



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

TEST DE PROPORCIONALIDAD Y SU PRAXIS EN LA PONDERACIÓN DEL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD Y CORRECCIÓN MODERADA.

Yeimy Lorena Rozo Jaimes**

Universidad Católica de Colombia

Resumen

El juicio de proporcionalidad en Colombia es concebido como un método de interpretación jurisprudencial, que como herramienta interpretativa ha sido allegado y aplicado por la Corte Constitucional Colombiana a la hora de fallar ante determinadas problemáticas jurídicas que impliquen la confrontación entre uno y otro derecho o garantía constitucional. El derecho al libre desarrollo de la personalidad es derecho inherente a la persona, y con alto grado de protección constitucional en cumplimiento del presupuesto constitucional del interés superior del los menores, así que, el ejercicio del mismo confluye con la autoridad derivada de la patria potestad que ejercen los padres sobre sus hijos menores, y la corrección moderada que los mismos apliquen en la crianza de sus hijos. Este artículo determina los alcances de la aplicación del test de proporcionalidad constitucional, en la ponderación de derechos entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores en relación con su identidad de género, y el derecho de crianza y corrección moderada de los padres.

Palabras clave: test de proporcionalidad, identidad de género, libre desarrollo de la personalidad, patria potestad.

** Egresada del programa de Derecho, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, trabajo presentado para optar por el título de abogada, identificada con código estudiantil N° 2110165. Correo electrónico: ylozo65@ucatolica.edu.co.

Dirigido por Lizandro Javier Romero Villa, docente, coordinador de extensiones de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: extensionderecho@ucatolica.edu.co

Abstract

The principle of proportionality in Colombia is conceived as a jurisprudential interpretation method, that has been gathered and applied as interpretative tool by the Colombian Constitutional Court upon pronouncing a judgment in certain legal problems that imply confrontation between one and another right or constitutional guarantee. The right to free development of personality is an inherent right to the person, and with high degree of constitutional protection in compliance of the constitutional assumption of best interest of the child. As such, the exercise of this right merges with the authority derived from the custody parents exercise over their minor children, and the moderate correction they apply upon upbringing their children. This article determines the scopes of the application of the constitutional proportionality test, upon considering the rights between the right to free development of personality of minors regarding their gender identity, and the upbringing and moderate correction rights of the parents.

Key words: proportionality test, gender identity, free development of personality, child custody.

Sumario

Introducción. 1. Test de proporcionalidad realizado por la Corte Constitucional Colombiana 1.1 Noción general. 1.2 Antecedentes. 1.3 Características del juicio de proporcionalidad colombiano. 2. Derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores. 2.1. Noción general. 2.2 Derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores. 2.3 Derecho al libre desarrollo de la personalidad como rol fundamental en la construcción y protección de la identidad de género. 2.4. Límites al derecho al libre desarrollo de la personalidad en menores con relación a la identidad de género. 3. Derecho a la corrección moderada de los padres respecto a sus hijos menores. 3.1 Patria potestad como institución parental. 3.2. De la corrección moderada como derecho y deber. 4 Aplicación del test de proporcionalidad entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad en relación con la identidad de género de menores y el derecho a la corrección moderada de los padres. Conclusiones. Referencias.

INTRODUCCIÓN

El artículo investigativo aborda la pregunta sobre ¿Cómo se aplica el test de proporcionalidad Constitucional entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores, en relación con su identidad de género y el derecho de los padres a la corrección moderada y crianza de sus hijos? determinando los alcances de la aplicación de este método de interpretación en el ejercicio jurisprudencial, no sin antes indagar en sus antecedentes históricos, los cuales permitieron optimizar el desarrollo constitucional como se conoce hoy día, atendiendo a la premisa de la satisfacción de las necesidades en materia de la dignidad humana, que es razón de ser del Estado colombiano.

En lo anterior, la metodología de esta investigación está supeditada al componente hermenéutico, siendo este, la principal herramienta direccionada para el análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional, que confluye con el planteamiento de la pregunta propuesta. Como primera medida, se expondrán los conceptos de test de proporcionalidad y su aplicación en el ámbito jurídico. De igual forma, se relacionarán las nociones contenidas en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la identidad de género, la patria potestad y corrección moderada, para, asimismo, analizar el alcance que tiene la aplicación del test de proporcionalidad, con el fin de resolver de forma fáctica la colisión entre estos derechos fundamentales, erigiendo una práctica de armonía dentro del procedimiento de la ponderación, como garantía de la no transgresión en ninguno de estos, derechos si bien es cierto, en la actualidad es más frecuente la connotación “choque o colisión de derechos” según lo menciona Forero (2006) de la siguiente forma:

Cuando se hace referencia a la protección de derechos fundamentales ante las jurisdicciones constitucionales, sin ser pacífica ni la problemática que se plantea ni ninguna de las soluciones posibles a ella, pues la misma expresión conflicto, Choque o colisión de la idea de un derecho ganador y otro perdedor de un derecho que cede para la realización del otro (p. 236).

Es por esto que se busca mitigar en el litigio, la exclusión por parte de la sociedad ante la manifestación de una solución jurídica que, en la mayoría de los casos, terminan por caer en reduccionismos contradictorios subyacentes de la ineffectividad de la doctrina jurisprudencial.

Por último, se analizarán algunas sentencias de la Corte Constitucional, para poner en contexto la aplicación del test de proporcionalidad en la eventualidad preponderante en los diferentes escenarios, en donde se ponga de manifiesto el alcance de la autonomía de los menores de edad con relación al libre desarrollo de su personalidad y consecutivamente, los alcances del derecho de la patria potestad en la corrección moderada de los padres dentro de la realidad jurídica.

1 TEST DE PROPORCIONALIDAD REALIZADO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

1.1 Noción general

El test de proporcionalidad o juicio de proporcionalidad ha sido introducido por la Corte Constitucional Colombiana, según lo menciona Vivas (2012), “Como método de interpretación y control judicial de las restricciones a los derechos fundamentales” (pp.34-35). Es así como, el juicio de proporcionalidad ha sido determinado como método de interpretación y es usado por la Corte Constitucional al encontrarse ante la colisión de derechos o principios constitucionales fundamentales.

El principio de proporcionalidad como método de interpretación y aplicación jurisprudencial, toma importante relevancia, ya que hay quienes parten del hecho, que a pesar de que el ordenamiento jurídico colombiano cuenta con una carta de derechos constitucionalizados, propios de la corriente neo constitucional, estos cómo lo indica Carbonell (2008) no son de protección absoluta, sino que, cada derecho se enfrenta a la realidad de ser limitado.

Con el presupuesto planteado de la limitación de derechos, la aplicación del principio de proporcionalidad como test de aplicación e interpretación constitucional ayuda a “determinar en qué casos concretos se aplican principios o en su defecto se aplican reglas o cuando colisionan

principios o colisionan reglas cual debe prevalecer en el caso en concreto” (Cuello Quiñonez, Sardoth Redondo, 2017, p.7).

Este método de interpretación, a su vez, se convierte como lo indican Montealegre, Bautista y Vergara (2014) “en una evaluación de la legitimidad de las medidas estatales, sobre todo aquellas que condicionan e intervienen el ejercicio de derechos fundamentales” (p.11).

Por consiguiente, el juicio de proporcionalidad es reconocido y se encuentra como lo indica Vivas (2012), “dentro de las herramientas reconocidas por tribunales y académicos como una de las más ajustadas metodologías de resolución de tensiones entre derechos” (p.31).

1.2 Antecedentes

El principio de proporcionalidad como elemento fundador de la aplicación del test de proporcionalidad deprecado, tiene sus orígenes en Prusia (Alemania) según lo indica Vivas (2012), en donde se caracterizaba, en principio, por tener una aplicación en ámbitos policivos, marcando por parámetros de limitación a las actuaciones de la administración. Fue así como, de acuerdo a lo manifestado por Arnold, Martínez, y Zuñiga (2012) “el Tribunal Administrativo de Prusia (preussisches OVG) sostuvo que este principio era vinculante para el poder ejecutivo” (p.66). Se trataba así pues, de una prohibición de exceso estatal ante la capacidad discrecional de la administración.

Al igual, y de acuerdo al determinante enfoque otorgado por Alemania al principio de proporcionalidad, se indica por Montealegre, Bautista y Vergara (2014) que la utilización del principio de proporcionalidad en Alemania inicia hacia la mitad del siglo XIX frente a la discusión de los límites del ejercicio de la actividad policial.

Para la época, la aplicación de la proporcionalidad se reflejaba en el ordenamiento jurídico alemán en un control judicial. Es así como, tal cómo nos indican Montealegre, Bautista y Vergara (2014) “los jueces administrativos efectuaban cierto control denominado control de exceso, con el cual se determinaba si las medidas tomadas por la policía se ceñían estrictamente al cumplimiento del fin de mantener la seguridad y el orden generales” (p.13).

La denominada prohibición de exceso judicial alemana, se limitó al ámbito policial y administrativo hasta mediados del siglo XX, con posterioridad el Tribunal Constitucional Federal Alemán, concibió al principio de proporcionalidad específicamente en el ámbito de los derechos fundamentales, como un mecanismo de defensa al ciudadano frente a las actuaciones, Montealegre, Bautista y Vergara (2014). Lo que expuso en la práctica jurídica alemana la importancia y relevancia de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, por ende, era según Arnold, Martínez, y Zuñiga (2012) “un principio destinado a proteger los derechos y libertades” (p.66).

Según Vivas (2012), en Colombia se ha determinado que al igual que en Prusia, sus antecedentes se remontan al sometimiento de la administración en ámbitos policivos, con respecto a la legitimidad y proporción de sus actuaciones, Pero además, como indica la autora, el principio de proporcionalidad ha incursionado también en el Derecho Penal en la determinación de la pena.

Ahora bien, la entonces naciente Corte Constitucional Colombiana dio aplicación al principio de proporcionalidad, como método de interpretación en la hermenéutica jurídica, es así como hay autores que resaltan que:

Con ocasión de la presentación de las disputas relacionadas con el derecho a la igualdad, la Corte Constitucional introdujo en Colombia el concepto de proporcionalidad como método de interpretación y control judicial de las restricciones a los derechos fundamentales. En efecto, la demanda de protección constitucional del derecho a la igualdad motivó la introducción del concepto de proporcionalidad. (Vivas,2012, p.34)

Este examen realizado por la Corte Constitucional, exclusivo en principio al derecho a la igualdad, implicaba un análisis entre los medios y los fines, cuestión que refleja cómo se encuentra permeado el análisis judicial por el juicio de proporcionalidad e incluso del fundamento de la ponderación de reglas y principios de Robert Alexy. Es así como, la autora da a entender que la Corte Constitucional influenciada por enfoques Europeos y Americanos interpretaba el ámbito de restricción constitucional con la proporción de la medida a tomar Vivas (2012)

Ahora bien, como lo indica la autora citada:

En el intento de romper con la idea de exclusividad, la Corte trajo a colación sentencias donde habrían sido analizadas restricciones a derechos con uso del juicio estricto de proporcionalidad distinto a la igualdad. La primera Sentencia C-309 de 1997, donde se discutió la legitimidad y proporcionalidad del uso obligatorio del cinturón de seguridad como medida de protección a favor de la propia persona, limitando su derecho a la autonomía individual y al libre desarrollo de la personalidad, al discutir que la imposición de tal medida incurría en la imposición de regulaciones perfeccionistas de modelos de vida. (Vivas,2012, p.35)

Es así como la Corte Constitucional rompe el paradigma de aplicación del juicio de proporcionalidad, que se encontraba limitado a resolver controversias relacionada con el derecho constitucional a la igualdad, y la legitimidad de tratos desiguales, para ampliar el ámbito de aplicación del método de interpretación (test o juicio de proporcionalidad), ante la colisión de otros derechos o principios de rango constitucional, tal como se da a conocer hoy día.

1.3 Características del juicio de proporcionalidad colombiano.

Teniendo en cuenta que, con antelación se expuso al principio de proporcionalidad como un método de interpretación el cual le permite al operador judicial de forma argumentativa, controlar el alcance de la restricción a derechos fundamentales, buscando la proporción de la restricción, evitando, cómo lo indica Cuello Quiñonez, y Sardoth Redondo (2017) “un sacrificio inútil, desproporcionado e innecesario de los derechos fundamentales” (p.7). Se procede a identificar las características del juicio de proporcionalidad aplicado por la Corte Constitucional Colombiana.

Para el efecto, es oportuno traer a colación Sentencias proferidas por el máximo tribunal constitucional, que permite identificar la aplicación del juicio de proporcionalidad ante el planteamiento de dicotomías o colisiones a la hora de fallar de una determinada manera.

La Corte Constitucional Colombiana entiende que la proporcionalidad de su juicio se aplica a través del método de la ponderación, (Corte Constitucional, C-916, expediente D-4020, 2002). Ponderación que se presenta generalmente ante intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional.

Es así como, se identifica en la sentencia C-916 de 2002, que el juicio de proporcionalidad colombiano se caracteriza por concebirse como un principio de interpretación que puede adoptar la forma de mandatos, indicando que estos se entienden como:

La prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprenden la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. (Corte Constitucional, C-916, expediente D-4020, 2002)

Por lo anterior, se evidencia del juicio de proporcionalidad colombiano, que guarda una estrecha relación con la ponderación, al sopesar extremos disyuntivos y establecer si entre ellos se mantiene el equilibrio o balance de la medida debida, o, por el contrario, se desconocen las reglas constitucionales anteriormente mencionadas, las del exceso o el defecto.

De igual forma, la ponderación guarda estrecha relación, con la teoría desarrollada por el tratadista Robert Alexy, que de manera enfática señala que cuando se presenten colisiones entre principios constitucionales estos deben resolverse con la utilización del juicio de ponderación. Este juicio obedece a criterios de idoneidad, necesidad y ponderación en el sentido estricto. (Ochoa. 2017).

En otro pronunciamiento jurisprudencial, con referencia T-425 de 1995, la Corte Constitucional Colombiana, al referirse a la armonización de derechos en pugna, proporcionalidad y ponderación, señaló:

El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad. En este proceso de armonización concreta de los derechos, el principio de proporcionalidad, que se deduce del deber de respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.P., art. 95-1), juega un papel crucial. Los límites trazados al ejercicio de los derechos, en el caso concreto, deben ser proporcionales, esto es, no deben ir más allá de lo indispensable para permitir la máxima efectividad de los derechos en pugna. La proporcionalidad se refiere entonces a la

comparación de dos variables relativas, cuyos alcances se precisan en la situación concreta, y no a la ponderación entre una variable constante o absoluta, y otras que no lo son. La delimitación proporcional de los bienes jurídicos en conflicto, mediante su armonización en la situación concreta, se hace necesaria cuando se toma en serio la finalidad social del Estado de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (C.P., art. 2), y se pretende impedir que, por la vía de la restricción injustificada de los derechos, termine por socavarse el contenido de uno o varios de ellos. (Corte Constitucional, T-425, expediente T-72178, 1995)

Con lo anterior se concuerdan autores al poder evidenciar que “parecería que ninguno de los dos derechos en conflicto debería ceder para dar paso a lo que se le opone, sino que requerirían su existencia en armonía para la realización plena del sujeto que ostenta ambos derechos”(Forero, 2006, p. 237).

En otro pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, se refiere a la importancia de determinar la intensidad en la aplicación del juicio de proporcionalidad, refiriéndose para el efecto acerca de la intensidad de la proporcionalidad en sentido estricto, intermedio, y débil, a la vez que indica que “La intensidad incide, o bien en lo que exige la aplicación de cada uno de los pasos que componen el juicio o bien en la relevancia de algunos de sus pasos” (Corte Constitucional, C-114, expediente D-11581, 2017). Al respecto se ahondará en el apartado cuarto del presente artículo de investigación.

De esta forma, el juicio de proporcionalidad constitucional viene siendo aplicado por la Corte Constitucional, para dar solución a las constantes pugnas sobre garantías constitucionales, que tiene lugar en la realidad social a la que se enfrentan los juzgadores, haciendo uso de métodos interpretativos, como el test de proporcionalidad, que ayuden a fundamentar la razón de la decisión, en concordancia con la armonización de derechos y el máximo estado de satisfacción en la resolución de dicotomías constitucionales, correspondiéndole al juzgador proporcionar la medida a tomar, con la ponderación de determinadas garantías.

1. DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN MENORES.

2.1 Noción general

El libre desarrollo de la personalidad no solo constituye un ideal jurídico social, abstracto e irrelevante, sino por el contrario es una fórmula de naturaleza constitucional que se encarga de irradiar el ordenamiento jurídico y específicamente todas las áreas del derecho. De igual forma se debe tener en cuenta que la consagración de esta garantía en los ordenamientos de los Estados, han antecedido al interior del campo filosófico los conceptos de la humanidad, dignidad, personalidad, libertad y naturaleza humana, Santana (2014), citado por Moreno y Novoa (2016, P. 90).

Si bien es cierto que todo individuo está en la libertad de considerar la decisión de elegir sobre sus propios actos, se hace necesario comprender el alcance de este derecho fundamental, puesto que algunos de estos actos o decisiones podrían involucran el bienestar de terceros.

Para ello, es importante delimitar lo que podría considerarse como libre desarrollo de la personalidad y que podría imposibilitar el ejercicio de la misma, “el libre desarrollo de la personalidad constituye la máxima expresión de la dignidad humana la cual irradia el conjunto de derechos fundamentales reconocidos por la carta” (Ordoñez, 2003, p. 7).

Por otra parte, existe otra variable que subyace en el ejercicio del desarrollo de la personalidad y es cuando esta se ve afectada por la limitación de la autonomía, en los casos en donde fuese sobrepuesta una decisión, puesto que esta no proviene de forma intrínseca, para estos casos la Corte Constitucional ha declarado lo siguiente:

Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, ni más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarlo que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, en el sentido de su existencia.

Junto al ámbito absolutamente intangible del libre desarrollo de la personalidad, varias veces indicado por la Corte Constitucional, que puede expresarse en la completa autonomía del individuo para trazarse a sí mismo y practicar su propio plan de vida,

siempre que no interfiera con los derechos fundamentales de los demás, debe reconocerse que la persona humana como miembro de la comunidad tiene una condición social que constituye un factor a tener en cuenta por la Ley con miras a armonizar el despliegue simultáneo de las libertades individuales y la necesaria configuración de las conductas cuando ello sea necesario para alcanzar fines sociales merecedores de tutela constitucional. (Corte Constitucional, T-1477, expediente T-333438, 2000).

2.2 Conceptualización al libre desarrollo de la personalidad en menores.

La Constitución Política de Colombia se refiere al libre desarrollo de la personalidad, como un derecho fundamental que poseen los individuos en el libre ejercicio de la misma, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico (Const., 1991, art. 16).

Para tales efectos, es necesario comprender que, en el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad en menores de edad, existen una serie de factores que confluyen de forma dinámica para poner en evidencia sus alcances. En primer lugar, se tienen en cuenta las necesidades básicas del menor, siendo estas concordantes dentro de un ámbito cultural, con el fin de mantenerlas en un espectro de objetividad en la medida en que se logre una adecuada satisfacción.

En segundo lugar, dentro del microsistema social, la familia interviene como fuente de apoyo material y afectivo dando origen a los procesos de socialización, en donde la construcción de valores, creencias, normas, permiten permear conductas apropiadas garantes en el ejercicio de la convivencia en sociedad, Rocha (2015) afirma que “El ambiente en que la personalidad del menor se desenvuelva, es esencial, asimismo los márgenes de libertad en que dicha personalidad se manifieste también lo son, de tal manera que permitan de manera gradual, paulatina, su desarrollo” (p. 66)

Por último y el más controversial factor es el de la edad mental y cronológica del menor, este es un tema que ha generado discrepancias a la hora de determinar la madurez psicológica de un menor con relación a la toma de decisiones. Según este autor menciona que:

Es interesante dilucidar la edad a partir de la puede ser concedida tal autonomía y el alcance de esta, que dependerá de su preparación personal para asumirla. En relación con la edad es muy difícil establecer una edad o edades fijas por debajo de la mayoría de edad, valga la redundancia, a partir de los cuales pueda reconocerse capacidad para ciertos actos al menor. Debido a que el desarrollo psíquico de un niño y un adolescente puede ser muy distinto con la edad. (Rocha, 2015, p. 69).

Qué ha puesto en evidencia la jurisprudencia con relación al derecho fundamental del libre desarrollo de la personalidad de los menores, partiendo de lo que se considera menor de edad como individuo y su facultad de considerarse “sujetos de derechos”, con relación a los alcances y sus límites. El Código Civil en su artículo 34 menciona que:

Llamase infante o niño, todo el que no cumplido siete años; impúber, el *(varón)* que no ha cumplido catorce años *(y la mujer que no ha cumplido doce) *; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido *(veintiún)** años, y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlo.

Las expresiones mayor de edad o mayor, empleadas en las leyes comprenden a los menores que han obtenido habilitación de edad, en todas las cosas y casos en que las leyes no hayan exceptuado expresamente a estos. (Ley 57, 1887, art. 34).

El anterior artículo fue tácitamente derogado por la Ley 27 de 1997 donde elimina la habilitación de edad que existía para las personas que se encontraban en el rango de los 18 a los 21 años de edad, estableciendo una edad para delimitar la mayoría de edad siendo esta a los 18 años. Por otra parte, la Ley 1306 de 2009 en el párrafo único del artículo 53, también deroga de forma tácita el artículo 34 del Código Civil, por tanto, que los menores de edad y los adolescentes poseen una caracterización más generalizada con relación a su edad. Por ello, la Ley 1098 de 2006 del Código de Infancia y Adolescencia, en su artículo 3º afirma lo siguiente:

Para todos los efectos de esta Ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad. (Ley 1098, 2006, art. 3).

Teniendo en cuenta lo que se ha establecido como reconocimiento legal a los menores de edad y su facultad de ser considerados como sujetos de derecho, es necesario ahondar hasta donde la jurisprudencia estima la capacidad de la toma de decisiones en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, puesto que, si bien el Estado es garante de la protección de los derechos fundamentales de los menores, también lo es en el ejercicio de la aplicación de los límites. Por tal razón, y obedeciendo a los principios de legitimidad, se ha indicado que la dignidad humana es la principal razón de ser del Estado, según Moreno y Novoa (2016, p. 91) mencionan que:

La persona humana, por el solo hecho de serlo, es sujeto de derecho, es persona en sentido jurídico. Ser sujeto de derecho es rasgo inherente a la personalidad humana, porque todo hombre tiene unos derechos connaturales que le son propios; y más radicalmente, porque la subjetividad jurídica no es más que la expresión, en el ámbito del derecho, de que la persona es dueña de sí (Hervada, citado en Villalobos, 2012) citado por (Moreno y Novoa, 2016).

La Corte Constitucional Colombiana ha mencionado con relación al libre desarrollo de la personalidad lo siguiente:

La posibilidad de ejercer o disponer de sus derechos y asumir obligaciones, está restringida por la Constitución y la Ley. Teniendo en cuenta que no todas las personas tienen capacidad reflexiva y volitiva, fundamento de la presunción legal de capacidad de ejercicio, la Ley estableció la institución de la incapacidad jurídica de los menores de edad, a través de la cual se pretenden amparar y salvaguardar sus derechos.

La capacidad, es pues una medida de protección del menor o de los adultos declarados incapaces. En general, las medidas de protección justifican la intervención del Estado o de los padres a favor de los menores o los adultos incapaces, así sea en contra de la voluntad de los mismos, considerando que estos aún no se encuentran en capacidad de determinar de manera autónoma su propio plan de vida y, por consiguiente, requieren que otros asuman la responsabilidad de decidir por ellos y proteger sus intereses (Corte Constitucional, C-131, expediente D-9786, 2014).

En otras palabras, la fundamentación del derecho al libre desarrollo de la personalidad está supeditado a la capacidad cognoscitiva que poseen los individuos en el ejercicio de la toma de decisiones, puesto que parte de una base principal y es la misma voluntad apreciativa, dicho de otra forma, si el individuo posee una madurez cognitiva con respecto a procesos de reflexión, más se extiende el espectro de la misma disposición del derecho.

Hasta ahora, se ha abordado los posibles alcances que sostiene la aplicación jurisprudencial del libre ejercicio del desarrollo de la personalidad, por consiguiente, se procede a determinar los límites como un entramado de complejidad, puesto que dentro de estos mecanismos constitucionales aún existen algunas brechas que permiten dilucidar la aplicación de los mecanismos defensorios. Existen autores que resaltan que:

Según el decantado acervo jurisprudencial de la Corte Constitucional, los límites que tienen los menores para desarrollar de forma libre su personalidad son el orden jurídico y los derechos de los demás. Sin embargo, al interior del tribunal han existido posturas que a pesar de estar de acuerdo con la protección constitucional que tienen los menores de ser titulares de la garantía iusfundamental consagrada en el art. 16, también colocan de presente la problemática que sugiere el que dicho derecho tengan limitaciones demasiado abstractas que posibiliten desbordar su acción, (Moreno y Novoa, 2016, p. 167).

Dentro de los límites de libre desarrollo de la personalidad en menores de edad, encontramos una distinción referida a la capacidad actitudinal que poseen los individuos con relación al conocimiento de sus facultades constitucionales. Todo acto o decisión debe ser proporcional a los fundamentos estatales de la norma. La Corte Constitucional se ha pronunciado de la siguiente forma al reconocer uno de los límites del libre desarrollo de la personalidad de menores.

Los parámetros constitucionales proscriben las medidas paternalistas de carácter prohibitivo, que buscan imponer a las personas un modelo de vida específico a partir de consideraciones acerca de lo “bueno” y lo “malo”, inclusive en casos en que la conducta supone un riesgo para la salud; pero permiten aquellas medidas de autocuidado que, sin prohibirlas, sí buscan desincentivarlas. De otra parte, también permiten las medidas que aun cuando limitan la autonomía tienen el objetivo de proteger los propios intereses de las personas, como las medidas de justicia distributiva, al igual que aquellas que afectan los

derechos de terceros y los valores superiores de la Constitución, como las vacunas o el uso del cinturón de seguridad, (Corte Constitucional, C-246, expediente D-11620, 2017).

Manteniendo lo que ha manifestado la Corte Constitucional en la sentencia mencionada, el artículo 16 de la Constitución política destaca el goce del libre desarrollo de la personalidad, y en contraste, impone sus límites cuando diera lugar a la inminente vulneración de la integridad propia y de terceros, por tanto, se considera que no es un derecho absoluto auto determinante, (Del Moral Ferrer, 2012, p. 79)

Por otra parte, la Corte Constitucional refiere al ámbito de la salubridad como otra limitante al libre desarrollo de la personalidad en menores, puesto que esta facultad no es definitiva, en otras palabras:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños, niñas y adolescentes en el ámbito de las intervenciones, en donde se puede evidenciar un riesgo inminente de su integridad o su vida misma, se tienen en cuenta unos parámetros específicos en el ejercicio jurisprudencial como lo son; la urgencia e importancia del tratamiento para sus intereses, los riesgos y la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño, su edad. Así pues, la decisión de acceder o no a una intervención en el ámbito de la salud debe en principio tomar en cuenta la capacidad del menor de edad, siempre debe escucharlo, pero la decisión final acerca del acceso o no a la intervención sanitaria depende de si se demuestra la competencia para tomar la decisión frente a lo cual, en caso de no tener la madurez para ello, prima la decisión de los padres en el ejercicio de su responsabilidad parental. (Corte Constitucional, C-246, expediente D-11620, 2017).

En lo anterior, si el libre desarrollo de la personalidad se materializa como una facultad dilatada, en donde a todo individuo se le permite obrar bajo su criterio intrínseco, esta perdería su dinámica objetiva, puesto que la característica principal de este derecho, está vinculado a un componente inclusivo en lo que se refiere a la legislación jurídica, estos autores destacan:

En el libre desarrollo de la personalidad cabe destacar que: en primer lugar, se habla del reconocimiento autónomo de la persona con capacidad para elegir una opción de vida que sea acorde a su existencia, en segundo lugar, es que la libertad no es absoluta, por tanto, el

legislador puede imponer límites en pro de garantizar la convivencia pacífica, (D, 2012, p. 80. Moreno y Novoa, 2016, p.168)

2.3. Derecho al libre desarrollo de la personalidad como rol fundamental en la construcción y la protección de la identidad de género

La identidad de género interactúa en una estrecha relación con la orientación sexual, dado que son dos conceptos que en la cotidianeidad confluyen de una forma dinámica, como factores incluyentes dentro de la sociedad, esto sin lugar a duda, pone de manifiesto que, en términos jurisprudenciales, el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de las mismas, el Estado garantizará en primera instancia, el reconocimiento de los individuos como personas jurídicas, y en segunda instancia, garantizará el libre goce de las facultades dignas humanitarias, que permitan el poder desarrollar su vivencia de género a través de sus vivencias intrínsecas. Para entender de qué forma interactúan esos conceptos sociales, la Corte Constitucional ha manifestado que:

La identidad de género y la orientación sexual de las personas son conceptos que se transforman continuamente a partir de la experiencia individual y de la forma en que cada ciudadano se apropia de su sexualidad. Por lo tanto, estas definiciones no se pueden tomar como criterios excluyentes sino como ideas que interactúan constantemente y que son revaluadas a partir de la experiencia de cada persona frente a su sexualidad y su desarrollo identitario. La orientación sexual abarca los deseos, sentimientos, y atracciones sexuales y emocionales que puedan darse frente a personas del mismo género, de diferente género o de diferentes géneros. La Identidad de Género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida), (Corte Constitucional, T-099, expediente T-4521096, 2015).

Por otra parte, si bien estos conceptos mantienen un dinamismo colectivo en los procesos de inclusión, también es necesario comprender hasta donde la objetividad de los mismos permea el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta los alcances y límites ya mencionados con anterioridad en este artículo, en este sentido Arrubia (2018) menciona que:

Las personas deben poder desarrollar su vivencia de género a través de su comportamiento, su vestimenta, sus modales y al mismo tiempo no tropezar con los límites por parte del Estado ni de los particulares en cuanto a la autorrealización de su propia personalidad sin resultar perjudicial para los demás, (Arrubia, 2018, p.152).

Por lo que concierne a este artículo de investigación, es fundamental contextualizar los parámetros que denotan la comprensión de la identidad de género, para los casos en que se pretenda soslayar los métodos del reconocimiento de esta facultad, puesto que en la mayoría de los casos las interpretaciones subjetivas generan rezagos en el ejercicio jurisprudencial, por ello, ahondamos en el componente correlacional de lo biológico, social y cultural, en otras palabras, el autor se refiere a que:

es necesario insistir en que las características biológicas de los individuos no determinan su comportamiento. Si el sexo (la biología) fuera lo que determina el género, en todas las sociedades serían iguales las características consideradas como propias de cada género. La antropología ha evidenciado que existe una gran variación entre épocas y espacios geográficos respecto a lo que se considera femenino o masculino, lo que demuestra que no existe un vínculo inmediato e inequívoco entre biología y comportamiento. Esta variación del género entre culturas también muestra que no existe ninguna restricción derivada de la anatomía o la fisiología humanas para que un varón pueda ser femenino y, viceversa, para que una mujer sea masculina, (Ortiz, 2004, párr. 9).

En lo anterior se infiere, que en el ejercicio de las garantías constitucionales, no cabe dar lugar a objeciones deliberadas y discriminatorias referente a las garantías al reconocimiento de la identidad de género de los individuos, por tal razón la injerencia legislativa en los casos en donde se determine si se obra a favor o en contra de quien lo amerite, no debe estar supeditado a procesos meramente reduccionistas, debe existir un factor de flexibilidad jurídica bilateral con los dictámenes multidisciplinarios, en la búsqueda de los principios de legalidad en el mantenimiento de la dignidad humana. Esta última entendida por (Restrepo, 2011) citado por Calvo (2014) “es la base del Estado Social de Derecho, valor por el cual, el estado debe velar y garantizar el disfrute y pleno desarrollo de esta sobre los derechos fundamentales de cada ciudadano” (p.11). Es por esto que la Corte Constitucional en uso de sus facultades ha manifestado que:

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como una extensión de la autonomía personal protege la posibilidad para los individuos de escoger libre y espontáneamente, según sus convicciones y criterios, el modelo de vida que deseen llevar a cabo, sin interferencias indebidas. (Corte Constitucional, C-246, expediente D-11620, 2017). Lo anterior, significa la posibilidad de construir la identidad personal mediante la autodefinición, lo cual cobija desde la apariencia física y el modo de vida hasta la identidad sexual o de género. Esto es, un amplio espectro de decisiones que abarcan desde la ropa que se lleva, el peinado, los aretes, adornos o tatuajes o su ausencia hasta la identidad de género. En concordancia, la naturaleza de estas determinaciones también está amparada por el derecho a la intimidad y de la garantía de ambas protecciones se fundamenta la prohibición de interferencia del Estado o terceros en el ejercicio de este derecho que encuentra sus límites en los derechos de los demás y el orden jurídico, (Corte Constitucional, C-246, expediente D-11620, 2017).

2.3 Límites del derecho al libre desarrollo de la personalidad en menores con relación a la identidad de género

Como ya se ha abordado con anterioridad, el derecho al libre desarrollo de la personalidad mantiene un revestimiento legal que opera dentro de las facultades de individualidad de las personas, confluyente con los límites que atañen los derechos de los terceros, siguiendo esta premisa, existe una faceta supeditada a los componentes principales de la dignidad humana relacionada con el derecho a la identidad de género.

En este apartado se asume una delimitación en aquellos casos en que los menores de edad requieran el libre goce del derecho a la identidad de género, si bien es cierto que el Estado es garante en el reconocimiento de esta facultad, lo es también en el ejercicio de considerar sus límites, es por ello que la corte suprema ha manifestado que:

A pesar de ser sujetos plenos de derecho, encuentran ciertas restricciones en el ámbito del ejercicio de sus derechos por no contar con la madurez suficiente para disponer libremente de los mismos. En efecto, el ejercicio pleno del libre desarrollo de la personalidad, exige la posibilidad para tomar decisiones y asumirlas, capacidad que en general se va asumiendo

con el paso de los años. Por estas razones, las autoridades en ocasiones implementan medidas para preservar el interés superior de los menores, (Corte Constitucional , C-131, expediente D-9786, 2014).

Es por esto que la Corte Constitucional en el mantenimiento de los principios de legalidad y jurisprudencia, en lo que atañe a la toma de decisiones de los menores de edad en el ejercicio de su identidad de género, ha contemplado una serie de consideraciones para los casos en donde se pueda determinar la autonomía de su identidad, para tales efectos, se acentúa a las más eminentes, con el fin de entender los límites de este derecho, entre los cuales preponderamos de la siguiente forma:

- En el caso de los menores de edad y adolescentes, el Estado reconoce que no poseen una autodeterminación plena y absoluta, puesto que existen excepciones, por ende, no son regla general.i
- La aplicación de un consentimiento libre e informado como herramienta direccionada a las excepciones jurisprudenciales (implicaciones médicas, salubres y vitales), en donde los menores por su condición cognoscitiva, no poseen una absoluta autodeterminación sobre sus decisiones, se hace necesario como carácter procesal, el conocimiento previo de la decisión de las figuras de potestad por parte de menores de edad y que estas estén consentidas por los mismos en un ejercicio bilateral, puesto que la Corte Constitucional mantiene una clara justificación desde el punto de vista hermenéutico de carácter proporcional.
- Para que el consentimiento libre e informado de los menores en casos de excepcionalidad puedan ser incluyentes para la sociedad y el Estado, debe cumplir con algunas condiciones como las capacidades evolutivas de estos y el entendimiento pleno de los procedimientos o situaciones a que se enfrentan; es decir, tal figura es condicional, no absoluta ni plena, (Corte Constitucional, T-675, expediente T-6269913, 2017).

En lo anterior, la Corte Constitucional ha destacado que “cuanto más sean claras las facultades de autodeterminación del menor, mayor será la protección constitucional a sus derechos al libre desarrollo de la personalidad” (Corte Constitucional, T-675, expediente T-6269913, 2017).

3. DERECHO DE CORRECCIÓN MODERADA DE LOS PADRES RESPECTO DE SUS HIJOS MENORES.

3.1 Patria potestad como institución parental.

La patria potestad como figura que antecede a estos tiempos, regula y protege las relaciones paterno-filiales en relación con los derechos y obligaciones recíprocas que nacen entre padres e hijos por el simple hecho de serlo (Daza, 2015). Es así como, en Colombia se cuenta con amparo legal y constitucional que contempla la figura, siendo a su vez, según indica la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-262 de 2016 “un instrumento estatal que en pro del menor de edad garantiza su desarrollo armónico e integral” (Corte Constitucional, C -262, expediente D-11030, 2016)

Por una parte, el amparo legal lo encontramos en el artículo 288 del Código Civil Colombiano, subrogado por la Ley 75 de 1968, artículo 19, así:

La patria potestad es el conjunto de derechos que la Ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone.

Corresponde a los padres, conjuntamente, el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro. Los hijos de emancipados son hijos de familia, y el padre o madre con relación a ellos, padre o madre de familia. (Ley 57, 1887, art. 288).

En su lugar, para Gómez Piedrahita (1999), “la patria potestad es el conjunto de derechos y deberes naturales que tienen los padres legales sobre sus hijos no emancipados y cuya finalidad es el desarrollo y protección legal de los derechos de la familia, de los niños y del menor consagrado en la Constitución Política” (P.20).

En este sentido, la patria potestad conlleva una carga de derecho y deber en titularidad de los padres sobre sus hijos menores, no emancipados, es así como, según lo manifiesta Serrano Castro (s.f.) “Mientras los hijos son menores de edad los padres tienen una serie de deberes hacia

ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento” (p.11).

De este modo, serán los padres en reconocimiento que hace el ordenamiento del vínculo consanguíneo que los une con el hijo, los titulares de la patria potestad, de carácter irrenunciable, imprescriptible, intransferible, y temporal. (Corte Constitucional, T-189, expediente T-677821, 2003)

En concordancia, la Corte Constitucional Colombiana al referirse a la protección especial del menor en Sentencia C-262 de 2016, hace mención expresa al indicar que la patria potestad como institución encuentra fundamento constitucional en el inciso 8° del artículo 42 de la Constitución Nacional, el cual le impone a los padres el deber de sostener y educar a los hijos mientras sean menores de edad o incluso durante su formación profesional, a la vez que hace relación al artículo 44 constitucional como asidero que consagra la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral, imponiéndole tal responsabilidad y obligación.

Por lo anterior, en ejercicio de la patria potestad los padres tienen derechos y deberes sobre la persona del hijo, de carácter patrimonial y personal, es así como Lemos (2006) dice, “No obstante que en el derecho moderno el concepto de patria potestad abarca en un ejercicio tanto a la persona como a los bienes de los hijos, el Código Civil nuestro reglamenta en títulos diferentes los efectos personales y patrimoniales” (p.66). Lo anterior es referido por el autor al resaltar que a pesar de existir derechos y obligaciones de los padres para con sus hijos, en la legislación civil colombiana, los derechos patrimoniales y personales derivados de la patria potestad son reglamentados en diferentes artículos del plenario.

Es así como, los derechos patrimoniales derivados de la patria potestad según Parra Benítez (2017) se clasifican con fundamento en el título XIV del libro 1 del Código Civil en:

- a.) Usufructo legal sobre ciertos bienes de los hijos.
- b.) Administración de ciertos bienes de los hijos.
- c.) Representación judicial del hijo.
- d.) Representación extrajudicial del hijo.

Por otra parte con respecto a los derechos y obligaciones personales sobre la persona del hijo, el Código de Infancia y la Adolescencia indica sobre la responsabilidad de los padres en su artículo 14 lo siguiente:

. La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y de la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de derechos. En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental pueden conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos (Ley 1098, 2006, art. 14).

De los derechos y obligaciones sobre la persona del hijo, atribuidos a los padres en virtud de la institución de patria potestad, se encuentra la responsabilidad de los padres en educar a sus hijos, situación de amplia controversia y de constante cambio e interpretación en nuestra jurisprudencia nacional. Al respecto Daza (2015) indica acerca de la facultad correctiva de los padres que “Los padres de común acuerdo, dirigirán la educación de sus hijos menores y su formación moral e intelectual, del modo que crean más conveniente para éstos; así mismo, colaborarán conjuntamente en su crianza, sustentación y establecimiento” (p.314).

Al respecto se puede señalar que, del derecho de educación y crianza de los hijos, atribuidos a dirección del núcleo familiar, se encuentra limitado a factores de moderación, de ahí el término de la corrección moderada de los hijos, que se ocupará el siguiente título.

3.2 De la corrección moderada como derecho y deber.

Como se expuso con antelación, uno de los derechos otorgados a los padres en relación con sus hijos, derivados de la patria potestad como institución parental, es la educación y corrección del hijo menor. Según Leiva (2011) “El derecho de corrección moderada se encuentra debidamente limitado a la no trasgresión de los derechos inherentes del hijo menor no emancipado” (p.7). Este presupuesto de no trasgresión de los derechos del menor no emancipado pasó por una transición histórica para llegar a ser entendido en los términos de límites e interés superior del menor

La corrección moderada como derecho paternal es un claro reconocimiento a la autoridad parental, esta se refiere según Contreras (2014) “a la obligación que tiene los padres de ejercer autoridad en su familia, promoviendo el crecimiento moral, el desarrollo de las capacidades y la autonomía de sus hijos, manteniendo la unidad familiar y unos criterios mínimos para la estabilidad dinámica” (p.19).

Al respecto de la facultad correctiva de los padres, la Corte Constitucional Colombiana se refirió al indicar que:

La dignidad humana exige pues que al hombre, en el proceso vital, se le respeten también su salud y su integridad física y moral, como bienes necesarios para el acto de vivir sea digno. De ahí que el derecho a la integridad física y moral consiste en el reconocimiento, respeto y promoción que se le debe a todo individuo de la especie humana de su plenitud y totalidad corpórea y espiritual, con el fin de que su existencia sea conforme a la dignidad personal. En el caso materia de estudio, es conveniente considerar la armonía que debe haber entre el derecho-deber de corrección que tienen los padres con respecto a sus hijos y el derecho a la integridad física y moral de que son titulares todos los seres humanos. Los padres pueden evidentemente, aplicar sanciones a sus hijos como medida correctiva, pero dicha facultad paterna no puede lesionar la integridad física y moral del menor bajo su potestad. (Corte Constitucional, T 123, expediente T-23708, 1994).

Es así como la facultad correctiva de los padres y su función educativa propia de las potestades derivadas de la institución de la patria potestad, debe presidir a la corrección, el respeto a la dignidad del menor, a su integridad física, y moral. Es así como lo explica Daza (2015) “para que la sanción cumpla los objetivos que se propone, es necesario que se aplique sobre motivos ciertos y probados, es decir que sea justa. (p. 316).

De esta forma el derecho de corrección modera sobre sus hijos menores, del cual son titulares los padres por el solo hecho de serlo, y de gran importancia para la estabilidad familiar, parte de la limitación de no transgredir los derechos propios del menor, y estar dirigido su actuar en el bienestar del mismo. Es así como el autor Leiva (2011) indica “el deber de educación comprende el respeto a la autonomía del menor. No obstante el padre debe ejercer debidamente la autoridad, u estar dentro de los límites razonables para corregir” (p. 8)

Por lo anterior se logra vislumbrar que la facultad de la corrección moderada de los padres respecto de sus hijos, es a su vez derecho y deber, que debe tender en su totalidad al bienestar del menor, sin olvidar el reconocimiento a la autoridad paterna como consecuencia de la patria potestad, y el ejercicio de la misma mediante la corrección, siempre y cuando sea razonable y acorde con la finalidad del castigo sin nunca transgredir los derechos del menor.

1. APLICACIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD ENTRE EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD EN RELACIÓN CON LA IDENTIDAD DE GÉNERO DE MENORES, Y EL DERECHO A LA CORRECCIÓN MODERADA DE LOS PADRES.

A este punto, dando aplicación a lo por este trabajo de investigación expuesto en apartados anteriores, y a puertas de dar respuesta al problema de investigación planteado, se procederá a estudiar la aplicación del test de proporcionalidad o juicio de proporcionalidad constitucional como método de interpretación jurisprudencial incorporado por la Corte Constitucional Colombiana en sus decisiones, en relación con la eventualidad de contraponer en ámbitos disyuntivos el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad de menores en relación con su identidad de género, y el derecho de corrección moderada de los hijos como derecho deber derivado de la amparada legal y constitucionalmente, institución de la patria potestad.

Para el efecto, y siendo consecuentemente necesario, se reflejará a través de la mención y relación de diferentes pronunciamientos jurisprudenciales proferidos por la Honorable Corte Constitucional la aplicación del test de proporcionalidad y su relación con los derechos en dicotomía, aquí deprecados. Esto con la finalidad de estudiar el desarrollo jurisprudencial y el alcance de la aplicación de la proporcionalidad como método interpretativo.

Igualmente, es del caso precisar para efectos de la aplicación del test de proporcionalidad, que como método de interpretación ha sido estructurado por la Corte Constitucional en su aplicación, según la intensidad del mismo, siendo relacionadas las categorías de intensidad del juicio según la Sentencia C-114 del 2017, así:

Se precisa su estructura. 1. El juicio de proporcionalidad de intensidad estricta exige verificar, previamente, si la medida restrictiva (i) persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa, urgente o inaplazable. Una vez ello se establece, debe determinarse si tal medio resulta (ii) efectivamente conducente, (iii) necesario y (iv) proporcionado en sentido estricto. Se trata de una revisión rigurosa de la justificación de la medida juzgada y se aplica, entre otros casos, en aquellos en los que la medida supone el empleo de categorías sospechosas, afecta a grupos especialmente protegidos, o impacta el goce de un derecho constitucional fundamental. 2. El juicio de proporcionalidad de intensidad intermedia exige establecer, en un primer momento, si la medida (i) se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante. Una vez ello se comprueba, debe establecerse si resulta (ii) efectivamente conducente para alcanzar dicho propósito. El examen intermedio ha sido aplicado por la Corte en aquellos casos en los que la medida acusada se apoya en el uso de categorías semisuspechosas, afecta el goce de un derecho constitucional no fundamental o constituye un mecanismo de discriminación inversa. 3. El juicio de proporcionalidad de intensidad débil impone determinar, inicialmente, si la medida (i) persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada. La Corte ha considerado pertinente aplicar este juicio cuando se juzgan, entre otras, medidas adoptadas en desarrollo de competencias constitucionales específicas o de naturaleza tributaria o económica. Es necesario advertir que el juicio de proporcionalidad, en todos estos casos, se encuentra precedido de un examen que tiene por propósito definir si la medida cuyo juzgamiento se pretende está directamente proscrita por la Carta. (Corte Constitucional, C-114, expediente D-11581, 2017)

En efecto, al realizar la aplicación de la proporcionalidad como método de interpretación jurisprudencial constitucional, esta corporación procede a señalar la intensidad con la que aplica el juicio de proporcionalidad, y justificar las razones de las correspondientes decisiones, en obediencia a factores fijados en el desarrollo de la jurisprudencia constitucional nacional.

Ahora bien, en la aplicación del juicio o test de proporcionalidad por parte del juzgador constitucional ante la inminente colisión de derechos y principios de origen constitucional, para el caso en concreto el derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores en relación con su identidad de género, en contraposición con el derecho-deber de corrección moderada de los menores no emancipados; procede el operador judicial a delimitar el campo de aplicación de la medida a tomar, no sin antes recopilar el fundamento del que penden los derechos en pugna, y los límites que los trazan, aplicando como se relacionará a continuación; criterios de proporcionalidad, necesidad, efectividad y conducencia de la medida.

Siguiendo la línea de este apartado, se procede a contextualizar la aplicación del test de proporcionalidad citando algunas de las sentencias de la Corte Constitucional, en donde se puede evidenciar el procedimiento factico emitido por la sala, en los casos en donde el ejercicio de la ponderación pretende el establecimiento armónico en la colisión de dos derechos fundamentales.

En Sentencia T-477 de 1995, la Corte Constitucional se pronunció ante un caso de un menor de edad que fue emasculado con ocasión de un accidente, motivo que generó el sometimiento a una readecuación de sexo a fin de convertirlo en mujer, todo lo anterior tan solo con el consentimiento de los padres. El menor como accionante manifiesta que, debido a su incapacidad cognoscitiva, puesto que este procedimiento se realizó a muy temprana edad, no consintió este procedimiento quirúrgico, siéndole impuesta una identidad sexual de forma deliberada contraria a la masculina. A lo que el alto tribunal constitucional consideró sobre la posibilidad de un menor adulto de decidir aspectos relativos a su identidad sexual, que aunque en ciertos casos es legítimo que los padres y autoridades adopten decisiones médicas en beneficio de los menores de edad, aun en contra de su voluntad, en esta ocasión, no se puede desconocer por completo la autonomía del menor puesto que esta debe ser considerada como una libertad y autonomía de desarrollo. (Corte Constitucional a, T-477, 1995) citada por Leiva (2011, p. 11)

De esta forma, el recientemente referido pronunciamiento constitucional, fijó el reconocimiento a la autonomía de la voluntad de un menor adulto, en relación con decisiones determinantes en su plan de vida, a saber la reasignación de sexo a la cual fue sometido tan solo con la aquiescencia de sus padres como titulares de la patria potestad, que no pertenecía a su identidad sexual, cuestión que plantea una clara protección a la autonomía individual del menor

y un claro límite a la autoridad ejercida por los padres respecto de sus hijos menores. Situación que se refleja a lo expresamente indicado por la Corte Constitucional así:

Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la posibilidad física de ejercitar su libre albedrío. (Corte Constitucional b, T- 477, 1995) citada por Leiva (2011, p. 16)

En otro pronunciamiento jurisprudencial, Sentencia T-675 del 2017, presentándose la situación de modificación del registro civil de nacimiento por cambio del componente sexo de menor transgénero, accionando mediante tutela al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Superintendencia nacional de Notario y Registro, al considerarse vulnerados los derechos fundamentales a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de conciencia sin discriminación, entre otros, a pesar de argumentarse por la parte accionada no poder modificar los componentes “sexo” ni “nombre” del registro civil de nacimiento de un menor de edad, la sala considera que el menor accionante no solo había adoptado un nombre femenino, sino que asumía ese rol en su ámbito familiar, social y escolar, por tal razón concluye que la modificación del componente “sexo” en el Registro Civil de Nacimiento y demás documentos de la menor, son cambios necesarios para la reafirmación y la consolidación de su identidad de género y a su vez, el libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta las capacidades racionales de la menor para adoptar esta decisión de manera libre, informada y cualificada.

En el anterior caso, la sala realiza la aplicación del test de proporcionalidad a la hora de interpretar la problemática jurídica, y para el efecto hace alusión a las capacidades volitivas o racionales del menor como titular del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la proporcionalidad de la medida, y la intensidad del juicio, aplicándola en modo estricto al indicar que:

La intensidad estricta del juicio también se justifica en cuanto la restricción a examinar afecta sensiblemente el goce del derecho a cambiar el componente de género en los documentos de identidad, como concreción del derecho a la personalidad jurídica y a no ser discriminado en razón de la discordancia entre la apariencia física y el rol social, con los documentos de identidad.

(...)

pues si se aplican las reglas del respeto de la autonomía y la identidad de los menores de edad, en ciertos casos deberá darse prevalencia a las capacidades evolutivas de los niños y adolescentes, para que ellos puedan decidir y expresar su consentimiento respecto del cambio de su identidad de género, con la plena garantía de que la sociedad y el Estado respeten tal decisión. (Corte Constitucional, T-675, expediente T-6269913, 2017).

En concordancia, en sentencia C-114 del año 2017 de la Corte Constitucional en donde se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Ley 94 de 1970, por considerar que un aparte del mismo desconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la identidad y a la personalidad jurídica los cuales, según el artículo 85 de la Constitución, son de aplicación inmediata. En este caso, tal exigencia en consideración de la Corte constituye una limitación a la libertad de elección del nombre al prohibirle el trámite notarial, en el que basta la simple voluntad del solicitante, en el entendido de que tal restricción no será aplicable en aquellos eventos en que exista una justificación constitucional, clara y suficiente.

Así pues, se evidencia de los pronunciamientos referidos, unos acordes con la protección constitucional al libre desarrollo de la personalidad de menores en relación con su identidad de género y otros relacionados con la aplicación del juicio de proporcionalidad colombiano, en comparación con aquellos postulados referidos en el apartado tercero del presente artículo y que hacen alusión al derecho- deber de corrección moderada de los padres respecto de sus hijos menores, se identifica claramente que la Corte Constitucional en pro de la protección máxima a la garantía de los derechos constitucionales en pugna, y su armonización, aplica en sentido estricto el juicio proporcional, estableciendo la proporción de la medida, su necesidad de protección y la finalidad perseguida. En este sentido Leiva (2011) indica al referirse al derecho al libre desarrollo de la personalidad de menores y el derecho de corrección moderada de los padres que:

Desde el punto de vista jurisprudencial, no existe primacía de un derecho sobre el otro. Lo que si se presenta es una limitación en el ejercicio de éstos. Esta afirmación resulta del hecho que aunque los hijos no emancipados son niños y niñas, por su inmadurez, no son conscientes de los actos y decisiones que afrontan, razón por la cual es necesario que sean los padres quienes los instruyan y si es necesario (por medio de la corrección moderada),

limiten su derecho al libre desarrollo de la personalidad, si en determinadas situaciones con el ejercicio discriminado de éste se pueden llegar a ver afectados tanto así mismos (los hijos) como los demás.

(...)En relación con el derecho de corrección moderada sobre los hijos no emancipados, tiene como límites aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas que no atenten contra la integridad física, moral, intelectual o mental del niño o niña y busquen el bienestar del menor.

En relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los hijos no emancipados, su ejercicio se encuentra limitado cuando su uso atente contra la propia integridad del menor, violente los derechos de los demás o su puesta en práctica atente el orden jurídico existente. (Leiva, 2011, p.17)

De los anteriores postulados indicados, y sin olvidar el alcance proteccionista demostrado por la Corte Constitucional con respecto al libre desarrollo de la personalidad de menores, en la toma de decisiones que afecten su plan de vida, y en específico, por ser determinante, la relacionada con las decisiones acordes a la identidad de género del menor; dependerá del Juez Constitucional en aplicación del juicio de proporcionalidad para cada caso en concreto, sopesar los factores que confluyen en la problemática planteada, y dependiendo la capacidad volitiva del menor, en el sentido de indicarse que “el Tribunal Constitucional colombiano ha señalado que la protección deparada por el anotado derecho fundamental es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad” (Leiva, 2011, p.12.) y dependiendo los límites establecidos tanto para el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los menores, como para el derecho a la corrección moderada de los hijos como influencia de la autoridad parental de los padres, determinar en uno u otro caso la medida que resulte primordial en beneficio del interés superior del menor, y que permitan aplicar la inclinación de la medida de protección constitucional.

CONCLUSIONES

El juicio de proporcionalidad colombiano es un método de interpretación aplicado y allegado a la jurisprudencia colombiana por la Corte Constitucional, data de Alemania; y cómo método de interpretación, se encuentra delimitado y aplicado de acuerdo a la estructuración de la intensidad de su aplicación, ya sea leve, moderado o estricto. Esta estructura se establece por desarrollo jurisprudencial e incluye como factores determinantes de estudio, la necesidad de la medida, la proporcionalidad de la misma, y el fin buscado.

La aplicación del test o juicio de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional delimita, en caso de confrontación o colisión de derechos, de acuerdo a la aplicación de su juicio, y sin olvidar el fin último de armonización de derechos en su grado más alto de satisfacción, determinar en ponderación en que caso se aplican reglas, derechos, o principios de garantía constitucional.

De la aplicación del referido método de interpretación, en lo que en específico se refiere a la colisión o confrontación entre los derechos fundamentales, al libre desarrollo de la personalidad, y la corrección moderada de los padres sobre sus hijos menores, con la variable de la identidad de género como factor determinante en la toma de decisiones del menor en relación con la potestad correctiva derivada de la patria potestad, es notorio que; en la trayectoria metodológica de esta investigación, se ha entendido que los individuos son sujetos de derecho, por tanto, el Estado Colombiano no puede ni debe interferir en el desarrollo autónomo de los mismos, contrario a esto, debe propiciar las condiciones más óptimas en libre desarrollo de la personalidad, proyectadas en la búsqueda del bienestar en el mejoramiento de la calidad de vida aunado al reconocimiento de la dignidad humana.

Por otra parte, siguiendo este principio de constitucionalidad, en los casos en donde diera lugar al desarrollo de la personalidad relacionada a la identidad de género, es importante destacar que no se puede menospreciar la vivencia intrínseca de los individuos y menos, la anulación de la autonomía en cuanto a la construcción de su identidad proyectada al rol que puede desempeñar en la sociedad. Por otra parte, en contraste a lo manifestado, concierne a los padres de familia

procurar espacios de orientación, en el escenario conductual en el que los hijos que no poseen una autodeterminación sólida, establezcan un acompañamiento en la toma de decisiones tendientes a erigir un plan de vida, en donde se planteen las ventajas y desventajas de las mismas, es así que, el ejercicio de la autoridad hacia los hijos debe ser razonable y esquematizado dentro de los límites jurisprudenciales puesto que, en relación con el derecho de la corrección moderada resulta imperioso la no extralimitación que atente contra la integridad de su humanidad, con el fin de contribuir no solo a su educación sino también al mantenimiento de una convivencia óptima con su núcleo familiar, atendiendo a la premisa del dinamismo sistemático triádico entre individuo-estado-sociedad, en aras de reestructurar el arraigo cultural de que “la letra con sangre entra” generando espacios de progreso evolucionistas, por ello, la Corte Constitucional de Colombia no busca la injerencia en la educación que deben mantener los padres hacia sus hijos, básicamente esta facultad se otorga a los progenitores con el fin de revestirlos de legitimidad en el desarrollo de este derecho. Sino obtener el mayor grado de satisfacción en la protección de derechos y garantías constitucional

Así pues, en relación con la aplicación del test de proporcionalidad ante la dicotomía entre los derechos ya relacionados, la Corte Constitucional de acuerdo al estudio de la casuística aquí relacionada, hace un estudio de cada problemática de acuerdo a la estructura del juicio de proporcionalidad jurisprudencialmente establecido, sopesando factores tales como, la necesidad de la medida, el fin de la misma, y la proporcionalidad de la ponderación de cada uno de los derechos en pugna, para lo cual será determinante la capacidad volitiva y la madurez mental del menor que influya en la toma de decisiones en relación con su identidad de género como plan de vida, y el ejercicio de la autoridad parental en relación con la corrección y crianza del menor, basados en el interés superior del menor como garantía constitucional primordial. Por lo anterior dependerá de los factores que caractericen cada caso en concreto, la solución en virtud del juicio de proporcionalidad constitucional, y su grado de intensidad.

Referencias:

Arnold, R.,Martinez Estay,J.& Zuñiga Urbina,F. (2012).Estudios constitucionales. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*,10(1),65-116. Recuperado 04 de Enero de 2019, de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v10n1/art03.pdf>

Arrubia. E. (2018). el derecho al nombre en relación con la identidad de género dentro del sistema interamericano de Derechos Humanos. revista *direitogv*, V. 14 N. (1), 149-168. Recuperado de http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180824322018000100148&lng=es&tln_g=es

Calvo Rodriguez, J. I. (2014). *El derecho fundamental de la dignidad humana: Un estudio sobre la vulneración de este derecho por la sobrepoblación en los centros carcelarios en Colombia*. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.

Carbonell Suarez, M. (2008). Introducción. En Carbonell Suarez, M. (ed.), *El principio de la proporcionalidad y la interpretación constitucional* (pp. 9-12). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Contreras Garcia, C. G. (2014). *Incidencia de la responsabilidad parental en menores en conflicto con la ley colombiana: El derecho de familia como herramienta para la identificación y análisis de problemáticas relacionadas con adolescentes en conflicto con la Ley colombiana*. (Trabajo de grado). Universidad Católica de Colombia, Bogotá, Colombia.

Cuello, Q. & Sardoth, R.(2017). *Principio de proporcionalidad y test de ponderación como técnica para dar solución a derechos fundamentales en conflicto en derecho administrativo en el tiempo posmoderno*.(Trabajo de grado, Universidad Santo Tomás) Recuperado 03 de enero de 2019, de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/10756/2018Cuellomelba.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Daza Coronado,S.M.(2015).*Derecho de familia-Apuntes sobre la estructura básica de las relaciones jurídico familiares en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia.

Del Moral Ferrer, A. (2012). *El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana*. Cuestiones Jurídicas, VI (2), 63-96. Recuperado 10 enero de 2019, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=127526266005>

Forero, C. E. (2006). Dikaion. *La jurisprudencia constitucional colombiana en los conflictos vida-libertad*, 20(15), 233-245. Recuperado 20 de Enero de 2019, de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72001515>

Gómez Piedrahita, H. (1999). Código de familia colombiano, Bogotá, Colombia: Librería Wilches.

Leiva Ramirez, E. (2011). Revista de Derecho Privado, (46), pp.1-19. *La corrección moderada de los padres y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de sus hijos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Recuperado 10 de Enero de 2019, de <https://www.redalyc.org/pdf/3600/360033200006.pdf>

Moreno, V. Novoa, M. (2016). El libre desarrollo de la personalidad en el derecho constitucional Colombiano y comparado. Calidad de la educación y desigualdad socioeconómica. Bogotá, Colombia: Bonaventuriana

Montealegre Lynett, E. Bautista Pizarro, N. & Vergara Peña, L.F. (compiladores). (2014). *La ponderación en el derecho evolución de una teoría, aspectos críticos y ámbitos de aplicación en el derecho alemán*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ochoa Suarez, Y. C., (2017), *Aplicación del test de proporcionalidad para la excepción de inconstitucionalidad: mecanismo para garantizar derechos fundamentales*. Recuperado 02 de Diciembre de 2018, de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4371/OchoaYenny2017.pdf?sequence=1>

Ordoñez Maldonado, A. (2003). *Hacia el libre desarrollo de nuestra animalidad*. Bucaramanga, Colombia: universidad Santo Tomás.

Ortiz-Hernández, Luis. (2004). La opresión de minorías sexuales desde la inequidad de género. *Política y cultura*, (22), 161-182. Recuperado de 10 de enero de 2019, de

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-77422004000200009&lng=es&tlng=es

Parra Benitez, J. (2017). *Derecho de familia (2)*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Rocha, M. (2015). Actualidad Jurídica iberoamericana. la persona del menor, su interés superior, su autonomía y el libre desarrollo de su personalidad, Vol 2, 43-86. Recuperado 04 de Enero de 2019, de <http://revista-aji.com/articulos/2015/43-86.pdf>

Serrano Castro, F. (s.f). Relaciones paternofiliales. Recuperado 10 de Enero de 2018, de [https://www.efl.es/content/download/8654/.../1/.../Relaciones+paterno+filiales\(10\).pdf](https://www.efl.es/content/download/8654/.../1/.../Relaciones+paterno+filiales(10).pdf)

Vivas, T. (2012). Novum Jus. *Control al Juicio de Proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana*, 6(2), 29-68. Recuperado 03 de Enero de 2019, de https://editorial.ucatolica.edu.co/ojsucatolica/revistas_ucatolica/index.php/Juridica/article/viewFile/663/681

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia (1994). Expediente T-23708. Sentencia T-123 de marzo 14. M.P Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional de Colombia (1995). Expediente T-72178. Sentencia T-425 de septiembre 26. M.P Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte constitucional de Colombia (2000). Expediente T-333438. Sentencia T-1477 de octubre 30. M.P Fabio Moron Diaz.

Corte Constitucional de Colombia (2002). Expediente D-4020. Sentencia C-916 de octubre 29. M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional de Colombia (2003). Expediente T-677821. Sentencia T-189 de marzo 5. M.P Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional de Colombia (2014). Expediente D-9786. Sentencia C-131 de marzo 11. M.P Mauricio González Cuervo

Corte Constitucional de Colombia (2015). Expediente T-4521096. Sentencia T-099 de marzo 10. M.P Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia (2016). Expediente D11030. Sentencia C-262 de mayo 18.
M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Expediente D-11581. Sentencia C-114 de febrero 22.
M.S Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Expediente D-11620. Sentencia C-246 de abril 26
M.S Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Colombia (2017). Expediente T-6269913. Sentencia T-675 de
noviembre 15. M.P Alejandro Linares Cantillo.

Normatividad.

Consejo Nacional Legislativo. (15 de Abril de 1887) Artículo 34 [título preliminar]. Código Civil. [Ley 57 de 1887]. DO: 2.867

Congreso de la República. (8 de Noviembre de 2006) Artículo 3 [título I]. Código de Infancia y adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.4

Constitución política de Colombia. [Const.] (1991) Artículo 16 [Título II]. 2da Ed. Legis.