

Sentencia C-204/05

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Consagración constitucional

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Consagración en tratados internacionales ratificados por Colombia

PRINCIPIO DE IGUALDAD-Elementos necesarios para que se justifique un trato desigual

FAMILIA-Protección constitucional

FAMILIA-Distinción entre la constituida por vínculos jurídicos y la conformada por los vínculos naturales

El estatuto superior distingue entre la familia constituida por vínculos jurídicos y la conformada por vínculos naturales y que a ambas confiere una protección integral y en igualdad de condiciones.

DERECHO A LA IGUALDAD EN ORIGEN FAMILIAR-Protección constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES-Consagración constitucional

DERECHO A LA IGUALDAD DE COMPAÑERO PERMANENTE-Prerrogativas, cargas y responsabilidades

CURADURIA LEGITIMA DE HIJO PRODIGO O DISIPADOR-No designación de “padres naturales casados”

TUTOR O CURADOR TESTAMENTARIO-Derecho a designarlo por padre de hijo extramatrimonial/TUTELA Y CURATELA-Finalidad

La expresión acusada contempla un trato desigual de los padres de hijos extramatrimoniales, respecto de los padres legítimos, en cuanto exige que, para ser titulares del mencionado derecho, aquellos vivan juntos, lo cual no exige a éstos. Dicho trato se extiende a los hijos respectivos, en la medida en que los matrimoniales tienen en todo caso la posibilidad de contar con un tutor o un curador testamentario, sin necesidad de acudir a un proceso judicial para su otorgamiento, mientras que los extramatrimoniales resultan privados de dicha posibilidad cuando sus padres no viven juntos. Esto último resulta significativo en el ámbito

familiar y social, teniendo en cuenta que la guarda (tutela y curatela) es una institución jurídica que procura asistencia y representación a los incapaces no sometidos a la potestad de los padres y que conforme a lo previsto en el Art. 430 del Código Civil la tutela y las curadurías generales se extienden no sólo a los bienes sino también a la persona de los individuos sometidos a ellas.

Referencia: expediente D-5354

Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 449 (parcial) del Código Civil modificado por el Art. 50 del Decreto ley 2820 de 1974

Demandantes: María Constanza Herrera Rojas y Víctor Orlando Gómez Peña

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA

Bogotá, D. C., ocho ( 8 ) de marzo de dos mil cinco (2005).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

## S E N T E N C I A

### I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos María Constanza Herrera Rojas y Víctor Orlando Gómez Peña entablaron demanda contra el Art. 449 (parcial) del Código Civil modificado por el Art. 50 del Decreto ley 2820 de 1974.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

### II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme a su publicación en el Diario Oficial No. 34.249 de Febrero 4 de 1975 y se subraya lo demandado:

#### Código Civil

“Art. 449. Modificado Decreto ley 2820 de 1974, Art. 50. Los padres de los hijos extramatrimoniales podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes a los padres legítimos, si viven juntos. En caso contrario ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga a su cuidado el hijo”.

#### III. DEMANDA

Los demandantes estiman que la norma parcialmente demandada vulnera el preámbulo y los Arts. 2, 5, 13, 44 y 93 de la Constitución Política y el Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con fundamento en lo siguiente:

Aseveran que dicha norma es contraria al principio de igualdad consagrado en el preámbulo y el Art. 13 de la Constitución y en el Art. 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), porque discrimina a los padres extramatrimoniales en relación con los matrimoniales por el hecho de la no convivencia, para efectos del ejercicio de unos derechos previstos en normas precedentes a ella. Por tanto, se quebranta el fin esencial del Estado consistente en garantizar los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Sostienen que la norma contraviene el Art. 5º superior, que dispone que el Estado reconoce sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad y el Art. 17 de la citada convención, que consagra la protección a la familia.

Afirman que así mismo quebranta el derecho de los niños y, en general, de las personas a tener una familia a y no ser separados de ella, y contradice la protección, cuidado y amor que se debe proporcionar al menor cuando los padres deciden separarse.

#### IV. INTERVENCIONES

1. Según la constancia de la Secretaría General con fecha 21 de Septiembre de 2004, durante el término de fijación en lista no fueron recibidos escritos de intervención.

2. Según la constancia de la Secretaría General con fecha 22 de Septiembre de 2004, el día 21 de Septiembre del mismo año se recibió escrito firmado por el ciudadano Alejandro Venegas Franco, Secretario de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, mediante el cual remite un escrito que contiene el concepto elaborado por el ciudadano Carlos Fradique Méndez, Miembro Correspondiente de la mencionada institución, que no será tenido en cuenta por ser extemporáneo.

## V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

Mediante el Concepto No. 3678 presentado el 15 de Octubre de 2004, el Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, solicita a la Corte que declare inexecutable la expresión acusada, con los siguientes argumentos:

Expone que la norma demandada desconoce que las relaciones familiares se erigen sobre la base de la igualdad de los derechos y deberes de la pareja, conforme a lo dispuesto en el Art. 42 de la Constitución, y que aquella contempla una desigualdad manifiesta, en la medida en que concede a los padres unidos por matrimonio, vivan o no vivan juntos, la facultad de nombrar tutor o curador por medio de testamento para sus hijos, mientras que a los padres de los hijos extramatrimoniales les exige la convivencia como condición para ejercer dichos derechos, ya que de lo contrario los ejercerá aquel de los padres que tenga a su cuidado el hijo.

Señala que, con base en la citada disposición constitucional, la Corte Constitucional ha reconocido la igualdad jurídica entre la familia que proviene del matrimonio y la que deriva de la voluntad libre de conformarla y cita extractos de unas sentencias. Agrega que así lo corroboran los antecedentes del mismo precepto.

Sostiene que, por otra parte, la norma impugnada afecta no sólo a los padres de los hijos extramatrimoniales, sino también a éstos últimos, en cuanto resultan privados de la posibilidad de que uno de sus padres, con el propósito de velar por sus intereses, le designe un tutor o un curador mediante testamento y que así se establece una discriminación de los mismos respecto de los hijos habidos en el matrimonio.

Finalmente indica unas normas internacionales que consagran la protección a la igualdad y a la familia y expresa que ellas también son vulneradas.

## VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

### Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la presente demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 241, Num. 5, de la Constitución, por estar dirigida contra una disposición que forma parte de un decreto ley.

### Problema jurídico planteado

2. Corresponde a la Corte establecer si al disponer la expresión demandada que los padres de hijos extramatrimoniales podrán nombrar tutor o curador a éstos mediante testamento si aquellos viven juntos y que en caso contrario sólo podrá hacerlo el padre que tenga a su cuidado el hijo, quebranta los principios de igualdad, de protección a la familia y de protección prevalente de los niños.

Para tal efecto hará unas consideraciones sobre el principio de igualdad y sobre la protección a la familia en la Constitución y a continuación examinará los cargos formulados.

### Principio de igualdad

3. El punto de partida del análisis del principio de igualdad es la fórmula clásica, de inspiración aristotélica, según la cual “hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual”<sup>1</sup>.

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 13 de la Constitución Política, todas las personas nacen iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Agrega la misma norma que el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados, protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se

encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

El precepto de igualdad es reiterado en algunas normas superiores en relación con materias específicas, tales como las confesiones religiosas e iglesias (Art. 19), los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica (Art. 42), la relación de género, masculino y femenino (Art. 43) y las oportunidades para los trabajadores (Art. 53).

En el plano internacional dicho principio es consagrado en tratados ratificados por Colombia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en 1966 (Arts. 2 y 3), aprobado mediante la Ley 74 de 1968, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) suscrita en 1969 (Art. 24), aprobada mediante la Ley 16 de 1972.

De tal mandato se deduce que la regla general es la igualdad entre las personas o grupos de personas y que sólo por excepción puede dárseles un trato desigual, por lo cual cuando la ley o la autoridad política les dispensan un trato igual no tienen carga alguna de argumentación y, por el contrario, cuando les otorgan un trato desigual deben justificar su decisión en forma objetiva y razonable; de no existir tal justificación, el trato desigual será constitucionalmente ilegítimo o inválido y configurará una discriminación.

La Corte Constitucional ha señalado en múltiples ocasiones que la justificación de un trato desigual a las personas por parte del legislador requiere la concurrencia de los siguientes elementos<sup>2</sup> :

- i) La existencia de supuestos de hecho desiguales.
- ii) La existencia de un fin u objetivo del trato desigual, que debe ser válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales,
- iii) Que el medio previsto en la norma legal :
  - sea también válido a la luz de los valores, principios y derechos constitucionales.
  - sea necesario, es decir, que no existan otros medios que no sacrifiquen los valores,

principios o derechos constitucionales o que los sacrifiquen en menor medida.

- sea adecuado o idóneo para la consecución del fin u objetivo.
- sea proporcional en sentido estricto, o sea, que sus beneficios sean superiores a la afectación de los valores, principios o derechos constitucionales.

#### Protección constitucional a la familia

4. Por su importancia primordial en la vida social, el ordenamiento constitucional colombiano, al igual que otros, otorga una protección destacada a la familia.

En tal sentido, el Art. 5º estatuye que el Estado “ampara a la familia como institución básica de la sociedad”, y el Art. 42 establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Esta última disposición agrega que “el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”.

De estos textos se desprende que el estatuto superior distingue entre la familia constituida por vínculos jurídicos y la conformada por vínculos naturales y que a ambas confiere una protección integral y en igualdad de condiciones.

Por otra parte, el Art. 13 de la Constitución establece que todas las personas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón de origen familiar, entre otras razones, y el mismo Art. 42 citado preceptúa que los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.

Sobre este tema la Corte Constitucional ha expresado:

“Por consiguiente, no puede el legislador expedir normas que consagren un trato diferenciado en cuanto a los derechos y deberes de quienes ostentan la condición de cónyuge o de compañero permanente, como tampoco entre los hijos habidos en matrimonio o fuera de él. Al respecto, esta Corporación ha señalado:

“Si la Constitución equiparó los derechos de la familia, sin parar mientes en su origen, y reconoció también los mismos derechos a los hijos “habidos en el matrimonio o fuera de él”, no puede la ley, ni mucho menos la Administración, mantener o favorecer diferencias que consagren regímenes discriminatorios, porque ello significa el quebrantamiento ostensible de la Carta al amparo de criterios éticos e históricos perfectamente superados e injustos.” (Sentencia T-326 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell)

Y en sentencia posterior afirmó:

“El esposo o esposa en el caso del matrimonio y el compañero o compañera permanente, si se trata de unión de hecho, gozan de la misma importancia y de iguales derechos, por lo cual están excluidos los privilegios y las discriminaciones que se originen en el tipo de vínculo contractual.

Todas las prerrogativas, ventajas o prestaciones y también las cargas y responsabilidades que el sistema jurídico establezca a favor de las personas unidas en matrimonio son aplicables, en pie de igualdad, a las que conviven sin necesidad de dicho vínculo formal. De lo contrario, al generar distinciones que la preceptiva constitucional no justifica, se desconoce la norma que equipara las dos formas de unión y se quebranta el principio de igualdad ante la ley que prescribe el mismo trato a situaciones idénticas.” (Sentencia T- 553 de 1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo)”<sup>3</sup>.

En anterior oportunidad había señalado:

“12. Finalmente, la Corte estima necesario hacer algunas consideraciones en relación con la constitucionalidad de los numerales 2° y 3° del artículo 537 del Código Civil. Aunque los cargos aducidos en la demanda no se refieren a las expresiones “naturales” y “legítimos” contenidas en la norma, esta Corporación encuentra que ellas desconocen los artículos 13 y 42 superiores, como pasa a indicarse.

“En efecto, el artículo en comento señala a quiénes puede deferir el juez la curaduría legítima del pródigo o disipador. Al hacerlo incluye, en el numeral 2° a “los ascendientes o padres naturales. La calificación “naturales”, parece dar a entender que si se trata de disipadores hijos de una familia que no se funda en el matrimonio, la curaduría podrá deferirse a los padres del pródigo, más no a sus demás ascendientes; al paso que tratándose de



dilapidadores hijos de una familia fundada en el matrimonio, su curaduría puede ser deferida a cualquiera de sus ascendientes. Adicionalmente, el referido numeral indica que “los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo”, mas no dice lo mismo respecto de los demás padres, esto es, de los que no se consideran “naturales”.

“Así entendida, la norma resulta discriminatoria, pues trata desigualmente a los hijos habidos dentro del matrimonio frente a los habidos por fuera de él, y a los padres unidos por vínculo matrimonial frente a los que no mantienen este tipo de unión. Por esa razón, la expresión : “padres naturales ; los padres naturales casados no podrán ejercer este cargo ;” será retirada del ordenamiento jurídico.

“En lo que toca con el numeral 3°, la Corte advierte que contiene una norma según la cual la curaduría puede deferirse a los colaterales del disipador, hasta el cuarto grado, siempre y cuando el parentesco provenga de una relación familiar fundada en el matrimonio. Si se trata en cambio, de disipadores hijos de familias no matrimoniales, su curaduría sólo puede ser deferida a sus hermanos. De esta manera, el numeral bajo examen nuevamente resulta discriminatorio, por lo cual las expresiones “legítimos” y “o a los hermanos naturales”, se declararán inexecutable.

“En sustento de estas determinaciones la Corte recuerda que la Constitución reconoce en un pie de igualdad a la familia constituida por vínculos jurídicos, esto es la que procede del matrimonio, como a la familia llamada natural, esto es, la constituida por fuera de él. Es este el único sentido en el cual puede entenderse el artículo 42 superior, cuando afirma que “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Por ello las diferencias introducidas por la ley con fundamento en la diversa manera de conformar la familia, desconocen la Constitución. Siendo igualmente válido cualquier tipo de familia, las diferencias de trato resultan discriminatorias”.<sup>4</sup>

Por su parte, los citados Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran la protección de la familia en sus Arts. 23 y 17, respectivamente.

Examen de los cargos formulados

5. El demandante considera que el aparte demandado contenido en el Art. 449 del Código Civil vulnera los principios de igualdad, de protección a la familia y de protección prevalente de los niños, al disponer que los padres de hijos extramatrimoniales “podrán ejercer los derechos concedidos por los artículos precedentes a los padres legítimos”, en el sentido de que podrán nombrar tutor o curador a los hijos mediante testamento, si los primeros viven juntos, y que en caso contrario sólo podrá hacerlo aquel de los padres que tenga a su cuidado el hijo.

Los artículos precedentes al que contiene el segmento impugnado prevén que el padre legítimo puede nombrar tutor por testamento no sólo a los hijos (impúberes, conforme al Art. 431 del mismo código) nacidos, sino al que se halla todavía en el vientre materno, para en caso que nazca vivo (Art. 444). Que puede asimismo nombrar curador por testamento a los menores adultos y a los adultos de cualquier edad que se hallen en estado de demencia o son sordomudos que no entienden ni se dan a entender por escrito (Art. 445) y nombrarlo también para la defensa de los derechos eventuales del hijo que está por nacer (Art. 447).

En estas condiciones, la expresión acusada contempla un trato desigual de los padres de hijos extramatrimoniales, respecto de los padres legítimos, en cuanto exige que, para ser titulares del mencionado derecho, aquellos vivan juntos, lo cual no exige a éstos. Dicho trato se extiende a los hijos respectivos, en la medida en que los matrimoniales tienen en todo caso la posibilidad de contar con un tutor o un curador testamentario, sin necesidad de acudir a un proceso judicial para su otorgamiento, mientras que los extramatrimoniales resultan privados de dicha posibilidad cuando sus padres no viven juntos.

Esto último resulta significativo en el ámbito familiar y social, teniendo en cuenta que la guarda (tutela y curatela) es una institución jurídica que procura asistencia y representación a los incapaces no sometidos a la potestad de los padres y que conforme a lo previsto en el Art. 430 del Código Civil la tutela y las curadurías generales se extienden no sólo a los bienes sino también a la persona de los individuos sometidos a ellas.

Se puede determinar que el texto acusado tiene como fin proteger a la familia legítima, o sea, la constituida por vínculo matrimonial, con exclusión de la familia natural, es decir, la constituida por la voluntad responsable de conformarla. El medio escogido para lograr ese fin es el reconocimiento del citado derecho a los padres de la primera y su negación a los padres

de la segunda, lo cual lógicamente se proyecta sobre la situación de los respectivos hijos.

De acuerdo con lo expuesto en los numerales anteriores de estas consideraciones, tanto el fin como el medio indicados son constitucionalmente ilegítimos, en cuanto son claramente contrarios al derecho de todas las personas a recibir la misma protección y trato de las autoridades y a gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razón del origen familiar, que consagra el Art. 13 superior, y al principio de protección integral e igual para la familia, tanto legítima como natural, que contemplan los Arts. 5º y 42 de la Constitución, garantías éstas que también consagran instrumentos internacionales ratificados por Colombia, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se anotó.

Así mismo, dicho fin y el medio empleado se oponen al mandato del mismo Art. 42 de la Constitución en virtud del cual los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él tienen iguales derechos.

Por tanto, el trato desigual consignado en el aparte acusado carece de una justificación objetiva y razonable y constituye una discriminación que da lugar a su declaración de inexequibilidad.

## VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

### R E S U E L V E:

DECLARAR INEXEQUIBLE la expresión “si viven juntos. En caso contrario ejercerá tales derechos aquel de los padres que tenga a su cuidado el hijo” contenida en el Art. 449 del Código Civil, modificado por el Art. 50 del Decreto ley 2820 de 1974.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Presidente

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

CON ACLARACION DE VOTO

JAIME CORDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

## ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

A LA SENTENCIA C-204 de 2005

Referencia: expediente D-5354

Demanda de inconstitucionalidad contra el Art. 449 (parcial) del Código Civil modificado por el Art. 50 del Decreto ley 2820 de 1974

Demandantes: María Constanza Herrera Rojas y Víctor Orlando Gómez Peña

Magistrado Ponente:

JAIME ARAUJO RENTERIA

En esta oportunidad me limitaré a reiterar lo que he señalado en otras aclaraciones o salvamentos de voto, puesto que no considero pertinente explicar en extenso mi posición sobre lo decidido en la presente sentencia. Basta con señalarla públicamente al votar y firmar la sentencia, y con expresar mi criterio sobre las opiniones disidentes.

A diferencia de lo que sucede en otros países de tradición romano-germánica, en Colombia existe una sólida y saludable tradición de pluralismo en el ejercicio de la magistratura.<sup>5</sup> Esta se refleja en tres aspectos: (i) el voto de los magistrados es conocido y divulgado, usualmente en un comunicado oficial de la Corte, lo cual permite a los ciudadanos conocer la posición de cada magistrado, (ii) las sentencias son firmadas por todos los magistrados, lo cual le permite a cada uno señalar públicamente, debajo de su rúbrica, si aclara o salva el voto, (iii) las deliberaciones constan en un acta accesible al público inmediatamente después de ser aprobada por el Pleno de la Corte donde se recogen los argumentos de cada magistrado, y (iv) a la correspondiente sentencia se deben adjuntar las opiniones disidentes de los magistrados, si las hay, o sea, los salvamentos o aclaraciones de voto. Además, la Secretaria General puede certificar cómo voto cada magistrado, si un interesado así lo solicita.

Estos cuatro aspectos – que constituyen una de las fortalezas de nuestra tradición judicial –

son separables, como lo demuestra el derecho comparado.<sup>6</sup> O sea que es perfectamente posible que un magistrado opte por disentir, pero deponga su interés en criticar la sentencia correspondiente, cultivar el individualismo, hacer gala de su conocimiento o mostrar soluciones alternativas que considera más apropiadas. Todo en aras de contribuir a fortalecer a la institución judicial a la cual pertenece y a que las sentencias fijen el sentido de la Constitución con sólida autoridad.

Habría, por supuesto, casos en que dicha contribución se logre mejor escribiendo una opinión separada, siempre dentro del mayor respeto por la institución. Así lo estimé necesario, por ejemplo, en la sentencia sobre el aborto (C-355 de 2006), la cual compartí enteramente. Escribí una aclaración de voto a dicha sentencia para agregar algunos argumentos fundados en el derecho comparado, con el fin de dar elementos de juicio orientados a impulsar desarrollos futuros en la materia, no para criticar la sentencia.<sup>7</sup> En cambio, en la primera sentencia en la cual participé sobre la igualdad de las parejas del mismo sexo (SU-623 de 2001), escribí un salvamento de voto conjunto para tratar de abrir el camino hacia evoluciones jurisprudenciales encaminadas a proteger a las parejas del mismo sexo, como en efecto sucedió varios años después sobre bases distintas a las que en el 2001 dividieron a la Corte.

Lo mismo hice en temas menos “duros” pero importantes en el contexto colombiano, como la posibilidad de subsanar algunos vicios de procedimiento (C-333 de 2005). Mi orientación anti-formalista me conduce a declarar el vicio pero también a admitir, como lo dice expresamente la Constitución desde 1991, que si se reúnen ciertas condiciones la ley puede ser devuelta para que la falla en el procedimiento pueda ser subsanada. Así sucede ahora frecuentemente con las leyes aprobatorias de tratados públicos. Es que en nuestro contexto hay cuestiones constitucionales de enorme relevancia sobre las cuales cabe anticipar una evolución, lo cual es un aliciente para que la opinión disidente sea escrita, no para atacar a la Corte, sino para sentar bases sólidas que propicien un cambio de jurisprudencia. Ello también ocurrió, por supuesto, antes de la Carta de 1991. Un buen ejemplo de ello es el salvamento de voto del magistrado Luis Sarmiento Buitrago a favor del control material de los decretos declarativos de un estado de excepción durante la vigencia de la Constitución de 1886. Si bien la Corte Suprema de Justicia nunca dio ese paso, en la Constitución de 1991 se plasmaron los fundamentos para que la Corte Constitucional avanzara en esa dirección, como en efecto aconteció.

Fue este espíritu constructivo el que me animó a abstenerme de seguir repitiendo el mismo salvamento de voto (ver, por ejemplo, el que escribí a la T-080 de 2006) a las sentencias de tutela que ordenaban la terminación indiscriminada de cualquier proceso ejecutivo hipotecario denominado en UPAC8. Una vez que la Sala Plena decidió asumir el conocimiento de varias tutelas acumuladas con el fin de unificar la jurisprudencia, dejé de escribir una opinión disidente en las Salas de Revisión en las cuales participé y tampoco lo hice en la sentencia de unificación donde la Corte construyó un enfoque diferente sobre nuevas premisas compartidas por casi todos los magistrados (SU- 813 de 2007).

Ahora bien, las sentencias de la Corte cumplen una misión trascendental consistente en fijar el significado de la Constitución. Por lo tanto, la decisión de escribir una opinión separada o disidente también implica una responsabilidad primordial: articular una crítica útil a la sentencia de la Corte, en especial cuando dicha sentencia puede llegar a constituirse en un precedente. Si una opinión separada o disidente no puede ser orientada en ese sentido, el juez que salve o aclare su voto puede satisfacer sus convicciones jurídicas simplemente anunciado que no está de acuerdo con la Corte.

Frecuentemente se pasa por alto que inclusive en Estados Unidos donde, a diferencia de Europa, existe una larga tradición de admitir las opiniones disidentes, varios magistrados entendieron que, en determinadas circunstancias, tanto la certeza del derecho como la solidez de la Corte aconsejan reducir el disenso y promover la unanimidad. Es bien sabido, por ejemplo, que el jurista Earl Warren trabajó arduamente para conseguir que la sentencia *Brown v. Board of Education* – mediante la cual se puso fin a la segregación racial en los colegios públicos- fuera unánime. Así mismo, John Marshall solo escribió nueve opiniones disidentes en cuarenta y cuatro años de ejercicio de la magistratura, puesto que comprendió que el nacimiento del control constitucional y la consolidación de la Corte investida de la autoridad para decir qué dice la Constitución, requería de una clara cohesión institucional. Por esa misma razón, Marshall aceptó ser magistrado ponente de sentencias con las cuales estaba en desacuerdo.<sup>10</sup>

Además, en este caso el ímpetu de afinar la pluma para criticar la sentencia se ha desvanecido después de tranquilas reflexiones en torno al sentido de las opiniones separadas o disidentes. Estas me han llevado a darme cuenta de que aun los juristas admirados por la claridad, elocuencia, pertinencia y seriedad de sus opiniones disidentes, estimaban que no

tenía sentido insistir, una y otra vez, en escribir de manera individual la posición que expresaron en las deliberaciones y mucho menos las que habían sostenido a lo largo del tiempo. No se debe olvidar que Oliver Wendel Holmes – denominado el gran disidente – sostenía que cuando un magistrado escribe un salvamento o aclaración de voto debe recordar que “esta dando su punto de vista sobre el derecho, no peleando con otro gallo”. Esto llevó en múltiples ocasiones al magistrado Holmes a señalarles a los colegas de la Corte con los cuales compartía una opinión disidente, que debían modificar los términos empleados en el escrito correspondiente para respetar el principio ético de la civilidad en el disentimiento.

No se trata de seguir una regla de consenso, inapropiada en un contexto pluralista y en todo caso superada por la divulgación de los votos de cada magistrado. El objetivo esencial es contribuir a la consolidación de una institución que, como la Corte Constitucional, adopta decisiones que definen el rumbo del país en temas que despiertan enorme sensibilidad, tienen un impacto profundo o están sujetos de manera recurrente a la dura prueba del litigio constitucional.

Entonces, honro esa responsabilidad consustancial a la administración de justicia, que ha de ser tomada en cuenta por el juez constitucional cuando – más allá de hacer pública su posición al advertir que salva o aclara el voto – decide escribir una opinión disidente: la voz individual del magistrado debe contribuir a esclarecer el derecho, en lugar de confundir, y debe inscribirse en el respeto por la majestad de la justicia, en lugar de tratar de deslegitimarla.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1Aristóteles, Política III 9 (1280a): “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales.”

2 Sobre este tema pueden consultarse las Sentencias C-576 de 2004 , M. P. Jaime Araujo



Rentería; C-022 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz y T-230 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, entre otras.

3 Sentencia C-477 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

4 Sentencia C-742 de 1998, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa. En el mismo sentido, C-1033 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño, C-098 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, y C- 105 de 1994, M. P. Jorge Arango Mejía.

5 Desde el siglo XIX los magistrados han podido salvar o aclarar el voto. Sin remontarnos más allá de la vigencia de la Constitución de 1886, cabe resaltar que en la primera sentencia en la cual se juzgó, en control previo, un acto del legislador, se presentaron salvamentos de votos.

6 En efecto, en Francia están prohibidas las opiniones disidentes en el Consejo Constitucional, pero las actas de sus deliberaciones son públicas, varias décadas después de su aprobación. En Estados Unidos están permitidas las opiniones disidentes, pero no existen actas de las deliberaciones. Mucho de la evolución del pensamiento de la Corte estadounidense queda consignado por escrito en los memorandos y notas oficiales que se cruzan los magistrados, los cuales son públicos también después de varias décadas. En Alemania, después de un complejo y extenso proceso, se pasó de la interdicción de las opiniones disidentes a su admisión. Ello sucedió a raíz del famoso caso Spiegel, resuelto en 1966, en el cual los magistrados se dividieron 4 contra 4. Ante la ausencia de mayoría por la inconstitucionalidad, el acto controvertido en dicho caso se consideró convalidado. Para entonces, las opiniones disidentes no estaban permitidas. Entonces, la Corte Constitucional alemana optó por publicar las dos opiniones enfrentadas como parte de la sentencia misma, sin divulgar los nombres de los magistrados. Ello suscitó un debate sobre si las opiniones disidentes deberían ser permitidas. En 1968 se llevó a cabo un debate apasionado al respecto en el Congreso de Derecho, organizado por la asociación de juristas. Luego de una votación, los juristas se inclinaron a favor de permitir las aclaraciones y salvamentos de voto, a pesar de que los magistrados que integraban las cinco altas cortes alemanas votaron en contra (158 contra 65). En 1970, el Parlamento modificó la Ley Orgánica de la Corte Constitucional Federal alemana para permitir las opiniones disidentes.

7 Inclusive respecto de estas cuestiones tan álgidas, algunos magistrados han preferido

abstenerse de hacer públicas las razones de su posición. En Alemania, en la primera sentencia sobre el aborto, dos magistrados escribieron sus opiniones disidentes. Por eso, se cree que la votación fue 6 contra 2. No obstante, en realidad fue una sentencia 5 contra 3, ya que uno de los magistrados de la minoría decidió no escribir un salvamento de voto.

8 Los puntos de mi disenso se originaron en que a mi juicio la tutela no debía ser concedida sin verificar si el interesado había solicitado la terminación del proceso, si el inmueble estaba efectivamente destinado a vivienda, si el deudor había aceptado la reliquidación del crédito o si el inmueble ya había sido adjudicado a una familia que lo adquirió de buena fe para vivir en él

9 Roscoe Pound. *Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent*. 39 A.B.A.J. (1953), 794.

10 El justicia Antonin Scalia, un vigoroso disidente en la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, critica esta actitud en un ensayo sobre la opinión disidente. Ver *The Dissenting Opinion*. 1994 J. Sup. Ct. Hist. 33.