

Una reflexión acerca del tribunal constitucional como defensor de las minorías

James Iván Coral Lucero*

*“Las profecías de lo que los tribunales efectivamente harán es la senda del derecho”.
(Oliver Wendell Holmes, 1896)*

Resumen

El debate constitucional sobre la función de las cortes constitucionales dentro del sistema político de un Estado ha suscitado diversas posiciones para tratar de establecer el espacio de acción dentro del cual debe actuar dicha institución. Dentro de los debates que se han originado sobre la institución en estudio, existe una especial disputa por su función frente a la protección de las minorías sociales, las cuales han encontrado un espacio adecuado para alcanzar algunas de sus pretensiones. En este sentido, el presente ensayo pretende ofrecer una descripción de los debates más importantes a nivel internacional sobre la función que cumple un tribunal constitucional, para posteriormente hacer una reflexión del proceso que se ha seguido en Colombia a partir de la Constitución de 1991 —con la creación de la Corte Constitucional— en cuanto a la protección de los derechos de las mencionadas minorías sociales.

Palabras claves

Corte Constitucional, minorías sociales, Constitución, derechos, democracia.

Abstract

The constitutional debate about a constitutional court's role in the political system of a state has prompted diverse points of view on the limits within which such a court must operate. Within those debates, a special dispute has arisen with regard to the court's protection of social minorities, who have found in the Constitutional Court a propitious forum in which to satisfy some of their claims. In this respect, this paper tries to offer a description of the most important international debates about a constitutional court's function, followed by a reflection on the process that has taken place in Colombia after the 1991 Constitution, when the Constitutional Court was created, as it pertains to the protection of the rights of social minorities.

Keywords

Constitutional Court, social minorities, Constitution, rights, democracy.

* Magíster en Derecho de la Universidad de los Andes. Abogado de la Universidad Santiago de Cali.

1. Introducción

Realizar un estudio del tribunal constitucional¹ lleva a explicar las disputas que se han presentado en razón de las dos funciones que generalmente se le han atribuido como defensor de la Constitución, es decir, la de velar por el control constitucional de las normas y la de procurar el amparo de los derechos. A consecuencia de esto, se han presentado diversos debates para concebir las funciones que deberían tener las cortes o tribunales constitucionales alrededor del mundo. Muchas de estas posturas buscan establecer los alcances o límites dentro de los cuales debe actuar una institución de esta naturaleza para garantizar que los procesos democráticos no se vean alterados por la labor que desempeña.

En este orden de ideas, este artículo pretende reseñar las diferentes posturas de la discusión internacional mencionada en el párrafo anterior con el fin de hacer un acercamiento al caso colombiano. Se intentará demostrar que, a pesar de las críticas realizadas, los jueces constitucionales se convierten en la senda que buscan los grupos minoritarios para tratar de defender sus derechos. De acuerdo con esta premisa, los jueces constitucionales se convierten en la esperanza de mejores reivindicaciones y así adquieren una responsabilidad frente a los grupos señalados.

2. El debate por la función del tribunal constitucional

Desde el ascenso de la justicia constitucional, tras la Segunda Guerra Mundial, se empezarán a crear instituciones —denominadas generalmente tribunales constitucionales²— que estarían encargadas de la defensa de la Constitución³.

¹ El concepto *cortes constitucionales* en este caso hace referencia tanto a los sistemas donde el control de constitucionalidad y la acción de tutela o amparo son tarea de una corte suprema o de un tribunal constitucional, propiamente dicho. Los nombres serán usados de manera indiferente a lo largo del texto.

² Como señala Mauro Cappelletti, hay antecedentes en la creación de tribunales constitucionales antes de la segunda guerra mundial, pero no tuvieron mucho éxito. Cappelletti destaca dentro de estos casos el de Austria en 1920 y España en 1931 (Cappelletti, 1984: 599). Ahora bien, en Colombia, por medio del acto legislativo No. 3 de 1910, se implementaría una reforma constitucional, con el fin de establecer un control abstracto de constitucionalidad para otorgarle a la Corte Suprema la facultad para declarar la exequibilidad o inexecutable de las normas demandadas. En este sentido, Colombia podría verse como uno de los primeros países en tener una clase de control de constitucionalidad sobre determinadas normas y una institución por fuera

De esta manera, la Constitución, como norma suprema, requería estar garantizada para no ver violadas sus disposiciones por normas de inferior jerarquía.

Desde ese momento, no se han detenido las disputas por los alcances de las actuaciones de ese tribunal. Esto se debe a que sus decisiones son consideradas por muchos autores como contramayoritarias. Es decir, la tensión que se configura cuando los jueces no elegidos popularmente entran a determinar qué normas emanadas del Congreso o parlamento —que se supone tiene una mayor legitimidad por su elección ciudadana— son contrarias a las disposiciones constitucionales. Además, las disputas han surgido cuando ese tribunal ha tomado decisiones a favor de minorías sociales que muchas veces chocan de frente con el proyecto o bienestar de la mayoría. Dentro de este postulado, se han encontrado diversos aportes que ofrecen críticas y también soluciones al problema, con lo que se ha dado paso a una amplia disputa, tanto por determinar el alcance del control constitucional como por la defensa de los derechos.

Las posibles soluciones al problema contramayoritario han seguido estos lineamientos. En primer lugar, se encuentra la tesis de los derechos, cuyo mayor exponente es el autor norteamericano Ronald Dworkin. Para Dworkin, existen derechos fundamentales que son de trascendencia moral en la comunidad liberal donde se salvaguardan y cuya aplicación son medios que las minorías puede hacer valer frente al Gobierno. En este sentido, los derechos de las minorías se deben proteger más allá de lo que una mayoría o un grupo en el poder quieran imponer.

del Congreso o del presidente encargada de dicha función. No obstante, el punto ha sido debatido tanto desde los efectos o naturaleza de las decisiones que podrían tener el control de constitucionalidad mencionado como desde las consecuencias políticas del mismo (v. López et al, 2005: 19; en el mismo sentido, López [2006]). Un análisis de política comparada sobre el surgimiento del tribunal constitucional colombiano en Diego Tarapués (2008).

³ Quizá el debate más fuerte en este punto es el de Carl Schmitt contra Hans Kelsen, en el sentido de que, para el primer autor, la defensa de las disposiciones constitucionales debería realizarlas el presidente del Reich, como la única fuente para el control de este ejercicio político, reclamando así un Estado totalitario en el cual fuera fácil, como lo advierte Guillermo Gasió, reconocer al amigo del enemigo. En contradicción a este argumento, para Kelsen la defensa de la Constitución debería hacerla un tribunal constitucional que esté encargado del control de las normas y que busque controlar jurisdiccionalmente las disposiciones del parlamento (Gasió, 1995: XL-XLI).

Bajo este supuesto, Dworkin argumenta que las minorías deben tener fe en las instituciones que protegen los derechos, ya que éstas garantizan que la dignidad y la igualdad les sean respetadas por la mayoría. Este planteamiento, como lo enuncia el autor, va en contra de la perspectiva mayoritaria defendida por Jeremy Bentham, para quien los derechos eran un disparate en zancos y lo que importa es el bienestar de la mayoría (Dworkin, 2007: 302-303).

Norbert Lösing, quien también propende a la defensa de los derechos, señala que éstos deberían ser promesas que haga la Constitución, que el tribunal constitucional sea capaz de hacer cumplir y que le den lineamientos y metas a la sociedad. Además, el tribunal permite una transición en la protección de derechos, pues el procedimiento legal muchas veces es tardío frente a los adelantos tecnológicos a los que se somete el mundo moderno y, por lo tanto, surgen problemas que no puede de manera expedita resolver (Lösing, 1997: 109-110).

Otro autor europeo que también se adscribe a la defensa del tribunal por los derechos es Mauro Cappelletti, cuando afirma que los tribunales constitucionales deberían ser protectores de los valores y deberían tratar de guiar por medio de éstos a la sociedad. Sin embargo, contrario a la defensa hecha por Dworkin, para Cappelletti este sistema de valores se encuentra en la Constitución o en las enmiendas hechas a ésta, ya que son actos creados por los hombres que las redactan. De esta manera, Cappelletti comparte con Hart Ely que “los textos escritos, así como el Derecho natural, la tradición, etc., no sirven como fuentes de ‘valores impersonales’ que el juez pueda ‘descubrir’ de forma no creativa” (Cappelletti, 1980: 62). Pero, en contraposición a Ely, Cappelletti señala que estos valores permiten que el tribunal constitucional haga cambios basados en su subjetividad y creatividad (1980: 62).

En este sentido, la teoría de John Hart Ely es quizá la que provocó más controversia y mayor reacción sobre el carácter contramayoritario. Esto se debe a que su propuesta de la Constitución como proceso se basa en las restrictivas funciones que debería tener la Corte Suprema de los Estados Unidos, limitadas a estos tres puntos esenciales: *(i)* ser un árbitro en los procesos de representación política que se desarrollan, en los que sirve de mediador entre las diferentes instituciones; *(ii)* permitir que haya cambios dentro de los sistemas políticos, es decir, que la historia no se vea atada únicamente a lo que los primeros constituyentes proponen; y *(iii)* facilitar el acceso democrático a las minorías (Ely, 1998).

Dentro de estas tres funciones, lo que trata de hacer Ely es introducir una teoría que no les brinde un espacio abierto de interpretación a los jueces dentro

del cual puedan hacer valer sus convicciones personales, sin que de esa forma se llegue a presentar un textualismo duro que no permita un cambio de pensamiento político de los ciudadanos⁴.

En cuanto a las minorías, Ely señala que el sistema electoral democrático “un hombre un voto” crea una parodia, ya que, al tener el poder de hacer valer sus intereses, las mayorías crean ventajas sobre las minorías. Ely agrega que la solución de tratar al sistema no como un conjunto de individuos, sino como una sociedad donde convergen grupos de poder que mediante acuerdos en sus relaciones políticas permiten una nivelación de intereses, tampoco brinda una solución satisfactoria: en esa forma de entender el sistema también se ponen obstáculos a los grupos minoritarios, pues existen diferentes cargas de poder en los grupos para acceder a mejores reivindicaciones (Ely, 1998: 168).

Dentro de esta concepción que defiende la Constitución como proceso, también se encuentra la posición del alemán Peter Häberle, para quien la Constitución es un proceso en sentido material, dentro del cual convergen los intereses de diferentes grupos, los cuales en constante disputa le dan vida e interpretación a la Constitución. De esta manera, el juez constitucional debe permitir a través de su jurisprudencia que se abra el espacio para que los diferentes disensos de la sociedad sean escuchados y también debe comprometerse con el carácter pluralista (Häberle, 2003: 167).

Entre las concepciones de John Hart Ely y Peter Häberle acerca de la constitución como proceso, existen, como lo señala José Estévez, complementariedades y diferencias en cuanto a los derechos y la función del tribunal constitucional. Así, para ambos autores existe una concepción más procedimental del contenido de la Constitución. Sin embargo, existen diferencias entre el concepto que cada autor en mención maneja de los valores sustantivos, entre los cuales se encuentran principalmente la igualdad y la libertad. En Häberle, estos son trascendentales en la interpretación que el tribunal debe hacer de la Constitución como proceso, pero, para Ely, se vuelven problemáticos si se dejan a la subjetividad de la corte (Estévez, 1994: 81).

⁴ Cappelletti, que —como se mencionó— se puede ver como un defensor de los derechos, hace la siguiente reflexión sobre la teoría de Ely: “¿Es factible restringir el significado de normas-valores como son las de libertad o igualdad a una mera jurisdicción sobre el procedimiento? La respuesta a estas preguntas creo que sólo puede ser negativa” (Cappelletti, 1980).

Ely considera que no puede existir una interpretación abierta que dé paso a los intereses personales de los magistrados, mientras que para Häberle —que sigue una posición parecida a la de Cappelletti— estos valores se encuentran en la sociedad y se conforman a través de ella, y por lo tanto no existen derechos concebidos bajo una postura iusnaturalista —es decir, derechos de carácter trascendente y eterno—, sino que son los positivizados por la Constitución y sujetos a una continua adaptación (Estévez, 1994: 103). Para Häberle, es precisamente en estas disputas sociales de interpretación de la Constitución donde las minorías pueden hacer valer sus derechos, pues les brindan la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista.

El tema también ha sido abordado desde la perspectiva de la ciencia política por autores como Jon Elster. Elster propone resolver el problema contramayoritario con el argumento de que los fallos de las cortes constitucionales se hacen para regular el proceso futuro, es decir, la decisión del tribunal evita que las mayorías actúen de manera irracional en la toma de decisiones futuras.

En efecto, para esta teoría existe una auto-obligación en la sociedad para racionalizar sus decisiones. Elster la explica con el ejemplo del matrimonio: ¿cuál es la elección que toman los individuos al casarse si saben que podrían simplemente cohabitar? La respuesta que nos brinda el autor es que los individuos tratan de poner límites a las irracionalidades que se podrían presentar durante el término del matrimonio. En este sentido, la asamblea o parlamento —al igual que los individuos— se autorregula por medio de las disposiciones del tribunal constitucional para evitar que sus pasiones presentes obstaculicen procesos de integración futuros (Elster, 1999: 40).

Bruce Ackerman realiza una crítica a algunas de las anteriores formas de ver el carácter contramayoritario del poder judicial, en el sentido de que establecen la democracia dentro de un modelo monista. Es decir, parten de la idea de que el momento en que se toman decisiones importantes se presenta únicamente cuando los ciudadanos simplemente votan o el parlamento estipula normas para el cambio, sin tener en cuenta que, entre los períodos de votación, las personas también se movilizan al darles órdenes a sus gobernantes sobre cómo actuar. Este segundo momento es un ejemplo de lo que Ackerman llama “momentos constitucionales”, que permiten al tribunal constitucional dar paso de una manera expedita y fluida a lo que la sociedad quiere (Ackerman, 1999: 150).

Frente a todas estas teorías, también hay autores escépticos ante las posturas de defensa del tribunal constitucional, en uno u otro sentido. Por ejemplo,

Alexander Bickel —de quien se dice fue el primero en advertir el carácter contramayoritario del poder judicial— señala que los jueces no representan la voluntad del pueblo, sino que por el contrario tuercen las decisiones democráticas tomadas por la mayoría (Bickel citado en Gargarella, 1996: 58). De esta manera, surgen también posiciones como la de Habermas, para quien las decisiones del control constitucional no se deberían llevar a cabo por un tribunal constitucional, debido a que éste no garantiza con sus decisiones la división de poderes ni tampoco responde a un espacio deliberativo que pueda contribuir a que exista una reflexión sobre las diversas opiniones de la sociedad. Bajo estas premisas, Habermas propone que el control constitucional debe hacerlo el parlamento durante el proceso de formación de la ley, pues se deben buscar tanto límites a las funciones que cada institución ejerce —para que una rama no pueda tener mayor poder que otra— como espacios más deliberativos que articulen la opinión de aquellos directamente afectados por la decisión que se tome (Habermas, 1998: 315).

En la posición escéptica también podemos situar al jurista argentino Roberto Gargarella, quien examina a profundidad gran parte de las teorías a favor o en contra del control judicial a cargo del tribunal constitucional y hace énfasis en el sistema estadounidense. Gargarella (1996) llega a la conclusión de que el sistema judicial no garantiza imparcialidad, en la medida en que sus decisiones pueden ser empujadas por elites políticas. Además, al igual que Habermas, Gargarella considera que no existe en este proceso una reflexión colectiva, o por lo menos no comprobable en todos los casos, en las decisiones que toma el alto tribunal (Gargarella, 1996: 265).

En cuanto a las minorías, Gargarella (1996) señala que el control judicial debería protegerlas de las posturas que una mayoría quiera imponer. Sin embargo, para este autor los jueces no pueden decir la última palabra en estos asuntos, ya que, como se dijo, nada garantiza su imparcialidad.

En este mismo sentido, existe otra corriente de pensadores a los que Cass Sunstein denomina neorrealistas⁵, para quienes la distinción entre derecho y política no existe y además los jueces muchas veces simplemente reflejan la

⁵ Los llama así porque comparten con los realistas la carga de voluntad característica del razonamiento judicial, pero con las diferencias de su crítica a la función del tribunal como garante de derechos. Sunstein aclara que dentro de este grupo existen divergencias, pero lo que trata de hacer el autor es ver los puntos en los que comúnmente están de acuerdo. Estos neorrealistas se ubican en lo que se define como los Critical Legal Studies (CLS). Dentro de esta tradición, Sunstein ubica a autores como Duncan Kennedy y Alan Freeman (Sunstein, 1983: 126-127).

voluntad de la clase dominante. Por lo tanto, no existe el criterio de razonamiento que generalmente se les confiere a los jueces constitucionales. Además, el orden democrático que se garantiza a través del voto y la libertad de expresión en una esfera pública olvida o esconde los derechos de la esfera privada del individuo, con lo cual destruye más que garantiza la democracia.

Éstas son algunas de las teorías más importantes sobre la función que cumple o debería cumplir un tribunal constitucional. Ellas contribuyen a observar cuáles serían las posibilidades reales de acceso a los canales políticos de las minorías.

3. Acercamiento al caso colombiano: la Corte Constitucional como protectora de las minorías

Hacer un análisis del caso colombiano sobre la Corte Constitucional y su protección a las minorías requiere hacer una revisión doctrinal y algunos apuntes jurisprudenciales sobre el tema. En esta parte no se pretende hacer una profundización extensa. Sin embargo, vale la pena hacer un diagnóstico general de cuál ha sido el acercamiento de la Corte como defensora del interés de las minorías, cuya representación muchas veces es precaria o nula.

Antes de iniciar el estudio mencionado, nos detendremos a realizar un diagnóstico de las implicaciones de la Constitución de 1991. Ésta dio paso a la concepción de una amplia carta de derechos y, por primera vez en la historia de Colombia, a la conformación de una corte o tribunal constitucional, en un estricto sentido, para interpretar la Constitución y defender los derechos fundamentales que ella señala⁶.

⁶ Sobre la naturaleza política y la importancia que adquiere la Corte Constitucional en Colombia puede verse Tarapués (2008). Desde esta perspectiva, se piensa que la Corte Constitucional a partir de 1991 aborda este tipo de debates de una manera más rica, ya que se abrió la oportunidad para que se repensara la función de los jueces dentro de la división de poderes en Colombia. La Constitución de 1886 tuvo por supuesto diversas reformas, como la mencionada de 1910 y con ésta la implementación por primera vez de un control de constitucionalidad, lo que no permitiría argumentar de manera tajante que la Corte Suprema no cumpliera diversas funciones a lo largo de las diferentes etapas de la Constitución mencionada. Sin embargo, por lo que significó históricamente la Constitución de 1991, con sus nuevas estipulaciones, la renovación de unos magistrados en su mayor parte progresistas y la lucha contra el formalismo dominante, se puede estudiar la Corte Constitucional a partir de un empoderamiento del discurso de los derechos fundamentales de una manera más poderosa (especialmente para las minorías) que la abordada durante todas las etapas de la Constitución de 1886. Para un recorrido histórico de la Corte Constitucional

Bajo esta perspectiva, la evolución de la justicia constitucional trajo consigo una nueva forma de concebir el derecho, ya que el nuevo tribunal se enfrentaría a diversas disputas con relación a su jurisprudencia y la defensa de derechos, especialmente los económicos, sociales y culturales. En efecto, dicha jurisprudencia ha traído críticas basadas en los postulados de eficiencia, bienestar para la mayoría e ilegitimidad de sus sentencias. Estos son los retos que afronta cada día. El surgimiento de estas disputas alrededor de la justicia constitucional trasplantó al ámbito local nuevas teorías⁷ y soluciones al poder contramayoritario, tales como las estudiadas en el acápite anterior.

4. Los debates a la Constitución de 1991

El presente acápite busca recoger los debates más importantes en torno a la Constitución de 1991 para observar cuáles han sido sus debilidades y fortalezas en cuanto a los propósitos que pretendía. En este sentido, se tratará de presentar algunas de las posiciones según las cuales la Constitución se observa como un simple proceso de legitimación de elites que no brinda posibilidades reales para los grupos minoritarios, al igual que otras que afirman que, por el contrario, se la puede ver como un instrumento para el cambio de los grupos en mención. Finalmente, se tratará de señalar cuál de estas posiciones es la que se pretende defender o usar en el presente proyecto.

En este orden de ideas, se puede decir que la asamblea constituyente convocada en 1991 tenía como objetivo principal ponerle fin a una guerra que se venía presentando entre el Estado colombiano y grupos insurgentes representados por el M-19 y el ELN. En consecuencia, se trataría de dar solución a un problema social a través de nuevas promesas representadas en una Constitución que quería la paz y el respeto por los derechos fundamentales.

Las esperanzas y promesas que trajo consigo la nueva carta constitucional han sido debatidas desde diferentes puntos de vista. De esta manera, existen tanto perspectivas positivas como escépticas frente a los fines que la Constitución buscaba. Así, algunos académicos que desconfían de los propósitos de la Constitución argumentan que los principales objetivos de ésta —la búsqueda

colombiana en su creación, debates internos y línea jurisprudencial, puede verse a López Medina (2006).

⁷ Como lo señala Diego López, la nueva teoría trasplantada traería consigo interpretaciones locales de autores como Hart, Dworkin y Rawls, quienes eran vistos como el ala fuerte contra el formalismo imperante (López, 2004: 12).

de la paz y el respeto por los derechos, especialmente el de la vida— no se lograron, ya que la Constitución desde sus inicios surgió más como un acuerdo de mayorías que de un consenso. En consecuencia, la paz que se intentaba fundar fue un producto de élites y no alcanzó los resultados que se pretendían (Mejía, 2007: 244).

Desde esta perspectiva, la Constitución de 1991 es fallida y se necesita una nueva asamblea constituyente que garantice que el proceso sea ratificado por el pueblo, y en el cual las elites no tengan una influencia tan radical en la toma de decisiones que puedan impedir el consenso de la ciudadanía (Mejía, 2007). En consecuencia, las minorías no estuvieron representadas en el “acuerdo” que precedió a la Constitución, debido a que se dejaron por fuera diversos puntos de vista que eran importantes para la toma de decisiones que directa o indirectamente podían afectarlas.

Esta postura concluye que, para que exista un verdadero consenso, se requieren al menos dos propósitos, determinados dentro de una política que “a nivel público, se presenta como una trama plural, abierta y espontánea de discursos y diálogos entrecruzados de los diferentes actores, avalado deliberativamente; la otra vía, en tanto, hace alusión a un referente de derechos básicos constitucionales. Ambas condiciones viabilizan la regulación equitativa de la vida común, respetando las diferencias individuales de los diversos sujetos colectivos y la integración social de una sociedad desencantada” (Mejía, 2007: 254). De conformidad con esta visión, estos procesos no se dieron en la asamblea constituyente de 1991 en Colombia.

En contraposición al argumento anterior, existen posturas que defienden el establecimiento de la Constitución de 1991 desde una perspectiva optimista o moderadamente positiva. En primer lugar, desde la posición optimista, se reconoce que la Constitución no ha cumplido todas sus promesas. Sin embargo, ha permitido nuevas pautas de conducta en cuestiones de autonomía, cultura y libertad para las personas. Estas pautas en varias ocasiones han sido contrarias a los postulados —en su mayoría conservadores— en los que aún se encuentra inmersa la sociedad colombiana. En este sentido, la Constitución de 1991 se reconoce como multicultural y plural, es decir, reconoce otros tipos de culturas y proyectos de vida y se constituye así en un instrumento fuerte para la protección de estas nuevas formas de ver la vida (Gaviria, 2002: 23).

En cuanto a los jueces constitucionales, se reconoce que conferirles la defensa de los derechos fundamentales los ha convertido en mejores jueces, en la medida en que la sustentación de sus fallos es más rica por el valor axiológico

que les otorga la Constitución a las sentencias que deben expedir dichos jueces (Gaviria, 2002: 25).

La visión intermedia entre las posiciones anteriores se defiende a partir de la concepción del constitucionalismo aspiracional (García et al, 2006), que tiene como objeto el cambio de una situación presente de inconformidad a partir de promesas a futuro. En efecto, las constituciones aspiracionales se basan en el “deber ser”, es decir, tratan de establecer normas que se pretenden alcanzar (García et al, 2006: 227).

Para que esta clase de constituciones puedan tener efectos positivos, no sólo se necesitan disposiciones progresistas, sino condiciones políticas y sociales⁸ que permitan lograr un cambio de la realidad. Dentro de esta perspectiva, Mauricio García argumenta que “el constitucionalismo aspiracional puede incidir de manera favorable en la realidad social y política cuando es capaz de inculcar en la mente de los miembros de los movimientos sociales y de las personas, en general, un espíritu anticonformista, que se funda en la afirmación autorizada de que la injusticia existe y debe ser remediada” (García et al, 2006: 226).

Desde este punto de vista, la Constitución de 1991 es una esperanza para el cambio, ya que permite mayores posibilidades de maniobra en el campo jurídico que las ofrecidas por la Constitución de 1886. Esto otorga un mayor campo de acción para que las personas reaccionen y puedan hacer valer sus derechos.

Otro de los requisitos de la Constitución aspiracional es un constitucionalismo militante, es decir, jueces con la capacidad de atender a las necesidades de las minorías. Estas minorías generalmente se conforman como grupos de presión a través de movimientos sociales (García et al, 2006: 221). En este sentido, la función de los jueces es ser el canal que permite el cambio. De ahí que el presente ensayo tenga como principal objetivo el análisis de su función respecto de las minorías sociales.

⁸ Es claro que siempre van a existir condiciones sociales o políticas; sin embargo, a lo que se apunta aquí es que la Constitución aspiracional va a tener efecto para que se presenten nuevas formas de movilización dentro de la sociedad que puedan producir una mejora positiva.

5. El artículo 13 constitucional: una oportunidad para los grupos minoritarios

Como quedó expuesto al final del acápite anterior, las características de una Constitución con una amplia gama de promesas permiten la movilización de las personas hacia la búsqueda de mayores reivindicaciones para sus proyectos. De esta manera, la gran cantidad de derechos que estableció la Constitución de 1991 en Colombia brindan oportunidades para que se respeten diferentes formas de concebir la vida.

En efecto, el reconocimiento de una sociedad pluralista por parte de la carta de 1991 ha permitido el respeto por la igualdad, entendida no sólo en el sentido fuerte de igualdad ante la ley, sino también como una igualdad efectiva a partir de la diversidad cultural que existe en Colombia⁹.

El artículo constitucional que pretende conseguir el objetivo de lograr la diversidad en Colombia es el 13, en su inciso segundo, pues, como lo señala María Luisa Rodríguez Peñaranda: “[...] el artículo 13 de la Constitución establece una doble dimensión en la protección del derecho a la igualdad: en la ley y ante la ley. Así, en su primer inciso se consagra el mandato genérico de igualdad, en el que se establece el derecho a la no discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. En el segundo aparte se establece un compromiso por parte del Estado en la promoción de las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, adoptando medidas en pro de los grupos discriminados o marginados, en lo que se podría constituir como una *cláusula de igualdad protección*” (Rodríguez, 2005: 340).

Sobre este punto, Diego López también señala que: “En su segundo inciso, el artículo 13 consagra en Colombia con claridad la posibilidad que tiene el Estado y la sociedad de impulsar programas de acción afirmativa que ayuden a corregir desigualdades históricas en el seno de la sociedad colombiana. [...] De hecho, el inciso 2 del artículo 13 fue la recomendación normativa explícita que Dworkin hizo cuando se le preguntó qué debía tener la Constitución colombiana. La claridad doctrinal, sin embargo, no se ha traducido en acción decidida por parte de la sociedad colombiana” (López, 2008: 14).

Del párrafo anterior se puede pensar que el inciso segundo del artículo 13 es un instrumento útil para que la igualdad sea real y que aún no ha sido

⁹ Ver Corte Constitucional, Sentencia T- 288 de 1995 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

explotado en todo su alcance en Colombia, pues puede usarse como una vía para que los grupos segregados tengan la oportunidad de ver respetadas sus convicciones y diferentes formas de pensar a través del respeto por una igualdad material. En efecto, como lo señala Carlos Bernal Pulido: “La prohibición de discriminación y el deber de promoción y de protección son normativamente indeterminados. La indeterminación se presenta, porque en la disposición constitucional que los establece, no aparece claro *a priori* cuándo un trato es discriminatorio, y vulnera por tanto el inciso 1, del artículo 13, y cuándo una omisión o una acción del Estado vulnera el deber de promoción y de protección tipificado en los incisos 2 y 3 del mismo artículo. En este sentido, debe reconocerse que las formulaciones contenidas en estos incisos son vagas” (Bernal, 2002: 53).

Esto permite un amplio margen de interpretación a la Corte Constitucional, dentro del cual puede proteger, a través de una serie de principios, los intereses de las minorías que se encuentran segregadas y que no tienen otra esperanza que la vía constitucional. De hecho, la corte en este momento ha seguido un proceso positivo en cuanto a la protección de las minorías, si se tiene en cuenta que, por la vía de los derechos fundamentales y el respeto a la diversidad, ha mejorado la situación de personas que en vigencia de la Constitución de 1886 no podían movilizarse o exigir que sus proyectos personales obtuvieran respaldo (Rodríguez, 2005: 344-357).

De hecho, la Constitución de 1886 no tenía una disposición que hiciera referencia a la igualdad material, y por lo tanto no existía la posibilidad de conseguir una protección efectiva por vías constitucionales. Con la Constitución de 1991, el artículo 13 y la implementación de la Corte Constitucional, se ha dado un paso importante para buscar el reconocimiento de una igualdad efectiva y no solamente ante la ley (formal).

Si se analiza el inciso primero del artículo 13, se puede establecer que, cuando afirma que “todas las personas nacen libres e iguales; ante la ley recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades”, se busca una igualdad formal, que observa a las personas en sentido igualitario, es decir, el establecimiento de una nación monocultural que busca un solo objetivo. Sin embargo, los incisos segundo y tercero propenden al respeto a la no discriminación por los motivos ya enunciados, y así abren el camino para la especial protección del Estado a las personas en debilidad manifiesta¹⁰.

¹⁰ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-098 de 1994 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

En este sentido, se destaca que el artículo 13 ha consolidado una cláusula de igualdad de protección en el sentido de Owen Fiss al considerar que “algunas prácticas o leyes estatales pueden verse simplemente como un error porque empeoran la condición propia de todos los grupos y personas en forma igualitaria. Estas prácticas y normas no parecen constituir el principal objeto de preocupación de la Cláusula de la igual protección. La igualdad es una idea relativa. La preocupación constitucional, más bien, parece estar dirigida a aquellas leyes o prácticas que afectan especialmente a un grupo desaventajado. Tales leyes pueden favorecer el bienestar general de la sociedad [...] o dejar la situación como estaba; lo que importa, sin embargo, es la ley o práctica que agrava (o perpetúa) la posición subordinada de un grupo especialmente desaventajado” (Fiss, 1999: 146).

6. El tribunal constitucional colombiano como vía para el alcance de los derechos

El enfoque de los dos acápites anteriores mostró cómo una Constitución aspiracional, que trae consigo una gran cantidad de promesas, permite un cambio en la conciencia de los individuos si se presentan las condiciones adecuadas. Por lo tanto, no basta con la creación de instituciones para el cambio, sino que también deben concurrir determinadas circunstancias sociales para que éste se materialice. En este sentido, el artículo 13 en su inciso segundo posibilita la lucha por conseguir derechos a través de una igualdad efectiva al crear los presupuestos para que no exista discriminación.

El Estado colombiano ha incumplido la promesa de igualdad y en consecuencia el respeto por diferentes proyectos de vida, y con ello ha dado paso a una lucha en la que los grupos minoritarios se han movilizad para conseguir que la promesa de una sociedad diversa se cumpla. En este sentido, el campo donde se planean estas luchas se ha dado, por lo menos en Colombia, a través de la Corte Constitucional¹¹. Como intérprete y garante de los derechos, esta corte ha buscado proteger en cierta medida las peticiones hechas por diferentes grupos que no tienen una posibilidad democrática de ser

¹¹ William Eskridge, al hacer un estudio de los movimientos sociales en Estados Unidos, reconoce que en determinados momentos las vías judiciales se presentan como las más favorables para conseguir derechos y reivindicaciones. En otras palabras, los movimientos sociales o grupos minoritarios necesitan una estrategia constitucional para poder acceder a determinado tipo de derechos que reclaman (Eskridge, 2000).

escuchados en espacios amplios de disertación o que, si la tienen, sus posibilidades se ven silenciadas ante las pretensiones de las mayorías.

De hecho, la batalla por el respeto de los derechos y diferentes proyectos de vida ha dado lugar a diversas controversias. Algunos ejemplos de estas, que se han suscitado ante los jueces constitucionales para proteger el derecho a la igualdad¹², son las disputas por la no discriminación por raza¹³, el movimiento indígena en el caso Uwa¹⁴ y el otorgamiento de derechos patrimoniales para los homosexuales¹⁵. Estos casos muestran diferentes clases de forcejeos por conseguir reivindicaciones.

En efecto, las diferentes necesidades de personas y grupos por el respeto a la dignidad humana, la cultura o el libre desarrollo de la personalidad han logrado ser impulsadas en gran medida por la Corte Constitucional. Se acepta que lo ganado aún no satisface todas las expectativas de las personas o grupos que buscan establecer una conciencia diferente a los patrones que ha generado una sociedad en su mayor parte conservadora, como la colombiana. Sin embargo, se piensa que los casos reseñados y otros que la Corte Constitucional ha decidido en favor de las minorías constituyen avances importantes en la espera de que mayores pretensiones sean conseguidas.

Es así como la función de los jueces constitucionales ha sido reconocida por su fuerte protección de los derechos de las personas y las minorías. Ellos han tomado decisiones osadas, incluso a nivel internacional, como la despenalización de la dosis personal, la eutanasia, los parámetros del hermafroditismo, las restricciones del uso de los estados de excepción propuestos por el presidente y la protección de grupos sociales, estudiantes, enfermos de sida, deudores financieros¹⁶, etc.

¹² Por mencionar sólo algunos, los cuales me parecen importantes por el impacto que han causado y por mostrar los diferentes proyectos de vida que se han tratado de proteger a través de vías constitucionales.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1090 de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández).

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-075 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil).

¹⁶ De esta manera, académicos como Rodrigo Uprimny reconocen el esfuerzo de la Corte Constitucional en la protección de los derechos humanos. Sin embargo, para el autor citado también se requieren cambios de fondo en cuanto a la transición hacia un Estado social de derecho posbenefactor que permita que las aspiraciones estipuladas en la Constitución de 1991 se conviertan en una realidad (Uprimny et al, 2002: 59).

Esto lleva a pensar que en Colombia la búsqueda de la igualdad en sentido material ha sido demandada a través de fuertes luchas en el campo constitucional, más que en cualquier otro sector o institución que podría coadyuvar a estas personas o grupos. En efecto, como ya se dijo, la disputa por los derechos aún no ha sido alcanzada en su totalidad. Además, los enfrentamientos entre abogados y economistas no se han detenido, ya que estos últimos propenden a que la eficiencia sea el único marco de decisión de las cortes o tribunales constitucionales, lo que implicaría establecer presupuestos y atender a la necesidad de implementar políticas públicas a veces muy moderadas. Estas políticas han sido desafiadas por magistrados constitucionales que no creen que los derechos puedan ser dejados a un lado con el fin de conseguir mayor eficiencia en el mercado¹⁷.

Bibliografía

- Ackerman, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*. Barcelona: Gedisa (1999).
- Bernal, Carlos. “Juicio de igualdad en la jurisprudencia colombiana.” En: *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México (2002).
- Capelletti, Mauro. “El formidable problema del control judicial y la contribución del análisis comparado.” *Revista de Estudios Políticos* 13 (1980).
- Cappelletti, Mauro. “Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.” En: Favoreu (et al.), *tribunales constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1984).
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio* (1978). Barcelona: Editorial Ariel (2007).
- Elster, Jon. “La autoobligación.” En: *Constitucionalismo y democracia*. Comp. Jon Elster y Rune Slagstad. México: Fondo de Cultura Económica (1999).
- Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza: una teoría del control judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes (1998).
- Eskridge, William N. “Channeling: Identity-Based Social Movements and Public Law.” *The University of Pennsylvania Law Review* 150.1 (Nov. 2001), pp. 419-525.
- Estévez, Juan. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid: Editorial Trotta (1994).
- Fiss, Owen. “Grupos y la cláusula de la igual protección.” En: *Derecho y grupos desaventajados*. Comp. Roberto Gargarella. Barcelona: Gedisa (1999).
- García, Mauricio et al. “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia.” En: *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma (2006).

¹⁷ Sobre el debate, puede verse Dworkin (2007: 276).

- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona. Ediciones Ariel (1996).
- Gasió, Guillermo. "Estudio preliminar." En: Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Editorial Tecnos (1995).
- Gaviria, Carlos. "Un enfoque positivo de la Constitución de 1991." En: *El debate a la Constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional (2002).
- Häberle, Peter. *El Estado Constitucional*. México. Universidad Nacional Autónoma de México (2003).
- Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid. Editorial Trotta (1998).
- López, Diego. *El derecho de los jueces* (2 Ed.). Bogotá: Legis (2006).
- López, Diego. "¿La muerte de un hito judicial histórico? La sentencia Brown y la integración educativa." En: *Ámbito jurídico* (18 de febrero al 2 de marzo de 2008).
- López, Diego. *Teoría impura del derecho*. Bogotá: Legis Editores (2004).
- López, Henrik. "En torno a los efectos de las sentencias de inexecutableidad. Reflexión sobre el efecto de reincorporación de normas derogadas como consecuencia de una sentencia de inexecutableidad." En: *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Ed. Daniel Bonilla y Manuel Iturralde. Bogotá: Universidad de los Andes (2005).
- Lösing, Norbert. "Los retos del tribunal constitucional en América Latina." *Revista Universidad Cooperativa de Colombia* 66 (1997).
- Mejía, Oscar. "Elites, eticidades y Constitución. Cultura política y poder constituyente en Colombia." En: *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Comp. Guillermo Hoyos Vásquez. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO (2007).
- Rodríguez, María Luisa. *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2005).
- Sunstein, Cass. *Politics and Adjudication*. Chicago: The University of Chicago Press (1983).
- Tarapués, Diego. *La naturaleza institucional del tribunal constitucional en América del Sur*. Cali: Editorial Universidad Santiago de Cali y José Gregorio Hernández Ediciones (2008).
- Uprimny, Rodrigo. "Constitución de 1991, Estado social y derechos humanos: promesas incumplidas, diagnósticos y perspectivas." En: AA. VV. *El debate a la constitución*. Bogotá: ILSA y Universidad Nacional (2002).

Sentencias de la Corte Constitucional colombiana

- Corte Constitucional. Sentencia T-098 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Corte Constitucional. Sentencia T-288 de 1995, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-039 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1090 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte Constitucional. Sentencia C-075 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

