

Disertaciones sobre la fundamentación de las decisiones constitucionales

Dissertations on the foundation of constitutional decisions

Salazar CÁRDENAS/ Karolina NARANJO VELASCO

Universidad de los Andes, Universidad de Sevilla/ Universidad de Sevilla, Universidad Industrial de Santander

fabiansalazarc@gmail.com/ naranjokarolina@gmail.com

Recibido: 15/09/2011

Aprobado: 20/12/2011

Resumen

El presente artículo analiza desde el modelo hermenéutico, nuevas maneras de comprender los derechos fundamentales, donde la práctica judicial adquiere especial relevancia, y además se enriquece de metodologías interpretativas como el sistema del precedente, introducción de los test constitucionales y las aplicaciones de las técnicas de ponderación y proporcionalidad. De este modo, el Derecho constitucional, integra una nueva teoría de textos normativos que abandona la rígida distinción entre fuentes primarias y secundarias por encontrarla insuficiente para resolver la variedad y complejidad de problemas jurídicos actuales. Por tanto, a través de un ejemplo de jurisprudencia acerca del matrimonio igualitario de la Corte Constitucional Colombiana, se demostrará los diferentes avances en esta materia.

Palabras clave: Argumentación jurídica, neoconstitucionalismo, reglas interpretativas, Corte Constitucional de Colombia, decisión judicial.

Abstract

This article analyzes, from the hermeneutic model, new ways of understanding fundamental rights, where the judicial practice is especially relevant and gets further enriched through interpretive methodologies such as the precedent system, the introduction of constitutional tests and the application of techniques of balancing and proportionality. In this way, constitutional law includes a new theory of legal texts, which abandons the rigid distinction between primary and secondary sources for finding it insufficient to resolve the variety and complexity of current legal problems. Accordingly, we will show the different advances made in this area through an example of equal marriage law in the Constitutional Court of Colombia.

Keywords: Legal argumentation, neoconstitutionalism, interpretive rules, Constitutional Court of Colombia, judicial decision.

Introducción

Actualmente, el aspecto central de Derecho, no está tanto en el conjunto de normas que lo integran, sino en la interpretación que de ellas se haga al momento de aplicarlas. Este acontecimiento es más evidente desde mediados del siglo XX con lo que se ha denominado como el “giro lingüístico y pragmático” y el “neoconstitucionalismo”, fenómenos que dieron lugar a verdaderas revoluciones en los modos de entender los usos del lenguaje y el Derecho, respectivamente.

El modelo hermenéutico emprendió nuevas maneras de comprender los derechos fundamentales, modelos alternativos de interpretación, venidos principalmente de Norteamérica y Alemania, entraban a integrarse con los contenidos en el Código Civil de tradición francesa. Donde la práctica judicial adquiere especial relevancia, y además enriquecida con metodologías como el sistema del precedente, introducción de los test constitucionales y las aplicaciones de las técnicas de ponderación, balanceo y la proporcionalidad.

De esta manera, el Derecho constitucional a través de una lectura contemporánea de las Constituciones nacionales, integra una nueva teoría de textos normativos que abandona la rígida distinción entre fuentes primarias y secundarias por encontrarla insuficiente para resolver la variedad y complejidad de problemas jurídicos actuales. Por tanto, la interpretación en la jurisprudencia constitucional debe ser plausible y contar con los principios superiores a la solución de casos relacionados con la consolidación del Estado social y democrático.

Aspectos preliminares sobre la argumentación judicial

Una vez terminada la segunda guerra mundial, y como consecuencia directa de los sistemas de libre interpretación usados por los jueces alemanes que permitieron la justificación de la terrible actividad del régimen nazi, se presentó una concentración de la atención mundial sobre la figura de los jueces, en su evidente condición de elemento determinante de la decisión judicial. Dicho interés, que se mantuvo durante toda la segunda mitad del siglo XX, llevó a plantear la necesidad de establecer unos parámetros claros de la actividad judicial, donde se hace necesaria una sustentación sólida y racional de las decisiones tomadas por el juez.

En este sentido, la argumentación jurídica se propone establecer pautas que conducen a analizar, reflexionar y evaluar los argumentos que se manejan en los campos del derecho, en el evento que nos ocupa las decisiones judiciales. La necesidad del juez de motivar sus sentencias, inter-

pretar las normas jurídicas y, en especial formular “soluciones” para casos específicos, implica un proceso de justificación de normas, dividida en el contexto del descubrimiento y el contexto de la justificación.

Dicha división proviene de la filosofía de la ciencia expuesta por H. Reichenbach en su obra *“Experience and prediction: An Analysis of the Foundations and the Structure of Knowledge”*. El contexto de descubrimiento hace referencia al proceso de enunciación del desarrollo del conocimiento científico. Por el otro lado, el procedimiento que consiste en sustentar y validar la teoría, conlleva un análisis lógico y de aplicación de reglas del método científico referido¹.

Lo anterior se traslada al campo argumentativo jurídico traduciéndose en la situación de actuación del juez, en cuanto a que, una parte es el proceso de búsqueda de la decisión donde podrá divagar acerca de cuál es la premisa adecuada para decidir su fallo, o escoger qué interpretación está ajustada al caso estudiado; mientras, que el proceso de justificación de la decisión se orienta a las normas de valoración ya evaluadas en la sentencia proferida, siendo esta, el foco de la investigación de la argumentación en el campo judicial.

No obstante, frente a los aportes en el estudio de la interpretación de las decisiones judiciales, autores como Wróblewski establecen que si una decisión se ajusta a derecho hace referencia a dos planos, el primero la “justificación interna” y el segundo la “justificación externa”, para lo cual enuncian que, la justificación “interna” valida o corrige a manera lógica el seguimiento de las premisas a una conclusión. En relación a lo que denomina justificación “externa”, se ofrece ante la selección de premisas de una manera adecuada, es decir, si la premisa de tipo normativo que se plantea aplica al supuesto de hecho, o si por ejemplo las premisas fácticas están probadas por hechos reales surgidos². Por tanto, se entiende por “justificación interna” una consideración de corrección lógica y la “justificación externa” pretende que las premisas en la decisión jurídica gocen de validez.

Paralelamente, La profesora holandesa Eveline T. Feteris³ en su obra *Fundamentos de la Argumentación Jurídica* distingue tres diferentes enfoques para la argumentación: el lógico, el dialógico y el retórico. El primero es la tradicional aplicación de la lógica, cuyo interés es que el paso de las premisas a la conclusión sea necesario, sin importar si las premisas son verdaderas o falsas, es decir, aquí solo se proporciona criterios de corrección formal de los argumentos. Dicho de otro modo, se parte de unas premisas, como la norma jurídica y los hechos, que se encaminan hacia la conclusión, que viene siendo la decisión judicial. En contraste, el dialógico considera la aceptabilidad del argumento jurídico, por medio de procedimientos de discusión racional formales y materiales de aceptación. Finalmente, el enfoque retórico se enfatiza en el contenido de los argumentos y su aceptación, y se puede traducir en la búsqueda de la “adhesión” de la audiencia a la cual se dirige.

La justificación de las decisiones constitucionales

El ámbito de la interpretación constitucional, principalmente cuando se estudian los casos fallados por tribunales especializados en la materia, presenta características propias que lo diferencian frente al ámbito de la interpretación del Derecho ordinario, destacándose las siguientes: en materia constitucional las cuestiones tratadas son resueltas tomando como base una normatividad

1 Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México D.F, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 4.

2 Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2007, pp. 34-48.

3 Feteris, Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 55-71.

generalmente elástica, abierta e incluso ambigua, lo cual evidencia que en este área del Derecho existe un amplio margen de apreciación para los jueces que dificulta la determinación de parámetros o límites ciertos a su actividad en cuanto a lo que jurídicamente puede admitirse como válido, circunstancia “*acrecentada por la enorme incidencia que posee las disposiciones relativas al catálogo de fines, valores y derechos fundamentales, que suelen estar redactadas en un lenguaje particularmente amplio e indeterminado*”⁴. “*La interpretación constitucional está marcada por una fuerte presencia de valores plurales y diversos*”⁵ en permanente tensión entre sí. Esto, aunado a la característica anterior, puede llegar a “*orientar las decisiones de los jueces en sentidos opuestos, dependiendo de cuál de ellos se elija*”⁶.

Al respecto, puede apreciarse que el ejercicio decisorio de los jueces constitucionales acarrea dificultades a la hora de sintetizar y de adoptar las pautas estimativas que emplean para resolver los casos concretos. A esto se suma que las Constituciones modernas exigen a los jueces, como guardianes de su integridad y supremacía, un ejercicio de sus funciones tal que extienda, divulgue y garantice el alcance del contenido de sus fundamentos normativos. Por ende, es notorio que gran parte de los problemas de interpretación en este campo del saber jurídico se refieren a la técnica que ellos utilizan para justificar sus decisiones.

Los tribunales constitucionales tienen una posición privilegiada al estar en la cúspide de la estructura de la administración de justicia, de manera que bien puede afirmarse que no solo tienen “la última palabra”, sino que al gozar de esa “supremacía hermenéutica”, marcan las líneas de base que orientan la interpretación de las normas constitucionales, así como establecen los límites de posibilidad de interpretación de las demás normas del ordenamiento jurídico. En el caso de la Corte Constitucional Colombiana, esta ha sido muy clara al expresar que “*el alcance de su interpretación es superior al de los otros jueces y órganos del poder público, hasta el punto que entre sus interpretaciones y la propia Constitución no puede imponerse ni siquiera «una hoja de papel»*”⁷.

En este sentido, mediante Sentencia SU-640 de 1998, reforzó dicha tesis al manifestar que: “[A] diferencia de la jurisprudencia de los demás jueces, en cuando desentraña significado de la Constitución, [la interpretación de la corte constitucional] no puede tener valor opcional o puramente ilustrativo, puesto que sirve de vehículo insustituible para que ella adquiera el status activo de norma de normas [...]. Frente a la interpretación de la Constitución plasmada en una sentencia de la Corte Constitucional no puede concurrir ninguna otra, ni siquiera la del Congreso de la República [...]. A diferencia de lo que acontece con los demás órganos judiciales, las sentencias de la Corte Constitucional tiene la virtualidad de desplazar la ley o incluso de excluirla del ordenamiento, cuando no la mantienen dentro de ciertas condiciones, todo en razón de su calidad de juez del Congreso”⁸.

Con estos precedentes jurisprudenciales, es claro que en el sistema jurídico colombiano está asegurado el máximo nivel de preponderancia que la Corte Constitucional ejerce no solo sobre los demás tribunales de la rama judicial, sino también sobre los demás órganos del poder público, inclusive sobre la autoridad de representación popular y deliberación política por excelencia como es el Congreso de la República, pues en sus propios fallos tal Corporación judicial ha asumido explícitamente esa enorme responsabilidad con la sociedad y los valores, principios y derechos superiores.

4 Mora Restrepo, G, *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, Argentina, 2009, p. 19.

5 *Ibid.*, p. 20.

6 *Ibid.*, p. 20.

7 Principio enunciado por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-113 de 1993, M.P. Jorge Arango, y reiterado en otros fallos como las Sentencias C-270 de 2000 y C-1316 de 2000, M.P. Carlos Gaviria para ambas. Fuente: Mora Restrepo, op. cit., 2009, p. 21.

8 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-640 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes. Bogotá, 1998, en Mora Restrepo, op. cit., 2009, p. 21.

En consecuencia de lo anterior, los tribunales constitucionales tienen, en el contexto de los órganos del poder público su, “acusado carácter político”⁹, y en los efectos de sus decisiones se manifiesta la pronunciada capacidad que poseen de asumir tareas legislativas, especialmente al crear “normas subconstitucionales cuando está en juego la defensa de los derechos fundamentales”¹⁰, o al dictar sentencias modulativas en las que condicionan el alcance hermenéutico que debe dársele a la ley al momento de ser aplicada. Puede verse, entonces, que la interpretación constitucional termina siendo “más ardua y grave que la propia del derecho privado, pues el juzgamiento de los temas constitucionales es susceptible de generar tensiones entre los órganos del poder público”¹¹.

Por tanto, una de las garantías para la tutela de los derechos fundamentales proviene del control jurisdiccional; sin embargo cuando el juez es un libre intérprete, incluso moral, del derecho: ¿qué garantía tiene el ciudadano? ¿Quién controla al controlador?¹².

Es de notar que el ejercicio de esta clase de interpretación es de sumo cuidado debido al alto nivel de impacto que puede llegar a tener en la sociedad, y de las repercusiones que puedan generar sus decisiones, más allá de los casos particulares que resuelve en sede de control concreto o abstracto de constitucionalidad.

El contexto del neoconstitucionalismo y la constitucionalización del ordenamiento jurídico

La corriente denominada “neoconstitucionalismo”¹³ corresponde en un primer sentido, a una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. También, propone un modelo constitucional, es decir, un conjunto de mecanismos normativos e instituciones en el marco de un sistema jurídico-político en un tiempo determinado, limita las actuaciones de los poderes del Estado y/o la protección de los derechos fundamentales.

Entre sus elementos característicos, caso del neoconstitucionalismo como teoría, analiza el desempeño de la carta constitucional en el marco del sistema jurídico contemporáneo, proponiendo dos modelos¹⁴: a) modelo descriptivo de la Constitución como norma; b) modelo axiológico de la Constitución como norma, posición mayoritaria en la práctica. En el primero, la constitución se refiere al conjunto de reglas jurídicas positivas, y por tanto es el núcleo del ordenamiento jurídico, por ende, superiormente jerárquicas ante otras. En el segundo, obedece a los mismos criterios del anterior, no obstante recalca que los contenidos normativos adquieren un valor intrínseco, o sea un valor en sí.

Del mismo modo, su principal interés está en la perspectiva de la justificación, la interpretación judicial, en el nivel de lenguaje donde se considera central la noción de razón para actuar, con el fin de comprender el funcionamiento del ordenamiento jurídico. Como consecuencia de ello, aparece el proceso de constitucionalización del derecho, puntos interpretativos de la ley, más adelante precisaremos sobre estos.

Como ideología, presenta la tendencia de que, en los ordenamientos democráticos y constitucionalizados, existe una relación necesaria entre derecho y moral. Por lo tanto, hay una obligación

9 Mora Restrepo, op. cit., 2009, p. 22.

10 *Ibid.*

11 Lucas Verdú, Curso de Derecho Político, p. 530, en Mora Restrepo, op. cit., 2009, p. 22.

12 Cfr. R. Guastini, “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’interpretazione”, en P. Comanducci y R. Guastini, *Analisi e diritto*, Giappichelli, Turín, 1990, pp. 99-114.

13 Entre los iusfilósofos destacados se encuentran: Ronald Dworkin, *Freedom’s Law*, Oxford UP, Oxford, 1996. Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994. Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992 [ed. cast.: *El derecho dicitil*, Madrid, Trotta, 2003]. Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven-Londres, 1996; entre otros.

14 Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución” en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, IIJ-UNAM, Porrúa, México, 2000, pp. 133-137.

moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conforme a esta. Por su lado, Dworkin sostiene la tesis según la cual un derecho, formado, además de por reglas, por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado¹⁵. Lo anterior, se conoce como la tesis de la única solución justa, o correcta.

Por su lado, el neoconstitucionalismo metodológico sostiene la tesis de la conexión necesaria, identificativa y/o justificativa, entre derecho y moral, por lo que en situaciones de derecho constitucionalizado, los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituyen un puente entre lo jurídico y la moral. Es decir, que una decisión judicial, se fundamente en una norma moral.

El autor Paolo Comanducci, expone algunas alternativas, al momento de fundar en qué casos los jueces se basan en “normas morales”, que son las siguientes: a) Que se trate de una norma moral objetiva verdadera (en el sentido de que corresponde a “hechos” morales); b) Que se trate de una norma moral objetiva racional (en el sentido de aceptable por parte de un auditorio racional); c) Que se trate de una norma moral subjetivamente escogida; d) Que se trate de una norma moral intersubjetivamente aceptada¹⁶.

Asimismo, el neoconstitucionalismo posee tres componentes¹⁷. El primero es ontológico, existe un orden constitucional de valores, un sistema moral constitucional, preciso y dirimente. El segundo se refiere a lo epistemológico, el cognitivismo resultante afirma que las soluciones precisas y necesarias que de ese orden axiológico constitucional se desprenden pueden ser conocidas y aplicadas por los jueces. Por último en lo social y político, los jueces son los únicos que poseen el privilegio político para enmendar la legislador excepcionando la ley y justificando en el caso concreto la decisión *contra legem*, es decir, *pro constitutione* porque es basada en un valor constitucional.

Conjuntamente, se evidencia el reciente fenómeno denominado la constitucionalización del ordenamiento jurídico. De acuerdo con Riccardo Guastini¹⁸, es un proceso de transformación de un ordenamiento, resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales; caracterizado “por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales”¹⁹. Es gradual, sea un menor o mayor grado, en la medida en que concurren un número considerable de condiciones que manifiesten su intensidad. Son las siguientes²⁰:

a) Una Constitución rígida: la rigidez no es necesariamente la imposibilidad de una reforma constitucional, parcial o total, sino que exista un procedimiento agravado de reforma; es decir, la constitución tenga una primacía frente a la legislación nacional.

b) La garantía jurisdiccional de la constitución: Se requiere de un mecanismo de control de constitucionalidad para dar una superioridad cuando se vulnerar los preceptos constitucionales, puede ser de distintas formas: *a priori* (antes de la entrada en vigor de una ley) o *a posteriori* (después de entrar la vigencia); *in concreto* (con efectos para las partes de la controversia) o *in abstracto* (con efectos erga omnes); puede ser difuso (ejercido por cada juez en el ámbito de sus competencias), o concentrado (en un solo órgano).

15 Dworkin, Ronald, Los derechos en serio, Ariel, Barcelona, 1984, en, Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *El canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 184.

16 Comanducci, Paolo, “Constitucionalización y neoconstitucionalismo”, *El canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 187.

17 García Amado, Juan Antonio, “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas. Acotaciones a Dworkin y Alexy”, en *El canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 371.

18 Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, IJ UNAM-Fontamara, 2007, p. 153.

19 *Ibid.*, p. 152.

20 *Ibid.*, p. 155-158.

c) La fuerza vinculante de la constitución: las normas constitucionales son plenamente aplicables (de materia institucional o procedimental, o sustantivas) y obligan a sus destinatarios, por tanto el contenido constitucional es jurídicamente vinculante.

d) La “sobreinterpretación” de la constitución: se efectúa una interpretación extensiva, utilizando cuando sea posible el argumento *a simili*. En consecuencia, se puede extraer del texto constitucional numerosas normas implícitas, idóneas para regular aspectos sociales y políticos, y condicionar el contenido de una parte del ordenamiento jurídico.

e) La aplicación directa de las normas constitucionales: el desarrollo legislativo previo no es necesario en el caso de la aplicación de preceptos constitucionales.

f) La interpretación conforme a las leyes: consiste en que si una determinada disposición normativa legislativa es susceptible de diversas interpretaciones, pero solo algunas son compatibles con la constitución. Cuando una disposición legal es contraria al texto constitucional, es posible hacer un análisis corrector para que sea compatible con esta.

g) La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas: hace referencia a la utilización de la constitución como un “arma política”, con el objeto de tomar una decisión o justificación de una controversia en este ámbito.

Práctica jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia: caso matrimonio igualitario, Sentencia de constitucionalidad C-577/11

Mediante Sentencia C-577 de julio del 2011²¹, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de artículo 113 del código civil que define el matrimonio civil en Colombia y exhortó al Congreso de la República a legislar de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, con el objeto de eliminar el déficit de protección existente.

Entre las pretensiones de los demandantes era analizar la constitucionalidad de la expresión “de procrear” contenida en el artículo 113 del Código Civil, en virtud de la cual se define la procreación como una de las finalidades del matrimonio. Aunque esta cuestión tiene una conexión directa con el tema central de la demanda en tanto una de las razones que suele invocarse para negar el matrimonio entre personas homosexuales es que estas no pueden procrear, se advierte que al margen de esta cuestión existen razones que justifican la inconstitucionalidad de dicha expresión. Se argumenta que la definición de la procreación como finalidad del matrimonio comporta un desconocimiento del derecho a la autonomía reproductiva (art. 42 C.P) –que implica el derecho a decidir libremente no tener ningún hijo–, a la intimidad personal y familiar (art.15 C.P) y al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 C.P) de los contrayentes, en especial de la mujer, dada la posición especial que por cuestiones biológicas y culturales tiene esta frente a la reproducción. Por tales razones se estima que la definición de la procreación como finalidad del matrimonio es inconstitucional.

Entre otros aspectos, argumentar que aun si se insiste en sostener que la única familia que goza de protección constitucional es la heterosexual y que el matrimonio solo puede entenderse como fuente jurídica de la familia, el trato desigual no resiste el segundo paso del test ya que no existe una relación de adecuación entre la finalidad enunciada y el medio escogido para alcanzarla. En efecto, si se acepta que las parejas homosexuales contraigan matrimonio, las parejas heterosexuales que decidan casarse no verán anulada, ni menguada la protección que el orden jurídico les prodiga.

21 Corte Constitucional de Colombia, comunicado N.º 30 de 2011 sobre la sentencia C-577 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Bogotá, pp. 1-5.

La Corte hace énfasis en el carácter literal de las interpretaciones y reivindica el texto aprobado por el Constituyente que distingue entre la familia como institución anterior al Estado, de raigambre sociológica, reconocida jurídicamente y el matrimonio que genera un vínculo fundado en la expresión del consentimiento de los contrayentes que libremente se obligan para constituir una familia²².

Igualmente, parte de un concepto amplio de familia, fundado en la consagración de un modelo de Estado social de derecho participativo y pluralista, dentro de sus fines, la protección de las libertades, creencias y derechos de todas las personas, derechos que son inalienables y tienen primacía, además que proclama el reconocimiento y protección de la diversidad cultural del país, claramente contraria a la imposición de un solo tipo de familia y a la consiguiente exclusión de las que no reúnen las condiciones de la que, supuestamente, es la única reconocida y protegida.

En ese contexto, precisa que la Constitución no concibió una sola forma de familia, estableció de manera expresa el matrimonio, como una de las varias modalidades de conformarla, referido a la “decisión libre de un hombre y una mujer”. Es decir, que el matrimonio como una de las formas de constituir una familia, aparece ligado a la pareja heterosexual, sin que ello implique una exclusión absoluta de la posibilidad de que el legislador regule la manera cómo formalizar y solemnizar un vínculo jurídico entre las parejas del mismo sexo que libremente quieran hacerlo, reservándose la libertad de asignarle el nombre que quiera darle a dicho vínculo²³.

Por lo tanto, una forma matrimonial prevista en el artículo 113 del Código Civil para las parejas heterosexuales, acorde con lo previsto en el inciso primero del artículo 42 de la Constitución. Lo anterior, bajo el entendido de que la interpretación del artículo 42 constitucional permite que ambas posibilidades concurren.

Pero, no se configura ante la normativa, la formalización de uniones de parejas del mismo sexo, constatando un déficit de protección de sus derechos que en primera instancia y en armonía con el principio democrático, debe ser atendido por el legislador, dentro del ámbito de su competencia para desarrollar la Constitución Política y adoptar medidas que garanticen el goce efectivo de los derechos de aquéllas en un plazo antes del 20 de junio de 2013. En la eventualidad en que el Congreso de la República no legisle en el término indicado, las personas del mismo sexo podrán acudir posteriormente ante notario o juez competente para formalizar y solemnizar su unión mediante vínculo contractual, subsanando así el déficit de protección señalado las parejas del mismo sexo²⁴.

Consideraciones finales y retos

Los argumentos y actuaciones de algunos cortes constitucionales como el Colombiano, reafirman la tendencia de su responsabilidad en la motivación de su actividad frente a la adopción de criterios racionales, hasta llegar a contemplar la necesidad de replantear su marco de competencias dadas las repercusiones sociales, políticas, económicas y culturales de sus sentencias frente a las interpretaciones que efectúan, pues dicha situación permite la toma de decisiones indiscriminadas y caprichosas, propias de un juego de manipulaciones.

Los jueces constitucionales llevan a cabo el cumplimiento de sus funciones con base en un sistema normativo precario cuyo alcance pueden modificar por vía de interpretación, dejando abierta la posibilidad de utilizar la Constitución como una herramienta para la consecución de beneficios y la satisfacción de intereses particulares y parcializados en lugar de ser utilizada para lo que fue originalmente concebida: defender los derechos de los ciudadanos y aplicar justicia en favor de

22 Corte Constitucional de Colombia, *ibid.*, pp. 1-5.

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

la vigencia del Estado Social de Derecho. He ahí la importancia reforzada que adquiere la debida justificación de las decisiones que emanan del máximo tribunal constitucional.

Así, puede inferirse que requiere gran atención por parte de los Magistrados, la forma en que proceden a argumentar y sustentar sus fallos, pues sus argumentos utilizados en su motivación dependerá la aceptación a nivel general y particular que obtengan, por lo cual la teoría de la justificación “está dirigida a mostrar la necesidad y exigencia que tienen los jueces de soportar o cimentar los razonamientos jurídicos que emplean para la toma de decisiones concretas”²⁵, motivando un razonamiento práctico que implica la prescripción de conductas en el ámbito argumentativo.

Por su lado, la doctrina neoconstitucionalista, la prevalencia de la exigencia de justicia sustancial del caso concreto, como los derechos de las minorías sexuales, respecto a la exigencia de certeza de la ley, y por tanto apoyar una interpretación moral que supere una dura aplicación, conduce a sobreponer el plano moral al jurídico. Esto puede funcionar hasta que nos encontramos ante el «buen juez dotado de buen criterio», pero la dimensión garantista del derecho desaparece. De este modo, el juez asume un papel como “elemento racionalizador del sistema jurídico.”

Bibliografía

Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F, 2003.

Martínez Zorrilla, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2007.

Feteris, Eveline, *Fundamentos de la argumentación jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2007.

Mora Restrepo, G, *Justicia Constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Marcial Pons, Argentina, 2009.

R. Guastini, “Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell’interpretazione”, en P. Comanducci y R. Guastini, *Analisi e diritto*, Giappichelli, Turín, 1990.

Ronald Dworkin, *Freedom’s Law*, Oxford UP, Oxford, 1996.

Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994.

Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, Turín, 1992 [ed. cast.: *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 2003].

Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale UP, New Haven-Londres, 1996.

Comanducci, Paolo, “Modelos e interpretación de la Constitución” en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, IIJ-UNAM, Porrúa, México, 2000.

El canon Neoconstitucional, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010

Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México DF, UNAM-Fontamara, 2007.

²⁵ *Ibid.*, p. 24.