

MODULACIÓN DE SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COMO INSTRUMENTO CREADOR DE DERECHO

Sebastián Arboleda Alzate

Especialización en Derecho Administrativo
Universidad de Medellín

Introducción.

Conforme al cambio constitucional promovido en la Asamblea Nacional Constituyente que culmina con la promulgación y entrada en vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991, se crea la Jurisdicción Constitucional a partir del artículo 239 a 245¹, donde el máximo órgano que la representa es la Corte Constitucional, a quien se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

Desde los albores de las discusiones de la nueva Constitución, se ve la necesidad de instaurar un Tribunal Constitucional que sea el encargado de ejercer el control constitucional y salvaguardar la norma fundamental del Estado colombiano. A este respecto se refiere el constituyente Jaime Castro:

[...] Con sobrada razón los colombianos vivimos orgullosos de los principios y las fórmulas que hemos adoptado para el ejercicio de las funciones que corresponden a la llamada jurisdicción Constitucional. El Constituyente, el legislador, la doctrina y la jurisprudencia han contribuido periódicamente de manera decisiva a su consolidación y mejoramiento permanente.

Dentro de esta línea de pensamiento y acción parece llegado el momento de proceder a la creación de un órgano especialmente constituido para el efecto, tal como se ha propuesto desde 1957 y como se aprobó en la “primera vuelta” de las reformas de 1968 y 1979, años en que se terminaron aceptando modificaciones que muestran cada día más la necesidad de la Corte Constitucional².

¹ Constitución Política de Colombia de 1991.

² CASTRO, Jaime. Por el cual se crea la Corte Constitucional. *Gaceta Constitucional Número 91. Asamblea Nacional Constituyente*. (1991) Recuperado el día 22 de Mayo de 2012, de http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetitas/Gacetitas_51-100/gaceta_091.php.

Desde aquí puede observarse el interés y el deseo de los constituyentes de crear una institución constitucional, a la cual se le permita la tarea de examinar con estricto rigor que el ordenamiento jurídico, en el caso colombiano, se enmarque en lo estipulado en la Constitución, o bien para entenderlo en términos del jurista alemán Ferdinand Lassalle³, (Lassalle, 1997) que la normativa colombiana se ajuste a los factores reales de poder.

Y en este esfuerzo la Corte Constitucional no ha defraudado a sus creadores, pues la máxima institución constitucional que cuenta con un poco más de 20 años de existencia, se ha convertido en el caballo de batalla de pequeñas comunidades del Estado Colombiano, ya que con la consigna de realizar transformaciones en favor de las minorías y de los grupos significativos de la sociedad, esto es, desplazados, comunidades indígenas, trabajadores en estado de discapacidad, personas de la tercera edad, víctimas, homosexuales, entre otros, que no tienen voz ni voto, pero que en el seno de nueve magistrados han encontrado decisiones que resultan eficaces para la protección de sus derechos.

Este organismo colegiado dentro de las funciones que le asigna el artículo 241 de la Constitución, presenta diversos tipos de control constitucional para asegurar el respeto e integridad de la Carta Política. Estos tipos de control son:

El control constitucional concreto en la revisión de acciones de tutela (Artículo 241 # 9)⁴, que acontece con la evaluación de los hechos que afectan a personas específicas, hechos que son confrontados con la Constitución, y más precisamente, con los derechos fundamentales. La decisión definitiva en esta sede de control puede transitar entre diversos efectos como son, efectos inter partes, efectos inter pares o efectos inter comunis⁵.

³ LASSALLE, F. (1997) *¿Qué es una Constitución?* (2da. Ed.). Bogotá, Colombia: Monografías Jurídicas.

⁴ Constitución Política de Colombia de 1991.

⁵ Efectos Inter Partes: son efectos que cobijan exclusivamente al accionante de la Tutela. Efectos Inter Pares: son efectos que resultan de la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad y bajo ciertos supuestos se pueden aplicar a situaciones de la misma naturaleza sin necesidad de ser el accionante de la tutela. Efectos

El control constitucional abstracto donde la Corte Constitucional al resolver las demandas de inconstitucionalidad (Artículo 241 # 1, 4 y 5)⁶, y realizar una confrontación entre las normas constitucionales y la norma demandada, puede emitir providencias como el simple retiro de la norma del ordenamiento jurídico; el retiro de la norma del ordenamiento jurídico pero con una temporalidad o inconstitucionalidad diferida; la declaración de efectos de una manera condicionada o de constitucionalidad condicionada; la inexecutable retroactiva o de efectos retroactivos y, las sentencias integradoras o complementarias.

El control constitucional previo, ya que la Corte Constitucional frente a diversos tipos de proyectos de Ley, realiza el control antes de la respectiva sanción presidencial, esto es, el control previo de los proyectos de Leyes estatutarias (Artículo 241 # 8), el proyecto de Ley de referendo antes de ser sometido a la voluntad popular (Artículo 241 # 2), y las Leyes aprobatorias de tratados internacionales (Artículo 241 # 10).

El control constitucional posterior donde la Corte Constitucional decide las acciones públicas de inconstitucionalidad examinando una norma de naturaleza legal, de rango inferior a la Constitución, y la confronta con las normas Constitucionales.

El Control Constitucional Automático y Oficioso cuyo control se deriva del filtro que se realiza a los decretos legislativos (Artículo 241 #7), expedidos en virtud de la declaratoria de los estados de excepción, esto es, el estado de guerra exterior, el estado de conmoción interior y el estado de emergencia económica, social y ecológica, consagrados en los artículos 212, 213 y 215 respectivamente, de la Constitución Política de Colombia.

Inter Communis: son efectos que se aplican a personas que no accionaron la tutela, pero que se encuentran en igualdad de circunstancias que el tutelante. **NOTAS CITAS.**

⁶ Constitución Política de Colombia de 1991.

Dentro de estos tipos de control la corte utiliza *Sentencias Modulativas* que le permite recurrir a múltiples matices de efectos en sus decisiones y providencias para adecuar el ordenamiento jurídico, en busca de una doble finalidad, de un lado la efectiva protección de los derechos fundamentales⁷, y de otro la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución⁸.

Esta facultad de modular sus sentencias no se encuentra expresamente asignada como una función de las consignadas para la Corte Constitucional en el artículo 241⁹, y es precisamente por esto lo que a la misma instancia judicial, la ha llevado a ampliar el espectro de la defensa de la Constitución, creando una teoría de la modulación de los efectos de sus fallos, explicando esta como una práctica de guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. A esto se refiere la sentencia de constitucionalidad 109 del 15 de marzo de 1995:

[...] Esta modulación de los efectos de la sentencia no es en manera alguna una arbitraria invención de la Corte Constitucional Colombiana, sino que, como se ha dicho, es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto Constitucional, razón por la cual la mayoría de los Tribunales Constitucionales han desarrollado diversos tipos de fallos con el fin de cumplir, en forma razonable, su función de control Constitucional¹⁰.

Es por esto que se origina la siguiente pregunta, **¿Es la Corte Constitucional un órgano creador de derecho a través de sentencias modulativas?**

De este interrogante parte este artículo pretendiendo desarrollar tres argumentos claves, como camino metodológico y conceptual que debe tenerse en cuenta para responder la pregunta formulada.

⁷ Corte Constitucional. Sentencias: T– 254 de 1994; T– 025 de 2004; T– 251 de 2005; T– 546 de 2006; T– 016 de 2007; T– 760 de 2008; T– 903 de 2009; T– 696 de 2010; T– 933 de 2011.

⁸ Corte Constitucional. Sentencias: C– 113 de 1993; C– 109 de 1995; C– 496 de 1994; C– 588 de 2009; C– 397 de 2010.

⁹ *Ibídem* nota al pie 6.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 109 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Consideración Jurídica # 4.

El primer argumento a desarrollar es la concepción de la creación de nuevo derecho, ya que el cambio de modelo constitucional que transita de un Estado de derecho a un Estado social y democrático de derecho, arroja nuevas visiones y concepciones sobre principios constitucionales, valores que de una manera intrínseca entraña la Carta Política, así como también posiciones de neoconstitucionalistas¹¹. sobre la necesidad de un Tribunal Constitucional. De igual manera se aludirá al Tribunal Constitucional como un órgano negativo frente al poder creador de derecho. El segundo argumento presenta la concepción de lo que es una sentencia modulativa, y explica las formas de modular una Sentencia tanto en el control abstracto de constitucionalidad como en el control concreto de constitucionalidad. Por último se hace necesario la exposición y análisis de tres Sentencias emblemáticas de la Corte Constitucional, donde se configura el uso de la facultad de modular los efectos de la decisión y el consecuente escenario de creación de derecho.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C – 109 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Consideración Jurídica # 4.

i. EL ESTADO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO

a. Del Estado de Derecho Moderno al Estado Constitucional Contemporáneo.

El cambio Constitucional que transitó de un Estado de derecho a un Estado constitucional contemporáneo, presupone nuevas formas de explicar el ordenamiento jurídico. No se trata de un simple cambio a un modelo nuevo, ni tampoco del capricho de algún legislador o gobernante de turno, pues bien, este cambio comporta un verdadero proceso de subordinación y adecuación de la Ley a la Constitución de cada Estado, esto es, que todo el ordenamiento jurídico en su conjunto debe girar en torno a la Constitución, es lo que se conoce como la Constitucionalización de la Ley.

[...] La Ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esa instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales.¹²

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por tener una Constitución extremadamente invasora, entrometida, (Guastini, 1998), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. En el nuevo orden Constitucional se cambian las condiciones de validez de las Leyes,

[...] Dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas que en el paradigma paleo-lusPositivista se había disociado de la justicia, se disocia ahora también de la validez, siendo posible, que una norma, formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas Constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.¹³

Esta Constitucionalización es más acentuada en aquellos ordenamientos,

¹² ZAGREBELSKY, G. (1999) *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. (3ra Ed.) Madrid: Trotta.

¹³ FERRAJOLI, L. (2001) Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo* (s) (pp. 13 – 30). Madrid, España: Trotta.

[...] “En los cuales –según la doctrina de los juristas y, lo que más cuenta, según la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales-, existen principios constitucionales (expresamente formulados o meramente implícitos) que no pueden ser modificados en modo alguno; ni siquiera mediante el procedimiento de revisión Constitucional. El conjunto de los principios “inmutables” es lo que algunos llaman la “Constitución material”¹⁴.

La Corte Constitucional, explica en la sentencia T – 406 de 1992, el acentuado Constitucionalismo del ordenamiento jurídico Colombiano,

[...] Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho Constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez Constitucional en el Estado social de derecho.¹⁵

Ahora bien, transitar por nuevos terrenos, donde la Ley deja de ser ese elemento preponderante, pues ya no se acepta el simple silogismo jurídico de analizar una premisa mayor con una premisa menor y colegir una conclusión. Este modelo de subsunción jurídica ya no es de recibo en el derecho contemporáneo, ya que existen nuevos órdenes de criterios auxiliares en la actividad judicial. Existen nuevos criterios que en el desempeño judicial revisten una gran importancia, criterios como valores constitucionales¹⁶, principios constitucionales¹⁷, bloque de

¹⁴. GUASTINI, R. (1998) La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 49 – 73). Madrid, España: Trotta

¹⁵. Corte Constitucional. Sentencia T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Consideración Jurídica 3.

¹⁶ Los valores Constitucionales: Los valores representan el catálogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico pueden tener consagración explícita o no; lo importante es que sobre ellos se construya el fundamento y la finalidad de la organización política. Corte Constitucional Sentencia T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Consideración Jurídica 7.a.

¹⁷ Los Principios Constitucionales. Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez Constitucional. Corte Constitucional Sentencia T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Consideración Jurídica 7.b.

constitucionalidad¹⁸, y la nueva visión de mantener siempre presente en los despachos judiciales la Constitución Política,

[...] En estas circunstancias la Ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución.¹⁹

Otro de los cambios con la intromisión de las normas Constitucionales en el ordenamiento jurídico, se presenta con la fuerte tendencia a pensar que la función de la Constitución es moldear las relaciones sociales:

[...] Por consecuencia, también se tiende a pensar que las normas constitucionales –sobre todo los principios generales y las normas programáticas– pueden producir efectos directos y ser aplicadas por cualquier juez en cualquier controversia. La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la Ley, ya sea porque la Ley muestra lagunas o porque la Ley si ofrece una solución, pero tal solución parece injusta²⁰.

Todas estas nuevas concepciones son el producto de la interpretación extensiva de la Constitución (Guastini, 1998), es decir, no ceñirse a lo literal de las normas. Estas nuevas perspectivas exponen a un Tribunal Constitucional con una gran funcionalidad dentro del sistema normativo, y es de allí, de donde la facultad de control constitucional desencadena grandes transformaciones en pro de la

¹⁸ Bloque de Constitucionalidad. El bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto Constitucional, son utilizados como parámetros del control de Constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel Constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reformas diversas, al de las normas del articulado Constitucional. Corte Constitucional. Sentencia C – 225 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Consideración Jurídica 12.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Consideración Jurídica 8.

²⁰ GUASTINI, R. (1998) La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 49 – 73). Madrid, España: Trotta

defensa de la Constitución y de mejores garantías para los ciudadanos. Es por esto que la justificación del control jurisdiccional de constitucionalidad (Bayón 2001, pp. 14), que se remonta a lo escrito por Hamilton en *El Federalista* y por el Juez Marshall en *Marbury Vs Madison*, cuando los jueces invalidan decisiones de un legislador democrático no ponen de ninguna manera su propio criterio por encima de éste, sino que se limitan a hacer valer frente a aquellas decisiones la más fundamental voluntad democrática del Constituyente²¹.

De aquí se desprende que la mejor manera de realizar el control de constitucionalidad, es utilizar, la ponderación por encima de la literalidad normativa (Guastini, 1998). Y así de esta manera se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la Ley solo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, un juicio sobre la Ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional (Ferrajoli, 2001).

b. Principios Constitucionales.

Uno de los nuevos parámetros que el juez debe tomar en cuenta en su actividad jurisdiccional, son los denominados principios constitucionales, ya que equivalen a introducir una dimensión sustancial, que comporta la validez de las normas, y no es otra cosa que el espíritu del constituyente (Estrada, 2006). Se parte pues, de la subordinación de la Ley a los principios constitucionales. Ferrajoli lo sintetiza en estos términos:

[...] Que equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponde prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales

²¹ BAYÓN, J. C. (2001) *Derechos, Democracia y Constitución*. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 211 – 238). Madrid, España: Trotta

poderes que —como la experiencia enseña— podrán de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático²².

Los principios constitucionales entonces, ayudan a la nueva actividad judicial a la hora de obtener una decisión en cada caso concreto,

[...] Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que pueda estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuesto de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance²³.

En el nuevo orden constitucional se le asigna pues, a los principios Constitucionales una importante función supletoria, integradora o correctiva de las reglas jurídicas (Zagrebelsky, 1999). Se les asigna un papel importante a los principios en los Estados constitucionales porque en las situaciones de ausencia de una regla o norma, las tesis positivistas más estrictas se limitan a afirmar la ausencia de derecho y la libertad del intérprete para recurrir a criterios morales, en todo caso extrajurídico. Aquí, según este punto de vista, ya no estaríamos ante una “interpretación” y se habría posibilitado propiamente una función creativa de la jurisprudencia (Zagrebelsky, 1999)²⁴.

El punto problemático a la hora de aplicar los principios constitucionales, surge cuando se presentan conflictos entre la aplicación de uno u otro principio Constitucional, ya que los principios,

[...] Son mandatos de optimización, mientras que las reglas tienen el carácter de mandatos definitivos. En tanto mandatos de optimización, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes. Esto último implica que los principios son susceptibles de ponderación y además, la necesitan. La ponderación es la forma de aplicación del derecho que caracteriza a los principios. En cambio, las reglas son normas que siempre o bien son

²². FERRAJOLI, L. (2001) Pasado y Futuro del Estado de Derecho. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 13 – 30). Madrid, España: Trotta, 2001.

²³. ZAGREBELSKY, G. (1999) *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. (3ra Ed.) Madrid: Trotta.

²⁴. *Ibíd.*

satisfechas o no. No son susceptibles de ponderación y tampoco la necesitan. La subsunción es para ellas la forma característica de aplicación del derecho²⁵.

Este tipo de conflictos entre normas no puede ser resuelto ni por medio del principio cronológico (lex posterior) ni por medio del principio jerárquico (lex superior). La técnica que emplea la Corte Constitucional consiste, de modo muy simple, en instituir una jerarquía “axiológica” entre los dos principios en conflicto, es decir, una jerarquía entre los “valores” implicados por los dos principios. En virtud de tal jerarquía, uno de los dos principios es aplicado, mientras que el otro se hace a un lado (Guastini, 1998)²⁶.

La solución para estos tipos de problemas entre colisión de principios para un asunto en concreto, consiste, en la determinación de una relación de precedencia referida a las circunstancias del caso entre los principios que entran en colisión, (Alexy, 2004). Estas condiciones de precedencia que se establecen en los sistemas jurídicos constitucionales, proporcionan información acerca del peso relativo de los principios en conflicto, en la aplicación de los principios constitucionales, la Corte Constitucional no solo ha decantado el método de la ponderación entre la colisión de principios, además ha configurado los test de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad como modelos para la correcta aplicabilidad de los principios en mención.

La Corte Constitucional en la Sentencia T– 789 de 2000, explica el mencionado test de igualdad:

Con el fin de establecer si en un caso determinado se justifica el establecimiento de diferencias entre el trato que las autoridades dan a unos y otros individuos, la Corte Constitucional ha indicado la aplicación de un test de igualdad, en virtud de que el concepto de igualdad es de carácter relativo²⁷.

De la aplicación del test de igualdad pueden extraerse dos consecuencias,

²⁵. ALEXY, R. (2004) *El concepto y la Validez del Derecho*. (2da Ed.) Barcelona: Gedisa S.A.

²⁶. GUASTINI, R. (1998). La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 49 – 73). Madrid, España: Trotta.

²⁷. Corte Constitucional. Sentencia T – 789 de 2000. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Consideración Jurídica 3.1.

[...] En primer lugar, la carga argumentativa está inclinada en favor de la igualdad, pues en todo caso la carga de la prueba pesa sobre quien pretende el establecimiento de un trato diferenciado. En otras palabras, quien establece o pretende establecer un trato discriminatorio, debe justificarlo.

En segundo lugar, el núcleo del principio de igualdad queda establecido en términos de la razón suficiente que justifique el trato desigual. El problema queda concentrado, entonces, en la justificación del trato desigual. El análisis de esta justificación ha sido decantado por esta Corte mediante la aplicación de un 'test de razonabilidad'²⁸.

Otro de los test establecidos por la Corte, es el test de proporcionalidad el cual comprende tres conceptos parciales,

[...] La adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido; la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios Constitucionales afectados por el uso de esos medios; y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios Constitucionalmente más importantes²⁹.

Y finalmente la Corte establece el test de razonabilidad, donde crea cinco conceptos básicos que definen la aplicación del test, como son,

[...] La diferencia de los supuestos de hecho; la presencia de sentido normativo (fin o valor) de la diferencia de trato; la validez Constitucional del sentido (fin) propuesto; la eficacia de la relación entre hechos, norma y fin; y la proporcionalidad de la relación de eficacia³⁰.

Este test tiene la ventaja de mostrar la complejidad de la interpretación, al separar elementos que usualmente quedan confundidos en una perspectiva general,

[...] De los pasos previstos en el "test", el primero, referido a los hechos distintos, más que un elemento de análisis es un dato, comprobable empíricamente (desigualdad de los supuestos de hecho). Los dos siguientes puntos pueden ser reunidos en un sólo estudio normativo referido al fin (finalidad) válido (razonabilidad) como justificación de la decisión que introduce la diferencia. La eficacia de la relación entre el medio normativo y el fin o

²⁸. Ibíd. Consideración Jurídica 3.1

²⁹. Corte Constitucional. Sentencia C – 022 de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. Consideración Jurídica 6.3.3.

³⁰. Corte Constitucional. Sentencia T – 230 de 1994. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Consideración Jurídica C.1.

valor Constitucional (racionalidad), así como la adecuación (proporcionalidad) pueden unirse en un solo momento, que es sin duda, el punto decisivo y de mayor complejidad³¹.

c. El Tribunal Constitucional como un instrumento de presión frente al Legislador.

La Corte Constitucional se presenta así pues, como un instrumento de presión frente al Legislador, ya que es bien sabido que las grandes transformaciones y cambios al amparo de derechos constitucionales y fundamentales de las minorías en el territorio colombiano, se han dado gracias a la lucha constante de la Corte Constitucional, quien de una manera preponderante ha cobijado como suyas las batallas de los derechos de grupos de desplazados, víctimas, trabajadores en condición de discapacidad, homosexuales, pensionados, entre otros, y se ha lanzado a amparar sus derechos y ofrecerles más garantías ampliando el ya mencionado rango de los principios y valores constitucionales:

[...] Lo dicho está en acuerdo, además, con una interpretación contemporánea de la separación de los poderes, a partir de la cual el juez pueda convertirse en un instrumento de presión frente al legislador, de tal manera que este, si no desea ver su espacio de decisión invadido por otros órganos, adopte las responsabilidades de desarrollo legal que le corresponden y expida las normas del caso.³²

De igual manera, como un obstáculo para el poder legislativo, los concebía Hans Kelsen, quien consideraba a los Tribunales Constitucionales como “órganos destructores de Leyes”, (Tobo Rodríguez, 2004), es decir, dentro de un Estado Constitucional, el Tribunal encargado de realizar el filtro de Constitucionalidad y decidir sobre la ampliación de los principios Constitucionales y de la utilización de valores también de rango Constitucional, debe estar este Tribunal separado del legislativo.

³¹. *Ibíd.* Consideración Jurídica C.2.1.

³². Corte Constitucional. Sentencia T – 406 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón. Consideración Jurídica # 18

[...] Un Tribunal que tiene el poder de anular las Leyes es, por consiguiente, un órgano del poder legislativo. La anulación de Leyes por un tribunal puede, pues interpretarse con igual razón más como un reparto del poder legislativo³³.

De otra parte esta facultad legislativa mantiene en vilo la seguridad jurídica en las decisiones de la Corte Constitucional y genera disputas por cuanto la Corte deber realizar exámenes de una manera estrictamente jurídica, y no sopesar argumentos políticos, ya que perdería toda consideración de legitimidad.

ii. ¿QUE ES MODULAR UNA SENTENCIA?

a. Concepto de modulación de Sentencias

Conforme al diccionario de la Real Academia Española, el verbo *modular* es entendido como: Modificar los factores que intervienen en un proceso para obtener distintos resultados³⁴; de esta definición podemos, en principio afirmar que el modular una sentencia puede aproximarnos a modificar los resultados, en este caso los resultados de la decisión, para obtener fines diferentes, esto es, distintos de los que normalmente deberían tener las providencias que emite la Corte Constitucional.

Como un segundo intento por acercarnos al concepto de modular una Sentencia, puede entenderse la misma como el quebranto en el modelo de constitucionalidad de una manera pura y simple, esto es, sin visos, ni matices de aclaraciones, efectos o interpretaciones. El filtro de constitucionalidad simple se presentaría como la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de un supuesto normativo, o la no fijación de efectos sobre la decisión que se pronuncie. Esta segunda concepción sobre la modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad es un fenómeno jurídico:

³³. KELSEN, H. (1995) *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*. Madrid: Editorial Tecnos.

³⁴. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición.

[...] Que ha nacido de la imposibilidad de aplicar un modelo kelseniano puro de control de constitucionalidad, en el cual el Tribunal encargado de tal labor actúa únicamente como "legislador negativo". Este maniqueísmo que pretende declaratorias de constitucionalidad o inconstitucionalidad puras y simples, sin matiz alguno, no es menos que irreal e inapropiado, puesto que la Constitución como norma abierta y programática, permite una pluralidad de interpretaciones válidas. Así pues, un texto normativo puede, a la luz de la Constitución, tener algunas interpretaciones ajustadas a la Carta y otras no³⁵.

Otra concepción de la cual se hace de necesaria e inevitable referencia, para entender la modulación de los efectos de una Sentencia, es la adoptada en la Sentencia 109 de 1995, donde la Corte Constitucional se arroga a sí misma la facultad para modular los efectos de sus Sentencias³⁶.

Entonces debemos entender el concepto de *modulación de Sentencias*, como la técnica utilizada por la Corte Constitucional, en la práctica del control de constitucionalidad, para establecer el sentido en que debe ser interpretada una disposición (control abstracto); de igual manera determinar el efecto o efectos que se derivan de la sentencia, esto es, en qué términos la decisión que adopta la Corte Constitucional debe ser ejecutada en el caso particular (control concreto).

Entonces, vistas estas cuestiones, es necesario preguntarnos: ¿de dónde nace esta práctica de la Corte Constitucional de modular sus fallos y delimitar los efectos de las Sentencias que emite? Pues bien, este cuestionamiento resulta ineludible, por cuanto dentro de las normas Constitucionales que regulan las funciones de la Corte, ninguna de ellas expresa la referida facultad de modular las sentencias, esto es, en ningún inciso de los artículos 239 a 245 de la

³⁵. OCAMPO GÓMEZ, Miguel. (2009) *La Modulación de los Efectos de las Sentencias de Constitucionalidad en Colombia*. Revista Instituto de Estudios Constitucionales. Universidad Sergio Arboleda. (N°17), pp, 8. Recuperado el día 14 de junio de http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletines/boletin_17.pdf.

³⁶. Corte Constitucional. Sentencia C – 109 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Consideración Jurídica 4.

Constitución³⁷, se menciona la prerrogativa de darle un alcance, o fijar parámetros para las providencias a promulgar.

La Corte Constitucional interpreta de una manera extensiva y muy amplia el primer inciso del artículo 241 de la Carta Constitucional, para abrogarse la mencionada facultad de modular los efectos de sus decisiones, esto es,

“A la Corte Se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo”³⁸.

Esta visto pues, que la Corte, interpreta la confianza que el constituyente le otorga como la instancia judicial encargada de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, como una prerrogativa que puede autoasignarse para de un lado defender a capa y espada la esencia de la Constitución y de otro lado asegurarse el cumplimiento de la efectiva protección de los derechos Constitucionales de los ciudadanos.

De otro lado permanece en el ambiente jurídico constitucional, un cierto toque de arbitrariedad y de subjetividad por parte de la Corte Constitucional al analizar este privilegio de darle matices a sus fallos.

[...] Esta modulación de los efectos de la sentencia no es en manera alguna una arbitraria invención de la Corte Constitucional Colombiana, sino que, como se ha dicho, es una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto Constitucional, razón por la cual la mayoría de los Tribunales Constitucionales han desarrollado diversos tipos de fallos con el fin de cumplir, en forma razonable, su función de control Constitucional.³⁹

b. Modulación de Sentencias en el control constitucional abstracto.

³⁷. Ibídem nota al pie 6.

³⁸. Ibídem.

³⁹. Corte Constitucional. Sentencia C – 109 de 1995. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero. Consideración Jurídica 4.

Esta modalidad de control constitucional, se restringe en principio a la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad, esto es, a la estricta decisión de retirar o no un supuesto normativo del ordenamiento jurídico colombiano cuando el mismo es ajustado o no a los contenidos Constitucionales que contiene la Carta Política. Esto, a simple vista, es lo que acontece en la mayoría de las Sentencias que se conocen con la letra “C” que emite la Corte Constitucional y que generan efectos erga omnes y hacia el futuro.

Pero existen ciertos casos, problemáticos donde la Corte Constitucional se ve sin posibilidades de decisión: como en el supuesto normativo que es objeto del control de constitucionalidad, tiene diversas interpretaciones donde algunas son ajustadas a la Constitución y otras no; cuando encuentra que las normas son abiertamente inconstitucionales pero la declaratoria de inexecutable inmediata generaría un caos en el ordenamiento jurídico; y cuando la declaratoria de inexecutable no genera efectos hacia el futuro, sino que con la decisión que adopta la Corte Constitucional se pretende volver las cosas a su estado inicial, esto es, aplicar unos efectos retroactivos.

Es por esto que a continuación se presentan los tipos de sentencias moduladas en el control abstracto de Constitucionalidad, siguiendo la clasificación del profesor Quinche Ramírez⁴⁰, no sin antes advertir que este no es un tema agotado, por cuanto a medida que se presenten mas desafíos para la Corte Constitucional, la misma tomará decisiones trascendentales en aras de salvaguardar la Constitución.

Sentencias condicionadas, se presentan cuando la Corte Constitucional encuentra que un supuesto normativo comporta diversas interpretaciones dentro de las cuales algunas son contrarias al contenido de la Constitución Política, por esto la Corte Constitucional declara la constitucionalidad de la norma pero condicionando

⁴⁰ QUINCHE RAMÍREZ, M, F. (2009) *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus Reformas*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

su permanencia a la observancia de una o varias circunstancias hermenéuticas o interpretativas que resultan ser las ajustadas a la Constitución. Algunos ejemplos de estas Sentencias son: C – 011 de 1994; C – 496 de 1994; C – 292 de 2001; C – 209 de 2007; C- 516 de 2007; C – 781 de 2007; C – 811 de 2007; C – 1042 de 2007; C – 425 de 2008; C - 806 de 2009.

Sentencias integradoras o aditivas, se presentan cuando la Corte Constitucional decide declarar la inexecutable de un supuesto normativo, pero donde se hace necesario adicionar un contenido en reemplazo de la norma declarada inconstitucional para no generar caos jurídico, ni inseguridad jurídica dentro del ordenamiento. Ejemplos de estas Sentencias: C- 113 de 1993, C – 109 de 1995; C - 539 de 1999.

Sentencias de constitucionalidad temporal o de inconstitucionalidad diferida, se presentan cuando la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma, pero la misma no rige efecto a partir de la pronunciación de la sentencia, sino que la Corte decide prolongar en el tiempo las consecuencias de la decisión, esto es admitir la Constitucionalidad con un término temporal que permita evitar los perjuicios que traería consigo declarar la inexecutable inmediata. Como ejemplos de estas sentencias pueden tenerse entre otras: C – 309 de 1997; C – 720 de 2007 y recientemente la C – 818 de 2011.

Sentencias de inexecutable retroactiva, tienen por objeto volver al estado inicial las cosas que hubiese modificado la norma que esta siendo declarada inconstitucional. Ejemplos de estas sentencias, son: la C – 702 y 918 de 1999, y la C - 588 de 2009.

c. Modulación de Sentencias en el control constitucional concreto.

Sentencias derivadas del control sobre la acción de tutela, consagrado en el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución. El mencionado control debe surtirse

en torno a dos opciones opuestas, el amparo o no de los derechos fundamentales del accionante, esto es la tutela o no de los referidos derechos, por cuanto ese es el fin de la Acción de Tutela. De esta manera el efecto normal que puede predicarse de este control es el referido efecto “*inter partes*”, esto es la protección exclusivamente a la víctima de la vulneración o posible amenaza de sus derechos fundamentales. Quiere decir esto que sólo se cobija con la decisión a la persona que pone en funcionamiento la acción de tutela. Pues bien a este efecto de solo arrojar al tutelante, la Corte Constitucional ha adicionado dos formas más de determinar efectos, esto es, los efectos inter comunis y los efectos inter pares. Efectos que se explican debido a la consideración que realiza la Corte de las distintas circunstancias que pueden rodear el caso en particular, y al activo papel que desempeña la Corte en defensa de los derechos y garantías Constitucionales individuales,

[...] La jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha permitido la articulación o mezcla de procedimientos Constitucionales en casos aislados, admitiendo con ello la combinación de fuentes del derecho en el razonamiento judicial. Al respecto es necesario observar ejemplos de control de Constitucionalidad de la aplicación de las Leyes inconstitucionales o ejemplos de procesos de tutela con efectos más allá del litigio. Estas fórmulas jurisprudenciales, en nuestro juicio, muestran un notorio activismo orientado a fortalecer los derechos y garantías individuales Constitucionales; en otras palabras, un notorio poder creador del juez Constitucional⁴¹.

Sentencias de tutela con efectos inter pares, este tipo de efectos, la Corte Constitucional los ha considerado necesarios cuando se presenta en casos en los que debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional ha sostenido que bajo ciertos supuestos, las sentencias que ordenan la inaplicación de un supuesto normativo, porque es contrario a la Constitución tiene efectos inter pares, es decir, que deben ser aplicadas de la misma manera por los jueces cuando se enfrenten a situaciones de la misma naturaleza. De este efecto

⁴¹. BERNAL CANO, Natalia. (2010). *El Poder Creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales*. Revista Estudios Socio – Jurídicos. Universidad del Rosario. (Vol. 12 N° 1), pp, 29. Recuperado el día 10 de junio de 2012 en: <http://www.urosario.edu.co/Jurisprudencia/Estudios-sociojuridicos/ur/Presentacion.aspx>.

se conoce el Auto 071 de 2001, y la Sentencia de Unificación de Tutela 783 de 2003.

Sentencias de tutela con efectos inter comunis, en este tipo de eventos la Corte Constitucional se ha percatado de que el amparo del derecho fundamental solo del accionante, generaría desigualdades frente a personas que se encuentran en igualdad de circunstancias que los tutelantes, por esto ha incorporado el efecto inter comunis, esto es que la protección del derecho fundamental se debe aplicar a personas no actoras de la tutela que cumplen las mismas calidades del tutelante. Ejemplos de esta sentencia puede tenerse la Sentencia T – 203 de 2002, y la Sentencia de Unificación 1023 de 2001.

iii. SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DONDE SE CONFIGURA LA UTILIZACIÓN DE LA MODULACIÓN DE LA DECISIÓN

Las sentencias donde la Corte Constitucional utiliza el concepto de modular la decisión, no son ni pocas, ni tampoco es un tema agotado, por esto se presentan en este artículo tres de las sentencias más emblemáticas de la Corte, elegidas por criterios de sensibilidad, y trascendencia social para el ordenamiento jurídico Colombiano.

a. Sentencia C – 355 de 2006. MM. PP. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

En esta decisión la Corte Constitucional, define un tema trascendental para el ordenamiento jurídico colombiano, como es el tema de la praxis del aborto. El problema jurídico que se le presenta a la Corte Constitucional en esta Sentencia es el estudio de los artículos 122, 123 y 124 del Código Penal, que giran en torno a la regulación penal del aborto,

“Artículo 122. La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de 16 a 54 meses⁴²”.

En esta discusión los demandantes consideraron que las normas acusadas violan los derechos constitucionales: el derecho a la dignidad (Preámbulo y artículo 1 Constitucional), el derecho a la vida (artículo 11 de la C. P.), el derecho a la integridad personal (art. 12 de la C. P.), el derecho a la igualdad y el derecho general de libertad (art. 13 de la C. P.), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C. P.), la autonomía reproductiva (art. 42 de la C. P.), el derecho a la salud (art. 49 de la C. P.) y las obligaciones de derecho internacional de derechos humanos (art. 93 de la C. P.). Además aducen como razones de inconstitucionalidad que las mencionadas normas limitan de manera desproporcionada e irrazonable los derechos y libertades de la mujer gestante, inclusive cuando se trata de menores de catorce años.

[...] Afirman también que los enunciados normativos demandados son contrarios a diversos tratados de derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la C. P., y a opiniones emitidas por los organismos encargados de interpretar y aplicar dichos instrumentos internacionales⁴³.

La Corte Constitucional debe examinar entonces si mantiene la penalización absoluta del aborto, o si flexibiliza su criminalización en ciertas circunstancias donde los derechos fundamentales de la mujer gestante se hacen nugatorios frente al derecho a la vida del nasciturus,

[...] Ahora bien, una regulación penal que sancione el aborto en todos los supuestos, significa la anulación de los derechos fundamentales de la mujer, y en esa medida supone desconocer completamente su dignidad y reducirla a un mero receptáculo de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses Constitucionalmente relevantes que ameriten protección⁴⁴.

⁴². Corte Constitucional. Sentencia C – 355 de 2006. Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. Consideración Jurídica 3.

⁴³. Ibidem. Consideración Jurídica # 3.

⁴⁴. Ibidem. Consideración jurídica # 10.1.

La Corte entiende pues, que la penalización total del aborto, generaría restricciones en los derechos fundamentales de la mujer gestante, es por esto que la Corte en su decisión declara la exequibilidad del artículo 122 del Código Penal de una manera condicionada:

[...] Se declarará por lo tanto ajustado a la Constitución el artículo 122 del Código Penal en el entendido que no se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: a) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificado por un médico; b) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; c) cuando el embarazo sea resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto⁴⁵.

b. Sentencia C – 588 de 2009. M P Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

La Corte Constitucional analiza el acto legislativo 01 de 2008, en cuanto reforma el artículo 125 de la Constitución Política, que establece inscripciones extraordinarias en la carrera administrativa sin la necesidad previa de agotar un concurso público, y suspende los concursos públicos que se van desarrollando hasta la fecha.

El demandante aduce una extensa argumentación donde sostiene la extralimitación del Congreso de la República al ejercer el poder de reforma a la Constitución, al establecer la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa de los servidores públicos que estuviesen ocupando cargos de carrera vacantes de forma definitiva en calidad de provisionales o de encargados,

[...] Puntualiza el demandante que la supresión de la carrera, del mérito y del concurso por el ingreso automático previsto en el Acto Legislativo demandado, conduce a la libre disposición de los cargos en beneficio de quienes ingresaron provisionalmente y por la voluntad discrecional del correspondiente nominador, en detrimento del derecho de todos los ciudadanos a acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, todo lo cual, adicionalmente, resulta predicable de los sistemas especiales de carrera que, en consecuencia, también son objeto de desconocimiento⁴⁶.

⁴⁵. Ibidem. Consideración Jurídica 10.1.

⁴⁶. Corte Constitucional. Sentencia C – 588 de 2009. MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración Jurídica 2.2.

La Corte entiende pues esa extralimitación del Congreso al permitir la inscripción extraordinaria en carrera administrativa, como una sustitución parcial de la Constitución, analizando este acto legislativo no sólo de forma como se lo permite el numeral 1 del artículo 241 de la Constitución, sino también que realiza un control de fondo, con el mencionado argumento de la sustitución que ha sido establecido por diversa jurisprudencia.

Termina el análisis de este acto legislativo, por parte de la Corte generaron unos efectos retroactivos,

[...] Esta sentencia tiene efectos retroactivos y, por tal razón, se reanudan los trámites relacionados con los concursos públicos que hubieren sido suspendidos y carecen de valor y efecto todas las inscripciones extraordinarias en carrera administrativa o los ingresos automáticos a la misma que, con fundamento en el Acto Legislativo No. 01 de 2008, se hayan realizado⁴⁷.

c. Sentencia C – 075 de 2007. MP Rodrigo Escobar Gil

En esta sentencia el demandante acusa como normas violadas los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1990,

[...] ART. 1º—A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina unión marital de hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.
Igualmente y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.
Artículo 2o. Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:
a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio⁴⁸.

En esta sentencia la Corte Constitucional debe determinar si la Ley, al establecer el régimen patrimonial entre compañeros permanentes y limitarlo a las uniones conformadas por un hombre y una mujer, viola los derechos fundamentales a la

⁴⁷. Corte Constitucional. Sentencia C – 588 de 2009. Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Consideración Jurídica 7.

⁴⁸. Corte Constitucional. Sentencia C – 075 de 2007. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Consideración Jurídica 4.

igual protección, al respeto de la dignidad humana, al mínimo vital y a la libre asociación de los integrantes de las parejas conformadas por personas del mismo sexo.

Encontrando entonces la Corte que existe tal desigualdad,

[...] En el ámbito del problema que ahora debe resolver la Corte, resulta claro que la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por las parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida en común produzca efectos jurídico patrimoniales, lo cual significa que, dado un régimen imperativo del derecho civil, quedan en una situación de desprotección que no están en capacidad de afrontar⁴⁹.

Y es por esto que la Corte Constitucional decide declarar la norma demandada constitucional en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales. Quiere esto decir que la pareja homosexual que cumpla con las condiciones previstas en la Ley para las uniones maritales de hecho, esto es la comunidad de vida permanente y singular, mantenida por un periodo de al menos dos años, accede al régimen de protección allí dispuesto, de manera que queda amparada por la presunción de sociedad patrimonial y sus integrantes pueden, de manera individual o conjunta, acudir a los medios previstos en la Ley para establecerla cuando así lo consideren adecuado.⁵⁰

CONCLUSIONES.

La Corte Constitucional que se crea con la Constitución de 1991, se presenta como la institución jurídica portadora de los grandes cambios de la sociedad colombiana. Cambios no solo jurídicos sino también sociales, culturales y hasta políticos. El papel que desempeña la aplicación directa de la Constitución Política en los estrados judiciales del país, representa ese cambio del modelo de la

⁴⁹. Ibidem. Consideración Jurídica 6.2.3.2.

⁵⁰. Ibidem. Consideración Jurídica 6.3.

subsunción lógica, al importante avance de mantener siempre muy presente los principios y valores constitucionales, extrayendo de ellos sus conceptos y valores intrínsecos a la hora de examinar los supuestos fácticos en cada caso particular.

La garantía que representa para los ciudadanos y para la sociedad en general, el uso de los principios constitucionales y valores constitucionales, asegura la efectiva protección de los derechos fundamentales y la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución. Está visto pues, que el control constitucional de normas y la protección subjetiva de derechos fundamentales no pueden separarse de los razonamientos constitucionales y todo su contenido axiológico y político.

La Corte Constitucional que otrora fuese solo un apéndice formal de la Corte Suprema de Justicia, sobresale hoy gracias a los desarrollos que mediante sus providencias ha realizado, como la más alta Corte del Estado Colombiano en materia de protección de derechos fundamentales. Se han presentando situaciones problemáticas donde deja sin efectos decisiones adoptadas por las demás Cortes que también integran la Rama Judicial, y que en el papel se conciben en la misma escala jerárquica.

De las líneas que se presentan en este artículo puede afirmarse con total convicción y en aras de responder la pregunta que se ha planteado como pilar de este escrito, que la Corte Constitucional con la facultad de modular las sentencias creada conforme al entendimiento de la guarda y supremacía de la Constitución, es un órgano creador de derecho, ya que como puede observarse con el establecimiento de efectos y matices en sus decisiones se crean nuevas tipologías de relaciones jurídicas que afectan a la sociedad colombiana en general. Este nuevo papel de creación de normas jurídicas vía sentencias, que desempeña la Corte Constitucional presenta visos de intromisión en las funciones que ejerce el órgano legislativo.

El legislador colombiano, como el órgano natural creador de normas jurídicas, debe estar atento y presto a desarrollar de una manera más amplia sus funciones

de crear legislación para todas las personas y ciudadanos del Estado Colombiano, ya que las providencias de la Corte Constitucional donde se les reconocen derechos a los grupos significativos de ciudadanos y las minorías de la sociedad colombiana, esto es los desplazados, comunidades indígenas, trabajadores en estado de discapacidad, personas de la tercera edad, víctimas, homosexuales, devienen de la omisión imprudente de desarrollo de la legislación colombiana.

La omisión a veces intencionada del Congreso de la República para propugnar por desarrollos legislativos, ha derivado de la intromisión de la Corte Constitucional en temas sensibles y sociales, como el aborto, la homosexualidad, el desplazamiento forzado, las víctimas, el trabajo forzado, el ingreso a cargos de carrera administrativa, donde la corte ha jugado un papel preponderante a la hora de tomar decisiones que afectan el desarrollo de toda la ciudadanía.

Las expectativas de una sociedad como la colombiana, que espera por vía de sentencias lograr transformaciones sociales que no ha encontrado en el legislador colombiano, están puestas pues, en el seno de nueve magistrados que tan solo con una toga y con una Constitución Política en mano, pueda lograr esos importantes cambios que el ordenamiento jurídico colombiano requiere. Que rol tan importante para tan pocos magistrados en el buen sentido cuantitativo.

BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, Robert. *El concepto y la Validez del Derecho*. (2da Ed.) Barcelona: Gedisa S.A. 2004.

BAYÓN, Juan Carlos. Derechos, Democracia y Constitución, 2001. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 211 – 238). Madrid, España: Trotta.

BERNAL CANO, Natalia. El Poder Creador del juez en la combinación o mezcla de los procedimientos constitucionales. *Revista Estudios Socio – Jurídicos. Universidad del Rosario*. (Vol. 12 N° 1), pp, 29. 2010. Recuperado el día 10 de

junio de 2012 en: <http://www.urosario.edu.co/Jurisprudencia/Estudios-sociojuridicos/ur/Presentacion.aspx>.

CASTRO, Jaime. Por el cual se crea la Corte Constitucional. *Gaceta Constitucional Número 91. Asamblea Nacional Constituyente*. (1991) Recuperado el día 22 de Mayo de 2012, de http://www.elabedul.net/Documentos/Temas/Asamblea_Constituyente/Gacetitas/Gacetitas_51-100/gaceta_091.php.

Constitución Política de Colombia de 1991.

Corte Constitucional.

- Sentencia T – 406 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.
- Sentencia C – 113 de 1993. M.P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia C – 011 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia T – 230 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia T – 254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C – 496 de 1994. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C – 109 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C – 225 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C – 022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C – 309 de 1997. M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C – 539 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C – 702 de 1999. M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C – 918 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T – 789 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C – 292 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia T – 025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Sentencia T – 251 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C – 355 de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia T – 546 de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T – 016 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C – 075 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C – 209 de 2007. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C – 516 de 2007. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C – 720 de 2007. M.P. Catalina Botero Marino.
- Sentencia C – 781 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C – 811 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C – 1042 de 2007. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C – 425 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia T – 760 de 2008. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C – 588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C – 806 de 2009. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Sentencia T – 903 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C – 397 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Sentencia T – 696 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- Sentencia C – 818 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia T – 933 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima Segunda Edición.

ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván. *Los Principios Jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*. (2da Ed.) Medellín, Colombia: Sello Editorial Universidad de Medellín, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho, 2001. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo (s)* (pp. 13 – 30). Madrid, España: Trotta.

GUASTINI, Ricardo. *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: El caso Italiano*, 1998. En Carbonell, Miguel (2009) (3ra Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49 – 73). Madrid, España: Trotta.

KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el Defensor de la Constitución?*. Madrid: Editorial Tecnos. 1995.

LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución? (2da. Ed.)*. Bogotá, Colombia: Monografías Jurídicas. 1997.

OCAMPO GÓMEZ, Miguel. La Modulación de los Efectos de las Sentencias de Constitucionalidad en Colombia. *Revista Instituto de Estudios Constitucionales. Universidad Sergio Arboleda*. (N°17), pp, 8. 2009. Recuperado el día 14 de junio de http://www.usergioarboleda.edu.co/estudios_constitucionales/boletines/boletin_17.pdf.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional Colombiano. De la Carta de 1991 y sus Reformas*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario. 2009.

TOBO RODRÍGUEZ, Javier. *La Corte Constitucional y el Control de Constitucionalidad en Colombia. (3ra. Ed.)*. Bogotá, Colombia.: Ediciones Jurídicas Augusto Ibáñez. 2004

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia*. (3ra Ed.) Madrid: Trotta. 1999.