranco@hotmail.com

RECIBIDO 12 DE JUNIO DE 2012. ACEPTADO 1 DE OCTUBRE DE 2012

RESUMEN

El presente artículo intenta cuestionarse sobre la legitimidad de la interpretación constitucional, de cara a las consecuencias constituyentes que ella puede contener, utilizando como banco de pruebas la línea jurisprudencial sobre la conformación familiar de las parejas homosexuales. Se mostrará cómo el método jurídico por sí solo no logra justificar la interpretación constitucional por cuanto las conclusiones hermenéuticas dependen de la fase volitiva de la interpretación, y los diversos métodos jurídicos interpretativos pueden hacer albergar conclusiones contradictorias en una misma norma jurídica. Dicha situación desemboca en el ejercicio de un poder constituyente de hecho, que no necesariamente es detentado por el tribunal constitucional. Dicho poder puede evidenciarse en la evolución jurisprudencial del fenómeno de la conformación jurídica de familia homosexual, pues en dicho tema la Corte ha desplegado una fuerte discrecionalidad en la *fase volitiva* de la interpretación constitucional, pudiendo encontrarse interpretaciones contradictorias del artículo 42 de la Constitución Política en torno a la conformación familiar de las parejas homosexuales.

PALABRAS CLAVE

Interpretación constitucional, poder constituyente, conformación jurídica de la familia, no contradicción.

ABSTRACT

This article is addressed at questioning the legitimacy of constitutional interpretations in regards to the founding consequences they may bring; to this end, it uses judicial precedents on family structure in homosexual couples as the evidence bank. The article will show how legal methods alone cannot be the basis for interpreting the Constitution as conclusions to those interpretations will depend on the intended phase and different legal interpretation methods can end in contradictory conclusions about the same law. This situation results in a constitutional power that is not necessarily embodied in a court but may be evidenced in how decisions concerning family structure in homosexual couples have evolved; in this case, the Court has evidenced having a strong intention in the *volitive phase* of constitutional interpretation, thus leading to contradictory interpretations of article 42 of the Constitution concerning family structure in homosexual couples.

KEY WORDS

Constitutional interpretation, constitutional power, legal family structure, non contradiction.

RESUMO

O presente artigo tenta questionar-se sobre a legitimidade da interpretação constitucional, a favor das consequências constituintes que ela pode conter, utilizando como banco de provas a linha jurisprudencial sobre a conformação familiar dos casais homossexuais. Será mostrado como o método jurídico por si só não consegue justificar a interpretação constitucional porquanto as conclusões hermenêuticas dependem da fase volitiva da interpretação, e os diversos métodos jurídicos interpretativos podem fazer albergar conclusões contraditórias em uma mesma norma jurídica. Essa situação desemboca no exercício de um poder constituinte de fato, que não necessariamente é retido pelo tribunal constitucional. Esse poder pode evidenciar-se na evolução jurisprudencial do fenômeno da conformação jurídica de família homossexual, pois em tal tema a Corte implicou uma forte discricionariedade na fase volitiva da interpretação constitucional, podendo encontrar-se interpretações contraditórias do artigo 42 da Constituição Política sobre a conformação familiar dos casais homossexuais.

PALAVRAS-CHAVE

Interpretação constitucional, poder constituinte, conformação jurídica da família, não-contradição.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN; 1. LA JURIDICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS; 2. LA ELECCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ COMO ELEMENTO AUTÉNTICAMENTE RELEVANTE EN EL PROCESO HERMENÉUTICO; 3. LA CONSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA: CRITERIOS ENCONTRADOS; 3.1. CONTRASTE DE ALGUNAS CONSECUENCIAS HERMENÉUTICAS A LA LUZ DE DIVERSOS CRITERIOS INTERPRETATIVOS; 4. ETAPAS HERMENÉUTICAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CONFORMACIÓN FAMILIAR; 4.1. ETAPA ORIGINALISTA QUE RESPONDE A UN CRITERIO VALORISTA-HISTÓRICO; 4.2. ETAPA SOLIDARISTA O DE PRIMERA TRANSICIÓN; 4.3. ETAPA DE AMPLIACIÓN DE PROTECCIONES DE LA PAREJA HOMOSEXUAL O DE SEGUNDA TRANSICIÓN; 4.4. ETAPA EVOLUCIONISTA DE ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL; 5. EL PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN COMO EVIDENCIA DEL EJERCICIO DE HECHO DEL PODER CONSTITUYENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL; 6. CONCLUSIONES; BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La interpretación constitucional es uno de los temas jurídicos más relevantes en el mundo contemporáneo porque la labor del juez constitucional escapa a aquella definición de la judicatura efectuada por MONTESQUIEU, como el juez que es mera boca de la Ley. Así las cosas, el juez constitucional cuenta con unas posibilidades hermenéuticas amplísimas, con los beneficios o riesgos que ello pueda implicar. En este sentido, el presente artículo intentará efectuar algunas aproximaciones en torno a un tema, en ocasiones olvidado, como lo es el de los límites a la interpretación del juez constitucional. La aproximación efectuada girará en torno a las consecuencias políticas y constituyentes de la interpretación, ahondando en los alcances legitimadores del método jurídico. Se procurará evidenciar la insuficiencia legitimadora de los métodos interpretativos en sí mismos por cuanto los diversos caminos hermenéuticos permiten respuestas disímiles, incluso contradictorias entre sí, siendo insensato que una misma norma albergue prescripciones contradictorias, porque en tal sentido la juridicidad no procedería ni de la norma expedida ni de la justicia buscada, sino solo de la voluntad del fallador que elige una u otra alternativa hermenéutica según su parecer.

Para efectuar la aproximación propuesta, el artículo abordará un breve resumen de las posturas doctrinales en torno al papel del juez como creador de derecho constitucional, y posteriormente se servirá de la línea jurisprudencial en torno a la conformación familiar de las parejas homosexuales. Debe aclararse que el presente artículo no califica ni descalifica como jurídicamente viable la pareja homosexual, simplemente procura efectuar un recuento sistemático de la línea jurisprudencial, a la luz de las notas fundamentales que determinaron el quehacer hermenéutico, y las consecuencias políticas o constituyentes que aquellas implicaron, concluyéndose finalmente que la Corte Constitucional colombiana ha desplegado un poder constituyente de hecho, que no parece habersele concedido en la Constitución de 1991.

1. LA JURIDICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS CONSECUENCIAS

Al acercarse a la labor jurisdiccional de los Tribunales Constitucionales modernos, y en ellos a la labor interpretativa de la Corte Constitucional colombiana, se en-

cuenta una dilución de las diferencias entre el juez y el legislador¹. Sin embargo, y a pesar de tal dilución, la idea de la juridicidad en torno a la cual se despliega la función hermenéutica sigue siendo el eje en torno al cual la doctrina hace girar sus investigaciones, considerando tal vez que la juridicidad como causa y método de la interpretación constitucional garantiza la justicia de sus consecuencias, es decir, de las conclusiones políticas que de ella puedan derivarse. En tal sentido, a pesar que se reconocen los desenlaces políticos de la interpretación constitucional, se justifican a partir del tratamiento jurídico de los temas políticos de la norma fundamental².

Sin embargo, un acercamiento distinto al fenómeno de la interpretación constitucional garantizaría una mirada más realista, sobre todo si se considera que el juez constitucional no goza necesariamente³ de poder constituyente. En caso que el tribunal constitucional gozara de dicho poder, no solo sería innecesario discutir la politicidad de las consecuencias interpretativas, sino que incluso podría llegar a ser irrelevante la corrección procedimental o argumentativa del tribunal como método jurídico para la adopción de las decisiones constitucionales, pues el constituyente alcanza facultades que en ocasiones comprenden el ejercicio de facultades *extra ordinem*. No obstante, en caso contrario, las consecuencias no jurídicas de decisiones jurídicas se tornan especialmente relevantes, por cuanto la sola juridicidad no es el fundamento constitucional de las normas superiores. Así las cosas, con independencia de que la labor interpretativa de los tribunales constitucionales se desarrolle desde la juridicidad como causa y método de la misma⁴, sería una reflexión incompleta la que se apartara del estudio directo de las consecuencias que se derivan de la interpretación constitucional, pues allí se concreta *definitivamente* la función del *iuris dictio*, es decir, de administrar la justicia. El mero uso de una forma jurídica de interpretar una norma no justifica *per se* las consecuencias a las que pueda arribarse, como se mostrará.

Con lo anterior no se quiere decir que sea indispensable adoptar la idea de la única respuesta correcta para lograr un acercamiento adecuado a la interpretación constitucional, pues lo anterior sería una labor *herculeana*⁵ por ser una función de un “juez dios” y por existir un gran disenso doctrinal sobre su existencia⁶. Quiere

1 Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Interpretación Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2 edición, 2004, pp. 23-25.

2 Cfr. Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009, p. 262.

3 Se introduce la palabra *necesariamente* en el entendido de que una carta política podría conferírsele expresamente, pero en caso contrario no lo tiene.

4 Es su causa, porque en el texto constitucional colombiano la Corte Constitucional nace como un órgano jurisdiccional que administra justicia (art. 116 de la CPC), y es su método porque la juridicidad implica la necesaria justificación de las decisiones, no siendo admisible que una sentencia se funde solo en la mera voluntad del juez, sin el despliegue justificativo propio de los argumentos.

5 Entiéndase herculeano en un doble sentido: muy difícil, casi imposible; y propio de un juez “semidios” como lo es el juez propuesto por DWORKIN en su doctrina.

6 Sobre la existencia y función de la idea de la respuesta correcta Manuel ATIENZA ha efectuado una caracterización en la que ha definido nueve grados en los cuales las teorías pueden aceptar o no su existencia, iniciado en las teorías que la aceptan a partir de los principios del derecho natural y concluyendo en otras que la niegan por ser simplemente una fachada que esconde la ideología

decirse que la sola corrección y legitimidad en la escogencia y el uso de la forma jurídica en que se tratan los temas constitucionales con consecuencias políticas no corresponde el único factor legitimador de la interpretación constitucional, en el entendido de que la existencia de los acuerdos constitucionales obedece, además de lo jurídico, a otros factores diversos pero admisibles, que lo trascienden⁷.

2. LA ELECCIÓN INTERPRETATIVA DEL JUEZ COMO ELEMENTO AUTÉNTICAMENTE RELEVANTE EN EL PROCESO HERMENÉUTICO

Las consecuencias de la interpretación constitucional no son un tema inocente. Si el juez tiene la posibilidad de decir lo que mejor le parezca, conforme a su propia axiología, no solo se deshacen las diferencias entre el juez y el legislador (como se refería), sino que también habría una dilución entre el juez y el constituyente, pues no puede perderse de vista que el juez constitucional interpreta normas que versan sobre los acuerdos más fundamentales y profundos de una sociedad, despojándose a las sociedades de la posibilidad para determinar sus acuerdos mínimos, y la consiguiente pérdida social del autogobierno, pilar fundamental de la democracia.

Las teorías modernas que explican y justifican la interpretación constitucional señalan en común que el juez posee un amplio margen de discrecionalidad. Sin embargo, algunas de ellas caracterizan y justifican la pérdida social referida, en que solo el juez es el único creador de normas constitucionales, otras en cambio la matizan o encauzan. Por ejemplo, el neoconstitucionalismo sostenido por autores como GUASTINI, señala que el contenido normativo de los textos solo nace a la vida jurídica cuando la disposición es interpretada por el juez, pues el contenido deóntico de la norma no radica en el texto legal o constitucional en sí mismo, sino en su interpretación. Refiere el autor:

“...un ordenamiento jurídico se presenta como un conjunto de significados, de contenidos normativos. Sin embargo, tales significados son variables dependientes de la interpretación (ninguna disposición tiene un significado determinado si no es después de la interpretación). De manera que, por una parte, el contenido normativo del ordenamiento resulta un tanto inaprensible, toda disposición puede ser susceptible de interpretaciones: (i) de un lado, sincrónicamente distintas y en conflicto; (ii) de otro lado, diacrónicamente mutables”⁸.

Así las cosas, para GUASTINI la creación judicial de las normas jurídicas es un fenómeno necesario y característico de los sistemas constitucionalizados, en razón de predicarse un fuerte activismo judicial y la sobreinterpretación de la Constitución⁹. En otras palabras, la mutación de significación normativa de acuerdo al

política de los jueces. Cfr. Manuel ATIENZA “Sobre la única respuesta correcta”, en *Jurídicas* (2009), pp. 18-19.

7 Esta idea se desarrollará más adelante.

8 Riccardo GUASTINI, *Interpretación Constitucional, Estado y Constitución*, Bogotá, Ara Editores, Ediciones Axel, Colección filosofía y teoría del derecho, 2012, p. 50.

9 GUASTINI sostiene, por ejemplo, que la sobreinterpretación de la Constitución es una característica de los ordenamientos constitucionalizados. Cfr. Riccardo GUASTINI, *Interpretación, Estado y Constitución*, Lima, Ara Editores, 2012, pp. 161-162.

criterio del intérprete constitucional es un fenómeno no solo posible sino legítimo e inevitable en el derecho, pues realmente es el juez el que dota de contenido normativo a las disposiciones y no el legislador mismo.

Con relación al poder para efectuar normas constituyentes otros autores, como Peter HABERLE, señalan que la modernidad implica un desplazamiento del referido poder al juez, pero no por ser el único con facultad de hacerlo (como lo diría GUASTINI), sino por ser un actor relevante en el proceso de interpretación constitucional. El tribunal es así un órgano encargado de realizar mutaciones constitucionales por vía interpretativa y sin necesidad de desplegar un proceso constituyente formal¹⁰. En tal sentido, la función de la interpretación constitucional juega un papel cultural de adecuación de la Constitución¹¹. Interpretando a HABERLE podría concluirse que no existe una pérdida social, como la que se mencionó, ya que el tribunal, junto con los demás órganos de poder, los medios de comunicación y el pueblo son los encargados de crear armónicamente auténticas normas o contenidos constitucionales mediante la interpretación de la norma fundamental, pues propone lo que ha denominado una sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución¹².

Desde otras posturas doctrinales, que aceptan una función jurisdiccional con discrecionalidad pero con atadura del juez a factores externos, encontramos algunas que lo ligan a elementos como el continente semántico de las normas, y otras, a la exigencia prudencial de justicia para el caso concreto. Por ejemplo, TAMAYO JARAMILLO, que se denomina como perteneciente a una doctrina que sostiene positivismo discrecional semántico como una forma de neoconstitucionalismo teórico, señala:

“Huelga decir, que respetar el imperio de la ley no significa formalismo literalista de la ley, sino respeto a los textos normativos, dentro de un margen de interpretación más o menos elástico dada la vaguedad del lenguaje, de tal forma que se logre la interpretación más justa, pero sin desconocer el esqueleto o médula de la norma positiva. Es lo que se denomina el neoconstitucionalismo positivista discrecional en contraposición al neoconstitucionalismo ideológico antinormativo”¹³.

Finalmente, como perteneciente a una vertiente prudencial de la hermenéutica constitucional, que liga el fenómeno de la corrección a la justicia propia de la razón práctica fundamentada en la verdad práctica se encuentra a MORA RESTREPO, quien aduce:

“desde el punto de vista de las fuentes jurídicas escritas, y en general de toda comunicación humana, la especial relevancia que adquiere el intérprete deviene así de

10 Cfr. Peter HABERLE, *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, trad. de H. Fix Fierro, 2007, p. 157.

11 HABERLE señala que la cultura es el cuarto elemento del Estado, junto con el pueblo, el poder y el territorio, y que la teoría de la Constitución debe hacerse a la luz de la cultura; Peter HABERLE, *Ibid.*, pp. 105-106.

12 *Ibid.*, pp. 263-278.

13 Javier TAMAYO JARAMILLO, *La Decisión judicial. Naturaleza, hermenéutica, argumentación y aplicación del Derecho*, t. 1, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 2011, p. 12.

la naturaleza del propio lenguaje, de la dramática tensión que se presenta entre el lenguaje y la idea exteriorizada por él. [...] La hermenéutica plantea esta exigencia a través de la idea de concretización: las expresiones lingüísticas son apenas los signos, el *medio* del cual se sirve el legislador para expresar un significado normativo, una realidad en el plano de las conductas humanas”¹⁴.

Por lo anterior, la existencia de textos normativos aparentemente claros no releva al intérprete de su tarea, pues probablemente tal claridad se refiera a una claridad semántica, debiendo encontrarse no solo el alcance semántico de las expresiones sino su significación normativa adecuada y buscada por el legislador¹⁵ o, en este caso, el constituyente.

Es interesante constatar (como se adelantaba) que a pesar de la disimilitud de las doctrinas propuestas, todas coinciden en un punto clave: la función hermenéutica del juez es un proceso en el cual existe un fuerte componente de discrecionalidad que se despliega en dos facetas: la primera de naturaleza cognoscitiva en la que el juez debe encontrar las posibilidades interpretativas que una norma ofrece, y la segunda de naturaleza volitiva, en la que el juez elige aquella postura que le parece la mejor¹⁶. Dicha faceta volitiva es precisamente la que implica diferencias entre una y otras, y la que conferiría un auténtico poder constituyente al tribunal constitucional, como quiera que los únicos que pueden crear acuerdos políticos —en el debate público igual—, guiándose por su propia voluntad y convicciones, son los representantes del pueblo o el constituyente mismo. No obstante, para GUASTINI, el juez elige aquella opción interpretativa que le parezca mejor según su propia ideología; HABERLE señala que el juez elige aquella que se acomode mejor a la evolución cultural de los pueblos; según TAMAYO JARAMILLO, debe seleccionarse la que le parezca mejor al juez, mientras no se cambie el sentido original semántico de la norma, y para MORA RESTREPO, aquella que concrete mejor la justicia para el caso concreto. Las dos primeras son posturas que legitiman en la acción del juez un poder constituyente —en la primera como consecuencia, en la segunda como causa—, y las dos restantes se lo niegan, por no ser la voluntad libre la encargada de la creación del derecho jurisdiccional.

Aclarado lo anterior, se contrastará la teoría referida con un caso particular de la jurisprudencia colombiana, como lo es la evolución interpretativa del concepto de familia, para determinar si el papel del tribunal ha sido de naturaleza jurídica, con consecuencias jurídicas, políticas o constituyentes.

14 Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., p. 229.

15 MORA RESTREPO caracteriza que la claridad de un texto normativo solo se refiere a su claridad semántica, pero no a su claridad normativa, siendo siempre la tarea del intérprete indagar por la realidad normativa significada. *Ibid.*, p. 230.

16 Gabriel MORA RESTREPO señala las mismas faces en la labor hermenéutica, la cual califica como de comprensión. *Ibid.*, p. 237.

3. LA CONSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA: CRITERIOS ENCONTRADOS

El tema de la conformación jurídica de familia¹⁷ se encuentra regulado en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución Política colombiana, reconociéndose como generadores jurídicos de familia los siguientes:

“Art. 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*”¹⁸ (énfasis agregado).

Como puede apreciarse, tal disposición normativa no solamente trata de una realidad fundamental humana, sino que además posee una gran amplitud semántica en sus términos y una redacción que puede resultar confusa en sí misma, cuando se intentan resolver preguntas tan concretas como si las parejas homosexuales pueden o no conformar familia en el sentido jurídico. Precisamente el debate en torno a dicho tema, y a otros circundantes, ha impulsado la evolución interpretativa del fenómeno en la Corte Constitucional.

La disposición referida, como se verá, ha sido objeto de múltiples interpretaciones mediante diversos criterios hermenéuticos: exegético, gramatical y teleológico-axiológico. Precisamente, en atención al uso de tal multiplicidad de criterios, y en ocasiones aún en uso del mismo criterio interpretativo, la Corporación ha arribado a distintas conclusiones jurídicas, incluso contradictorias entre sí.

3.1. Contraste de algunas consecuencias hermenéuticas a la luz de diversos criterios interpretativos

A continuación se compararán apartes jurisprudenciales en los que la Corte Constitucional colombiana, haciendo uso de un mismo criterio hermenéutico, arriba a diversas conclusiones contrarias o contradictorias sobre el alcance del artículo 42 de la Constitución Política, o sobre la posibilidad de conformación familiar por parte de las parejas homosexuales.

En relación con el criterio exegético o literal, en la sentencia C-816 de 2001, tratándose la posibilidad de adopción por parte de las parejas homosexuales, señaló el Tribunal:

“La interpretación puramente literal de la disposición superior transcrita lleva a la conclusión según la cual la familia que el constituyente quiso proteger es la monogámica y heterosexual. A eso se refiere *inequívocamente* la expresión ‘por la decisión

17 Debe efectuarse la siguiente distinción: el artículo se ocupará de la evolución interpretativa del fenómeno de la conformación jurídica de familia y no del concepto de familia en sí mismo, a menos que para el caso este tenga incidencia sobre aquella.

18 Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 42.

libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”¹⁹ (énfasis agregado).

Por el contrario, en la sentencia C-577 de 2011, después de señalar que la Constitución también admitía la conformación de familia por parejas homosexuales, y que la misma se derivaba de la expresión “voluntad responsable de conformarla”, dijo la Corte Constitucional:

“La Corte estima pertinente insistir en que este cambio en la interpretación del primer inciso del artículo 42 superior *no se aparta de la comprensión literal del mismo*, como reiteradamente se ha puesto de presente, y en que ha sido anticipado en el debate que sobre la materia ha surtido la Corporación en distintas ocasiones que se han sucedido al menos en los últimos diez años y, especialmente, a partir de 2007, conforme consta en las aclaraciones y salvamentos de voto traídos a colación en esta oportunidad”²⁰ (énfasis agregado).

Llama la atención cómo en el año 2001, el artículo 42 de la Constitución decía inequívocamente una cosa, y en el año 2011, la misma expresión del mismo artículo señalara algo contradictorio, pues son lógicamente incompatibles las dos ideas referidas: que el artículo 42 inequívocamente no permite la conformación familiar por parte de las parejas homosexuales, y que el artículo 42 permite la conformación familiar por parte de las parejas homosexuales. Si una es verdadera la otra necesariamente es falsa, y viceversa.

De otro lado, el criterio más utilizado por la Corte Constitucional para tratar el alcance del artículo 42 de la Constitución ha sido el gramatical. Usando dicha forma interpretativa pueden encontrarse al menos tres conclusiones diversas que la Corte Constitucional ha sostenido.

En la sentencia C-533 de 2000, tratando la inconstitucionalidad de normas relativas al consentimiento en el matrimonio (no aplicables a los homosexuales en ese tiempo), señaló la Corte Constitucional:

“La hermenéutica de la disposición anterior lleva al intérprete a extraer dos conclusiones: una primera, según la cual la familia puede tener origen bien en vínculos jurídicos emanados del matrimonio, o bien en vínculos naturales provenientes de la voluntad responsable de conformarla. Y una segunda conforme con la cual, sin importar cuál de las formas ha sido escogida para fundar la familia, ella, en cualquier evento, es vista como el núcleo fundamental de la sociedad por lo cual siempre merece la protección del Estado. Lo anterior lleva también a la conclusión de que el constituyente previó dos formas de unión entre el hombre y la mujer con miras

19 Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-814 del 2 de agosto de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, considerando 34.

20 Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-577 del 2 de agosto de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello, considerando 144.

a fundar la familia: el matrimonio y la unión libre o unión de hecho”²¹ (Esta será la opción gramatical “d” que se referirá en la siguiente sentencia).

En contraposición, en la sentencia T-163 de 2003, la Corte refirió:

...“del apartado ‘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’ del artículo 42, es posible establecer las siguientes normas:

- a) La familia se constituye por tres tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio o decisión responsable de conformarla.
- b) La familia se constituye por cuatro tipos de vínculos (i) naturales, (ii) jurídicos, (iii) matrimonio y, (iv) decisión responsable de conformarla.
- c) La familia se constituye (i) por vínculos naturales o (ii) por vínculos jurídicos, que son el matrimonio o la voluntad responsable de conformarla.
- d) La familia se constituye por vínculos naturales —i.e. voluntad responsable de conformarla— o por vínculos jurídicos —i.e. matrimonio—. ”²².

Después de un amplio análisis de las consideraciones de cada una de las opciones en torno a los fenómenos como la consanguinidad, la afinidad, el matrimonio, la unión libre y la familia de crianza, la Corte Constitucional concluye señalando: “10.4 Lo anterior obliga a aceptar como *única hipótesis admisible la b)*, según la cual la familia se conforma de cuatro modos: vínculos naturales, vínculos jurídicos, por matrimonio y, además, por la decisión responsable de conformar familia”²³ (énfasis agregado).

Finalmente, en la sentencia C-577 de 2011, la Corte manifestó:

“La presencia en las uniones homosexuales estables del elemento que le confiere identidad a la familia más allá de su diversidad y de las variaciones que tenga su realidad, su concepto y su consecuente comprensión jurídica, las configura como familia y avala la sustitución de la interpretación que ha predominado en la Corte, debiéndose aclarar que, de conformidad con el artículo 42 superior, los vínculos que dan lugar a la Constitución de la familia son *naturales o jurídicos* y que el cambio ahora prohijado *ya no avala la comprensión según la cual el vínculo jurídico es exclusivamente el matrimonio entre heterosexuales*, mientras que el vínculo natural solo se concreta en la unión marital de hecho de dos personas de distinto sexo, ya que la “*voluntad responsable de conformarla*” *también puede dar origen a familias surgidas de vínculos jurídicos o de vínculos naturales*” (énfasis agregado)²⁴ (Nótese que la Corte vuelve al criterio descrito como “d” en la sentencia anterior, pero de una forma ampliada, restringiendo la aplicación de la expresión por la decisión libre de un hombre y una mujer contenida en el art. 42).

21 Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-533 del 10 de mayo de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, considerando 7-8.

22 Corte Constitucional, Colombia, sentencia T-163 del 26 de febrero de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, considerando 9-10.

23 Ibid., considerando 15.

24 Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-577 del 2 de agosto de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello, considerando 144.

Nótese cómo con este criterio hermenéutico ocurrió el mismo fenómeno resaltado anteriormente cuando la Corte Constitucional se refirió al alcance literal del artículo 42. Mientras que en una sentencia manifestó la Corte que la interpretación efectuada en dicha providencia era *inequívoca o necesaria*, tal criterio tiene discordancias con sentencias anteriores y posteriores.

Finalmente, de acuerdo con el último método que se comparará —el criterio teleológico-axiológico—, la Corte Constitucional ha ofrecido al menos tres alternativas para interpretar la Constitución, una de corte originalista o histórica, otra de corte solidarista, y la última de corte factualista-evolutiva. *Precisamente el uso de tales referencias ideológicas, en concomitancia con una justificación del alcance literal o gramatical del artículo 42, resultará ser el aspecto verdaderamente relevante para arribar a las diversas conclusiones señaladas*, pudiendo pensarse que la evocación de un criterio literal o gramatical obedece solo a una forma o justificación que sustenta o justifica como válida la corrección de la ideología adoptada.

A continuación se expondrán las tres alternativas referidas, en la medida en que pueden hacerse corresponder con tres de las cuatro etapas evolutivas que se proponen como momentos constitucionales en torno a la institución de la conformación jurídica de familia por parte de las parejas homosexuales.

4. ETAPAS²⁵ HERMENÉUTICAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CONFORMACIÓN FAMILIAR

Revisando la jurisprudencia constitucional en torno a la conformación jurídica de familia, puede encontrarse la existencia de cuatro etapas evolutivas alrededor de la intelección del valor en el que radica el título jurídico que la conforma, o el valor jurídico que se quiere resaltar respecto a la misma. Tales etapas pueden sistematizarse así:

1. Etapa originalista que responde a un criterio valorista-histórico.
2. Etapa solidarista o de primera transición.
3. Etapa de ampliación de protecciones de la pareja homosexual o de segunda transición.
4. Etapa evolucionista de adecuación constitucional.

4.1. Etapa originalista que responde a un criterio valorista-histórico

Esta etapa se extiende aproximadamente entre 1991 y el año 2001. Se incluyen como providencias relevantes las siguientes: T-523 de 1992, C-098 de 1996, C-533 de 2000, SU-623 y C-814 de 2001. Este periodo tiene como elementos característicos los siguientes: 1) las sentencias desentrañan el alcance del artículo 42 de la

25 Debe precisarse que la palabra *etapas* no puede entenderse como algo cerrado o absolutamente concluyente, pues es posible que el criterio definitor de una de ellas tenga reminiscencias jurisprudenciales en sentencias anteriores o posteriores al periodo que se analiza.

Constitución a la luz de las actas de la Asamblea Nacional Constituyente²⁶; 2) en razón de lo anterior, la Corte legitima familias diversas a las conformadas según los ritos religiosos, como lo es la unión marital de hecho, pero sin apartarse del marco necesario de la unión heterosexual²⁷. Finalmente, en este periodo, la Corte liga el tema familiar en general a la relevancia social de su existencia antes que al libre desarrollo de la personalidad, subordinando el segundo al primero. Lo anterior, sobre todo, si en la familia existen conflictos en torno a los niños²⁸.

En suma, esta etapa está marcada por una definición de los criterios jurídicos para la conformación jurídica de la familia, ligando las consideraciones originales del constituyente de 1991 enmarcadas en las formas descritas en el primer inciso del artículo 42 de la Carta.

4.2. Etapa solidarista o de primera transición

Esta etapa se ha denominado solidarista o de primera transición en razón a que la Corte trató la conformación de la familia a la luz de dicho principio constitucional. A partir de las jurisprudencias del año 2003 la solidaridad fungió como un criterio jurisprudencial novedoso, y se efectuó un primer cambio de paradigma o fundamento sobre el título que permitía la conformación jurídica de familia según la Constitución. Tal cambio jurisprudencial aparece insinuado en la sentencia C-271 de 2003²⁹, pero es la sentencia T-163 del mismo año la que lo desarrolla en forma paradigmática.

El criterio señalado consiste en que debe entenderse que la solidaridad y el respeto mutuo obedecen a una forma autónoma de conformar familia, incluidas en el título jurídico de conformación familiar denominando “voluntad responsable de conformarla descrito en el artículo 42”³⁰. Más aún, como puede leerse en la sentencia, no se trata solo de la adición de un nuevo criterio, sino de señalar que el *auténtico criterio de conformación familiar* consiste en la solidaridad, el respeto y la vocación de permanencia, aún por sobre lo biológico o lo jurídico: “la Corte precisa que la familia no se estructura en torno a tales relaciones de consanguinidad,

26 Cfr. Corte Constitucional, Colombia, sentencia T-523 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón, sentencia C-814 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

27 Cfr. las mismas sentencias referidas en el pie de página anterior y además las sentencias de la Corte Constitucional Colombia, C-533 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU-623 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

28 En la sentencia T-523 de 1992, refiere la Corte que: “el Constituyente colombiano de 1991 ha querido que en la jerarquía de los valores del ordenamiento vigente el interés de los menores deba ser tan privilegiado hasta el punto de sacrificar una convivencia tolerable. Se debe llegar a la conclusión coherente en la situación opuesta: vale decir, la exigencia de la convivencia así ella sea intolerable para los cónyuges cuando lo demande evidentemente el interés de la prole. No se trata de hacer prevalecer un interés público sobre uno privado, sino de respetar la jerarquía de los valores querida por el legislador entre diversos intereses privados en conflicto. Esta prevalencia absoluta de los altos intereses de la institución familiar sobre los simplemente individuales de sus miembros se traduce también en las sanciones que los jueces están autorizados a imponer cuando quiera que uno de los progenitores estorbe o pretenda estorbar el ejercicio de sus derechos, en perjuicio de los intereses de la prole”.

29 Cfr. Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-271 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 15.

30 Cfr. Corte Constitucional, Colombia, sentencia T-163 del 26 de febrero de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, consierando 21.

afinidad y existencia de obligaciones, como los alimentos. La familia se organiza en torno a la solidaridad. Cosa distinta es que en determinadas circunstancias fenómenos biológicos tengan consecuencias jurídicas³¹.

Si bien es cierto que en la sentencia C-271 de 2003 se hace referencia constante a la familia heterosexual, y en la T-163 de 2003 la Corte aclara que “en esta oportunidad la Corte no entrará a analizar si la familia puede estar o no conformada por parejas homosexuales, asunto que no guarda relación alguna con el problema jurídico que se está analizando”³², con el tiempo el criterio señalado sería aplicado a la conformación de familia por parte de las parejas homosexuales (en la sentencia C-577 de 2011)³³, pues al fin y al cabo consistió en una ampliación de los títulos jurídicos que hacen nacer la familia al mundo del derecho.

4.3. Etapa de ampliación de protecciones de la pareja homosexual o de segunda transición

De esta etapa no se ha dicho nada aún en el presente escrito, como quiera que no se trata de una ampliación del concepto jurídico de familia, en estricto sentido, sino de una ampliación de las protecciones propias de la familia a fenómenos que no la conforman de acuerdo con un tratamiento analógico. De otro lado, este periodo se extiende entre el 2007 y 2011 y se caracteriza por iniciar la reflexión de la familia de cara no a la sociedad y la solidaridad, sino principalmente de cara a la libertad que radica en la dignidad humana y en otros principios constitucionales como la legitimidad de los diversos planes de vida³⁴.

Si bien es cierto que en esta etapa no se confiere el título jurídico de familia a la pareja homosexual, se le denomina de segunda transición porque equipara a las parejas homosexuales, para los efectos familiares, a las uniones maritales de hecho heterosexuales y porque modifica nuevamente la axiología que legitima la conformación familiar, situaciones ambas que terminarán abonando el camino para la configuración de la familia homosexual posteriormente.

En esta etapa la intención de la Corte es utilizar el criterio analógico sobre los efectos de pertenecer a una familia, a favor de una institución similar que expresamente reconoce que no la conforma. Puede leerse entre líneas que la Corte Constitucional procura no incurrir en la falacia denominada la afirmación del consecuente,

31 Ibid., considerando 15.

32 El tema tratado en la sentencia corresponde a la juridicidad de la familia de crianza. Cfr. Corte Constitucional, Colombia, sentencia T-163 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

33 En la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional, Colombia, señalará cómo el criterio de solidaridad fue aplicado en la Sentencia C 029 de 2009, para concluir que “Si bien esa alianza entre los convivientes se predica de la pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o por la unión marital de hecho, la Corte considera que no existen razones jurídicamente atendibles para sostener que entre los miembros de la pareja homosexual 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 heterosexuales, mas no cuando se trata de parejas del mismo sexo.”

34 Cfr. Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-075 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

es decir, asignar un título jurídico a cierta institución por el solo hecho de parecer razonable la aplicación de las consecuencias del mismo. Veamos:

De acuerdo con el silogismo del *modus ponens* puede concluirse lo siguiente:

La familia tiene protección jurídica. La pareja X es familia, por lo tanto la pareja X tiene protección jurídica.

La falacia ocurriría al afirmar no el atributo de familia, sino su consecuencia, es decir, la protección, así:

La familia tiene protección jurídica. La pareja X tiene protección jurídica, por lo tanto la pareja X es familia.

En tal sentido, aunque las dos jurisprudencias principales³⁵ que integran el periodo, la C-075 de 2007 y C-029 de 2009, evitan el tema de la conformación jurídica de familia por parte de las parejas homosexuales³⁶, finalmente culminan con una equiparación total en los efectos jurídicos de la unión marital de hecho heterosexual, con las uniones de parejas homosexuales.

4.4. Etapa evolucionista de adecuación constitucional

Esta es la última y más reciente fase de la evolución interpretativa del concepto de familia, fundada por la sentencia C-577 de 2011. Tal jurisprudencia, como se ha precisado a lo largo del artículo, modificó el criterio gramatical adoptado en la sentencia T-163 de 2003, modificó el criterio literal adoptado en la sentencia C-814 de 2001, modificó el criterio originalista adoptado en la misma providencia, y repensó el criterio solidarista expuesto en la T-163 de 2001.

Al estudiar esta jurisprudencia se puede verificar una preocupación profunda del juez constitucional por mostrar cómo se ha entendido el fenómeno de la familia, para modificarlo desde ese punto y hacia el futuro. En otras palabras, dicha providencia consiste en una modificación interpretativa que *actualiza* la Constitución conforme a lo que la Corte ha denominado la “Constitución viviente” derivada de un cambio fáctico en las condiciones sociológicas que la Corte advierte y legítima. Señala la providencia:

“La interpretación evolutiva no se produce, entonces, de manera súbita e inconsciente, sino como el resultado de un proceso que progresivamente ha conducido a ajustar el sentido de las cláusulas constitucionales a las exigencias de la realidad o a las inevitables variaciones, proceso que ya había sido objeto de consideración en la Corte y cuya ocurrencia está prevista en la jurisprudencia constitucional al explicar el concepto de Constitución viviente, que ‘puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos e incluso ideológicos

35 Podrían integrarse una gran variedad de jurisprudencias que tienen por fin conferir protección análoga a la pareja homosexual, pero sin asignar el título jurídico de familia.

36 Cfr. Corte Constitucional, Colombia, sentencias C-075 de 2007 y C-029 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

y culturales de una comunidad, no resulte sostenible a la luz de la Constitución —que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos de esas realidades—, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de constitucionalidad de una determinada norma', sin que ello implique vulneración de la cosa juzgada, 'ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica'³⁷.

Vale la pena resaltar que la Corte Constitucional, en la referida providencia, aclara que los argumentos descritos únicamente aplican para las parejas monogámicas, pues la poligamia o la poliandria no han sido objeto del estudio constitucional, como quiera que la unión homosexual no las cuestiona, y que tal unión sería válida únicamente en sociedades con otros criterios culturales y mayoritarios³⁸. No obstante, tal aclaración parece evocar las distinciones, ya referidas, que se hicieron en las etapas de primera y segunda transición relativas a la no aplicabilidad de los argumentos descritos a la pareja homosexual para ampliar la familia como título jurídico conformador de la misma, y que sin embargo terminaron por usarse también en dicho fenómeno. Así las cosas, parece ser que una advertencia en tal sentido, u otra en la que la Corte manifieste que una interpretación es inequívoca son vacías de contenido, ya que pueden modificarse en una providencia posterior. Finalmente, y de cara a lo anterior, no puede perderse de vista que en el mundo occidental y americano ha empezado a aparecer el fenómeno de uniones no monogámicas³⁹ sugiriendo aquello que si la Corte Constitucional continúa evaluando el artículo 42, con referencia a su propia ideología y lo que considera es el avance fáctico de las instituciones sociales, podría terminar legitimando las uniones polipersonales conforme a los mismos argumentos esgrimidos de la Constitución Viviente.

5. EL PRINCIPIO DE NO CONTRADICCIÓN COMO EVIDENCIA DEL EJERCICIO DE HECHO DEL PODER CONSTITUYENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Desde la época clásica ARISTÓTELES formuló el principio de la no contradicción. El mismo se ha tornado pilar fundamental de la matemática, de la lógica y de las ciencias en general en la medida que permite construir el conocimiento como presupuesto mismo del lenguaje⁴⁰. En tal sentido, el principio de la no contradicción

37 Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-577 del 2 de agosto de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

38 Idem.

39 Confrontar sin autor, "La unión civil entre tres personas desata la polémica sobre el concepto de familia", *El Mundo*, 29 de agosto de 2012, en <http://www.elmundo.es/america/2012/08/29/brasil/1346226825.html>

40 El principio de la no contradicción se tiene como presupuesto de la comunicación misma en la medida que permite determinar que los hablantes se refieren a una cosa y no a otra, independientemente de la existencia de la metafísica como sustrato de la realidad. Al respecto consúltese Fernando TOLLER, "Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos", en Juan CIANCARDIO (coord.), *La Interpretación en la Era del Neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 142-144, 151-152.

posee una regla de inferencia directa que nos dice la cualidad de verdad o falsedad de una idea en relación con su contradictoria. En tal sentido, si tenemos dos ideas contradictorias y se sabe que una es falsa, la otra necesariamente será verdadera, y si por el contrario, la primera es verdadera, la segunda necesariamente será falsa. La contradicción es diferente de la contrariedad, pues esta se presenta cuando dos ideas pueden ser falsas al tiempo, pero no pueden ser verdaderas simultáneamente, porque la verdad de una imposibilita la verdad de la otra⁴¹.

La importancia de la no contradicción, a la luz de la determinación del ejercicio de un poder hermenéutico constituyente de facto en la Corte Constitucional, no radica en decidir cuál de las dos tesis contradictorias formuladas es la auténticamente verdadera, pero sí funciona para determinar que al mismo tiempo las dos no pueden ser verdaderas. Así las cosas, si la Corte Constitucional afirma con igual vehemencia que del artículo 42 se desprende que: *las parejas homosexuales no pueden conformar familia en sentido jurídico*, y también puede desprenderse que *las parejas homosexuales sí pueden conformar familia en sentido jurídico* deberá concluirse una de dos cosas: 1) que no existía norma constitucional auténtica que regulara el tema en el artículo 42 de la Constitución y, por tanto, el asunto fue constituido por la Corte Constitucional, o 2) que en alguna de las dos ocasiones la Corte transmutó dicha norma, por cuanto es imposible que sobre una misma cosa puedan predicarse dos conclusiones contradictorias.

Nuevamente se reitera que lo propuesto no significa la necesaria suscripción de la única respuesta correcta como teoría de la interpretación, sino el descubrimiento de que la función jurisdiccional, pudiendo tener la posibilidad analógica de varias respuestas posibles, no puede tener la posibilidad de respuestas contradictorias, so pena de perder todo elemento jurídico de ordenación y certeza, haciéndose la interpretación una cuestión absolutamente discrecional a la mera autoridad competencial del juez. La posibilidad de analogía consiste en diversos grados de intensidad de la respuesta obtenida, en cambio la contradicción implica la negación de toda verdad violentándose no solo un principio formal, sino también la negación y afirmación de los bienes humanos⁴², con el agravante de que los bienes humanos se encontraban sujetos a la ideología del intérprete.

Vista la evolución jurisprudencial de la conformación de familia, en particular por las parejas homosexuales, debe concluirse que el tribunal efectuó una función constituyente, ya que las conclusiones a las que se arriba son contradictorias entre sí y, por tanto, no pueden ser sostenidas igualmente por el mismo artículo 42 de la Constitución. Como pudo constatar, fue la adopción de una ideología originalista, solidarista, de amparo o de adecuación constitucional la que realmente condicionó el resultado de interpretación literal o gramatical que la Corte Constitucional adoptara en una u otra sentencia. Así las cosas, *el mero criterio jurídico como causa y método de la interpretación no logró encauzar la faceta volitiva de la misma*, siendo ella resultante en realidad de la postura ideológica del intérprete, al

41 Para profundizar el tema cfr. *ibid.*, pp. 150-151.

42 Gabriel MORA RESTREPO, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces*, ob. cit., p. 322.

menos para el caso concreto. Ello desmitifica que la mera juridicidad del método adoptado justifica *per se* las interpretaciones constitucionales, sobre todo cuando ellas impliquen una mutación política. En otras palabras, para garantizar la legitimidad de las interpretaciones constitucionales desde la perspectiva jurídica debe ahondarse en el *cómo iluminado por el quién*, en lugar de recabarse únicamente en la perspectiva del *cómo iluminado por el cómo*.

La perspectiva del *cómo iluminado por el cómo* es aquella que reconoce la legitimidad de las interpretaciones constitucionales como fenómeno nacido de la corrección y de un adecuado tratamiento de las razones jurídicas (causas de la decisión), pero confiriendo a la voluntad del intérprete una facultad para elegir cualquiera de ellas en la que pueda fundarse razonablemente un criterio de justicia. Sin embargo, *la perspectiva del cómo iluminado por el quién* es aquella que reconoce en las consecuencias no jurídicas de la interpretación un criterio adicional que orienta la fase volitiva de la interpretación, ello porque los pactos constitucionales no poseen una validez jurídica, sino que su validez es *extra ordinem*⁴³, o se fundamenta en la *auctoritas*:

“Partiendo de este ejemplo, puede entenderse mejor la etimología doble del término latino *auctoritas*, con vistas a determinar de modo más preciso el concepto de autoridad. *Auctoritas* está ligada etimológicamente a los términos *auctor* (autor) y *augere* (aumentar). [...]

La justificación de la fidelidad de una conducta (“seguir un tratamiento”) en relación con un parecer médico no proviene de la certeza sobre su eficacia, ni de la sumisión a un poder, sino del hecho de que la prescripción es verosímil en función de su autor. Por no ser evidente, lo verosímil genera creencia y no certeza. Ahora bien, quien cree quiere creer: “creer depende de la voluntad de quien cree”. Un acto de voluntad es necesario para cubrir el hiato existente entre la verosimilitud y la verdad”.

Precisamente, la validez *extra ordinem* de los textos constitucionales y la autoridad que implica al pueblo reunido democráticamente en libertad y en pie de igualdad originaria para constituirse, confiere al texto constitucional la función de generar adhesión como prescripción perteneciente al campo de lo plausible, de lo propio, de lo cultural. Dichas características no pueden ser indiferentes al juez cuando efectúe su interpretación, porque lo jurídico tiene una potencialidad de deslegitimar un texto que es norma y acuerdo con validez popular, en una prescripción con validez jurídica, fundada en la sola autoridad del intérprete y no en la de su real *auctor*⁴⁴.

Tal conclusión puede ser sostenida también desde diversos niveles de intensidad. Por ejemplo Jeremy WALDRON, autor contemporáneo y crítico de los sistemas de garantía jurisdiccional de los derechos constitucionales, señala que la guarda

43 Cfr. Riccardo GUASTINI, *Interpretación Constitucional, Estado y Constitución*, ob. cit., pp. 45-46.

44 Es decir, debe conferirse relevancia a las consecuencias de la interpretación jurídica, no solo por el hecho de encontrarse en el marco de las posibilidades jurídicamente viables, sino por arribar a conclusiones políticamente no deslegitimadoras de una norma con validez *extra ordinem*.

judicial de los derechos posee unas consecuencias perversas en orden a la democracia, a la igualdad y a la libertad de los individuos, como quiera que la última palabra jurisdiccional desincentiva el debate social, destruye la confianza en las instituciones democráticas y despoja a los pueblos de la posibilidad de ser auténticamente responsables de su desarrollo político. Para fundamentar tales ideas, el autor señala que el control judicial de derechos tiene los siguientes pilares: a) la opinión de los jueces tiene un valor superior que la que puedan tener el resto de ciudadanos o grupos de ciudadanos *violando el principio de igualdad*. b) No tiene sentido el debate democrático de los derechos, porque la última palabra será siempre adoptada por un órgano judicial, *despojando a las sociedades de la libertad de elegir*. c) los obligados no están en la posibilidad de determinar el alcance de sus derechos, pues es un asunto que se sustrae a su capacidad, desconociendo la posibilidad de los sujetos de tomar sus decisiones, *como si fuesen incapaces de adoptar posiciones finales responsables en torno a temas importantes*, como lo son los derechos⁴⁵.

Desde otras posturas más conciliadoras se reconoce la valía de un tribunal constitucional siempre y cuando se acepte que la posibilidad de interpretar no es en todo caso la última palabra⁴⁶, precisamente en razón de que el autor de la Constitución es el pueblo y no el tribunal constitucional.

Así las cosas, si bien puede ser legítimo que un texto constitucional decida conferir a un juez constitucional un papel auténticamente constituyente, pues un pueblo tiene la facultad para despojarse de tal poder y permitir mutaciones constitucionales por vía de interpretación, lo que debe recabarse es si dicha opción resulta realmente la adoptada por el pueblo, o si más bien implica una elección o arrogación del tribunal, en el entendido que no cuente con un sistema de frenos y contrapesos expreso.

Deberá ser objeto de otra investigación si la Constitución colombiana otorgó realmente poder constituyente a la Corte Constitucional, o si la Corte comparte el fenómeno de la soberanía constitucional, como órgano que no se equivoca, en virtud de su autoridad, en la interpretación de la Constitución. En todo caso, desde una mirada preliminar parecería que la Constitución no dotó a la Corte de tal poder, pues la definió como un órgano que administra justicia (art. 116 de la Constitución Política de Colombia) con la función de guardar la Constitución (art. 241 de la Constitución Política de Colombia) funciones distintas a definir los acuerdos políticos fundamentales, y de adecuar la Constitución a los tiempos. No obstante, la Corte se ha arrogado fáctica y jurídicamente dicho poder, señalando que entre sus providencias y la Constitución no puede interponerse ni una sola hoja de papel⁴⁷.

45 Cfr. Jeremy WALDROM, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005, pp. 341-351.

46 Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, "¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular", en AA. VV., *Constitucionalismo popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011, p. 33.

47 Corte Constitucional, Colombia, sentencia C-113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

CONCLUSIONES

La interpretación constitucional es un fenómeno jurídico que por su propia naturaleza adopta la posibilidad de la analogía en sus resultados, siendo muy difícil plantear la existencia de una única respuesta correcta. No obstante, la simple lógica excluye la posibilidad de contradicción, en el entendido que dos proposiciones contradictorias no pueden ser y no ser correctas al mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias. En el evento de que dos proposiciones contradictorias sean sostenidas por el tribunal constitucional como válidas, podrá explicarse por uno de dos fenómenos, el primero, que no hay norma constitucional que regule el tema y el tribunal constitucional creó el acuerdo político fundamental, o, el segundo, que existiendo un acuerdo político el tribunal constitucional decidió cambiarlo. En ambos casos, de interpretaciones contradictorias se desprende que el tribunal constitucional se encuentra desplegando, de hecho, una función constituyente.

En razón de lo anterior, la reflexión sobre la interpretación constitucional no puede girar únicamente en torno al *cómo a la luz del cómo* sino que debe efectuarse de cara al *cómo a la luz del quién*. Es decir, la validez constitucional *extra ordinem*, y fundada en la autoridad del constituyente, sugiere que la subversión de las normas constitucionales no es adecuada, por un proceso sujeto a una validez únicamente jurídica. Ello adquiere mayor relevancia al constatar que el proceso interpretativo tiene dos etapas, la primera de índole cognoscitiva y la segunda de índole volitiva. La segunda fase es aquella donde puede desplegarse un poder constituyente de hecho, en la medida que la voluntad del intérprete esté guiada únicamente por sus propias convicciones, sin ligaduras que lo orienten a lo justo, al continente semántico de la norma, o al acuerdo normativo referido en los textos constitucionales.

Descendiendo al caso concreto de la evolución interpretativa de la conformación jurídica de familia en la jurisprudencia constitucional colombiana, puede advertirse que ha sido la ideología del juez constitucional la que ha señalado definitivamente la decisión adoptada, esto sin importar el criterio hermenéutico adoptado, pues aun cuando la Corte Constitucional ha utilizado un mismo criterio hermenéutico, ha arribado a respuestas contradictorias, precisamente en razón de la ideología adoptada como iluminadora de la decisión.

En la jurisprudencia constitucional de la conformación jurídica de familia pueden encontrarse cuatro periodos evolutivos: 1) La etapa originalista que responde a un criterio valorista-histórico, en la cual el Tribunal Constitucional interpretaba el artículo 42 a la luz de la Asamblea Nacional Constituyente. 2) La etapa solidarista o de primera transición, que si bien no se aplicó originalmente a las parejas homosexuales, amplió los títulos jurídicos de conformación de familia a la solidaridad. 3) La etapa de ampliación de protecciones de la pareja homosexual o de segunda transición, en la cual tampoco se confirió el título de familia a las parejas homosexuales, pero por una interpretación analógica se les ampliaron todas las protecciones propias de la familia heterosexual. 4) La etapa evolucionista de adecuación

constitucional, en donde la Corte despliega el poder constituyente adaptando la Constitución a lo que ella considera que ha sido la evolución social colombiana.

Todo lo anterior implica un reclamo al jurista para ahondar en las auténticas competencias de la Corte Constitucional, pues independientemente de que se consideren acertadas o no las interpretaciones efectuadas, se evidenció que de hecho la Corte Constitucional está ejerciendo un poder constituyente que no le fue conferido por la Constitución, lo cual no puede leerse como una adecuación constitucional, sino como una transgresión de la Carta Política.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, Manuel, “Sobre la única respuesta correcta”, *Jurídicas* (julio-diciembre 2009), pp. 18-19.

GONZALEZ JÁCOME, Jorge, “¿El poder para la gente? Una introducción a los debates sobre el constitucionalismo popular”, AA. VV. *Constitucionalismo Popular*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2011.

GUASTINI, Riccardo, *Interpretación Constitucional, Estado y Constitución*, Bogotá, Ara Editores, Ediciones Axel, Colección Filosofía y Teoría del Derecho, 2012.

HABERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, trad. de Héctor Fix Fierro, 2007.

MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, *La decisión judicial. Naturaleza, hermenéutica, argumentación y aplicación del derecho*, t. 1, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké.

TOLLER, Fernando, “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en Juan CIANCIARDO (coord.), *La Interpretación en la era del Neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación Constitucional*, 2 edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

WALDROM, Jeremy, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, trad. de José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005, pp. 341-351.

SIN AUTOR, “La unión civil entre tres personas desata la polémica sobre el concepto de familia”, en periódico *El Mundo*, en: <http://www.elmundo.es/america/2012/08/29/brasil/1346226825.html>

JURISPRUDENCIA

Constitución Política de Colombia de 1991, arts. 42, 116 y 241.

Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional, sentencia C-113 de 1993, M. P. Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional, sentencia C-533 de 2000, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia C-814 del 2 de agosto de 2011, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Corte Constitucional, sentencia T-163 del 26 de febrero de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

Corte Constitucional, sentencia C-271 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-075 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-029 de 2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-577 del 2 de agosto de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martello.

