

Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho*

Equality, reasonableness and gender in the process of constitutionalization and internationalization of law

Igualdade, razoabilidade e gênero nos processos de constitucionalização e internacionalização do direito

MANUEL FERNANDO QUINCHE RAMÍREZ**

Universidad del Rosario

ANGÉLICA ARMENTA ARIZA***

Universidad Los Libertadores

FECHA DE RECEPCIÓN: 13 DE JUNIO DE 2012 • FECHA DE APROBACIÓN: 18 DE SEPTIEMBRE DE 2012

RESUMEN

Los temas de este escrito son la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género en la dinámica de dos procesos sucesivos y convergentes: el de la constitucionalización del derecho legal y el de la internacionalización del derecho constitucional. La tesis del texto es que, ante el incumplimiento de las obligaciones de regulación, garantía y protección de los derechos de género, la mejor opción ha sido la del fortalecimiento del derecho judicial, el que ha permitido la producción de reglas de protección, la adopción de metodologías y técnicas contemporáneas de interpretación y adjudicación del derecho, así como la solución de los déficits de protección, desde los mencionados procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho local.

Palabras clave: género, sexo, regulación, razonabilidad, test de razonabilidad, internacionalización del derecho, Corte Constitucional.

* Artículo desarrollado en el marco del proyecto de investigación “Derecho a la igualdad y test de igualdad: su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, del Grupo de Investigaciones en Derecho y Política de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Fundación Universitaria Los Libertadores.

** Magíster en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Correo electrónico: manuef.quinche@urosario.edu.co

*** Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Libre. Profesora de Derecho Constitucional y directora del Área de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad Los Libertadores. Correo electrónico: amarmentaa@ulibertadores.edu.co

ABSTRACT

The themes of this paper are equality, reasonableness and gender rights in the dynamics of two sequential and convergent processes: the constitutionalization of judicial law, and the internationalization of constitutional law. The thesis of this paper is that in the face of non-compliance of the obligation to regulate, guarantee and protect gender rights, the best option has been to strengthen judicial law, which has enabled the development of rules for protection, the adoption of contemporary methods of interpretation and adjudication of the law, as well as the resolution of shortfalls in protection based on said processes of the constitutionalization and internationalization of local law.

Key words: gender, sex, regulation, reasonableness, reasonableness test, internationalization of law, Constitutional Court.

RESUMO

Os temas deste artigo são a igualdade, a razoabilidade e os direitos de gênero, na dinâmica de dois processos sucessivos e convergentes: a constitucionalização do direito legal, e a internacionalização do direito constitucional. A tese do texto é que ante o descumprimento das obrigações de regulação, garantia e proteção dos direitos de gênero, a melhor opção tem sido o fortalecimento do direito judicial, o que tem permitido a produção de regras de proteção, a adoção de metodologias e técnicas contemporâneas de interpretação e adjudicação do direito, assim como a solução dos déficits de proteção, desde os mencionados processos de constitucionalização e internacionalização do direito local.

Palavras chave: gênero, sexo, regulação, razoabilidade, teste de razoabilidade, internacionalização do direito, Corte Constitucional.

Para citar este artículo: Quinche Ramírez, Manuel Fernando & Armenta Ariza, Angélica, "Igualdad, razonabilidad y género en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2012, 14, (2), pp. 37-70.

Introducción

Este artículo trabaja los temas de la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género en la dinámica de dos procesos sucesivos y convergentes: el de constitucionalización del derecho legal y el de internacionalización del derecho constitucional. Si bien las protecciones que se vienen dando en Colombia por vía judicial han sido limitadas a la población homosexual, son también extensibles en la perspectiva de género, pues, como lo acaba de afirmar la Corte Constitucional, nada obsta “para que si las transformaciones operadas en el ordenamiento jurídico llegan a conferirle, de manera precisa e inequívoca, más amplias connotaciones a la expresión ‘parejas del mismo sexo’, lo que aquí se considere respecto de los homosexuales pudiera entenderse también referido a los nuevos supuestos cobijados por el contenido ampliado de la aludida expresión”.¹

La tesis del texto es que, ante el incumplimiento de las obligaciones de regulación, garantía y protección de los derechos de género, la mejor opción ha sido la del fortalecimiento del derecho judicial, el que ha permitido la producción de reglas de protección, la adopción de metodologías y técnicas contemporáneas de interpretación y adjudicación del derecho, así como la solución de los déficits de protección, desde procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho local.

Para el desarrollo de los temas y la defensa de la tesis, se procederá de la siguiente manera: en primer lugar, se hace una presentación general de los elementos estructurales del derecho a la igualdad en dos dimensiones: en el plano general de la igualdad como regla, principio y valor; y en el plano específico del derecho a la igualdad en la Constitución de 1991. En segundo término, se desarrolla una sección de carácter interpretativo-metodológico que trabaja la razonabilidad y la igualdad en relación con los derechos de género articulados por la jurisprudencia constitucional, desde el hecho concreto del incumplimiento de las obligaciones de regulación y garantía sobre esos derechos. El texto finaliza analizando los temas de las secciones anteriores (la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género) dentro

¹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577 de 2011*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, consideración jurídica N° 3.1.

de los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho que vienen aconteciendo tanto en Colombia como en Latinoamérica.

Finalmente, se precisa que se habla aquí de derechos de género y no de derechos sexuales, en el sentido de involucrar, en una acepción amplia, los derechos, las garantías y las protecciones, no desde las diferencias biológicamente dadas a los seres humanos, sino desde la significación culturalmente asignada a esas diferencias biológicas.²

Sobre el punto, es necesario hacer una anotación específica. El sistema jurídico colombiano ha sido históricamente clerical, habiendo atenuado en parte ese acento tan solo desde la expedición de la Carta de 1991. De esta manera y bajo el modelo naturalista cristiano, los conceptos de sexo y género son, en últimas, lo mismo, siendo además establecidos como destino de las personas y de la sociedad a la que pertenecen. Dentro de esa comprensión, la asignación biológica del acontecimiento del sexo masculino o femenino establecía de plano la función de los roles, el desempeño social de estos y los derechos de las personas según su sexo.

De acuerdo con Lina Céspedes, “las versiones clásicas de los estudios feministas poco ahondaron en la relación entre sexo y género, razón por la cual derivaron en una postura que predicaba que el sexo era un producto de la naturaleza, mientras que el género lo era de la cultura, por ende, el género era un constructo cultural del sexo”.³ Según la autora, esta postura significó un gran progreso, en la medida en que permitió visualizar dos asuntos: que la discriminación existente entre hombres y mujeres dependía de la cultura y no del sexo; y que formas diversas de orientaciones sexuales, como la intersexualidad y el transexualismo, también podían ser objeto de discriminación. Ahora bien, dentro de esa perspectiva, resulta útil mostrar la manera reciente como los jueces involucran la defensa de los derechos de género contra la discriminación.

² Jaramillo, Isabel, “La crítica feminista del derecho”, en West, Robin, *Género y teoría del derecho*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre, Bogotá, 2004, p. 29.

³ Céspedes, Lina, “¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 12, (1), Universidad del Rosario, Bogotá, junio de 2012, p. 402.

1. El derecho a la igualdad. Componentes, contenidos y escenarios

La igualdad es uno de los derechos más importantes y antiguos del sistema jurídico. Su positivización coincide con la de las cartas de derechos de la modernidad, siendo desde allí extendida sucesivamente a las constituciones políticas de los países que obtenían su independencia, entre ellos los latinoamericanos.

La presentación del derecho a la igualdad es objeto de diversos enfoques y clasificaciones. Suele ser presentada junto con el principio de dignidad de la persona humana y se la desarrolla en el derecho internacional de los derechos humanos en tres direcciones:⁴ como la igualdad formal ante la ley de toda persona, como el derecho a protección igual ante la ley y como la prohibición de trato discriminado.

Gregorio Peces presenta el principio de igualdad como fundamento, en relación concurrente con los principios de libertad, solidaridad y seguridad jurídica, y desde allí la igualdad “consiste en concretar los criterios materiales para llevar a cabo el valor solidaridad, en crear las condiciones materiales para una libertad posible para todos, y en contribuir a la seguridad con satisfacción de necesidades a quien no puede hacerlo por su propio esfuerzo”.⁵ Dentro de esa comprensión, diferencia entre dos tipos de igualdad: en primer lugar, la igualdad formal o igualdad ante la ley, que se despliega en tres dimensiones: igualdad como generalización (sociedad de ciudadanos sin privilegios entre ellos), igualdad procesal e igualdad de trato formal; y, en segundo término, la igualdad material, relacionada con la consideración de las circunstancias específicas que le permiten o le impiden a los individuos su realización.

En el Sistema Interamericano, este principio fue dispuesto específicamente en los artículos 1.1 y 24 de la Convención, y, de conformidad con la Corte Interamericana y la evolución del derecho internacional, ha ingresado al dominio del *iuscogens*. Respecto de su alcance normativo,

⁴ Villán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2006, p. 96.

⁵ Peces, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 181.

la Corte reitera que, mientras la obligación general del artículo 1.1 se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar “sin discriminación” los derechos contenidos en la Convención Americana, el artículo 24 protege el derecho a “igual protección de la ley”. (...) En otras palabras, si un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, incumpliría la obligación establecida en el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si, por el contrario, la discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna o su aplicación, el hecho debe analizarse a la luz del artículo 24 de la Convención Americana.⁶

Para el caso colombiano, lo que se tiene en la actualidad es la renovada inclusión de un derecho que fue suprimido normativamente durante 105 años, que, tras su nuevo establecimiento en la Carta de 1991 y los desarrollos del Tribunal Constitucional, ha resultado decisivo en la lucha por los derechos de las minorías en Colombia.

1.1. Contenidos de la igualdad. La igualdad como regla, principio y valor

En sentido *formal*, el derecho a la igualdad fue incluido en la mayoría de las constituciones políticas de Colombia. De esta manera, la primera Constitución Nacional, la de 1821, señalaba en el artículo 3º, título I, sección 1, que era un deber de la nación proteger mediante leyes sabias y equitativas la igualdad de los colombianos; en igual sentido, la Constitución de la Nueva Granada de 1843 fijaba este derecho en el artículo 10, tal y como lo haría años más tarde el famoso artículo 15 de la Constitución Federal de 1963. Esa tradición formal de inclusión de la igualdad sería interrumpida con la represiva Constitución de 1886, que no incluiría ese derecho, dejándolo en manos de los ínfimos niveles de protección dispuestos por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

La vigencia de la Carta de 1991 y el trabajo del Tribunal Constitucional redimensionaron el papel del derecho a la igualdad en Colombia, dando cabida a su consideración *material*, principalmente desde la llegada al país de la lectura de Robert Alexy. En este sentido, la Corte Constitucional asimiló para el derecho a la igualdad la tesis según la cual los enunciados con

⁶ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas contra Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, N° 239, párr. 82.

estructura de derecho fundamental son a la vez regla, principio jurídico y valor constitucional.⁷

En tanto regla, el derecho a la igualdad fijado en el artículo 13 de la Constitución fue toda una novedad en el sistema, al establecer tres reglas específicas de aplicación y exigibilidad inmediata: la regla de prohibición de trato discriminado, según la cual “todas las personas recibirán la misma protección y trato y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación (...)”; el mandato de promoción de igualdad real y efectiva, que establece la regla de autorización de trato discriminado, a favor de grupos discriminados o marginados (mujeres, afrocolombianos, indígenas, minorías sexuales, etc.); y, en tercer término, el mandato de protección de personas en circunstancia de debilidad manifiesta, que establece también la regla de autorización de trato discriminado a favor de personas como los discapacitados, las víctimas, los desplazados o aquellas que se encuentran en condiciones de pobreza. De esta manera, se incluían en el país por primera vez las medidas de discriminación afirmativa, en lo que constituyó otra “puesta al día” del sistema nacional.

Una segunda reconfiguración del derecho a la igualdad consistió en su asunción como principio jurídico y, más precisamente, como principio constitucional. Cuando se precisa que la igualdad es un principio constitucional, se hace alusión a que esta se constituye o se erige como una fórmula real de solución en los casos complejos,⁸ en los que el supuesto regulador de las reglas legales no brinda soluciones, o, en caso de brindarlas, resultan insuficientes, contradictorias o antinómicas. Sea del caso señalar, además, que las circunstancias actuales del derecho y su complejidad hacen cada vez más que le sea atribuida mayor fuerza a los principios dentro del ordenamiento, de modo tal que los principios entren a resolver problemas jurídicos concretos, bien sea por la vía de la ponderación o por la aplicación directa de estos, como viene ocurriendo en el caso de la objeción de conciencia en el servicio militar obligatorio.⁹

⁷ Acerca de este punto, la Sentencia C-530 de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, es emblemática.

⁸ Ruiz, Juan, “Principios jurídicos”, en *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 151.

⁹ Por vía de control abstracto, ver la Sentencia C-728 de 2009, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y, como aplicación en control concreto, la Sentencia T-018 de 2012, M. P. Luis Ernesto Vargas.

La igualdad como valor es anunciada desde el preámbulo de la Constitución, erigiéndose en criterio interpretativo obligatorio para los jueces y los usuarios del sistema jurídico. Esta nueva condición es también una novedad en Colombia, donde la adjudicación del derecho ha acontecido de un modo preferentemente mecánico.

Finalmente y en tanto derecho fundamental, la igualdad, así como los otros derechos fundamentales, se erige en una limitación legítima de los poderes públicos. De esta forma, el legislativo tan solo podrá establecer limitaciones que respeten su núcleo esencial, y que sean razonables y proporcionadas; el ejecutivo estará obligado a la implementación y desarrollo de las políticas públicas en cumplimiento de la regla de igualdad; mientras que los jueces tendrán que hacer efectivas las reglas de prohibición de diferencias de trato no justificadas,¹⁰ asegurando la igualdad de concurrencia y la igualdad de oportunidades, tan relacionadas con la realización de los valores de la democracia.

1.2. *La igualdad en la Constitución de 1991*

El artículo 13 de la Constitución Política que establece el derecho a la igualdad comienza enunciando el principio según el cual “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley”. Si bien de esta manera se entronizaba como punto de partida la dimensión puramente formal de la igualdad, bien pronto la Corte Constitucional precisaría que no es que haya una igualdad de todos con respecto a todas las posiciones, puesto que ello afectaría el carácter funcional del ordenamiento, sino que es necesario dar lugar a la igualdad real o aplicada, que centra su acción en las reglas que prohíben o permiten el trato discriminado, bajo el entendido de que no pueden ser aceptadas diferencias de trato que sean arbitrarias o que no estén justificadas racionalmente, dentro de una prohibición que va especialmente dirigida a todos los poderes públicos.¹¹

Tras la formulación de la igualdad formal, el artículo 13 introduce la regla de prohibición de trato discriminado, que establece la igualdad en el contenido o la igualdad material, que, de acuerdo con la Corte Constitu-

¹⁰ Garrido, María Isabel, *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 81.

¹¹ *Ibíd.*, p. 89.

cional, da lugar a tres situaciones: al derecho a *trato igualitario*, partiendo de la base que formalmente somos iguales pero materialmente no; el derecho a *ser tratado como igual y a no aceptar diferencia de trato*, y, en el evento de darse, estas deben estar justificadas constitucionalmente por hacer parte de un grupo especial de protección constitucional, como es el caso de las mujeres, niños, personas de la tercera edad, discapacitados, indígenas, afrocolombianos;¹² y, finalmente, la prohibición de discriminar usando *categorías sospechosas*, como son sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, las que, por su nivel de permanente e histórica discriminación, han sido identificadas por la comunidad internacional como generadoras de discriminación.

Dentro del mismo artículo, es luego enunciado el deber de promoción de la igualdad, en la idea de lograr que esta sea real y efectiva. Este deber está radicado en cabeza del Estado, quien es el primer llamado a cumplir y respetar este derecho, y a realizar de modo permanente su promoción por parte de todas las instituciones públicas y no solo por el sistema judicial. Dicho deber impone la adopción de medidas en favor de grupos discriminados o marginados, tema desarrollado bajo el concepto de acciones afirmativas. Por último, el artículo prevé que el Estado debe “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en condiciones de debilidad manifiesta”, disponiendo así la especial protección de personas en condición de discapacidad, vulnerabilidad o pobreza. En este sentido, valga reiterar que “la igualdad no es absoluta, sino que implica ausencia de discriminaciones fundadas en criterios de relevancia prohibidos positivamente. Razón por la que en las normas jurídicas generales pueden haber desigualdades que tengan como finalidad ayudar a las personas desfavorecidas”.¹³

Ahora bien, la descripción de los contenidos del derecho a la igualdad ha remitido a las reglas de prohibición de trato discriminado, así como a las reglas de autorización del trato discriminado en el caso de las medidas de acción afirmativa o de discriminación inversa. Sin embargo, en tal contexto, surgen inmediatamente varios interrogantes: ¿cuáles son los casos, las situaciones o los eventos que ameritan trato desigual entre lo que inicialmente

¹² Ver, entre otras, las sentencias T-1090 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, y 268A de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, consideración jurídica N° 2.1.

¹³ Garrido, *La igualdad en el contenido...*, óp. cit., p. 90.

debe ser tratado como igual?, ¿cuáles son los criterios que deben ser usados para saber si se está en presencia de una diferencia de trato justificada? Para dar respuesta a esas preguntas, los sistemas actuales apelan al criterio de *razonabilidad*, de acuerdo con el cual “la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y tal justificación debe apreciarse mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato”,¹⁴ sin perder de vista que la igualdad tiene como fin tanto el logro y disfrute de los derechos humanos como la realización de las personas en una sociedad democrática, de modo tal que la satisfacción de la igualdad posibilita el disfrute de los otros derechos reconocidos por el sistema, como puede ser evidenciado a partir de la subida de los estándares de protección de las parejas del mismo sexo, como viene aconteciendo de modo creciente en América Latina.

2. La razonabilidad y la proporcionalidad en los derechos de género en el sistema colombiano

En esta sección, confluyen como asuntos centrales los derechos de género en el sistema colombiano, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la aplicación de la razonabilidad en esos asuntos. El hecho problemático es que el Estado colombiano ha incumplido históricamente las obligaciones de regulación y garantía relacionadas con los derechos de género. En este sentido, el Congreso de la República se ha abstenido de regular y proteger los derechos de las parejas del mismo sexo y los derechos de la población LGTBI, hasta entronizar un *déficit de protección constitucional*¹⁵ que ha sido paliado en parte por vía judicial. Desde la anterior perspectiva, esta sección reconstruye la línea de protección constitucional articulada a partir de la

¹⁴ Bilbao Ubillos, J. M. & Rey, F., “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2003, p. 108.

¹⁵ La expresión “déficit de protección constitucional” es de uso técnico y constituye el eje del sistema de reglas articulado por la Corte Constitucional colombiana alrededor de los derechos de género.

aplicación de la razonabilidad sobre esos derechos, a la vez que se reivindica la labor del juez realizador de los principios y valores democráticos.

2.1. *Las obligaciones del Estado colombiano frente a los derechos de las personas*

Respecto de la igualdad y los derechos de género, hay una pregunta que Colombia y numerosos Estados latinoamericanos se han negado a formular, responder y cumplir: ¿cuáles son las obligaciones de los Estados frente a tales derechos? Históricamente, dichos Estados han considerado que tan solo tienen deberes negativos o de abstención, es decir que bastaría con afectar los derechos de las personas para que se entendieran satisfechas las obligaciones nacionales o internacionales frente a estos. En sentido contrario, Víctor Abramovich y Christian Courtis, siguiendo las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, señalan que todo derecho debe ser considerado como un complejo de obligaciones positivas y negativas del que se derivan cuatro obligaciones específicas:¹⁶ obligaciones negativas o de abstención, obligaciones positivas de prestación, obligaciones de regulación y obligaciones de garantía. Para el caso específico de la igualdad y los derechos de género, el Estado ha incumplido las cuatro obligaciones, pero muy especialmente los deberes de regulación, lo que ha obligado a que los jueces mediante reglas judiciales prevengan de la mejor manera posible las declaratorias de responsabilidad que puedan sobrevenir contra el Estado colombiano por su incumplimiento.

A continuación, se describen las cuatro obligaciones, acentuando los deberes de regulación, para luego mostrar, desde la razonabilidad, la forma como los jueces constitucionales tratan de evitar la violación de los derechos y las declaratorias de responsabilidad en contra del Estado colombiano.

2.1.1. *Obligaciones negativas o de abstención*

Estas implican que el Estado y sus agentes no pueden afectar ni introducirse en la órbita de mis derechos. A lo sumo, el Estado puede *limitar* mis

¹⁶ Abramovich, Víctor & Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 26 y 27.

derechos, pero no puede hacerlo libremente, pues tan solo son admisibles las limitaciones razonables y proporcionadas, que sean respetuosas de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales.¹⁷ Las obligaciones negativas implican que el Estado no puede vulnerar mis derechos por sí mismo, por la acción de sus agentes o a través de particulares. De este modo, el Estado no puede practicar la discriminación por sexo, no debe impedir que los homosexuales conformen una familia, no puede practicar el homicidio selectivo, desaparecer las personas o hacer persecución judicial a los opositores políticos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos fija estas obligaciones en el artículo 1º, estableciendo: “1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

2.1.2. *Obligaciones positivas o de prestación*

No basta con que el Estado se abstenga de vulnerar los derechos de las personas. Es necesario, además, que facilite y propicie la realización y el goce de sus derechos. Dentro de esta línea, el Estado tiene que satisfacer las necesidades de acceso a la salud, la educación, el trabajo y la vivienda de las mujeres y la población LGTBI, mediante accesos directos o mediante la articulación de políticas públicas eficaces. El Estado debe también evitar que terceros vulneren o impidan, a través de su acción, el ejercicio del derecho. Se trata de un deber de contenido positivo. Así, el Estado debe perseguir y contrarrestar la discriminación, la homofobia, los monopolios sobre las medicinas o el paramilitarismo, que victimiza los segmentos más vulnerables de la población, como mujeres, niños y pobres. Estas obligaciones también están consignadas en la Convención Americana: “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y

¹⁷ Este punto es claro e indiscutible. Ver por vía de ejemplo, las sentencias T-1073 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, y T-111 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño, que declararon la inexecutable del establecimiento de los “muros de la infamia”, justamente por ser medidas inadecuadas y desproporcionadas.

libertades mencionados en el artículo 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

2.1.3. *Obligaciones de regulación*

En lo que tiene que ver con los derechos de género y la igualdad, el Estado colombiano permanece en situación de violación permanente de esos derechos. Estas obligaciones implican que el Estado tiene que regular los derechos, completando su contenido y permitiendo su realización por medio de normas jurídicas. Esto es muy importante en sistemas jurídicos como los latinoamericanos, donde el contenido de los derechos ha sido abandonado a la actividad del legislador. Aquí es necesario precisar que se trata de una obligación positiva, encaminada a lograr la efectivización del derecho por medio de normas y no a impedir su realización, con regulaciones que hagan nugatorio su contenido. Las obligaciones de regulación sobre los derechos de la población LGTBI¹⁸ vienen siendo satisfechas de modo creciente en países como Argentina, Brasil y México, mientras que, en Colombia, tanto el Congreso como la Presidencia de la República se niegan sistemáticamente a cumplir los deberes de regulación, lo que ha obligado a los jueces constitucionales a suplir, mediante fallos de control abstracto y de control concreto, el déficit de regulación y de protección. Para el efecto, la Corte Constitucional ha estructurado el cargo de inconstitucionalidad por omisión legislativa: “El legislador incurre en omisión legislativa relativa cuando ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional; o cuando dicha insuficiencia de regulación (omisión de una condición o un ingrediente que de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella) o incompleta reglamentación, conduce a la violación del derecho a la igualdad”.¹⁹

¹⁸ Esta población corresponde a las lesbianas, gais, transexuales, bisexuales e intersexuales.

¹⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-209 de 2007*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, consideración jurídica N° 2.

2.1.4. *Obligaciones de garantía o de satisfacción*

Finalmente, el Estado tiene que asegurar el cumplimiento y el goce de los derechos que ha reconocido, mediante la implementación de mecanismos judiciales o administrativos que puedan usar las personas, a efectos de preservar la integridad de sus derechos o su restitución. En sentido general, las obligaciones de garantía deberían quedar satisfechas mediante el ejercicio de las acciones legales o de código (la acción penal, las acciones civiles, la acción disciplinaria, etc.). No obstante, la experiencia indica la baja eficacia de esos instrumentos, razón por la cual ha tenido que apelarse a las acciones constitucionales (principalmente las de inconstitucionalidad, tutela y populares), así como a la construcción de derechos concretos, como el de tutela judicial efectiva, o el recurso judicial efectivo,²⁰ como modalidad de las garantías judiciales establecidas en el artículo 25 de la Convención Americana.

2.2. *La razonabilidad como criterio de evaluación y como instrumento de protección de los derechos de género*

Aquí es necesario registrar una integración y un desplazamiento acontecido alrededor de las técnicas de interpretación y adjudicación del derecho, de modo tal que se dio cabida al principio de proporcionalidad como criterio y al test de razonabilidad como metodología adecuada para la evaluación de las intervenciones del legislador sobre los derechos, y, con ellos, para sus intervenciones en materia de igualdad. En esta sección, se verá la manera como la razonabilidad fue introducida tras la expedición de la Constitución de 1991 como técnica de interpretación y adjudicación del derecho (i), y el modo específico de adopción y aplicación del test de igualdad, especialmente en problemas relacionados con los derechos de género (ii).

²⁰ La Corte Interamericana ha definido el recurso judicial efectivo como “aquel capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido” (*Caso Castañeda Gutman contra México*, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, N° 184, párr. 118).

2.2.1. *La introducción de la razonabilidad por la doctrina, el derecho judicial y el derecho legislado*

El punto es que, bajo el dominio del Código Civil durante los siglos XIX y XX, el escaso tratamiento de los derechos fundamentales y del derecho a la igualdad estuvo signado por las primitivas técnicas de interpretación y de adjudicación del derecho, que tomaron como único punto de referencia el normativo. En esta medida y bajo el supuesto de que el derecho comenzaba y terminaba únicamente en las normas, la totalidad de los casos corrientes y de constitucionalidad fueron resueltos desde los moldes tradicionales de los métodos literal o gramatical, extraídos de los artículos 27 a 29 del Código Civil; el método originalista o histórico; el método finalístico o teleológico; y el método sistemático, descrito en el artículo 30 del Código Civil. Las consecuencias de la utilización de tales técnicas son obvias y además operaron en el simple plano de la legalización de los derechos: un bajísimo estándar de protección sobre estos, el silencio total alrededor de los derechos fundamentales y el marginamiento del derecho a la igualdad, como lo evidencian las investigaciones de Manuel Cepeda.²¹

La adopción de ese modelo restrictivo resulta entendible en el panorama de un derecho bastante circular y doméstico. De esta manera, se cerraba el círculo alrededor de un derecho simplemente legal, que tuvo como paradigma al Código, que pensaba siempre en el autor de la norma y no en los usuarios o sus destinatarios, y que, sobre todo, hizo que los usuarios históricos de esas técnicas (jueces, magistrados y funcionarios de toda clase), al igual que sus “enseñadores”, vivieran y actuaran de espaldas a los adelantos del sistema jurídico mundial, con una soberbia local que ha costado bastante trabajo remover.

Frente a ese estado de cosas, la Constitución de 1991 y su Tribunal Constitucional materializaron la oportunidad de “poner al día”, con los progresos de la ciencia jurídica, al sistema jurídico colombiano. De esta forma y de un modo bastante tímido y criticado, se dio lugar a la adopción de técnicas contemporáneas, como el precedente, la ponderación, la solución de casos desde los principios jurídicos y la razonabilidad.

²¹ Cepeda, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992, pp. 59-106.

Respecto del precedente como técnica de interpretación y adjudicación del derecho, debe decirse que precedentes en el pasado siempre hubo, solo que muy pocos los conocían y usaban, y que no eran un criterio decidido para la solución de casos, sino simplemente “secundario”. Con la llegada de metodologías norteamericanas y del derecho británico, fueron introducidos algunos elementos dogmáticos en el tratamiento del precedente, hasta entender que los pleitos difíciles, especialmente los de derecho constitucional, no se resuelven necesariamente desde normas, sino desde lo dispuesto en un fallo anterior, que le sirve de precedente. De esta manera, se dio cabida a la técnica y, sobre todo, a la obligatoriedad del precedente, matizada ahora por el uso de expresiones como las de precedente vertical, precedente horizontal, cambio de jurisprudencia, regla de la decisión, etc., dándose nacimiento, además, por primera vez en Colombia, a un derecho, al derecho fundamental de la igualdad de trato jurídico, históricamente pisoteado en el país y muy necesitado de desarrollo.

En segundo lugar, se dio ingreso a la ponderación, entendida como una técnica que permite solucionar los casos de colisión entre principios. Ella consiste “en una estructura que está compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios en colisión, para así establecer cuál de ellos debe determinar la solución del caso concreto”.²² La ponderación es también determinante en la solución de casos difíciles y, sobre todo, sensibiliza alrededor de posiciones jurídicas encontradas. En el modelo normativista, que adopta como instrumento el simple silogismo jurídico y su aplicación mecánica del derecho, basta simplemente el encuadramiento o adecuación de los hechos en las normas, para dar lugar a la adjudicación del derecho a un único titular. En la ponderación, que es una técnica bastante sensata, lo que acontece es la tensión entre dos posiciones de derecho fundamental, en la que ambas posiciones y sus titulares resultan legítimas. Este punto es muy importante, pues, en la experiencia corriente del derecho (por ejemplo, en los casos de género o de interrupción voluntaria del embarazo), el modelo tradicional partía de una única posición legítima (la del modelo religioso del heterosexualismo, o la que daba primacía al feto sin más consideración),

²² Bernal, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa*, (26), Barcelona, 2003, p. 227.

descalificando de plano cualquier otro aspecto. En sentido contrario, con la ponderación, se entiende que ambas posiciones son jurídicas, son legítimas, asistiendo a la decisión del derecho, con sacrificio de una de ellas. Los casos de la Ley de Justicia y Paz o la de interrupción voluntaria del embarazo²³ son dos buenos ejemplos de aplicación de la ponderación en Colombia, imposibles de pensar bajo el modelo de la simple legalidad.

En tercer término y como novedad en el sistema, acontece una recomposición de los principios jurídicos y de su papel en el sistema decisional de los jueces. La cuestión es que, en el modelo formalista de la legalización del derecho, los principios jurídicos son componentes secundarios comprendidos bajo el mote de “principios generales del derecho”, en una denominación heredada del Código Civil y su derecho del siglo XIX, en el que, bajo el influjo de la tradición “romanista”, tan solo se aceptaban como principios jurídicos el de legalidad, el de buena fe y el de autonomía de la voluntad. La cuestión en la actualidad es afortunadamente diversa e inclusiva, en la medida en que, afortunadamente para el derecho, los principios jurídicos son mucho más de lo que establece el Código Civil, como lo evidencia el actual despliegue de los principios del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional.

Valga, finalmente, señalar, que la razonabilidad es hoy una técnica y un criterio extendido en materia de interpretación y aplicación del derecho, especialmente en casos relacionados con la igualdad y los derechos de género, como a continuación se explicita.

2.2.2. Razonabilidad y test de igualdad en la doctrina y la jurisprudencia colombiana

Dentro de la tradición formalista, si se quería saber si una norma era o no violatoria de la Constitución o de un derecho fundamental, en general, se apelaba al criterio de *interdicción de la arbitrariedad*, de acuerdo con el cual, para que un enunciado fuese violatorio de la Constitución, debía ser arbitrario, irracional, hasta “caprichoso”, como lo llegan a plantear algunos

²³ Cepeda, Manuel, “La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional”, en *La ponderación en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 133-185.

administrativistas.²⁴ Fue tan solo con las actividades del Tribunal Constitucional que se consideró la importancia de adoptar criterios claros de evaluación en situaciones de diferencia de trato, para lo cual algunos de los despachos de la Corte comenzaron a utilizar el *test de igualdad* como metodología posible de evaluación.

Hoy se trata de una técnica en proceso de expansión, hasta el punto de ser incluida tanto en normas legales como constitucionales. De esta manera, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) incluye la razonabilidad como criterio obligatorio en la evaluación de la medida de aseguramiento y en la sentencia cuando el fallo es condenatorio. De forma análoga, el proyecto de acto legislativo de reforma a la justicia incluye el criterio del plazo razonable dentro de las normas de descongestión, mientras que el principio de proporcionalidad se introduce de plano en la fijación de las sanciones por pérdida de investidura.²⁵

La razonabilidad como criterio fue introducida lentamente en el sistema colombiano tanto por la vía de la doctrina como por la de su aplicación judicial. Por vía doctrinal, son identificables tres momentos. El momento inicial estaría materializado en un escrito precursor del año 1992 del entonces magistrado Eduardo Cifuentes, quien, al referirse a las nuevas directrices de interpretación relacionadas con los derechos fundamentales, señalaba la existencia de la proporcionalidad y otros principios respecto de los cuales “el juez debe analizar la legitimidad del fin perseguido por el legislador, determinar igualmente la legitimidad del medio para luego establecer si existe una relación de razonabilidad entre el medio utilizado y el fin que se pretende alcanzar”,²⁶ con lo cual se esbozaban los elementos de una metodología concreta para resolver problemas constitucionales. En segundo término, la razonabilidad y el test de igualdad serían luego detenidamente examinados en el año 1996, a instancias de una investigación del Obser-

²⁴ Cassagne, Juan, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, pp. 195-220.

²⁵ Proyecto de Acto Legislativo 07/11 Senado, acumulado con los proyectos de acto legislativo 9/11 Senado, 11/11 Senado, 12/11 Senado, 13/11 Senado y 143/2011 Cámara. “Por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la administración de justicia y se dictan otras disposiciones”. Si bien esta reforma no entró en vigencia pese a haber sido aprobada durante el trámite parlamentario, resulta significativo que constitucionalizara normativamente la razonabilidad y la proporcionalidad.

²⁶ Cifuentes, Eduardo, “Derechos fundamentales e interpretación constitucional”, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Dike, Bogotá, 1994, p. 30.

vatorio de Justicia Constitucional de la Universidad de los Andes, que hizo, para ese año, el balance de la actividad de la Corte Constitucional. Allí, en un texto esclarecedor, César Rodríguez reconstruía la actividad del Tribunal alrededor de la nueva metodología, señalando las influencias norteamericana y europea en la construcción del aparato de aplicación en Colombia. Respecto del test, se decía, que este “debe su nombre al hecho de que funciona como evaluación judicial de la justificación de un acto que presuntamente vulnera el derecho a la igualdad”,²⁷ para luego mostrar las dos clases de test (el de influencia norteamericana y el de influencia europea) en las tres variedades de test, estricto, intermedio y leve. El tercer momento y actual asume una nueva dinámica bajo el influjo de Carlos Bernal, quien, en el año 2005, publica *El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*,²⁸ que contiene un balance crítico de la actividad de la Corte Constitucional sobre el tema. En este texto, el lector podrá encontrar, en primer término, una exposición de los errores metodológicos y sustantivos en los que eventualmente había incurrido la Corte; y, en segundo lugar, una minuciosa presentación de las 23 reglas que deben ser aplicadas por el juez o el intérprete al resolver un caso desde el test de razonabilidad.

Por la vía de la decisión judicial, pueden ser identificadas cuatro etapas de recepción y aplicación del test de razonabilidad. El primer período abarcaría casi 10 años, e iría de 1992 hasta el año 2001, más precisamente hasta la expedición de la Sentencia C-093 de 2001, oportunidad en la que la Corte formula el *juicio integrado de igualdad*, asumido como metodología de balance tras una década de aplicación relativamente difusa. Un segundo momento capital está constituido por la expedición de la Sentencia C-673 de 2001,²⁹ un fallo que, aunque soluciona un problema jurídico de poca monta, le resulta útil a la Corte para hacer pedagogía constitucional, y, sobre todo, para plantear la existencia de una metodología unitaria: el test de razonabilidad, que consistiría en una metodología de evaluación que consta de tres momentos centrales (la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad

²⁷ Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998, p. 271.

²⁸ Bernal, Carlos, “El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, en *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 255-283.

²⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-673 de 2001*, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

estricta), que, a su vez, puede ser utilizado en tres versiones, según el tipo de problema jurídico de que se trate (como test estricto, intermedio y leve). La tercera etapa del test puede ser llamada de consolidación y transcurre entre los años 2001 y 2007. Durante este período, la aplicación del test se extiende con mayor o menor intensidad a la casi totalidad de los despachos de la Corte Constitucional de entonces, exceptuando tal vez el caso del magistrado Jaime Araújo. Finalmente y para los efectos de este trabajo, se refiere como última etapa el uso extendido de los criterios de razonabilidad a partir de aquel año, especialmente presente en las sentencias que trabajan problemas relacionados con derechos de las parejas del mismo sexo, con reglas eventualmente extendibles a la población LGTBI.

2.3. La satisfacción de las obligaciones de regulación de la igualdad bajo la razonabilidad y los derechos de género por vía judicial en Colombia

Como ya se dijo, el Estado colombiano ha incumplido históricamente e incumple en la actualidad las obligaciones de regulación sobre la igualdad y los derechos de género. En este sentido, el Congreso de la República y el Presidente, fuentes del derecho legislado bajo el modelo de *legalización del derecho*, se han abstenido sistemáticamente de regular, es decir, de expedir leyes y decretos que reconozcan y protejan los derechos de las parejas del mismo sexo y de la población LGTBI. Esa abstención tiene, entre otras, dos consecuencias básicas:

- Instala una situación permanente de violación de los derechos de una gran parte de la población colombiana.
- Implica el riesgo permanente para el país de ser declarado internacionalmente responsable por la violación de esos derechos, pues, según la Corte Interamericana, “al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de este por la violación de la norma internacional de que se trata”.³⁰

Dentro de ese escenario, los jueces constitucionales han sido forzados a satisfacer y cumplir las obligaciones de regulación que el Congreso y la

³⁰ Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, sentencia del 23 de noviembre de 2006, serie C, N° 156, párr. 209.

Presidencia inconstitucionalmente evitan. Para el caso, ha resultado metodológicamente necesario asumir el proceso de *constitucionalización del derecho*, de modo tal que el derecho simplemente legislativo que el Congreso y el Presidente se niegan a reconocer ha pasado a ser satisfecho por los jueces, quienes han iniciado la tarea de minimizar la circunstancia de violación permanente de esos derechos. Esto es lo mejor que le ha podido suceder al sistema, en la medida en que:

- Soluciona o cuando menos minimiza por vía judicial la situación de permanente violación de derechos.
- Soluciona por la misma vía lo que el Tribunal Constitucional denomina el “déficit de protección” sobre los derechos de las personas pertenecientes a la población LGTBI.
- Minimiza o disminuye el riesgo de condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que recientemente declaró la responsabilidad internacional de Chile por la violación de esos mismos derechos.³¹

A continuación, se reconstruye la línea de protección establecida por los jueces constitucionales, precisando el papel de la razonabilidad en cada caso. Se toma como punto de partida la jurisprudencia producida por la vía del control abstracto a partir del 2007, momento en el cual es posible identificar la adopción y reiteración de una misma regla de decisión en Colombia, la que ha venido creciendo y consolidándose hasta la actualidad. Si bien esta reconstrucción parecería limitarse únicamente a la protección de los derechos desde el criterio sexo, debe precisarse que la Corte viene construyendo líneas decisionales autónomas desde el criterio género.³²

El punto de partida es la Sentencia C-075 de 2007, que resolvió una demanda de inconstitucionalidad interpuesta en contra de las expresiones “un hombre y una mujer”, contenidas en los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial entre compañeros permanentes”. El argumento de los accionantes señalaba la violación de la igualdad, la dignidad y la asociación, por

³¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo...*, óp. cit.

³² Céspedes, “¿Cómo mira el Estado?...”, óp. cit., pp. 389-417.

excluir a la pareja homosexual de la posibilidad de establecer una sociedad entre los compañeros permanentes. La regla de la decisión está relacionada con el incumplimiento de los deberes de regulación, señalando que en Colombia existe “la insuficiencia de la regulación en relación con el objeto que le es propio, puesto que hoy, junto a la pareja heterosexual, existen y constituyen opciones válidas a la luz del ordenamiento superior parejas homosexuales que plantean, en el ámbito patrimonial, requerimientos de protección en buena medida asimilables a aquellos que se predicán de la pareja heterosexual”,³³ que propiciaba la existencia de un *déficit de protección* que debía ser resuelto constitucionalmente. Para el efecto, la Corte consideró que debía realizarse un control estricto sobre la diferencia de trato, por utilizar al sexo como criterio diferenciador, sin desarrollar plenamente la metodología de la razonabilidad.³⁴ Finalmente, fue declarada la exequibilidad condicionada de la norma demandada, “en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales”.

La regla de la decisión del anterior fallo fue recogida en la Sentencia C-811 de 2007, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad propuesta en contra del artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que establece que el plan obligatorio de salud (POS) tiene cobertura familiar, y que sus beneficiarios son el cónyuge o el compañero o compañera del afiliado. Nuevamente, la inconstitucionalidad se planteaba por excluir a la pareja del mismo sexo y por restringir el concepto de familia, vulnerando los derechos a la dignidad, igualdad, seguridad social y libre desarrollo de la personalidad. La Corte reiteró la existencia de un déficit de protección, violatorio de las obligaciones de regulación, adoptando específicamente el juicio de razonabilidad como elemento de la decisión, para lo cual dispuso que,

además de que el impedimento de vinculación en pareja homosexual implica una discriminación de dicha opción de vida, con lo cual se vulnera la dignidad de sus miembros, la Corte considera que la medida no es proporcional ni necesaria. (...) La privación de dichos beneficios deriva, como se dijo, en un déficit de protección que afecta derechos de jerarquía

³³ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-075 de 2007*, M. P. Rodrigo Escobar Gil, consideración jurídica N° 5.

³⁴ *Ibíd.*

fundamental. Ciertamente, la privación de los beneficios que la ley ofrece a parejas heterosexuales afecta directamente el derecho a la salud de los miembros de la pareja del mismo sexo y compromete en última instancia su derecho a la vida (C.P., art. 11).³⁵

Como en el caso anterior, fue declarada la exequibilidad del enunciado, bajo el mismo condicionamiento.

El hecho de la omisión legislativa, el déficit de protección, la violación de la igualdad y la falta de razonabilidad de las medidas bajo el criterio sexo y género, volvieron a ser esgrimidas en la Sentencia C-336 de 2008, esta vez en torno a la constitucionalidad de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, que establecían el derecho a la pensión de sobrevivientes, únicamente para “el cónyuge o la compañera o compañero permanente”, generando nuevamente trato discriminado bajo el criterio sexo. Como en los casos anteriores, la Corte declaró la constitucionalidad condicionada, dando acceso a la pareja del mismo sexo al derecho prestacional. No obstante, debe señalarse que el eje argumental del fallo giró alrededor de la razonabilidad, para lo cual la Corte, como consideración central al fallo, puntualizó que, en casos como el que allí se estudiaba, “se debe verificar que la medida legislativa sea adecuada y conducente para realizar un fin constitucional y que además sea proporcional, esto es, que el logro del objetivo perseguido por el legislador no puede llegar al extremo de sacrificar principios o derechos que constitucionalmente se consideran de mayor entidad en defensa del Estado social de derecho”.³⁶

Los anteriores temas y reglas volvieron a ser trabajados por la Corte Constitucional, en dos fallos que han actualizado la discusión que acontece en el país y en América Latina alrededor de los derechos de la población LGTBI, esta vez muy involucrados con el derecho a tener una familia. Se trata de las sentencias C-577 de 2011, que tan solo fue publicada en mayo de 2012, y T-276 de 2012, que amparó los derechos de un padre adoptante homosexual.³⁷

³⁵ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-811 de 2007*, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, consideración jurídica N° 5.

³⁶ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-336 de 2008*, M. P. Clara Inés Vargas, consideración jurídica N° 7.5.

³⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia T-276 de 2011*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

En el primero de los casos, se está frente a una extensa sentencia, en la que la Corte, a lo largo de 200 páginas, hace numerosas reconstrucciones de su jurisprudencia, encaminada a tomar una decisión de fondo alrededor de dos puntos centrales: la existencia jurídica de la familia homosexual y el derecho al matrimonio para personas del mismo sexo. La Corte toma como punto de partida una posición de sexo y no de género, al referir que su pronunciamiento se refiere únicamente a “parejas integradas por homosexuales”, lo que “pudiera entenderse también referido a los nuevos supuestos cobijados por el contenido ampliado de la aludida expresión”, bajo la idea de la “orientación sexual” y la posibilidad de un vínculo civil y no religioso. La tesis central del fallo está ubicada en un aparte de la extensa consideración jurídica N° 5, donde reitera la existencia jurídica de la familia homosexual, dando cabida al vínculo contractual (¿matrimonial?) entre parejas del mismo sexo:

De lo expuesto se deduce que la posibilidad de prever una figura o institución contractual que les permita a las parejas homosexuales constituir su familia con fundamento en un vínculo jurídico no está constitucionalmente prohibida y, fuera de lo anotado, se debe reparar en que una restricción tan severa al ejercicio de derechos constitucionales fundamentales, como sería la prohibición, no puede deducirse con base en una simple interpretación, sino que ha de venir explícitamente contemplada y ya se ha señalado que la Constitución menciona el matrimonio heterosexual y nada dice respecto de las uniones homosexuales, luego no hay texto expreso que sirva de soporte a la pretendida prohibición de establecer una figura o institución que formalice la unión de la pareja homosexual haciendo de ella un vínculo jurídico constitutivo de familia.³⁸

Desde el anterior enunciado, la Corte precisó que el asunto es eminentemente legislativo, pero que el legislador tiene la obligación de satisfacer las obligaciones de regulación que históricamente han sido desatendidas. La Corte se abstuvo de declarar la exequibilidad condicionada del artículo 113 del Código Civil, como lo pedían varios de los accionantes, afirmando su constitucionalidad, exhortando, sin embargo, al Congreso para que legisle

³⁸ República de Colombia, Corte Constitucional, *Sentencia C-577 de 2011*, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, consideración jurídica N° 4.5.3.2.

antes del 20 de junio de 2013 de manera sistemática y organizada sobre los derechos de las parejas del mismo sexo “**según los términos de esta sentencia**”, y en el punto resolutivo quinto dispuso la celebración de matrimonios entre parejas del mismo sexo en los siguientes términos:³⁹ “**Quinto.**- Si el 20 de junio de 2013 el Congreso de la República no ha expedido la legislación correspondiente, las parejas del mismo sexo podrán acudir ante notario o juez competente a formalizar y solemnizar su vínculo contractual”.

Si bien en este fallo no hay relación explícita a la razonabilidad, es obvio que el telón de fondo de la discusión propiciado por los anteriores fallos la constituía en el elemento central del pronunciamiento.

3. Igualdad, género y razonabilidad en los procesos de constitucionalización e internacionalización del derecho

La anterior presentación de los temas de la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género, evidencia que el tratamiento actual de esos temas es diametralmente opuesto al que acontecía en la tradición del derecho en Colombia, poniendo de presente algo que resulta obvio: que el derecho actual es un fenómeno cada vez más complejo, en el sentido de contar, cada vez más, con un mayor número de variables y de teorías que acompañan a esas variables. Hasta hace muy poco, el derecho era un fenómeno menos complejo, de variables definidas. De hecho, se trataba de un fenómeno local, hasta provinciano, poseedor de un número pequeño de variables, fácilmente anticipable, en el que los conflictos eran resueltos en la casi totalidad de los casos, desde un simple código. Por contraste, el derecho es hoy un fenómeno bastante complejo, menos anticipable, que tiene cada vez más variables y en el que tienen cabida cada vez más numerosos componentes de origen internacional.

Para dar cuenta de ese fenómeno de complejización del derecho y su relación con la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género, se refiere la presencia de tales temas dentro de tres niveles sucesivos de complejización del derecho en Colombia y América Latina, que se corresponden con los procesos de *legalización* del derecho (i), de *constitucionalización* del

³⁹ *Ibíd.*, punto resolutivo quinto.

derecho (ii) y del más reciente y actual, el proceso de *internacionalización* del derecho (iii). Para presentar este suceso, se usa metodológicamente la secuencia descrita por Luigi Ferrajoli en un artículo titulado “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en el que al parecer se describe con gran acierto el tránsito al que estamos asistiendo.

3.1. *El proceso de ‘legalización’ del derecho*

Esta primera grada, patente en el modelo de la Constitución de 1886, corresponde a la comprensión del derecho tradicional de la modernidad, regido por la institución de la soberanía nacional y concurrente con el dominio del principio de legalidad.

Ferrajoli describe con acierto este primer nivel del derecho, identificándolo con el nacimiento del Estado legislativo de derecho, “con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa”.⁴⁰

Como fue señalado, en el dominio de la legalización del derecho, el principio dominante es el de la simple legalidad; la figura principal en los procesos jurídicos es el autor de la ley, es decir, el legislador; los conflictos se resuelven puramente en el plano legal, con total desprecio de la Constitución o del derecho internacional; la solución de los pleitos y los casos es simplemente deductiva y se encuentra regida por lo que los libros de texto denominan “silogismo jurídico”; la actuación del juez es mecánica, secundaria y simplemente aplicativa; y el instrumento central es el código, presentado con pretensiones totalizantes y al nudo nivel de la ley.

El despliegue de este proceso de legalización del derecho es el usual y corresponde a la simple aplicación de la ley. Tiene mucho éxito por su sencillez, por su inmediatez y, sobre todo, porque no exige un gran trabajo intelectual ni a los usuarios ni a los operadores jurídicos.

⁴⁰ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 16.

En este primer nivel, el derecho a la igualdad no tiene ninguna incidencia real en el sistema. De hecho, Cepeda refiere que, durante los 105 años de vigencia de la Constitución de 1886, la Corte Suprema de Justicia tan solo trató la igualdad como asunto central en control de constitucionalidad en nueve fallos, mientras que el Consejo de Estado lo hizo en apenas tres decisiones de nulidad durante el mismo período.⁴¹ En dicho contexto, además, los derechos de género son inexistentes o imposibles en la medida en que las mujeres están sometidas al modelo de dominación patriarcal, mientras que los homosexuales son considerados enfermos o depravados. Obviamente, allí la razonabilidad no tiene existencia, pues el único criterio válido de evaluación de los derechos era la interdicción de la arbitrariedad.

3.2. El proceso de 'constitucionalización' del derecho

En Colombia, la constitucionalización del derecho acontece a partir de la expedición de la Carta de 1991, y, más propiamente, desde la actividad de la Corte Constitucional. Los antecedentes de este proceso deben ser fijados en la segunda mitad del siglo XX, con el despliegue de las constituciones de Austria (1946), Italia (1948), Alemania (1949) y, bajo dicha influencia, en la Constitución de España (1978).

En este plano, lo que se da es la asunción del carácter normativo de la Constitución, es decir, el hecho de operar con la Constitución como una norma jurídica de aplicación directa, con mayor fuerza vinculante que la simple ley. Dentro de esta dinámica, al simple principio de legalidad le es superpuesto el principio de supremacía de la Constitución, de modo tal que las leyes y los enunciados legislativos serán aplicados solo en cuanto no contradigan la Carta Política.

Ferrajoli identifica esta grada con el advenimiento del Estado constitucional de derecho, donde “la subordinación de la ley a los principios constitucionales 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”.⁴²

⁴¹ Cepeda, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992, p. 72.

⁴² Ferrajoli, “Pasado y futuro...”, óp. cit., p. 19.

Es justo en esta dimensión que tiene suceso el proceso de constitucionalización del derecho, que opera tanto en el plano interpretativo como en el aplicativo.

Este nuevo contexto del derecho implica un tránsito que va *de la legalización del derecho a la constitucionalización del derecho*. En efecto, bajo el simple Estado de derecho, lo que acontecía era la legalización del derecho, es decir, que el derecho se enseñaba y se ejercía tan solo desde la ley. La asunción de la supremacía de la Constitución y su carácter normativo implican el tránsito a un modelo inverso: aquel en el que la enseñanza y la aplicación del derecho están regidas por la Constitución, donde los casos sean resueltos por los jueces primero desde la Constitución y luego desde la ley, dentro de un proceso, en el que los asuntos legales pasan a ser constitucionalizados, es decir, mediados hermenéuticamente por la comprensión y la aplicación de la Constitución.

En este contexto, acontece la constitucionalización de las distintas especialidades, como pueden serlo el derecho agrario, el derecho de familia, el derecho laboral, el derecho civil, el derecho administrativo, etc. El hecho de la constitucionalización no es un asunto colombiano o de nuestra Corte Constitucional, sino que es un suceso común en el constitucionalismo occidental. Ricardo Guastini, refiriéndose al sistema italiano, lo describe como “un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales”,⁴³ mientras que Josep Aguiló, en referencia al caso español, lo remite a aquellos casos en los que “la noción de laguna normativa será desplazada por la de la laguna axiológica y la del caso difícil, pues de la comprobación de la falta de regulación (o de regulación defectuosa) se procederá a buscar en las fuentes constitucionales la respuesta correcta del caso en cuestión”.⁴⁴

En el sistema colombiano, acontecen procesos perceptibles de constitucionalización. Baste referir ahora tres casos concretos: en derecho laboral, el proceso de constitucionalización acontecido sobre el régimen de las empleadas del servicio doméstico, quienes hasta antes de la Carta de 1991 eran

⁴³ Guastini, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 49.

⁴⁴ Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra, Lima y Temis, Bogotá, 2004, p. 58.

discriminadas con derechos y prestaciones restringidas, hasta obtener hoy un régimen prestacional igualitario, en virtud de la justicia constitucional. En el derecho penal, la constitucionalización ha sido evidente y ha operado en distintos escenarios, entre ellos, en la materialización de los derechos de las víctimas dentro del proceso penal, que tuvo que ser hecha por medio de la Sentencia C-209 de 2007, en la medida en que la simple ley, el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), había incurrido en el dislate de enunciar muchos derechos para las víctimas, sin establecer para ellas ninguna oportunidad procesal para hacerlos efectivos. Finalmente, pueden ser también relacionados los procesos de constitucionalización del derecho privado, evidenciados por Juan Calderón⁴⁵ en relación con los derechos de los usuarios del sistema financiero, especialmente en los casos de respeto por el acto propio, y en el más notorio de los derechos de los titulares de créditos en condición de secuestro, o en la constitucionalización de los derechos de los contratantes con las pólizas de salud.

En el caso específico del derecho a la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género, la sección dos de este artículo evidenció abundantemente que tales derechos y metodologías tan solo tuvieron lugar dentro del proceso de constitucionalización del derecho que viene desarrollándose en Colombia, en la medida en que por primera vez se rompían los estrechos moldes del provincialismo jurídico y del derecho tradicional, para dar paso a una actualización del derecho que en bastantes elementos ha resultado un tanto tardía.

3.3. El proceso de ‘internacionalización’ del derecho sobre la igualdad, la razonabilidad y los derechos de género

El siglo XXI asiste a una nueva transformación, que ha sido caracterizada como de “internacionalización del derecho”, en el sentido de que el derecho nacional, el derecho local, comienza a ser interferido y modificado cada vez más, por normas internacionales provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho penal internacional y del derecho internacional clásico y privado. En estos casos, el derecho nacional, el derecho

⁴⁵ Calderón, Juan, *La constitucionalización del derecho privado*, Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2011.

local, como derecho vigente, cede su lugar para la aplicación del derecho internacional, que adquiere mayor fuerza vinculante por el despliegue del principio de supremacía de la Convención, que se superpone al principio de legalidad y que se integra al principio de supremacía constitucional.

Este suceso, que es de ocurrencia en el derecho de la integración europea,⁴⁶ en el contexto latinoamericano, viene siendo soportado desde normas tales como el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, con lo que se ha dado lugar a las implementaciones de la teoría del derecho viviente⁴⁷ y, en el plano interamericano, al control de convencionalidad.⁴⁸

Bajo este mismo contexto, se ha dado lugar a la regla jurídica de sometimiento del derecho interno al derecho internacional, presente en numerosos tratados, de modo tal que los Estados partes en las convenciones quedan obligados a ajustar sus normas de derecho interno a las normas de derecho internacional. Como fue ya mencionado, este tipo de cláusulas, que no son nuevas en el derecho internacional, han cobrado eficacia recientemente, bajo el suceso de la complejización del derecho y de las teorías que lo soportan. Emblemático resulta en este contexto el artículo 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, lo que ha servido de fundamento para declarar la responsabilidad internacional de diversos Estados.⁴⁹

Este suceso de la internacionalización del derecho ha venido siendo registrado por autores nacionales y extranjeros, por constitucionalistas e,

⁴⁶ Al respecto, ver Mazzetti, Luca, “La influencia del proceso de integración europea sobre los ordenamientos constitucionales nacionales con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Pontificia Universidad Javeriana, Temis, Bogotá, 2011, pp. 13-28.

⁴⁷ Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1° de octubre de 1999, serie A, N° 16, párr. 14.

⁴⁸ Al respecto, ver Quinche, Manuel, “El control de convencionalidad en el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2009, pp. 163-190.

⁴⁹ Entre los fallos más recientes, resultan emblemáticas las sentencias proferidas contra México, en las que se le ordena a dicho país modificar su legislación interna en materia electoral, penal y de justicia penal militar. Al respecto, pueden ser consultadas las sentencias de fondo proferidas en los casos *Radilla Pacheco contra México*; *Fernández Ortega y otros contra México*; *Rosendo Cantú y otra contra México*; y *Cabrera García y Montiel Flórez contra México*.

incluso, por jueces internacionales, para quienes resulta evidente que la solución de casos, pleitos y asuntos locales, especialmente en los “casos difíciles”, ya no acontece desde las normas internas de los distintos Estados, sino desde normas internacionales. Ilustrativa resulta la observación de Juan Cassagne, quien, al registrar la erosión del modelo tradicional del legicentrismo en el caso argentino y, por extensión, en el latinoamericano, señala que la influencia reciente europea “se proyectó fundamentalmente en tres aspectos: 1) una mayor operatividad de los principios y garantías establecidos en la Constitución con la idea de hacerlos más efectivos; 2) la incorporación de numerosos tratados sobre derechos humanos al plexo constitucional; y 3) el reconocimiento del principio de convencionalidad que atribuye a los tratados una jerarquía superior a la ley (...)”.⁵⁰

Para el caso específico de la adopción del principio de proporcionalidad y los criterios de razonabilidad dentro del proceso de internacionalización del derecho, debe registrarse que tales procedimientos son moneda corriente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aplicaciones minuciosas del test de razonabilidad, como aconteció en la sentencia de fondo proferida dentro del *Caso Castañeda Gutman contra México*, o con las múltiples adopciones de la razonabilidad como criterio en decisiones relacionadas con los requisitos exigibles para el otorgamiento de la nacionalidad (*Caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*), la determinación del plazo para la investigación y juzgamiento de delitos atroces (*Caso de los 19 comerciantes contra Colombia*) y otros patrones fácticos análogos.

Finalmente y en lo relacionado con la internacionalización de los derechos de género, debe referirse el contenido de la sentencia de fondo proferida en el *Caso Atala Riffo y niñas contra Chile*, que involucra los derechos de género e igualdad de trato de la población LGTBI y las familias homoparentales del continente. En dicho pronunciamiento y en lo que constituye una regla exigible en todos los Estados partes, la Corte Interamericana precisó que

(...) la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada

⁵⁰ Cassagne, *El principio de legalidad...*, óp. cit., p. 127.

en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.⁵¹

Como puede esperarse, las nuevas reglas provenientes del Sistema Interamericano de Protección vienen a integrarse con las reglas locales de protección de los derechos de esa población (i), a subir y unificar el estándar de protección de esos derechos en toda la región (ii), así como a obligar a los jueces a su aplicación y protección (iii), especialmente en escenarios como el colombiano, en los que no se ha querido legislar sobre tales derechos, en abierta violación de las obligaciones de respeto, regulación y garantía a la que están obligados los Estados. No obstante, eso (la falta de regulación) que parece una desventaja, ahora no lo es, pues los Estados y los congresos que comiencen a regular la materia tan solo podrán hacerlo ajustando su legislación al estándar internacional, pues, de no hacerlo, la consecuencia es obvia: serán declarados internacionalmente responsables por la violación de la Convención y de los derechos humanos, tal y como aconteció con Chile en el referido caso.

Para finalizar, valga simplemente referir que el suceso de la internacionalización del derecho no solo acontece al nivel del derecho público y de la protección de los derechos humanos, sino también y con gran intensidad al nivel del derecho económico. Prueba de ello es el despliegue de las cláusulas y contenidos derivados de los distintos tratados de libre comercio (TLC) que viene suscribiendo Colombia con varios países, cuyos efectos tan solo comienzan a insinuarse, pero pueden ser ya percibidos en casos como el de México. Ni qué decir también de instituciones como el arbitraje internacional, en virtud del cual instituciones fundadas en el derecho internacional vienen a decidir conflictos jurídicos que no solo eran resueltos antes por autoridades o jueces nacionales, sino que, adicionalmente, sus decisiones tienen gran repercusión sobre los sistemas locales, aun más allá de lo previsto por su propia legislación.

⁵¹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo...*, óp. cit., párr. 91.

Bibliografía

1. Abramovich, Víctor & Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.
2. Aguiló, Josep, *La Constitución del Estado constitucional*, Palestra, Lima y Temis, Bogotá, 2004.
3. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
4. Bargallo, Paola, "Igualdad de género: experiencias y perspectivas para su exigibilidad judicial", en *Teoría y crítica del derecho constitucional*, tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 559-599.
5. Bargallo, Paola, *Justicia, género y reproducción*, Librería, Buenos Aires, 2010.
6. Beltrán Pedreira, Helena, "La construcción de la igualdad constitucional", en *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 569-585.
7. Bernal, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa*, (26), Barcelona, 2003.
8. Bernal, Carlos, *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
9. Bernal, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.
10. Bilbao Ubillos, J. M. & Rey, F., "El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española", en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México D.F., 2003.
11. Borowsky, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
12. Borrero, Camilo & otros, "La igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", *Pensamiento Jurídico*, (15), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2002.
13. Calderón, Juan, *La constitucionalización del derecho privado*, Universidad del Rosario, Universidad de los Andes, Temis, Bogotá, 2011.
14. Cassagne, Juan. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
15. Cepeda, Manuel, "La ponderación de derechos en Colombia: el aporte de la jurisprudencia constitucional", en *La ponderación en el derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

16. Cepeda, Manuel, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá, 1992.
17. Céspedes, Lina, “¿Cómo mira el Estado? Constitución de 1991 y compromisos de género del Estado colombiano”, en *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 12, (1), Universidad del Rosario, Bogotá, junio de 2012.
18. Cifuentes, Eduardo, “Derechos fundamentales e interpretación constitucional”, en *Nuevas corrientes del derecho constitucional colombiano*, Dike, Bogotá, 1994.
19. Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en *Constitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
20. Garrido, María Isabel, *La igualdad en el contenido y la aplicación de la ley*, Dykinson, Madrid, 2009.
21. Guastini, Ricardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
22. Mazzetti, Luca, “La influencia del proceso de integración europea sobre los ordenamientos constitucionales nacionales con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa”, en *Realidades y tendencias del derecho en el siglo XXI*, Pontificia Universidad Javeriana, Temis, Bogotá, 2011.
23. Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
24. Ollero, Andrés, “Igualdad ante la ley y uso alternante del derecho”, en *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 185-195.
25. Peces Barba, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
26. Quinche, Manuel, “El control de convencionalidad en el sistema colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Porrúa, México, 2009.
27. Quinche, Manuel, *Derecho constitucional colombiano de la Carta de 1991 y sus reformas*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2010.
28. Quinche, Manuel, *El control de convencionalidad*, [sin publicar], Bogotá, 2012.
29. Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad”, en *La Corte Constitucional. El año de su consolidación*, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre, Bogotá, 1998.
30. Ruiz, Juan, “Principios jurídicos”, en *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 2000.
31. Villán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2006.
32. West, Robin, *Género y teoría del derecho*, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre, Bogotá, 2004.