

Protección de la familia en la Constitución colombiana.

Fabio Pulido Ortiz
Vicente F. Benitez

En la primera parte de esta intervención, nos interesa resaltar dos tesis. Primero, que aun cuando existen diferentes formas de familia (todas permisibles en términos constitucionales), la Constitución Política estableció expresamente una protección especial a la familia heterosexual. Segundo, toda vez que no existe un derecho constitucional a adoptar el estado tiene una amplia libertad configurativa para establecer las instituciones específicas para la adopción.

El artículo 42 de la CP establece que la familia “[s]e 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”. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha señalado que la familia es una “comunidad de personas emparentadas entre sí por *vínculos naturales o jurídicos*, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus integrantes más próximos”¹

De acuerdo con la explicación de la Corte Constitucional, resulta fundamental para este asunto la distinción trazar la distinción entre vínculos jurídicos y vínculos naturales.

a) El vínculo jurídico. Este vínculo, de acuerdo con la interpretación de la Corte Constitucional, aparece como consecuencia del matrimonio, i.e la decisión libre de un hombre y una mujer de conformar una familia y de adquirir los derechos y obligaciones que surgen de esta decisión de conformidad con la constitución y las leyes civiles.

b) El vínculo natural. El vínculo natural surge como consecuencia “de la decisión libre de conformar una familia que se traduce en la constitución de una unión de carácter extramatrimonial”².

En estos términos, en la sentencia C-577 de 2011 la Corte Constitucional reconoció que, aun cuando existen diferentes formas de familia (y diferentes formas de conformarla) existe una que ha sido expresamente consagrada por la Constitución: la heterosexual, i.e la que resulta de la decisión libre de un hombre y de una mujer de conformarla. En palabras de la Corte Constitucional la protección especial de éste tipo de familia se deriva del tratamiento expreso “a la familia surgida de esta clase de vínculo corresponde a una determinación que el Constituyente plasmó en la Carta de una manera tan clara y profusa, que se ocupó de definir varios aspectos puntuales y de encargar a la ley del desarrollo de otras materias

¹ *Ibidem*.

² Sentencia C-310 de 2004 (citada en la sentencia C-577 de 2011).

cuidadosamente enunciadas, todo en forma tal que solo cabe apuntar que en este caso “la voluntad real y clara del constituyente es el texto de la Constitución”³.

Un segundo aspecto que quisiéramos advertir en esta exposición es el referido a la posibilidad (y legitimidad) de que la Corte Constitucional tenga una voz definitiva en los temas que nos ocupa. La respuesta a este interrogante puede adelantarse desde dos perspectivas distintas (que arrojarían respuestas opuestas) que se explorarán a continuación. De cualquier manera, la pregunta que se aborda, tiene una importancia fundamental porque busca identificar si, efectivamente, existe un límite constitucionalmente trazado para la Corte en relación con su autoridad para decidir estos asuntos. Quienes escriben estas líneas anuncian desde ya anuncian que, en su concepto, la Corte no tiene dicha competencia con fundamento en los argumentos que se explorarán enseguida.

Es ya bien conocido que una de las características fundamentales del neoconstitucionalismo, es el nuevo papel que asume el juez constitucional y su jurisprudencia dentro de las fuentes del Derecho⁴. En tal sentido, las constituciones de las segunda posguerra (entre ellas la colombiana) se caracterizan porque sus disposiciones tienen unas características que propician una labor más activa de los Tribunales Constitucionales: (i) son disposiciones que contienen valores o principios axiológicos con la dignidad humana como centro de tal realidad; (ii) son disposiciones con un alto contenido político puesto que procuran regular las líneas maestras del poder del Estado; (iii) son disposiciones con un alto grado de generalidad y que su estructura jurídica diferiría de la de las reglas al ser mandatos de optimización que deben ser cumplidos de acuerdo con las circunstancias jurídicas y fácticas respectivas⁵; y (iv) son verdaderas normas jurídicas, es decir, deben ser aplicadas y el juez no puede dejar de usarlas en casos concretos so pretexto de su generalidad, su contenido político o axiológico⁶. Estos factores, unidos al hecho según el cual las constituciones de la posguerra -así como las de la tercera ola de la democracia (como las latinoamericanas)- se caracterizan por tener una institución que guarde su supremacía e integridad⁷ ocasionan, indefectiblemente, que la labor del juez constitucional se amplíe, y a la par, se dificulte.

Así, el intérprete autorizado de la Constitución, tiene entre sus manos un gran poder (hacer hablar a la Constitución) pero simultáneamente no puede olvidar que es un órgano constituido y que, por lo tanto, está sometido a ella y debería encontrar límites en la misma. La gran

³ Sentencia C-577 de 2011

⁴ Ver, por todos a Gustavo ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2011.

⁵ Ver a Robert ALEXANDER, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 86.

⁶ Sobre algunas de estas características de las disposiciones constitucionales y el papel del juez véase, entre otros, a Riccardo GUASTINI, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)* (Miguel CARBONELL, ed.), Trotta, Madrid, 2005, pp. 49-73; Luis M. CRUZ, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, Porrúa, México D.F., 2006 (especialmente el capítulo 1º: ¿Qué es el neoconstitucionalismo?) y Alfonso SANTIAGO, “Sistema jurídico, teoría del Derecho y rol de los jueces: Las novedades del Neoconstitucionalismo”, en *Dikaion* Año 22 - Núm. 17 - Chía, Colombia - Diciembre 2008.

⁷ Sobre la presencia del control judicial de constitucionalidad como una de las características de las constituciones de las postrimerías del Siglo XX, véase a Samuel ISSACHAROFF, “Constitutionalizing Democracy in Fractured Societies”, en *Texas Law Review*, 82, 1861, (2003-2004), pp. 1862-1863.

pregunta que surge en este punto es: ¿tienen límites los jueces constitucionales? Dicho cuestionamiento, básicamente ha recibido dos respuestas que pueden desglosarse así:

En primer lugar, algunas escuelas escépticas de la interpretación, señalan que la interpretación judicial no conoce límite alguno y, como consecuencia de ello, es posible decir que los jueces no están limitados por el ordenamiento jurídico. En tal virtud, si un Tribunal Constitucional es el encargado de darle significado a las palabras contenidas en el documento constitucional, es difícil concluir –diría esta escuela- que el texto sea un límite efectivo en tanto que quien atribuye significados puede moldearlos a su acomodo⁸. En últimas, la interpretación de la Constitución sería una cuestión de poder y su límite serían las mayorías circunstanciales del mismo Tribunal.

En segundo lugar, existen otras aproximaciones que consideran que sí es posible encontrar límites a la actuación de los Tribunales. A pesar de que este escrito no pretende, ni mucho menos, terminar con una discusión que ha comenzado desde los albores mismos del control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos y en Europa continental, los autores de este texto preferimos enfocarnos en uno de los límites menos explorados en la jurisprudencia constitucional colombiana y que ha sido un asunto recurrente en la jurisprudencia anglosajona: la legitimidad democrática del juez constitucional⁹.

En ese contexto, lo que se pretende ahora es formular una teoría de la autoridad (Waldron) más que una teoría de la justicia¹⁰. En otras palabras, el punto central de esta intervención es determinar *quién* debería tener la última palabra o decidir los asuntos constitucionales discutidos (como el caso que tiene la Corte en sus manos) por oposición a *qué* se debería decidir de acuerdo con lo que es justo.

En tal sentido, la teoría constitucional estándar diría, siguiendo a Bickel, que los jueces son fuerzas contramayoritarias en un sistema democrático. Así las cosas, continuaría el profesor de Yale, cinco funcionarios no elegidos democráticamente tendrían la capacidad de sobreponer su voluntad y frustrar las decisiones del pueblo de “aquí y de ahora” representadas en el Congreso o en la ciudadanía cuando participa directamente¹¹. Esta dificultad contramayoritaria *bickeliana*, pondría en tela de juicio el verdadero carácter democrático de un Estado toda vez que las decisiones últimas y más sensibles en materia constitucional, serían monopolio de cinco funcionarios iluminados y racionales, pero cuyas credenciales

⁸ Cfr. Rodrigo UPRIMNY y Andrés Abel RODRÍGUEZ, *Interpretación judicial*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, pp. 152-155. Algunos autores incluyen también a las escuelas críticas del derecho dentro de esta corriente escéptica.

⁹ Existen otros límites referidos a la interpretación propiamente dicha de los textos, pero este asunto no se analizará acá.

¹⁰ Sobre las particularidades que tiene una teoría de la autoridad frente a una teoría de la justicia, véase a Jeremy WALDRON, *Derecho y Desacuerdos*, Madrid, Marcial Pons, trad. De José Luis Martí y Águeda Quiroga, 2005, pp. 8 y 10.

¹¹ Cfr. Alexander BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1986, p. 16.

democráticas no serían suficientes. Tal vez por eso Gargarella, con mucho acierto, denomina esta situación como altamente elitista¹² y cercana a una aristocracia.

Esta aproximación suele ser respondida con buenos argumentos. El primero de ellos que puede denominarse “*de la mera aplicación*” diría, siguiendo a Hamilton y su Federalista LXXVIII, que el control judicial de constitucionalidad de las leyes no resulta ser antidemocrático o una imposición velada de las preferencias políticas de los jueces por sobre las del parlamento, si se tiene en cuenta que cuando el Tribunal aplica una norma constitucional y decide inaplicar una norma legal, en lugar de frustrar la voluntad del pueblo representada en la ley, la protege y salvaguarda: prefiere aplicar la voluntad popular vertida en la Constitución, sobre la voluntad de sus representantes¹³. No obstante, como bien lo ha dicho la doctrina, este argumento es válido siempre y cuando se cumpla una condición: la norma constitucional involucrada debe preordenar la respuesta anticipadamente. En otras palabras, para que verdaderamente se pueda decir que el juez está salvaguardando la voluntad popular cristalizada en la norma constitucional que pretende aplicar, es preciso que esta norma no deje ningún espacio de discrecionalidad judicial o, lo que es lo mismo, que pueda aplicarse por medio de un silogismo tradicional por ser clara: en términos del *iusfilósofo* británico H.L.A. Hart, un caso fácil. Este mismo contraargumento al supuesto carácter democrático del *judicial review* era el centro de una de las grandes discusiones al otro lado del atlántico con el célebre debate sostenido entre Carl Schmitt y Hans Kelsen sobre quién debía ser el defensor de la Constitución: la gran crítica a la “solución austríaca” planteada por Kelsen era que los jueces, al aplicar principios que pueden ser interpretados de muy diversas maneras, deslizarían sus concepciones políticas e ideológicas particulares para sobreponerlas a las del parlamento. A lo cual el profesor austríaco respondería que para evitar dicho problema, los jueces sólo deberían aplicar aquellas reglas que preordenaran la respuesta de antemano¹⁴.

Por el contrario, el uso de una disposición constitucional cuyo contenido es dudoso o debatido, y que razonablemente puede dar lugar a interpretaciones opuestas, no puede ser considerada como la aplicación de la voluntad del pueblo (porque justamente esta no es clara) sino de la mayoría que logró un consenso en la Corte respectiva. En el caso que conoce la

¹² Cfr. Roberto GARGARELLA, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 48-51.

¹³ Cfr. Alexander HAMILTON, *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, trad. de Gustavo R. Velasco, 1994 (Fed. LXXVIII). Este mismo argumento es expuesto por el juez Marshall en la célebre sentencia *Marbury v. Madison* de 1803 y por prominentes autores dualistas como el profesor Bruce ACKERMAN *Constitutional Politics/Constitutional Law* en *The Yale Law Journal* 99,3 (diciembre 1989), pp. 461, 464 y 465.

¹⁴ Cfr. Carl SCHMITT, *La defensa de la constitución: estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la constitución*, Madrid, Tecnos, trad. de Manuel Sánchez Sarto, 1983, pp. 31, 45, 53-101 y la respuesta de Hans KELSEN, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, trad. de Roberto J. Brie, 1995, pp. 5, 11, 18-33 y 73. Para HABERMAS, la legitimidad y racionalidad de una decisión judicial radica en que esta se basa en razones que vienen dadas por una autoridad superior o diferente al aplicador. La cuestión no debe ser autorreferencial. Cfr. Jürgen HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, trad. Manuel Jiménez Redondo, 1998, pp. 311 y 335.

Corte, *prima facie* no es posible discernir una norma directamente autoaplicativa que señale que es posible o que es un derecho que las parejas del mismo sexo puedan contraer matrimonio. Desde nuestra perspectiva, no es irrazonable pensar que ambas interpretaciones (la que permite y la que niega) puedan derivarse del texto constitucional. Esta razonabilidad la atestigua el hecho según el cual en la sentencia C-577 de 2011, hubo Magistrados que consideraron que de la Constitución sí se deduce la posibilidad de contraer matrimonio por parte de parejas del mismo sexo y otros concluyeron lo contrario. Y ambas posturas, proporcionaron argumentos razonables y las ofrecieron personas razonables. En otras palabras, ninguna de las dos posturas era absolutamente absurda.

A esta perspectiva se suele responder con el segundo argumento que ha encontrado eco en el derecho constitucional europeo de la segunda posguerra que puede denominarse “de la democracia sustancial”. En tal sentido, se afirma que la consideración según la cual la Constitución es un mero conjunto de reglas (sus principios y valores son simples aspiraciones políticas), fue uno de los causantes de la tragedia jurídica positivista que permitió la consolidación, por medios legales, del Tercer Reich. En tal sentido –continúa el argumento– esos principios que fundamentalmente incorporan derechos fundamentales, son “cartas de triunfo” de la mayoría frente a la minoría y, por lo mismo, estos derechos son cotos vedados que están fuera del alcance de las mayorías¹⁵. Así por ejemplo, es impensable considerar que existe un régimen democrático si, por ejemplo, una mayoría elimina el derecho al voto a las personas con ciertas condiciones físicas o se suprime el derecho a la libertad de expresión (i.e. precondiciones de la democracia)¹⁶. En el mismo sentido, el control de constitucionalidad sobre el respeto de estos principios, se justificaría cuando la decisión presuntamente democrática tomada por el Congreso, no haya respetado ciertos elementos procesales mínimos que garantizan que la decisión como por ejemplo, las deliberaciones o las mayorías. El caso concreto a la luz de esta segunda consideración significaría que dado que las personas con orientación sexual diversa han sido tradicionalmente una minoría, la decisión mayoritaria del Congreso (de no expedir la regulación a la cual lo exhorto la Corte Constitucional) no podría sobreponerse sobre los derechos de las parejas del mismo sexo¹⁷.

¹⁵ Ver, entre muchos otros autores a Ronald DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, trad. de Marta Guastavino, 2007, pp. 37 y 209-233, Rodrigo UPRIMNY, “Legitimidad y conveniencia de un control de constitucionalidad a la economía”, en *Revista de Derecho Público*, 12 (2001), pp. 166-169 y Luigi FERRAJOLI, “Sobre la definición de ‘Democracia’. Una discusión con Michelangelo Bovero” en *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, 19, (2003), p. 235. En el mismo sentido véase de ese mismo autor *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 2009, p. 23-25.

¹⁶ El ejemplo de la eliminación del voto es dado por Ronald DWORKIN, “Igualdad, democracia y Constitución: nosotros el pueblo en los tribunales”, en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA (editores), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 122 y por Jon ELSTER, “Introducción”, en Jon ELSTER y Rune SLAGSTAD (editores), *Constitucionalismo y democracia*, México, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública y Fondo de Cultura Económica, trad. de Mónica DE UTRILLA de Neira, 2001, p. 35.

¹⁷ Sobre el particular véase a John HART ELY, *Democracia y desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del hombre Editores y Universidad de Los Andes, trad. de Magdalena Holguín, 1997, pp. 107, 119-124 y 169-170.

Hasta este punto llegaría la teoría estándar de la Constitución cuando se indaga sobre la legitimidad democrática del juez constitucional para decidir cuestiones controvertidas sobre las cuales la Constitución no proporciona respuestas definitivas y sobre las que existen varias posturas razonables. Sin embargo, existen argumentos muy poderosos para desechar la conclusión señalada anteriormente. Estos argumentos, que se exploran enseguida, han encontrado eco especialmente en la teoría constitucional norteamericana contemporánea¹⁸ y pueden condensarse con el nombre “derecho y desacuerdos en el Sur Global”.

Una premisa de la cual parte esta perspectiva es que las sociedades liberales se caracterizan por estar atravesadas por un pluralismo razonable. Esto quiere decir que las personas tienen diversas aproximaciones sobre lo que es justo en casos concretos y, por lo mismo, de buena fe tienen desacuerdos sobre el particular¹⁹. Así por ejemplo, muy seguramente en nuestro país existirán personas que, con muy buenos argumentos, estén de acuerdo *in genere* con la posibilidad de que exista una reelección presidencial, mientras que otros considerarán que dicha perspectiva está equivocada. Ambas posturas son razonables, vale decir, tienen la potencialidad de ser aceptadas por personas razonables y, por ello mismo, no deben ser excluidas *a priori* del debate público sino discutidas y ponderadas. Otro gran ejemplo que ilustra esta situación es la Audiencia Pública a la cual amablemente nos ha invitado la Corte Constitucional. En efecto, la Corte ha convocado personas que razonablemente interpretan que de la Constitución sí se deriva un derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo, así como personas que razonablemente piensan lo contrario. Si una de estas posturas fuese descabellada o absurda, no entraría al debate público y, por consiguiente, quienes se identificaran con ella no habrían sido invitados a esta audiencia. Eso mismo se refleja en la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia *Obergefell v. Hodges* que, con una exigua mayoría, señaló que de la Constitución Federal se deduce el derecho fundamental a casarse por parte de parejas del mismo sexo. La *dissenting opinion* del *Chief Justice* Roberts a esa sentencia, está lejos de ser considerada como un exabrupto, tanto así que prominentes autores liberales la reconocen como uno de los más profundos y poderosos en términos argumentativos²⁰.

¹⁸ Un breve panorama sobre el particular puede verse en Vicente F. BENÍTEZ R., “Jueces y democracia: entre Ulises y los cantos de sirenas”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 42, 117 (julio-diciembre de 2012), pp. 359-391 y en Vicente F. Benítez R. *Constitución Popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, Bogotá, Temis y Universidad de La Sabana, pp. 42-52.

¹⁹ Esta es una de las principales características de la democracia deliberativa. Cfr. Joshua COHEN, “Democracia y libertad”, en Jon ELSTER (compilador), *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, trad. de José María Lebrón, 2001, p. 245.

²⁰ Esto se evidencia en que un autor liberal como Cass Sunstein haya señalado que, aunque no comparte el voto disidente del Presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos John Roberts en relación con la inconstitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo, es uno de los más interesantes y genera varios interrogantes que deben responderse. Cfr. Cass SUNSTEIN, “Gay Marriage Shows Court at Its Best”, en Bloomberg view. Disponible en: http://www.bloomberglaw.com/articles/2015-06-26/gay-marriage-shows-court-at-its-best?utm_campaign=trueAnthem%3A+Trending+Content&utm_content=558e30a304d3017c4000001&utm_medium=trueAnthem&utm_source=twitter Fecha de consulta: 21 de julio de 2015.

Ahora bien, a pesar de la existencia de estas discrepancias aceptables, se debe señalar que alguien tiene que decidir. Como los recursos de tiempo son escasos, no es posible deliberar indefinidamente hasta que una de las dos posturas en controversia ceda como producto de la persuasión racional. Así, es inevitable decidir. Cuestiones tan controversiales como el matrimonio entre parejas del mismo sexo, la permisión o sanción del aborto o aspectos esenciales de economía o del poder (como la posibilidad de reelecciones indefinidas o quién juzgará a los altos funcionarios) no pueden quedarse en el limbo de la indecisión. Ante esta circunstancia, esto es, un desacuerdo irresoluble, el mejor sistema a disposición del ser humano es votar. En tal sentido, después de una deliberación racional, con todas las garantías mínimas que los autores de la democracia deliberativa han confeccionado, no queda más remedio que decidir apelando a la mayoría. Aunque esta descripción mayoritaria podría ser propia de los parlamentos, como bien señala Waldron, en líneas generales así operan los Tribunales Constitucionales. Después de que las dos –o más– posturas razonables sobre si de la Constitución de 1991 se deriva o no el derecho a las personas del mismo sexo han intercambiado argumentos y no ha sido posible lograr la unanimidad, la Corte, atada por los plazos procesales, debe decidir. Y el mecanismo elegido es el de voto mayoritario: la postura que tenga más votos tenga al interior de la Corporación, será la nueva ley suprema, la nueva Constitución²¹. Si esto es así, esto es, si la cuestión se reduce a votos ¿por qué no preferir que los asuntos constitucionales más esenciales se decidan por medio de mecanismos democráticos como en el Congreso o por las mismas personas mediante de una reforma constitucional con participación ciudadana? ¿No generaría esta alternativa una decisión más legítima que pueda ser más fácilmente aceptada por la ciudadanía? ¿Por qué debe imponerse una interpretación de la Constitución cuyo único punto diferenciador es que tuvo más votos que su opuesta? ¿No será mejor lograr una constitucionalización del Derecho “desde abajo”, con aceptación de los interesados?²²

Ahora, a esta última postura se ha respondido con distintos argumentos que pasan a evaluarse. El primero de ellos, que ya fue esbozado con anterioridad, señala que las mayorías no pueden decidir los derechos de las minorías. Sin embargo, este tipo de razonamiento puede descartarse si se tiene en cuenta que aún no está definido que las parejas del mismo sexo tengan el derecho fundamental a contraer matrimonio. Justamente esa es una de las preguntas del cuestionario. Aunque quienes escriben esta intervención concuerdan en que los derechos no pueden estar sujetos al vaivén de las mayorías, esta regla del nuevo constitucionalismo solo aplica cuando ya hay un derecho definido y, en este caso, no lo hay porque, como ya se dijo, hay un desacuerdo fundamental en Colombia sobre la existencia de dicho derecho. Eso es lo que se debe decidir. Y, se reitera, si el mecanismo para efectos de decidir tal derecho es

²¹ Este sugerente argumento es desarrollado por el profesor neozelandés Jeremy WALDRON en la obra ya citada (pp. 23, 24, 319 y 365).

²² Ruth BADER GINSBURG -quien se ha caracterizado por ser una de las mayores defensoras de los derechos de las mujeres- vio con serios reparos que la vía adecuada para la despenalización del aborto hubiese sido la sentencia judicial *Roe v. Wade* (10 U.S. 113 [1973]). Cfr. Ruth BADER GINSBURG, “Some Thoughts on Autonomy and Equality in relation to *Roe v. Wade*”, en *North Carolina Law Review* 63 (1984-1985), pp. 375, 376, 381 y 385. En 2013 volvió a reiterar este punto de vista: “Ruth Bader Ginsburg: *Roe v. Wade* Ruling Flawed”, The Huffington Post, 11 de mayo de 2013, en http://www.huffingtonpost.com/2013/05/11/ruth-bader-ginsburg-roe-v-wade_n_3261187.html fecha de consulta: 12 de mayo de 2013.

la votación, luego de un ejercicio deliberativo serio, es mucho más legítimo que esto se haga por el Congreso o la misma ciudadanía mediante los mecanismos de participación previstos en la Carta de 1991, en lugar de la Corte Constitucional. Aceptar que sea la Corte lleva a que, lamentablemente, una decisión crucial para cualquier democracia (como la posibilidad de que parejas del mismo sexo puedan adoptar o no) quede en manos de una sola persona como ocurrió recientemente con el pronunciamiento que sobre el particular expidió hace poco la H. Corte Constitucional, ante el empate insoluble entre sus miembros. Esta situación, genera perplejidades sobre el carácter democrático del régimen constitucional.

Por otro lado, una segunda razón que se suele esgrimir para dejar atrás esta postura que privilegia la deliberación en órganos democráticos, tiene que ver con la argumentación racional que ofrecen los jueces, por oposición a la motivación menos técnica que ofrecerían los ciudadanos o los Congresistas para tomar este tipo de decisiones. Como señala Waldron, esta aproximación, parte de una confianza excesiva en la democracia y una certeza casi absoluta en que los jueces decidirán lo correcto²³. Lo que pierde de vista este posible argumento son dos situaciones: (i) aunque parezca improbable, los jueces se equivocan y gravemente. Por poner varios ejemplos, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se ha equivocado muy seriamente en materias tales como declarar plenamente constitucional la esclavitud²⁴; admitir conductas racistas cuando esta sean desplegadas por particulares²⁵ o la tristemente famosa era *Lochner* cuando se desprotegieron indebidamente los derechos de los trabajadores²⁶; y (ii) como bien señala Sánchez Cuenca, es paradójico que los académicos liberales tradicionales defiendan a muerte la autonomía personal de los ciudadanos para tomar las decisiones que solo a ellos les conciernen (como la posibilidad de consumir estupefacientes o de tomar las decisiones más importantes de su proyecto de vida) pero, cuando se trata de decisiones colectivas, esta confianza y respeto absoluto por la dignidad de las personas para tomar sus determinaciones, inexplicablemente desaparece y, como consecuencia de ello, se estima que un tercero más iluminado deberá decidir por ellos²⁷.

En tercer lugar, existe otra crítica relativamente fuerte que concluye que quien defiende que este tipo de decisiones se tome en los foros democráticos, no lo hace por un ánimo desinteresado de defender la soberanía popular, sino por los resultados que posiblemente se alcanzarán con la decisión. Así, si un sujeto con una postura determinada en relación con la posibilidad de que las parejas del mismo sexo contraigan matrimonio considera que es en el Congreso o con la ciudadanía en donde su decisión se va a ver reflejada, va a ocultar dicha motivación para construir su argumento con una fachada democrática. Desde la perspectiva de quienes intervienen, eso no es así. La defensa de la democracia como mecanismo para

²³ Como bien señala WALDRON, ser partidario de que la ciudadanía o el Congreso decidan cuestiones constitucionales esenciales no implica automáticamente ser un enemigo de los derechos. Cfr. Jeremy WALDRON, "The Core of the Case against Judicial Review", en *The Yale Law Journal* 115, 6 (Abr., 2006), p. 1366.

²⁴ Ver el tristemente célebre caso *Dred Scott v. Sanford*, 60 U.S. 393, 1857.

²⁵ Cfr. *The Civil Rights Cases*, 109 U.S. 3, 1883.

²⁶ Sobre las diversas sentencias que integran este periodo véase a Edouard LAMBERT, *El gobierno de los jueces*, Madrid, Tecnos, trad. de Félix de la Fuente, 2010.

²⁷ Cfr. Ignacio SÁNCHEZ CUENCA, *Más democracia, menos liberalismo*, Madrid, Katz Editores, 2010, p. 195.

tomar decisiones controversiales, parte de una base sustancial y es reconocer la dignidad de las personas: los ciudadanos son dignos para tomar las riendas de su destino por sí mismos independientemente de los resultados. Como menciona el profesor Ackerman, en caso de que la decisión tomada por medios democráticos sea contraria a los intereses de la persona que propuso este mecanismo decisonal tiene un camino: convencer a la mayoría de su error por medio de la persuasión y la deliberación para que lo reversen²⁸, en lugar de acudir a los jueces para que “desde arriba” se imponga su interpretación constitucional razonable por sobre la del Congreso o la de la ciudadanía que puede ser igualmente razonable. Y existe una segunda vía: en caso de que la decisión tomada afecte los más profundos principios de la persona, existe el derecho fundamental a la objeción de conciencia.

Finalmente, toda esta argumentación que tiene como fuente las discusiones sobre la legitimidad del juez constitucional en el contexto norteamericano, encuentra un último reparo. Algunos autores han considerado que este tipo de análisis que consultan sobre las credenciales democráticas del juez no pueden ser aplicadas en los sistemas constitucionales del Sur Global, esto es, democracias en desarrollo cuyas instituciones democráticas no funcionan adecuadamente y, en las cuales, el Tribunal Constitucional tendría un ámbito de acción más o menos amplio para tratar de (i) corregir las disfuncionalidades; (ii) mejorar la democracia; y (iii) cultivar los valores constitucionales²⁹. A pesar de que, en efecto, uno de los errores que usualmente se comete cuando se trabaja en derecho comparado es trasladar discusiones y debates sin aclimatarlos a las realidades propias, lo cierto es que incluso en esos contextos la intervención del juez tiene que estar enfocada a procurar la mejora de las instituciones democráticas que no funcionan, más que reemplazarlas. Esto último (el reemplazo) implicaría continuar en un círculo vicioso en el que dado que las instituciones democráticas (o la ciudadanía) no saben decidir porque operan deficientemente, la solución es que un tercero lo haga por ellas³⁰. Más bien, lo que proponen estos autores que han estudiado los regímenes constitucionales en democracias en transición o en el denominado “Sur Global”, es lograr mejorar las instituciones democráticas y la cultura política ciudadana para que estas decidan sobre su futuro. Y claramente, decidir por ellas, no es el camino³¹.

Por las razones expresadas anteriormente, y teniendo en cuenta que una de las características esenciales de la Constitución de 1991 (que no puede ser sustituida, por utilizar una figura creada por la Corte) es su carácter democrático, se considera que los aspectos centrales

²⁸ Cfr. Bruce ACKERMAN, ob. cit., pp. 469, 470, 496 y 497.

²⁹ Cfr. David Landau, “Abusive Constitutionalism”, en *U. C. Davis Law Review*, 47, 189 (2013), pp. 189-260.

³⁰ Ver David Landau, “A Dynamic Theory of Judicial Role”, en *Boston College Law Review*, 55, 5 (2014), pp. 1534 y 1535.

³¹ Tal vez por eso, desde una perspectiva un tanto más dogmática, es muy común encontrar en la doctrina del derecho constitucional europeo que, en casos en los que existan omisiones legislativas absolutas o relativas, son preferibles las decisiones judiciales bilaterales (por oposición a las unilaterales), esto es, aquellas en las que quien repara la inconstitucionalidad por cuenta de la omisión, es el mismo Parlamento, por medio muy diversas estrategias (que van más allá del mero exhorto) y que por razones de espacio no es necesario explicar en detalle acá. Sobre el particular véase a Francisco DÍAZ REVORIO, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 362 y a Javier VECINA, “El control por el Tribunal Constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1, 2, 1993-1994, p. 493.

esenciales –como este que somete a consideración de la Corte- deben ser decididos por la ciudadanía o por sus representantes.

