

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

Análisis de la revisión popular de las decisiones judiciales a favor de las minorías poblacionales en Colombia

Analysis of the popular review of judicial decisions in favor of population minorities in Colombia

Luis Acosta¹ 

¹ Licenciado en Ciencias Sociales y egresado no titulado de Derecho. Actualmente Exams Cambrigde Invigilator y litigante de pequeñas causas y menor cuantía.

Forma de citar: Acosta, Luis. “Análisis de la revisión popular de las decisiones judiciales a favor de las minorías poblacionales en Colombia”. En: *Revista CES Derecho*. Vol. 15. No. 3, septiembre a diciembre de 2024. pp. 69-84. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7707>

Resumen

Dentro del Estado Social de Derecho pluralista y democrático que rige a Colombia, ha surgido una postura en contra como la del “Estado de opinión” que a razones históricas ha tenido sendas repercusiones en las violaciones a Derechos Humanos y a las minorías poblacionales en Colombia. Intentaremos sustentar con un análisis científico las principales características de ambas posturas y su implicación en la democracia colombiana. En primera instancia se traerá a colación algunos conceptos teóricos sobre lo que significa tener un Derecho Fundamental y las principales garantías constitucionales que fueron reconocidas por los constituyentes hacia las minorías en 1991. En segundo lugar, identificar en declaraciones públicas y periodísticas la propuesta del Estado de opinión del sector político que la propone, para poder teorizar desde los doctrinantes esta postura, la cual está a favor del Control Constitucional de manera Popular. En tercer lugar por razones de optimización del tiempo y especificidad en el análisis, nos centraremos entonces en los avances jurisprudenciales de los derechos de los grupos minoritarios comunidad LGBTI+ y trabajadoras sexuales. Con el fin de evidenciar también la postura del Estado Social de Derecho y la progresión de su Control Constitucional de manera Judicial. Como cuarto ítem o parte del análisis, discutiremos sobre los datos obtenidos de las encuestas realizadas a un grupo poblacional escogido de manera aleatoriamente, en donde las preguntas fueron relacionadas con la temática ampliamente expuesta en los párrafos anteriores, realizadas con el fin de evidenciar posturas acerca de esta problemática de manera práctica de parte de una muestra de la población colombiana. Finalmente estableceremos conclusiones.

Palabras clave: Estado de opinión; Derechos Fundamentales; garantías constitucionales; Estado Social de Derecho; control constitucional judicial.

Abstract

Within the pluralistic and democratic Social State of Law that governs Colombia, a position against it has emerged as that of the “State of opinion” which, for historical reasons, has had repercussions on violations of Human Rights and population minorities in Colombia. We will try to support with a scientific analysis the main characteristics of both positions and their implication in Colombian democracy. In the first instance, some theoretical concepts will be brought up about what it means to have a Fundamental Right and the main constitutional guarantees that were recognized by the constituents towards minorities in 1991. Secondly, identify in public and journalistic statements the proposal of the State of opinion of the political sector that proposes it, to be able to theorize this position from the doctrinaires, which is in favor of Popular Constitutional Control. Thirdly, for reasons of optimization of time and specificity in the analysis, we will then focus on the jurisprudential advances of the rights of minority groups, the LGBTI+ community and sex workers. In order to also demonstrate the position of the Social State of Law and the progression of its Constitutional Control in a Judicial manner. As a fourth item or part of the analysis, we will discuss the data obtained from the surveys carried out on a randomly chosen population group, where

Fecha correspondencia:

Recibido: 12 de septiembre de 2024.

Revisado: 03 de octubre de 2024.

Aceptado: 15 de octubre de 2024.

DOI: 10.21615/cesder.7707

ISSNe: 2145-7719

<https://revistas.ces.edu.co/index.php/derecho>



the questions were related to the topic widely explained in the previous paragraphs, carried out in order to demonstrate positions regarding of this problem in a practical way from a sample of the Colombian population. Finally we will establish conclusions.

Keywords: State of opinion; fundamental rights; constitutional guarantees; rule of law; judicial constitutional control.

Introducción

En el marco del Constitucionalismo en la década de los años 90s en Latinoamérica, varias naciones reconocieron en sus cartas magnas escritas las garantías fundamentales para sus poblaciones, estas altamente violentadas por recientes dictaduras y autoritarismos políticos. En el caso de nuestro país, si bien es cierto que hubo un gobierno militar, como el de Rojas Pinilla, esto no implicó en sí, un proceso dictatorial en sentido clásico. Hubo más bien un proceso de Bipartidismo en donde las elites políticas tradicionales se repartieron el poder y los gobiernos durante dieciséis años, alternados entre gobiernos conservadores y liberales. Dictadura compartida por dos partidos políticos y sin posibilidad de que otros partidos contrarios a este famoso Frente Nacional pudieran acceder democráticamente al poder ejecutivo. En ese orden de ideas, la Constitución de 1991 es un baluarte fundamental para el reconocimiento y otorgamiento de los Derechos Fundamentales para las amplias minorías políticas en este país altamente conservador y en estadísticas sustentado, ampliamente corrupto.

Pasados casi treinta años, ha habido avances en el reconocimiento de estas garantías vitales para la mayoría de la población colombiana excluida a sangre y fuego de los escenarios políticos. Así lo constatan ampliamente las sentencias judiciales de tutela, de la jurisdicción ordinaria, de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, de la jurisdicción indígena, de la jurisdicción Constitucional y de la reciente jurisdicción especial para la paz. En contraposición de este progreso en reconocimiento y otorgue de los Derechos Fundamentales, existe un grupo político que parece querer rememorar los ultrajes. Las violaciones a Derechos Fundamentales que protege ampliamente nuestro ordenamiento constitucional, y así todos los tratados internacionales que la figura de Bloque de Constitucionalidad vincula. Su propuesta es la siguiente, un proyecto de ley en el Congreso de la República que permita que se someta a referendo popular las decisiones judiciales realizadas por la Corte Constitucional. (Tumbar sentencias con referendo, la propuesta del Centro Democrático. Redacción sección justicia. Revista Semana, 2020). El partido político Centro Democrático, parece entonces fundamentarse en una prevalencia del “estado de opinión” sobre el Estado Social de Derecho. Por consiguiente, en este trabajo nos remitiremos a analizar esta peligrosa propuesta. La cual traería consigo no solo un vacío jurídico y retroceso de todo el avance jurisprudencial de la jurisdicción Constitucional, sino también en cada una de las demás jurisdicciones anteriormente mencionadas.

El presente trabajo de investigación nace de la reciente problemática sobre la propuesta de cierto partido político en Colombia de la predominancia del “Estado de opinión” por encima del Estado Social de Derecho. Aspecto álgido ya que, es una propuesta que rebasa las decisiones del constituyente primario de 1991 y que está ampliamente constatado en nuestra Carta Magna y respaldada con los tratados internacionales que hacen parte de la misma a través del bloque de constitucionalidad. Las decisiones político-constitucionales sobre los Derechos Fundamentales. En ese sentido, es menester de este trabajo de investigación analizar esta tensión entre estas dos concepciones de control de constitucionalidad. El derecho a la opinión, el control constitucional de manera popular en frente del control constitucional judicial y sus fallos a favor de los Derechos Fundamentales de las minorías poblacionales en Colombia. Y así exponer la importancia que tienen las decisiones judiciales en la materialización de estos Derechos Fundamentales en Colombia.

Autores como Fioravanti han ya abogado por la importancia de los Derechos Fundamentales en los marcos constitucionales de las naciones. En una entrevista realizada por Suanzes-Carpegna, J. V. (2013) el autor expresa su postura acerca de que el estudio de las Constituciones políticas, que hace parte del derecho público moderno, antes de ser estudiado como un complejo de normas jurídicas, debe ser entendido como producto de la historia. Respondió entonces Fioravanti lo siguiente:

“Estoy de acuerdo con la necesidad de situar el dato normativo en su contexto histórico-cultural. Esto es

válido para el derecho en general, pero vale de manera particular para las Constituciones, y de manera aún más apremiante para las Constituciones del siglo XX, que han introducido una nueva categoría de normas, esto es, las normas fundamentales de principio. Se trata de normas que, en rigor, no podemos considerar reglas, al estar desprovistas del supuesto de hecho. Por este motivo el positivismo jurídico tradicional las consideraba meras afirmaciones o proclamaciones de carácter programático, pertenecientes –en resumen– más al campo de la política que al del derecho. Por el contrario, en la actualidad se considera que estas normas de principio, en particular en el campo de los derechos fundamentales, son las que cualifican en esencia la forma política democrática, es decir, las que expresan al más alto nivel el deber ser de las democracias constitucionales contemporáneas. Sin embargo, dada su naturaleza de normas generales de principio, deben ser interpretadas con un criterio particular, antes que nada precisamente en el plano histórico-cultural”. Pág. 572

En este orden de ideas, no se puede concebir una democracia, y mucho menos un Estado Social de Derecho sin el respeto de Derechos Fundamentales de los habitantes del Estado en cuestión. Esta postura también es compartida por otros autores como Ferrajoli (2006) el cual asegura que, los derechos fundamentales no son solo normas formales, sino sustanciales, que tienen que ver con los contenidos de las decisiones constitucionales. Esto nos quiere decir, que los Derechos Fundamentales son necesarios e indispensables para el desarrollo de los seres humanos y también de una democracia estable y activa.

Sumado a esta postura de los doctrinantes italianos mencionados, autores como Arango-Rivadeneira a nivel nacional también se adhieren a estos conceptos de materialización y sustancia de los Derechos Fundamentales. En la obra *La tarea de construir una sociedad democrática*, este mencionado autor se dedica a hacer un recorrido histórico sobre posturas acerca de la democracia en sociedad, de los límites y avances que han tenido las sociedades para avanzar en una vida sin violencia y con plenos derechos y libertades.

Toma como énfasis el estudio de los procesos democráticos en Estados Unidos de América en el siglo XX. Este autor profundiza el análisis en dos autores esenciales, por un lado Dewey y por el otro Rorty. El primero abogó por un secularismo que no permitiese inferencia en la toma de decisiones en la política. Pensó que, sometiendo la creencia a los lineamientos científicos se podría construir mejor una democracia. Mientras que el segundo abogó todo lo contrario. Que no se piense en la ciencia como único conocimiento verdadero y se respete el politeísmo. En ese sentido, los dos autores tenían como meta abolir los autoritarismos de las construcciones democráticas.

Para Arango-Rivadeneira (2016) es menester entonces asegurar una educación democrática, que permita, tanto la mayoría de edad como la revisión crítica de hábitos, la renovación de las instituciones y prácticas sociales. Es decir, abolir los autoritarismos y los abusos por parte de ciertos sectores políticos en un país determinado. Que se abogue entonces por una búsqueda mucho más profunda, crítica e inclusiva de la materialización de Derechos Fundamentales, los cuales son la base de una sociedad democrática.

Perspectiva teórica

En ese sentido, y con una postura clara acerca de lo que se entiende como Derecho Fundamental, pasaremos a otro punto de la investigación, y es el de la perspectiva teórica. Las cuales son dos principalmente, la de los doctrinantes que abogan por el Control Constitucional de manera Popular y la postura actual de nuestro ordenamiento constitucional y jurídico, el Control Constitucional de manera Judicial y todos los puntos clave y riesgos que tienen estas dos posturas. Luego se abordará la perspectiva metodológica, los resultados y su discusión y finalmente las conclusiones.

Propuesta del Estado de opinión y la doctrina del Control Constitucional Popular

El Estado de opinión es una forma de organización del Estado basado fundamentalmente en opiniones y no en

leyes. Esta forma es antiquísima y por tanto tiene varios ejemplos históricos, sobre todo de las sociedades coloniales e imperialistas. Como el Antiguo Egipto, China Imperial, el Imperio Azteca, Inca, Reino Unido y su expansión marítima, Estados Unidos en sus inicios republicanos entre otras. En donde sus horizontes legales eran sustentados primordialmente por las creencias de un ser superior que guiaba las voluntades de los dirigentes de esas épocas.

Así las cosas, y en un plano más reciente, esta postura cercana al populismo político no es nueva. Políticos de derecha como Juan Domingo Perón por ejemplo, en Argentina. Y de izquierda, como Hugo Chávez en Venezuela, han estado vinculados a propuestas populistas, es decir, a expedir decretos, políticas públicas a favor del pensar general antes de alguna política inclusiva con los que no piensan, ni siguen la voluntad general. En este sentido, la corriente política anteriormente mencionada también ha sido apropiada por políticos nacionales, entre esos Álvaro Uribe Vélez, ex presidente de la República de Colombia durante los periodos, 2002-2006 y 2006-2010. Esta situación fue muy particular y profundamente anticonstitucional, ya que, no existía la figura de la reelección presidencial hasta ese periodo de tiempo. Este político tuvo un discurso y accionar ampliamente guerrerrista, se empeñaba en exigir públicamente cifras de bajas de integrantes del grupo beligerante FARC-EP a sus comandantes militares. Y así muchas situaciones más, pero fue hasta su intención de tener un tercer periodo presidencial que:

“La noción de Estado de opinión se incorporó en el lenguaje del presidente Álvaro Uribe Vélez en el año 2009, exactamente después de que se radicó en el Congreso colombiano el proyecto de un referendo que aspiraba, contra el último pronunciamiento de la Corte Constitucional, hacer posible la reelección presidencial una vez más”. (Grueso 2010, pág. 30)

Es por eso, que este proyecto de referendo popular no viene del presente, sino del pasado, ya que este ex presidente es ahora jefe político del partido que en ese momento colocó en la palestra pública y en el Congreso el debate sobre el Estado de opinión. Significa entonces que esta propuesta es meramente particular y encaminada a ciertos intereses políticos de partidos políticos tradicionales, ampliamente opositores a las minorías poblacionales en el país. Pero ahora bien, la intención con este ejemplo no es más que el de exponer que la postura del Estado de opinión, al menos en la sociedad colombiana no persigue un bienestar general. Luego de esta especie de recorrido histórico, acerca de qué sector de la política en Colombia propone este referendo, es ahora momento de observar, desde algunos doctrinantes del derecho, que características tiene el Control Constitucional Popular, y que ventajas podría tener en las sociedades que lo realicen. Empezaremos entonces con un autor estadounidense, Larry Kramer. Es menester resaltar que, este autor nace en el contexto del *Judicial Review*, del Control de Constitucional por vía judicial en todo el territorio estadounidense. Entonces, realiza sus reparos ante ese sistema,

“Dentro del constitucionalismo popular, entendido en el sentido que se desprende de su definición, caben seis posibilidades bien diferenciadas: la de que el pueblo hace la Constitución; la de que el pueblo es el garante de que se ejecute la Constitución; la de que el pueblo es el intérprete de la Constitución; la de que las interpretaciones constitucionales del pueblo son vinculantes y normativas; la de que la interpretación constitucional del pueblo sujeta a todos los poderes del Estado; y la de que las interpretaciones constitucionales del pueblo se imponen incluso al texto escrito de la Constitución. Para los autores citados Kramer puede defender los tres primeros puntos sin mayor dificultad”. (Mancha 2009. Págs. 261-262)

Asevera Mancha (2009) que, después de leer las obras de Kramer, es obvio que se decantaría porque el pueblo mismo, en su mayor dimensión, sea el que defina las garantías fundamentales en los Estados. Y estos, bajo sus vivencias e interpretaciones son los que crean estas garantías o las modifican. Parece, a priori, una postura altamente adversa al Control Constitucional Judicial, pero también hay otros autores estadounidenses mucho menos rigurosos en este sentido, mucho más dispuestos a encontrar en estos dos controles constitucionales, en estas dos formas de crear y hacer cumplir las garantías de los Derechos Fundamentales en las sociedades, una

relación antes que una división. Este autor es Waldron. El cual considera que

“Estas patologías particulares tienen que ver sobre todo con aquellos casos donde minorías han sido bloqueadas respecto de poder ejercer alguna influencia en el proceso político o con situaciones donde los cauces normales de la política han sido interrumpidos. En Colombia durante muchos años el sistema electoral estuvo estructurado a partir de la fórmula “el ganador lo toma todo”. Muchas veces, incluso, los líderes de la oposición tenían que ocultarse. Además de ello, no existían señales palpables de que hubiera posibilidad de que pudieran realizarse compromisos políticos serios”. (Waldron citado por Jaramillo y Benítez, 2018. Pág. 175)

Esta fue su respuesta a la pregunta realizada por Jaramillo y Benítez (2018) sobre que si el Control Constitucional Judicial sería oportuno para arreglar ciertas situaciones de arbitrariedad en los Estados. Y en su respuesta se demuestra lo anteriormente planteado sobre la búsqueda de relacionas estos dos tipos de controles. Pero, también queda claro que solo lo avala como un control subsidiario, y que visiona y quisiera un control popular como primera medida. Aquí también podríamos comentar que, los juicios en Estados Unidos también sus sometidos a las decisiones de los jurados de conciencia. Estos son un grupo de ciudadanos que ejercen en los juicios una extraordinaria tarea de representar parte de la decisión popular. Es decir, que la crítica que hace Waldron es directamente a los países como Colombia en donde hay una clara tendencia de autoritarismo y hegemonía de las mayorías políticas sobre todo el aparato político y judicial del estado colombiano. Es nuestro país no existe tal figura en los procesos judiciales por ejemplo. Es decir, que para él es menester la expresión popular en los controles de constitucionalidad.

Ante tal postura, era ahora también interesante, observar alguna postura de autores colombianos. Que pueden aportar a esta postura de un Control de Constitucionalidad Popular. El autor del que nos vamos a ayudar, nos comenta un caso hipotético,

“Si un individuo usurpase el poder, pero lo usare para cumplir rigurosamente las exigencias de los principios de moralidad social expuestos, ¿qué se le podría objetar? Al cumplir con las normas jurídicas que el “dictador” sancionase se estaría satisfaciendo esas exigencias, y al dejar de cumplirlas se las estaría frustrando, por lo que sólo se puede concluir que aquellas normas estarían moralmente justificadas”. (Nino citado por Romero (2006). Págs. 369-370)

Este autor también considera que, existe un cierto autoritarismo en los estados que tienen un Control Constitucional de manera Judicial. De que no tendrían la posibilidad entonces de interpretar las normas de otra manera. No podrían, según las citas anteriormente aportadas, cumplir con un Control Constitucional que identifique al pueblo en general y le permita gozar plenamente de sus garantías fundamentales. Hasta este punto, hemos esbozado algunos argumentos a favor de esta postura doctrinaria. En la siguiente sección nos ocuparemos de la postura contraria, la antítesis de este tipo de control constitucional. El Control Constitucional Judicial.

Estado Social de Derecho y el Control Constitucional Judicial en Colombia

En este aparte más que autores, nos centraremos ya en las garantías otorgadas por jueces en Colombia. Enfáticamente, en los honorables magistrados de la Corte Constitucional de este país. Los cuales, han realizado grandes avances acerca de otorgamientos de Derechos Fundamentales a miembros de minorías poblacionales altamente excluidas en este país, miembros de grupos étnicos, habitantes de calle, opositores políticos, líderes sociales, líderes ambientales, madres solteras cabezas de hogar, miembros de la comunidad LGBTI+ y trabajadoras sexuales. Como se puede observar el material es extenso, pero por razones de optimización de tiempo, solo mencionaremos ejemplos jurisprudenciales otorgados a ciudadanos de las dos últimas minorías mencionadas anteriormente.

Esta disposición jurisprudencial no nace de la nada, es jalonada, guiada por el faro axiológico y teleológico de la

Constitución Política de 1991. La cual define en su artículo primero que Colombia es un Estado Social de Derecho, basado en la dignidad humana y en la prevalencia del interés general por encima del particular. Es decir, preservar el cumplimiento de la Constitución es el principal deber del Tribunal Constitucional colombiano. Ya haciendo esa salvedad, es menester también recordar que este control es concentrado, solo lo realiza la Corte Constitucional, no es como en otros países de cultura anglosajona que el control constitucional se realiza de manera difusa. Esto nos da pie para decir que, no se atienden muchos casos sobre inconstitucionalidad, ya que no hay capacidad de que un solo Tribunal pueda resolver todas las problemáticas de una sociedad compuesta por más de 50.000.000 de habitantes. Pero con todo y ello, se ha logrado avanzar en la dignidad humana de estos dos grupos poblacionales minoritarios y excluidos y a continuación citaremos algunos referentes jurisprudenciales que lo avalan.

Fallos favorables a los Derechos Fundamentales de la Comunidad LGBTI+

En Colombia antes de la mencionada ya varias veces, Constitución de 1991, el Estado era confesamente católico. Es decir, tenía una religión oficial y desconocía legal y constitucionalmente hablando, a los demás credos religiosos. Por esta costumbre adquirida de la colonización española, también se heredaron sus discriminaciones sexuales. La homosexualidad era castigada por el código de policía y por el Decreto 2277 de 1979, que era el estatuto docente de esa época. En ese sentido, ya miramos aquí, en estas normas, la importancia de un Estado laico y pluralista, el cual brinda a la mayoría de sus habitantes el libre desarrollo de la personalidad. En ese orden de ideas, y ya con la Constitución de 1991 en vigencia, un ciudadano instaura acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 46 del decreto 2277 de 1979, el cual establecía las causales de mala conducta en los colegios, y en su numeral b decía taxativamente que era causal de mala conducta “El homosexualismo, o la práctica de aberraciones sexuales”.

Es decir, la educación también fue partícipe, durante muchos años de estos ultrajes hacia la dignidad humana de los miembros de la comunidad LGBTI+, el Magistrado ponente de esta sentencia Constitucional tan importante, Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, esboza una gran argumentación, enfatizando en que los miembros de la comunidad LGBTI+ no son enfermos ni mucho menos violentos por expresarse con sus movimientos más genuinos. Explica que con la Constitución Política de 1991 no pueden ser discriminados por su orientación sexual y realiza una defensa de esto desde el punto de vista científico y no religioso. Cierra su sentencia, con la siguiente afirmación

“Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas”. (C-481 de 1998).

En ese orden de ideas, el Control de Constitucional Judicial fue una garantía y un mecanismo necesario para la realización de la dignidad humana. Declararon inexecutable este artículo y los docentes no estuvieron nunca más obligados a la discriminación escolar. Es por eso que, al menos en este primer ejemplo, la costumbre y tradición popular no hubiesen ayudado a la reivindicación de este grupo minoritario, sino por el contrario, lo hubiesen revictimizado.

Avanzando en el tiempo, en la sentencia C-577 de 2011 se reconoce a las parejas del mismo sexo como personas que tienen derecho al matrimonio y pueden realizarlo. Se amplió el margen de interpretación del artículo 42 de la Constitución Política de 1991 en donde solo reconocían a las parejas de distinto sexo como únicos ciudadanos que podían realizar el contrato de matrimonio. Esta decisión fue también reivindicatoria, ya que, estos ciudadanos habían estado discriminados por casi 200 años de su derecho de convivencia y creación de un hogar. Es por eso que otra vez, el Control Constitucional Judicial, se convirtió en el mecanismo predilecto y fundamental

para poder materializar los componentes axiológicos de la Carta Magna. Devolverles la dignidad a estos seres humanos menoscabados y excluidos lastimosamente en este país. El Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo realizó, al igual que el magistrado constitucional anterior, una defensa científica. Trajo a colación varios conceptos de escuelas y laboratorios en el mundo que sustentan que esta orientación no es ninguna enfermedad. Ordenó modificar este artículo para que se entienda muy bien que tanto las parejas de sexo opuesto como pareja del mismo pueden ser considerados una familia y tener el derecho de formar esa institución sin ningún tipo de discriminación o desprecio.

Finalmente, y solo por razones de optimización de tiempo, traeremos a colación la sentencia SU-671 de 2014 sustentada por el magistrado ponente, Luis Guillermo Guerrero Pérez. En donde este decide ordenar a la Defensoría de Familia No. 2 de Rionegro, revocar la declaratoria de improcedencia a la adopción de un menor de edad por parte de parejas del mismo sexo. Es decir, esta entidad ejecutiva había denegado este derecho por la discriminación hacia esta comunidad, al observar los documentos el magistrado Constitucional no encontró argumentos para esta declaratoria y ordenó que se siguiera el proceso de adopción. Esta sentencia es de las más importantes en este país altamente religioso y excluyente, donde todavía, y lastimosamente, observamos diariamente niñas y niños en los comerciales del ICBF que sin tener quien los adopte llegan a ser adultos en soledad. Hasta este punto, los Derechos Fundamentales a tener identidad de género, a tener libre desarrollo de la personalidad, a tener derecho a tener una familia y a adoptar son garantías fundamentales y victorias históricas para esta población minoritaria y que si no fuera por el Control Constitucional Judicial, solo hubiesen quedado en luchas y en sueños.

Fallos favorables a los Derechos Fundamentales de las trabajadoras sexuales

El camino jurisprudencial de las trabajadoras sexuales en el país, tiene origen en la sentencia T-620 de 1995, en esta sentencia la Corte Constitucional argumentó, en un escenario de moralidad y derechos colectivos, que es deber de la corporación promover por relaciones armoniosas entre los asociados, por todo ello, plantea la necesidad de reducir el campo de acción de la “prostitución” ya que afirma que esta práctica sexual en su ontología histórica, siempre ha existido y no cabe la posibilidad que por parte del Estado se erradique de manera plena.

La Corte considera “la prostitución” como una actividad contraria a la buena costumbre, a la moralidad, a la ética, al respeto por los derechos colectivos y de los niños, y no menos importante, contraria al respeto de la dignidad humana. La actividad sexual en la providencia se considera un mal no deseable, pero argumenta la Corte la necesidad de controlarlo, todo ello basado en que, por virtud del precepto superior del libre desarrollo de la personalidad, las personas pueden elegir realizar prácticas sexuales acordes a sus intereses y para todo ello se habla jurisprudencialmente de las llamadas zonas de tolerancia.

Luego, en la sentencia SU-476 de 1997, la Corte aborda el tema de la prostitución desde un principio general como es la libertad, argumenta que, el desarrollo del principio tiene el límite de no vulnerar o afectar los derechos de los demás, de ahí se desprende la afirmación de que el hombre en su vida de sociedad no puede ejercer derechos y libertades de forma absoluta, siempre el ejercicio de estos debe estar encaminado al respeto del orden jurídico y social justo. La Corte es recurrente al afirmar que, el interés particular o individual siempre debe ceder al interés general promoviendo la sana convivencia, la moralidad, la ética y el respeto de la comunidad en general.

Para concretizar, la Corte en esta jurisprudencia afirma no desconocer ni vulnerar el derecho de las personas que ejercen la actividad de prostitución, todo ello bajo el estricto sentido del principio del libre desarrollo de la personalidad, pero afirma que, dicha libertad no puede vulnerar ni afectar la convivencia social, trascender a la intimidad personal y familiar, y a la afectación del orden moral. Se plantea que si bien el Estado tiene el deber de evitar que el hombre y la mujer opten por prácticas de comercio sexual, resulta lógico limitar dichas

actuaciones para que no infrinjan derechos y libertades de terceros.

Pero, es en la Sentencia T – 629 de 2010, que cambia el rumbo del precedente que venía marcando la Corte de manera reiterativa en todas sus providencias relacionadas al comercio sexual, su desarrollo y los relacionados, la corporación reconoce los derechos de las personas que ejercen esta actividad como labor para su sustento diario y para acceder a un mínimo vital que les permita solventar sus necesidades básicas de persona humana, por todo ello se considera el comercio sexual como una labor y un trabajo en que el Estado debe garantizar su desarrollo conforme a la normativa laboral y prestacional que rige cualquiera otra actuación laboral.

También reitera los elementos del contrato de trabajo apoyado en el principio de la primacía de la realidad, para determinar los casos en los cuales las personas se hayan inermes en una relación contractual para que de manera oportuna desarrollen sus labores con las garantías laborales, prestacionales y con protección del Estado.

La protección de los derechos de la mujer cabeza de familia, en estado de embarazo y que labora como trabajadora sexual permite identificar una situación de vulneración de derechos en los que la Corte decide que: “Habrá contrato de trabajo y así debe ser entendido, cuando él o la trabajadora sexual ha actuado bajo plena capacidad y voluntad, cuando no hay inducción ninguna a la prostitución, cuando las prestaciones sexuales y demás del servicio, se desarrollen bajo condiciones de dignidad y libertad para el trabajador y por supuesto cuando exista subordinación limitada por el carácter de la prestación, continuidad y pago de una remuneración previamente definida” (p,39).

La sentencia representa un cambio considerable en la posición de la corte constitucional en todo lo relacionado a la temática del comercio sexual y sus relacionados, dentro de todos los sectores de la sociedad colombiana nacieron posturas a favor y en contra de la decisión de la Corte, desde poblaciones que consideran que de manera no tan oportuna han sido reconocidos sus derechos y otros sectores tradicionalistas que alzan la voz en contra de prácticas que consideran atentar al ser mismo de la persona humana y rechazan de manera rotunda el pronunciamiento de la Corte.

Son explotadas por sus empleadores y también catalogadas como “objetos sexuales” por la mayoría de sus solicitantes, en este sentido, es apenas obvio que se genere zozobra y disputa entre algunas trabajadoras sexuales y solicitantes, como también con los empleadores, era una injusticia tanto laboral como jurídica, bajo esta perspectiva, se eleva la prostitución como labor, es decir a la categoría de trabajo sexual y segundo, como un grupo minoritario que goza de protección constitucional, la cual en el tercer ítem de resolución expresó:

“- ORDENAR al señor ZOTO como propietario del establecimiento de comercio PANDEMO que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, cancele a la accionante: i) Una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días; y ii) las doce (12) semanas de salario como descanso remunerado a que tiene derecho. Lo anterior en virtud de lo dispuesto en los artículos 239 y 236 del CST, respectivamente. Estas obligaciones dinerarias se deberán calcular sobre la base del salario mínimo mensual vigente al momento en que la peticionaria fue despedida”. (T – 629 de 2010).

En este sentido, esta reivindicación de la Corte, cumple con el convenio C-111 de la O.I.T, el cual nos habla de esta situación y de cómo los Estados deben preservar la dignidad del trabajador y su libre elección al trabajo. En el primer artículo de este convenio, literal a) expresa que: cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

En otra jurisprudencia más reciente, la sentencia T-073/17, podemos observar también otra serie de garantías fundamentales. En esta ocasión, la ciudadana Nelcy Esperanza Delgado Ramírez promovió acción de tutela en favor de un establecimiento de comercio de su propiedad, Taberna Barlovento Chinácota, y sus empleados, en

contra de Nubia Rosa Romero Contreras en su condición de Alcaldesa del Municipio de Chinácota, por estimar vulnerados sus derechos al trabajo, debido proceso e igualdad, ya que la demandada ordenó cerrar el mencionado establecimiento por incumplimientos relacionados con el uso del suelo.

Observamos una serie de derechos fundamentales conexos, la vida digna y la protección especial de la mujer, entendido como el liderazgo que ejercen como madres cabeza de hogar y no deben ser discriminadas por su profesión, además de la estabilidad laboral reforzada entregada por la T-629/10 y ahora los ya comentados, la siguiente jurisprudencia aumenta el margen de acción jurídico para la realización de la protección al trabajo de estas trabajadoras en condiciones dignas y óptimas.

Método

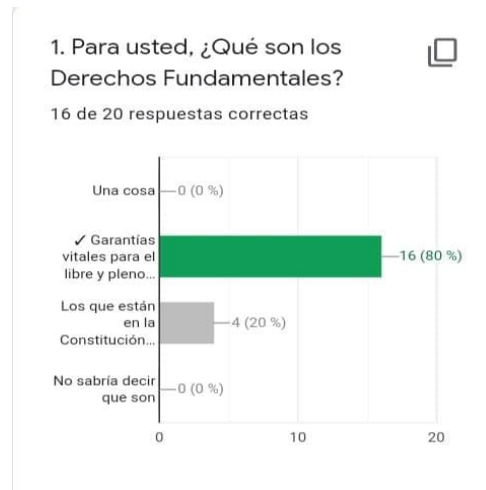
En este sentido, intentaremos sustentar esta postura con un análisis científico. Nuestro tipo de investigación es cualitativa. El paradigma es socio-jurídico. Ya que se busca analizar la percepción de la población sobre una posible ley que repercutirá en la sociedad. Las principales técnicas a utilizar son las de análisis documental y la observación. Este análisis científico está diseñado de la siguiente manera, en primera instancia traerá a colación las principales garantías constitucionales que fueron reconocidas por los constituyentes hacia las minorías en 1991. En segundo lugar, identificar en declaraciones públicas y periodísticas la propuesta del Estado de opinión del partido político mencionado y su líder, para después desarrollar esta idea desde la doctrina jurídica del Control Constitucional de manera Popular.

En tercer lugar por razones de optimización del tiempo y especificidad en el análisis, nos centraremos entonces en los avances jurisprudenciales de los derechos de los grupos minoritarios comunidad LGBTI+ y trabajadoras sexuales. Con el fin de evidenciar también la postura del Estado Social de Derecho y la progresión del otorgamiento de derechos mediante la vía judicial, es decir, el Control Constitucional de manera Judicial. Luego de estas perspectivas teóricas, analizaremos el resultado de una encuesta realizada a 20 personas. Esta encuesta consta de 10 preguntas, 5 de ellas con múltiples opciones y ellos debían elegir una, y las otras 5, de desarrollo.

Esta cantidad de personas son todas mayores de edad, elegidas aleatoriamente, pertenecientes al Distrito de Barranquilla y el municipio de Soledad. Se les preguntó sobre el tema de la posibilidad de hacer un referendo popular sobre decisiones judiciales favorables a las minorías poblacionales en Colombia. Enfatizamos primordialmente en los derechos de la comunidad LGBTI+ y las trabajadoras sexuales. Estos datos fueron recolectados con el fin de establecer tendencias acerca de esta problemática y darle un aspecto práctico a todo el compendio doctrinario y jurisprudencial anteriormente mencionado y desarrollado en esta investigación. Finalmente estableceremos conclusiones.

Resultados

El instrumento de recolección de información fue una encuesta. Esta realizada vía formulario de Google ya que por cuestiones de medidas sanitarias derivada de la situación de crisis sanitaria por la pandemia, COVID-19 nos dejó herramientas tecnológicas para relacionar en las investigaciones de manera más rápida y ágil que el desplazamiento presencial. Este instrumento, como se comentó anteriormente se compuso de 10 preguntas. Las 5 primeras de opción múltiple con la posibilidad de que solo escogieran una, la que las personas pensaran que era la más correcta. De estas 5 preguntas observaremos los porcentajes de las respuestas. Y de las 5 posteriores de desarrollo, observaremos las más extensas ya que si se muestran todas se aumentaría el volumen de páginas en este artículo. Las preguntas giraron en torno a ejes temáticos sobre Derechos Fundamentales básicos como se muestra en el [Gráfico 1](#).



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 1. Pregunta 1 de la encuesta.

Se evidencia, al menos en las respuestas de esta pregunta, que todos los ciudadanos encuestados saben al menos, una noción de que son los Derechos Fundamentales. Y solo dos los ven como una mera norma. Mientras que la mayoría los identifica como garantías para la correcta y vital vida humana basada en la dignidad. Ahora bien, en el siguiente [Gráfico 2](#). Como se vincula a la población en que se hace referencia en este estudio, las minorías con la pregunta número 1.



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 2. Pregunta 2 de la encuesta.

Se evidencia, en estas respuestas que los ciudadanos encuestados consideran a estas minorías como iguales a todos en la sociedad colombiana. Aspecto que en otras respuestas parecen desconocer. Como por ejemplo, las respuestas de la pregunta 9. Proseguimos con el [Gráfico 3](#). El cual tiene como epicentro a las trabajadoras sexuales.



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 3. Pregunta 3 de la encuesta.

En estas respuestas, al igual que en la anterior, todos consideran que si tienen Derechos Fundamentales y que tienen derecho de ganarse su sustento con esta práctica sexual, pero, en las respuestas de la pregunta 7, no parecen aceptarlas como tal. En el [Gráfico 4](#). Se analiza si la votación hipotética de unos derechos ya adquiridos de manera judicial sería o no acogida por la población escogida para responder la encuesta.



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 4. Pregunta 4 de la encuesta.

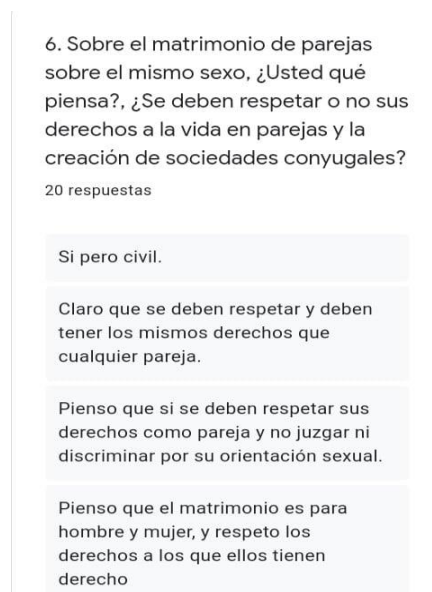
Cuando se les preguntó puntualmente si asistirían a este referendo popular, el cual es una propuesta de un determinado partido político en el país, estos mayoritariamente votaron por no asistir. Mientras que el segundo porcentaje más alto es el de motivos personales, aspecto que parece mucho más religioso a raíz de las respuestas a la pregunta 9. En acto seguido, en el [Gráfico 5](#). Se anexa un tema interesante, la relación entre la percepción ciudadana y los derechos de las minorías poblacionales en Colombia.



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 5. Pregunta 5 de la encuesta.

Es de agrado observar, que al menos estas 20 personas, rechazan la violencia contra estos ciudadanos de minorías poblacionales altamente vulnerables. Lastimosamente, todavía en pleno siglo XXI, este país es uno de los que más demuestran rechazo hacia los trans-género y homosexuales en el mundo. Correspondiente a la pregunta del [Gráfico 6](#). Se hace énfasis en la opinión personal y no en casos hipotéticos.

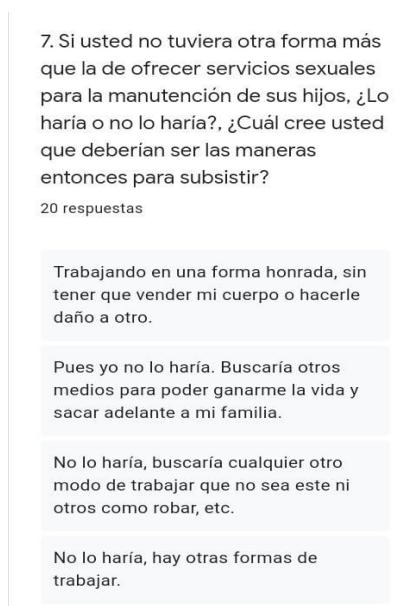


Nota: Elaboración propia.

Gráfico 6. Pregunta 6 de la encuesta.

Se pueden evidenciar que, si bien consideran en otras respuestas respetar la igualdad en derechos de estas personas, algunas de sus respuestas en esta pregunta no son coherentes. Consideran desde un punto de vista religioso que existe un tipo de jerarquía y preferencia ante este derecho. Rezagándolos solo al derecho civil o a que solo el matrimonio es para hombres y mujeres, es decir, parejas de diferente sexo. Ahora bien, en el [Gráfico](#)

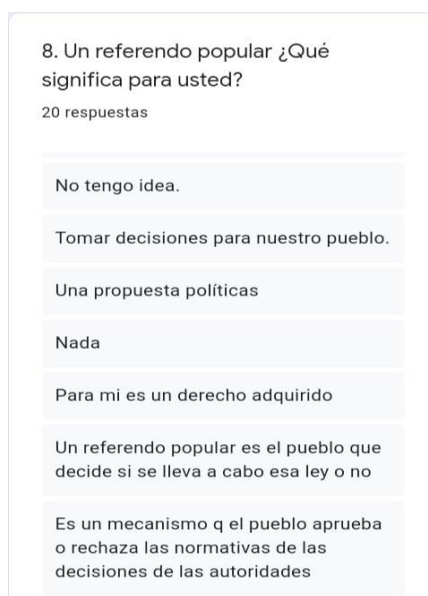
7. Se trae a colación un tema álgido, ¿Cuál es la opinión de los ciudadanos encuestados sobre la práctica del trabajo sexual como salida económica?



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 7. Pregunta 7 de la encuesta.

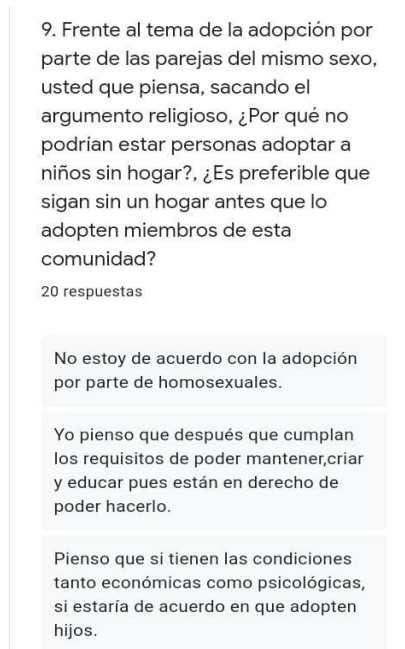
Podemos evidenciar como anteriormente se comentaba, que en una respuesta dicen respetar los derechos de las trabajadoras sexuales, pero en estas respuestas consideran que su oficio es denigrante y que harían otros artes u oficios antes que el trabajo sexual. Podemos evidenciar aquí, nuevamente que, los imaginarios religiosos están bien adentrados en la población colombiana ejemplificada en esta pequeña muestra. Sobre estos pensamientos e inclinaciones religiosas, es en el [Gráfico 8](#). En el que se vincula esta situación con el aspecto legal, ¿Conoce la ciudadanía en realidad cuales son las figuras jurídicas y judiciales que otorgan o protegen sus derechos?



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 8. Pregunta 8 de la encuesta.

En estas respuestas podemos denotar que algunos de los 20 encuestados tienen nociones cercanas a lo que es un referendo popular. Pero la mayoría no lo conoce, y es aquí donde resulta muy peligroso, otórgales a estos ciudadanos que ni siquiera saben que es un referendo el destino y los derechos de unas minorías poblacionales altamente excluidas y que han peleado toda su vida por estas reivindicaciones obtenidas por vía judicial. Por otro lado, este estudio también intentó aseverar sobre preguntar la opinión de los ciudadanos encuestados sobre el escenario de la adopción del mismo sexo, esto como expresión de Derechos Fundamentales, sobre ello en el [Gráfico 9](#). Se evidencia



Nota: Elaboración propia.

Gráfico 9. Pregunta 9 de la encuesta.

Persisten las incoherencias, se dice respetar unos derechos pero en los casos hipotéticos de situaciones prácticas, se rechazan totalmente como en la primera respuesta que se lee. Pero también, existen ciudadanos que consideran, más allá de los puntos de vista religiosos, que es necesario buscarles alternativas de hogares a niños y niñas huérfanos y abandonados lastimosamente, y que esta comunidad de ciudadanos pueden hacerlo sin ninguna maldad o perversión. Finalmente, en el [Gráfico 10](#). Se observa una pregunta mucho más compleja y que está sujeta a un juicio de valor que es interesante ser analizado.

Correspondiente a estas últimas respuestas, es menester resaltar que 19 de las 20 personas respondieron que no les gustaría este tipo de referendo popular sobre decisiones tan trascendentales. Ya que, colocándose en el lugar de estos ciudadanos sometidos a aceptación popular, no les gustaría esta situación que excede sus Derechos Fundamentales. Pero, sorprendentemente, una persona respondió que si le gustaría, sería interesante en otra oportunidad, pedirle una argumentación del porqué, ya que es muy peculiar esta decisión sobre dejar que otros intervengan, den aval o rechacen derechos tan vitales en la vida de los hombres.

10. Si usted es o fuera de estas comunidades de personas, ¿Le gustaría que sus derechos obtenidos por vía judicial sean cuestionados y sometidos a votación por las demás personas de este país que no conocen sus necesidades ni situaciones de vida, su personalidad o su libre desarrollo?

20 respuestas

No

No me gustaría.

No.

Por supuesto que no ya que es un derecho que se tiene así como las demás personas y es algo que debe estar estipulado en la constitución y no poner en tela de juicio ni a votación mis derechos.

Nota: Elaboración propia.

Gráfico 10. Pregunta 10 de la encuesta.

Conclusiones

Por fuera de esta investigación quedaron varios puntos interesantes que no se abordaron en gran medida, tres fundamentalmente. El primero es la argumentación de las respuestas, ya que se realizaron las preguntas con la intención de recoger respuestas muy coloquiales, sin pedir tecnicismos jurídicos ni palabras muy académicas. Esto con el fin de ejemplificar la generalidad de nuestra población colombiana, altamente ignorante de estos temas tan fundamentales y que, sería también importante, estudiar respuestas más elaboradas, realizar pedagogía jurídica y constitucional en esta población.

El segundo aspecto, es que esta investigación tuvo una muestra muy pequeña de población que opinó sobre esta problemática de un posible referendo popular a decisiones judiciales del Tribunal Constitucional, faltó mucho más personal en esa muestra, pero a razones de tiempo, presupuesto y crisis sanitaria, solo fue posible las 20 personas que se han evidenciado en la parte de resultados y discusión de los mismos. Finalmente, considero que también fue corto el aporte a nivel jurisprudencial ya que existen muchas más poblaciones minoritarias altamente excluidas, es posible, y necesario, realizar una investigación jurídica mucho más amplia en estos aspectos tan relevantes para el libre desarrollo de la personalidad.

Podemos concluir, siguiendo los resultados de las encuestas, que es muy peligroso, al menos en esta sociedad, someter a referendo popular decisiones tan personales y tan grandes a nivel judicial. Someter a escrutinio público unas garantías constitucionales que, precisamente las mayorías de tradición religiosa no respetan. Como se evidenció en los aportes jurisprudenciales, fueron los magistrados del Tribunal Constitucional los que cumplieron la Constitución por encima de los menosprecios y discursos religiosos fanáticos y retrógrados hacia estas poblaciones minoritarias.

Este tipo de investigaciones tienen sustento tanto teórico como fáctico. En una ciudadanía ampliamente manipulable por las fake news y las retrogradadas palabras de los sectores religiosos más conservadores que desconocen y ultrajan los derechos fundamentales de las minorías poblacionales. No se pueden someter a un referendo popular. Sería revictimizar a estas minorías. Esto puede ser visto o analizado desde las posturas de los autores que defienden y promulgan un control de constitucional popular. Pero sin duda lo hacen o plantean en sociedades mucho más educadas y menos desiguales. Por consiguiente es necesario someter esta coyuntura a

un análisis científico-jurídico y no a uno netamente popular por las razones anteriormente expuestas y que en este trabajo intentamos profundizar y visualizar en detalle.

Referencias

- Arango-Rivadeneira, R. (2016). La tarea de construir una sociedad democrática en Colombia. Año L, 50(29), 28. Versión digital disponible en: https://valenciad.com/wp-content/uploads/2023/04/aleph_178.pdf#page=30
- Convenio 111 de la O.I.T. Ginebra, Suiza. Versión digital disponible en: <https://www.ilo.org/es/resource/news/que-es-el-convenio-111-sobre-la-discriminacion-empleo-y-ocupacion#:~:text=La%20eliminaci%C3%B3n%20de%20la%20discriminaci%C3%B3n%20y%20la%20promoci%C3%B3n,OIT%20y%20son%20elementos%20esenciales%20del%20trabajo%20decente.>
- Ferrajoli, L. (2006). Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales. Versión digital disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9954/1/Doxa_29_01.pdf
- Grueso, D. I. (2010). Populismo, reeleccionismo y bonapartismo. Una mirada al populismo a través del Estado de opinión. *El Hombre y la Máquina*, (35), 27-38. Versión digital disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/478/47817140004.pdf>
- Jaramillo, L. G., & Benítez, V. F. (2018). “El control judicial le cuesta demasiado a la democracia”. Entrevista a Jeremy Waldron. *Isonomía-Revista de teoría y filosofía del derecho*, (48), 171-182. Versión digital disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-02182018000100171&script=sci_arttext
- Mancha Romero, P. M. (2009). La justicia como equidad y el constitucionalismo popular: aproximación al sujeto normativo en John Rawls y Larry Kramer. Versión digital disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Pedro-Mancha/publication/318836294_La_justicia_como_equidad_y_el_constitucionalismo_popular/links/59818349aca2728abee8534d/La-justicia-como-equidad-y-el-constitucionalismo-popular.pdf
- Montero, J. (2006) La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿popularismo moral o elitismo epistemológico?. Versión digital disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/9969/1/Doxa_29_16.pdf
- Sentencia T-620/95. Magistrado Ponente, VLADIMIRO NARANJO MESA. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-620-95.htm>
- Sentencia SU-476/97. Magistrado Ponente, VLADIMIRO NARANJO MESA. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU476-97.htm>
- Sentencia C-481/98. Magistrado Ponente, Dr. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-481-98.htm>
- Sentencia T-629/10. Magistrado ponente, Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-629-10.htm>
- Sentencia C-577/011. Magistrado Ponente, GABRIEL EDUARDO MENDOZA. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-577-11.htm>
- Sentencia SU-671/2014. Magistrado Ponente, LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/SU617-14.htm>
- Sentencia T-073/17. Magistrado ponente, JOSÉ IVÁN PALACIO PALACIO. Corte Constitucional, Bogotá, D.C. Colombia. Versión digital disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-073-17.htm>
- Suanzes-Carpegna, J. V. (2013). Constitucionalismo e historia del pensamiento jurídico. Entrevista al profesor Maurizio Fioravanti. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, (14), 22-553. Versión digital disponible en: <https://www.uniovi.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/article/view/384/347>