

MINIMALISMO JUDICIAL EN LA CORTE CONSTITUCIONAL: ¿AUTORRESTRICCIÓN METODOLÓGICA O UNA FORMA DE REHUIR AL DEBATE DE LOS DERECHOS? *

Henry Andrew Barbosa Salamanca**
Corporación Universitaria Republicana

RESUMEN

El artículo pretende analizar la propuesta en la adjudicación judicial formulada por el profesor Cass R. Sunstein, cuya metodología parte de un riguroso análisis de los precedentes constitucionales de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, y su tímido trasplante en Colombia por la Corte Constitucional en el contexto de su activismo judicial, que consiste en decidir los casos más sensibles de derechos fundamentales enfocando sus razones solamente en sus particularidades, enunciando subreglas de bajo nivel de abstracción sin que se pretenda ofrecer una solución general y definitiva a futuros conflictos, evitando de esa forma acabar su discusión al preferir una tesis excluyente y dominante de interpretación que petrifique el texto constitucional, privilegiando la teoría deliberativa de la democracia, que se fundamenta en reservar exclusivamente al Legislador el debate y la definición de temas claves sobre los cuales resulta complejo lograr un consenso en la sociedad (*V.gr.*

Despenalización del consumo de drogas, aborto, eutanasia, igualdad de derechos de las parejas del mismo sexo, restricciones a la libertad de expresión, flexibilización de los derechos laborales, etc.).

Sin embargo, la aplicación irrestricta del minimalismo en nuestro sistema procesal constitucional implica a simple vista un retroceso frente al desarrollo jurisprudencial de los derechos fundamentales, teniendo en cuenta las condiciones fácticas que constantemente originan su evidente amenaza, como lo es conflicto armado, además de un Congreso de la República cuya labor de desarrollar la Constitución ha sido extremadamente pobre, convirtiéndose entonces la Corte Constitucional como el principal garante de los derechos.

Bajo esta perspectiva, es indispensable sopesar los beneficios de practicar únicamente el minimalismo judicial de la forma como lo explica Sunstein.

Debe analizarse la posibilidad de equiparar el minimalismo de la Corte Suprema de

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2010. Fecha de aceptación: 12 de abril de 2011.

* Este artículo es producto de la investigación “El minimalismo judicial como límite a la evolución jurisprudencial de los derechos fundamentales”, de la línea de investigación Hermenéutica Jurídica y Análisis jurisprudencial del Grupo de Investigación Derecho Público, perteneciente al Centro de Investigaciones de la Corporación Universitaria Republicana.

** Abogado con especialización en Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia. Candidato a Magíster en Derecho con énfasis en investigación en la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: amintemasques@gmail.com.

Estados Unidos, como parte de un sistema político y jurídico más fuerte que el colombiano, y con una tradición del precedente y de la protección judicial de los derechos. Se aduce entonces que el minimalismo como única opción de adjudicación frenaría la evolución judicial de la protección de los derechos, y en última instancia, la consolidación de la Constitución Política de 1991¹.

La segunda parte del artículo presentará una mirada al minimalismo judicial de la Corte Constitucional, realizando un estudio dinámico del precedente de algunas de las sentencias relacionadas con los derechos de las parejas del mismo sexo.

Palabras clave: minimalismo judicial, democracia deliberativa, derechos fundamentales, precedente jurisprudencial.

ABSTRACT

The article aims to analyze the proposal in the judicial award made by Professor Cass R. Sunstein, whose methodology is based on a rigorous analysis of constitutional precedents of the Supreme Court of the United States of America and their timid transplant in Colombia by the Constitutional Court in the context of judicial activism, which is to decide the most sensitive focusing their fundamental rights only in their specific reasons, stating sub low level of abstraction is not intended to provide a comprehensive and definitive future conflicts, thereby avoiding discussion, preferring to finish his thesis exclusive and dominant interpretation petrify the Constitution, favoring the theory of deliberative democracy, which is based on only

the legislator book discussion and definition of key issues on which consensus is a complex society. (Decriminalization of drug use, abortion, euthanasia, equal rights for same-sex couples, restrictions on freedom of expression, flexibility of labor rights and so on.).

However, the unrestricted application of minimalism in our constitutional legal system implies at first glance a reverse against the development of the jurisprudence of fundamental rights, taking into account the factual conditions which constantly give rise to its obvious threat, such as armed conflict, and a Congress whose work to develop the Constitution has been extremely poor, thus becoming the Constitutional Court as the ultimate guarantor of rights.

From this perspective, it is essential to weigh the benefits of practicing only the judicial minimalism explains how Sunstein. Consideration should be given to match the minimalism of the United States Supreme Court, as part of a political and legal system stronger than the Colombian, and a tradition of precedent and judicial protection of rights. It then argues that minimalism award as the only option would slow the judicial evolution of the protection of rights, and ultimately, consolidation of the Constitution of 1991.

The second part of the paper will present a look at judicial minimalism of the Constitutional Court, by a dynamic analysis of the precedent of some of the sentences related to the rights of same-sex couples.

Key words: judicial minimalism, deliberative democracy, fundamental rights, jurisprudential precedent.

¹ En el ensayo "*Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*" el profesor Mario Alberto Cajas Sarriá llega a esta conclusión al considerar que a pesar de la falta de estudios que demuestren que la Corte Constitucional haya hecho uso implícito del *minimalismo judicial*, no descartan su práctica, más allá de que este método haya sido explícito en sentencias como la C-816 de 2004.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo pretende resaltar el concepto de minimalismo judicial como técnica de adjudicación judicial, realizando un análisis desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales, identificando cuál ha sido la posición que recientemente la Corte Constitucional ha asumido frente a los mismos, especialmente al decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La teoría del Minimalismo Judicial expuesta por primera vez en la obra del profesor Cass R. Sunstein titulada *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court* (publicada en 1999) constituye una interesante propuesta a la teoría jurídica, basada en un análisis sobre la forma como los jueces resuelven los casos más difíciles, de acuerdo con un estricto estudio de los precedentes constitucionales de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. El minimalismo judicial reivindica el principio democrático, buscando que los jueces constitucionales, a través de sus decisiones, no clausuren para siempre el debate público sobre el contenido último de los derechos fundamentales frente a temas sensibles de la vida social, pues dicha discusión debe darse en el seno del Congreso como órgano de deliberación democrática, fortaleciendo de esa forma su representatividad política. La Corte Constitucional en algunas de sus providencias ha tratado de trasplantar dicha propuesta de adjudicación para dirimir ciertos conflictos, en los que adoptando una opción metodológica minimalista, difiere al legislador la concreción última de los temas de difícil consenso en la sociedad. Teniendo en cuen-

ta que a partir de la Constitución de 1991, ha sido la Corte Constitucional quien a través de la revisión de fallos de tutela y el control abstracto de constitucionalidad le ha dado respuesta a la necesidad de desarrollar la protección de los derechos fundamentales, particularmente por el notorio déficit normativo del legislador en la materia. De ese modo:

- ¿Puede configurar la práctica del minimalismo judicial un obstáculo en el avance jurisprudencial de la protección de los derechos fundamentales?
- ¿Existe definida una línea jurisprudencial minimalista en la Corte Constitucional?

METODOLOGÍA

Se realizará una descripción sobre la teoría del *minimalismo judicial* y posteriormente se efectuará un análisis dinámico del precedente de algunas de las sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con los derechos de las parejas homosexuales, logrando identificar su enfoque minimalista.

1. ¿En qué consiste el Minimalismo Judicial de Sunstein?

Para el jurista estadounidense Cass R. Sunstein “*el derecho necesita dar una respuesta viable al hecho del pluralismo*”². En ese orden de ideas, reconoce que la sociedad tiene como común denominador el arraigo de sectores heterogéneos, que desde diferentes puntos de vista discuten acerca del bien común en relación con la justicia, y de ésta respecto a la interpretación del derecho. Sin embargo, esos grupos no tie-

2 LINARES Sebastián. “Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes”, artículo que hace parte del proyecto de investigación de la Universidad Salamanca: “La política de reformas de tercera generación en América Latina. Sistema judicial y administración pública en perspectiva comparada”, dirigido por Pilar Domingo (SEJ2004-08149-CO2-O2), *Revista Isonomía*, núm. 28 del mes de abril, Madrid, 2008, pág 161.

nen otro camino que encontrar la manera de vivir juntos. Sunstein cuestiona cómo ese grupo de personas viven tranquilamente en comunidad aún cuando persisten discordias tan amplias y tan profundas. De ese modo propone que las sociedades tienden a adoptar una estrategia para abordar los retos del pluralismo, como es la de llegar a acuerdos sobre resultados singulares a partir de teorías incompletas. Un ejemplo gris de un acuerdo teórico incompleto, como lo denomina Sunstein, es el caso de la posibilidad de coincidir acerca de la urgencia de proteger a algunas especies animales en peligro de extinción. Empero, algunos podrán justificarlo en el deber de toda persona de cuidar la naturaleza; otros, desde la importancia que representan para la estabilidad ecológica, y aquellos que señalan que dichas especies tienen propiedades útiles para la investigación científica. Concluye que las personas no necesitan construir una teoría moral coherente aceptada por todos para ponerse de acuerdo y coordinarse, sino que logran hacerlo únicamente desde distintas perspectivas teóricas. Si las sociedades convergen en resultados particulares partiendo de acuerdos incompletamente teorizados, las personas convienen un radio de acción *sin conocer realmente cuál es la teoría general que mejor justifica esa acción*. Esta idea es básica en Sunstein para entender el derecho y el rol de la adjudicación judicial en la sociedad. En conclusión, los jueces constitucionales deben ver a las normas jurídicas como la *expresión institucional de acuerdos teóricos incompletos*³. Esto significa desconfiar de las grandes teorías abstractas y limitarse a fundar las decisiones en “reglas” específicas o en “principios de bajo nivel de abstracción”.

El minimalismo judicial busca que los jueces no impongan, a través de sus senten-

cias, sus propias visiones del mundo, ni tampoco teorías abstractas y “omnímodas” sobre el resto de la sociedad política. En ese sentido, sugiere que los jueces deben utilizar en sus fallos “*principios de baja abstracción*”, es decir, aquellos principios que no derivan de sólidas teorías sobre lo bueno y lo correcto, sino que son compatibles con varias de ellas, y recurrir a “*acuerdos teorizados de modo incompleto*”, lo que John Rawls denominaría un “*consenso superpuesto*”. Los jueces deben, en su opinión, alentar –en lugar de ocupar el lugar de– la deliberación de las ramas políticas del gobierno y de la sociedad en general.

Sunstein considera que la Constitución de los Estados Unidos tiene contenidos abiertos y abstractos sobre las más altas aspiraciones de la sociedad. Cita, por ejemplo, que la Constitución formula, entre otros, estos interrogantes relacionados con la libertad o la igualdad: ¿Cuándo el Estado realmente discrimina por razones de raza o por la orientación sexual?, o si el Estado restringe la libertad de expresión cuando regula los costos de las campañas políticas, controla Internet o cuando regula programas educativos para los niños, o el tiempo gratuito al aire que deben tener los candidatos en los medios de comunicación. Algunas veces la Corte Suprema responde a estas preguntas en sus fallos, pero usualmente los jueces deciden muy poco, dejan aspectos abiertos. Sobre la libertad o la igualdad, de manera deliberada, *deciden sobre lo que debería dejarse sin decir*. Esta es una práctica extendida pues los jueces hacen y dicen tan poco como sea necesario en orden a justificar el resultado⁴. Por todo esto, Sunstein afirma: “*El minimalismo constitucional ha sido la característica más destacada del derecho americano en la década de los noventa*”⁵. El minimalismo judicial consiste, entonces, en decir lo menos posible para

3 SUNSTEIN, Cass. *Incompletely Theorized Agreements*. Harvard Law Review, vol. 108, 1995.

4 Cfr. Sunstein, Cass R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, 2.^a ed., Cambridge, Harvard University Press, 2001, pág. 3.

5 *Ibidem*, pág. 3.

justificar la decisión, en dejar sin decidir lo que más se pueda.

El minimalismo no responde a una teoría elaborada por los jueces, ni es un programa determinado, sino que corresponde al comportamiento de los jueces al decidir, de manera real, los casos. El autor defiende su posición a favor del minimalismo, al menos por estas razones⁶:

i) Permite que las Cortes respeten sus precedentes al considerar casos sobre los cuales se puede realmente decidir, mediante un “*uso constructivo del silencio*” (*constructive use of silence*), es decir, no pronunciarse sobre aspectos de difícil consenso entre jueces colegiados.

ii) Restringe los ámbitos de la decisión a un caso concreto, consistente en dejar espacios abiertos y de esta forma permitir que se tomen decisiones sin entrar a considerar aspectos en donde no se lograrían acuerdos entre los jueces colegiados de un tribunal, o más aún, cuando es imposible que un juez constitucional obtenga la información necesaria, que incluso no estaría disponible para otros actores políticos o jurídicos (*When the Courts is dealing with a constitutional issue of high complexity about which many people feel deeply and on which the nation is divided*).

iii) Hace menos frecuentes los errores judiciales y menos perjudiciales sus efectos, pues es muy difícil prever las consecuencias futuras de un fallo.

iv) Favorecer la democracia deliberativa al permitir un debate amplio en todos los niveles. Cuando hay división sobre lo que significa la moral, es mejor deliberar en otros espacios, a que un juez tome una decisión al respecto (*Democracy-reinforcement*).

Sunstein sostiene que se pueden identificar cuatro grupos principales de intérpretes de la Constitución estadounidense a saber: *a)* *Los originalistas* quienes argumentan que la Corte debe reivindicar el sentido real que los redactores del texto constitucional sentaron al crear la carta. Entre los principales defensores se encuentran Antonin Scalia y Clarence Thomas, ambos magistrados de la Corte Suprema⁷ *b)* Un segundo grupo que propone que se debe evitar la discusión moral y política, acudiendo a la *historia*, favoreciendo de ese modo la regla de la mayoría. La Corte Suprema no debe invadir la esfera sagrada del Congreso. El defensor principal de esta tendencia es el magistrado *Rehnquist*⁸ *c)* Un tercer grupo plantea que la Corte Suprema de Justicia debe tener juicios independientes para interpretar la Constitución. A este grupo pertenecería, por ejemplo, Ronald Dworkin, cuando propone que un caso es inconstitucional cuando no cumple con la integridad expresada en principios y valores *d)* Existe otro grupo de magistrados que aboga porque la Corte debe promover la deliberación democrática. En ese orden debe proteger condiciones para la democracia, por ejemplo, garantizando a los grupos minoritarios el adecuado acceso al debate democrático.

Al identificar las posiciones interpretativas de la Constitución en el seno de la Corte

⁶ *Ibidem*, págs. 5-7.

⁷ Cfr. Cass R., Sunstein. *Radicals in robes: Why extreme Right- Whing are wrong for America*. Cambridge, Basic Books, 2005.

⁸ William H. Rehnquist llegó a la Corte Suprema en 1971 y la presidió desde 1986. Reconocido por su compromiso con la restricción judicial y el mayoritarismo. [refleja] una construcción restringida de los derechos constitucionales, en Geoffrey Stone, Louis et al., *Constitutional Law*, 5a. ed., Nueva York, Aspen, 2005, LXXIII.

Suprema, Sunstein insiste que la misma no ha seguido fielmente ninguna de estas teorías, y tampoco es posible rastrear alguna regla sobre la manera como se ha decidido un caso, en donde se pueda “rotular” a un magistrado con una doctrina específica, aunque, por ejemplo, en algunos de sus pronunciamientos defienda una postura que lo relacione con una doctrina en particular.

Señala Sunstein que en la Corte Suprema no es posible hablar de una presencia de izquierda o liberal, sino más bien de posturas de derecha y centro. Por ejemplo, los magistrados Thurgood Marshall⁹ y Brennan¹⁰, liberales de la década de los ochenta y quienes actuaban en favor de los grupos desaventajados o de los pobres. Actualmente han sido sustituidos por conservadores —quienes por aquella época eran la minoría—. Así, los fallos se resolvían por decisiones apretadas de cinco votos a favor y cuatro en contra, o por seis votos a favor y tres en contra. Expresa Sunstein que en la actualidad la Corte Suprema se ha *derechizado*, especialmente por la clara intención de revertir fallos como *Roe vs. Wade* sobre aborto, y *Miranda vs. Arizona* sobre el debido proceso, con el fin de recuperar la “Constitución Perdida” (la que corresponde a 1932). Respecto a esto, Sunstein considera que el minimalismo es una opción correcta y neutral ante grupos que compiten. Los minimalistas dan pequeños pasos porque evitan equivocarse. Los grandes avances han implicado primero caminos minimalistas, en especial en materia del núcleo o corazón¹¹ de los derechos, como en el caso de la prohibición de la segregación

racial que inicialmente se hizo mediante reglas no muy amplias¹².

En el minimalismo judicial estadounidense se decide un caso a la vez, y de esa forma, se excluye el establecimiento de reglas generales; existiendo solamente pero sobre el caso específico. Por ejemplo, si en un caso se fija una regla concreta con respecto al tratamiento de una persona discriminada por su discapacidad mental, esta regla no se amplía el tratamiento de una persona discriminada por razones de raza o étnicas. La Corte Suprema usualmente llega a “*acuerdos carentes de una teoría completa*”, es decir, consensos sobre lo específico, pero no sobre lo abstracto. No se crean definiciones aunque sí principios aplicables por analogía a los casos concretos: recurren a la formulación de un *test* para determinar casos de discriminación. Un *test* adopta el “*standard*” de lo razonable pero no exactamente el grado de razonabilidad que requiere un caso particular.

Sunstein afirma que cuando surgen casos con aspectos particulares sobre los cuales es difícil lograr un acuerdo, se infiere que es mejor dejarlos a un lado y decidir sobre lo demás: es decir, sobre aquello que sí permite llegar a un acuerdo. En el *stare decisis* un pronunciamiento de la Corte Suprema es difícil de modificar, por eso, en caso de error sus efectos son más perjudiciales:

Por ejemplo, en materia del derecho a la libertad, una decisión que fije una regla general, amplia, para proteger el derecho en ese caso concreto, puede llegar a conculcar el

9 Primer afroamericano en llegar a la Corte Suprema, postulado por el presidente Lyndon Johnson en 1967. Su actividad en defensa de los derechos civiles, la igualdad racial y la lucha por los derechos de las minorías dejó una honda huella en la historia jurídica americana. Como magistrado, defendió a las minorías, se caracterizó por su interpretación progresista acerca de derechos como la libertad de prensa y la libertad de expresión; cfr. Stone, Geoffrey et al., *Constitutional Law*, cit., nota 18, pág. LXXIII.

10 William J. Brennan J. fue postulado por el presidente Eisenhower en 1952. Fue un magistrado progresista (“*liberal*”) y sus posturas defendieron la libertad de expresión, el debido proceso en materia penal, entre otros; cfr. Stone, Geoffrey et al. *Constitutional Law*, cit., nota 18, pág. LXIII.

11 Sunstein se refiere a la expresión inglesa *core*, que puede asimilarse a *núcleo esencial*.

12 Sunstein, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, cit., nota 2, pág. 12.

mismo derecho en ocasiones posteriores, si se aplica la regla general que se fijó en la decisión previa. El autor también se refiere al "*certiorari*" en donde la Corte Suprema decide discrecionalmente si toma o no un caso, y en ese sentido no está obligada a justificar las razones por las cuales excluye su conocimiento. Los jueces de la Corte están de acuerdo en rechazar el conocimiento del caso, pero no sobre las razones para haberlo hecho. Esto ocurre en la Corte Suprema, usualmente, cuando la decisión genera amplios desacuerdos y por eso sería una forma de *minimalismo procedimental*¹³.

Advierte que uno de los problemas generados por las decisiones amplias y profundas, como en el caso de *Roe vs. Wade*¹⁴, es que se decide previamente y esto "*condiciona*" fallos posteriores. Pero también afirma que en la práctica un análisis de la jurisprudencia norteamericana muestra cómo el maximalismo no "*condiciona*" tanto como quisieran o pensaban aquellos jueces que han tomado este tipo de decisiones. Incluso, algunas Cortes posteriores pueden ver esos fallos anteriores como meros "*dicta*", por ser amplios y profundos, y de esta manera apartarse de la decisión anterior al no encontrar que ese precedente sea vinculante. El juez minimalista falla el caso que tiene a la mano. Por el contrario, una Corte como la de Roosevelt fue maximalista. Contrario a lo que generalmente se piensa acerca del precedente en el "*common law*", no se crean grandes reglas abstractas que gobiernen casos futuros más amplios, sino reglas específicas para los casos concretos. Sin embargo, una decisión minimalista puede ser ampliada por una Corte posterior, convirtiéndose en maximalista lo que inicialmente no se había construido con tal propósito de generalidad o extensión.

El maximalismo pone en riesgo que el Congreso no aborde por los procedimientos democráticos el debate de los temas debido a que la Corte haya cerrado el debate cuando fija límites muy cerrados para su actuación. Esto impediría la discusión y la decisión democráticas. Según Sunstein, se ha comprobado que incluso las sociedades y los ciudadanos en general tienden a ser minimalistas: "*todos damos pasos cortos*"¹⁵.

Sostiene igualmente la necesidad de superar la diferencia entre *rules* y *standards* (o principios y valores a la manera de Dworkin). Esta metodología requiere en gran medida el uso de la analogía. Un juez que falla caso por caso flexibiliza pequeños acuerdos. Como en las democracias hay un límite para decidir, los pequeños acuerdos prevalecen frente a las grandes teorías. Los acuerdos carentes de una teoría completa hacen que se busquen similitudes entre los casos y esto evita el debate judicial. Esta práctica es muy ventajosa: no crear reglas muy generales facilita la analogía para lograr esos acuerdos y en el futuro puede "*distinguirse*" el precedente con el fin de corregir errores.

En general, en la teoría de Sunstein se distingue un marcado interés sobre los efectos que puedan causar las decisiones muy amplias (maximalismo) o que lleven a una petrificación de la adjudicación en temas considerados "*sensibles*", más que una preocupación por los desacuerdos entre los miembros de una Corte.

En síntesis, un juez puede ser conservador para dejar intacto un precedente, como un tribunal liberal puede también ser minimalista para dejar intangible el núcleo esencial de los derechos.

13 *Ibidem*, pág. IX.

14 Hace referencia al fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos de 1973, que permite la práctica del aborto en circunstancias específicas.

15 *Ibidem*, pág. 15.

2. El Minimalismo Judicial en la Corte Constitucional

Las prácticas minimalistas de la Corte Constitucional se han nutrido en parte de la tesis de los acuerdos teóricos incompletos. Dicha metodología autorrestrictiva de sus decisiones ha pretendido, en lo posible, pronunciarse únicamente sobre aquellos aspectos que solo sean necesarios para tomar la decisión del caso, sin entrar a analizar otros temas, sobre todo si tratan de asuntos polémicos en torno a los cuales es difícil alcanzar un consenso¹⁶.

Tal es el caso, entre otras, y a manera de ejemplo, la sentencia C-147 de 2003 con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, en la que se declaró la inexecutable de algunas de las disposiciones de la Ley 788 de 2002 relacionadas con impuestos derivados de los juegos de apuesta y azar. En dicho fallo se hizo énfasis exclusivamente a los cargos de violación de los principios de consecutividad e identidad, atinentes al proceso legislativo, sin pronunciarse sobre los vicios de fondo acusados relativos a la vulneración de los principios de Seguridad Jurídica y Buena Fe frente al pago del impuesto.

Sin embargo, el profesor Mario Alberto Casas Sarriá¹⁷ distingue también que en nuestro sistema procesal constitucional se conciben prácticas minimalistas (*minimalismo procedimental*), tanto en la revisión de fallos de tutela como en el juicio de constitucionalidad abstracto: *se podría afirmar que existe una cierta similitud entre la discrecionalidad del certiorari jurisdiction o recurso de certiorari de la Corte Suprema de los Estados Unidos¹⁸ y la revisión de los fallos de tutela por la Corte Constitucional colombiana*. El *certiorari jurisdiction* americano le permite a la Corte Suprema rechazar o no conocer un caso por diversas razones, como la falta de importancia del asunto a tratar, el carácter inusual de los hechos particulares que éste reúne, o el carácter controversial del problema¹⁹. En Colombia, la Corte Constitucional también goza de amplia discrecionalidad cuando selecciona fallos de tutela para su revisión. Esta selección de los fallos que finalmente revisa la Corte puede asemejarse al *certiorari jurisdiction*, pues su selección o exclusión no requiere ser justificada. En el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos se trata de un espacio común para poner en práctica el minimalismo judicial, que puede también serlo en el citado caso de la Corte Constitucional.

16 Al respecto, en la aclaración de voto de la sentencia C-572 de 2004, el magistrado Rodrigo Uprimny Yepes afirma que la decisión de la Corte Constitucional en el caso puesto a consideración fue minimalista, pues consideró que no era necesario el estudio de los otros cargos formulados en la demanda para llegar a la conclusión de que la decisión debía ser inhibitoria, por lo que no se procedía entrar a su examen.

17 Ver ensayo "*Minimalismo Judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*". Trabajo que hace parte de la ponencia "*Minimalismo y adjudicación*" presentada en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, realizado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, entre el 28 y el 31 de marzo de 2006.

18 Por medio del "*writ of certiorari*", la Corte Suprema de EE.UU. elige con gran libertad el tipo de asuntos que requiere su atención. Con dicha elección el Tribunal decide si participa o no en el proceso de elaboración de la doctrina judicial vinculante. La capacidad fáctica que tiene el Tribunal para atender un número limitado de asuntos al año hace que no pueda pronunciarse sobre todas las cuestiones de derecho federal que se discuten en los tribunales federales y estatales". cfr. Magaloni K., Ana Laura. "*El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*". Madrid, McGraw-Hill, 2001, págs. 172 y 173.

19 Véase OSSA SANTAMARÍA, Julio Andrés. "*El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica*", en Bonilla, Daniel e Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2005, págs. 385-410.

Sin embargo, también la Corte Constitucional goza de otros espacios para la discrecionalidad, en los que el *minimalismo* asume un rol determinante frente a asuntos complejos que deseen evitarse: se trata de la acción pública de inconstitucionalidad, en donde una de las razones para rechazar la demanda consiste en que dicha Corporación encuentre que ha operado la *cosa juzgada absoluta* respecto del cargo formulado, y por lo tanto decide no adelantar el juicio de constitucionalidad. Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional conserva un importante grado de discrecionalidad con respecto a la definición de la *cosa juzgada relativa*, que no es más que la constatación de la existencia de un pronunciamiento anterior respecto a la norma acusada como inexecutable, frente a un nuevo cargo formulado. En este último caso, la Corte puede decidirse por adelantar el juicio de constitucionalidad. Vale la pena destacar que, en la sentencia C-155 de 2007 con ponencia de Álvaro Tafur Gálvis, la Corte Constitucional recuerda cómo su jurisprudencia ha diferenciado el carácter absoluto o relativo de la cosa juzgada en el control abstracto de constitucionalidad. En el primer caso, la disposición acusada ha comprendido todo el ordenamiento constitucional. En el segundo, ésta se ha limitado a una parte específica del mismo. Sólo en este último caso queda abierta la posibilidad de plantear una nueva controversia, pero únicamente por razones o cargos distintos a los analizados en el proceso inicial. Para determinar una u otra condición, la Corte reitera que existe una *presunción de control integral*, es decir, “*debe entenderse que toda sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada absoluta, salvo que la propia Corporación, bien de manera explícita en la parte resolutoria, o bien de manera implícita en la parte motiva, restrinja el alcance de su decisión a los cargos analizados en la sentencia*”. Sólo si existe cosa juzgada relativa explícita (si se consigna *expresamente* en la parte resolutoria del fallo) o implícita (si se infiere clara e inequívocamente del análisis

constitucional hecho en la parte motiva del respectivo fallo), se analiza de nuevo su constitucionalidad, cuando se formulan cargos distintos en donde se aprecie una controversia sustancialmente diferente a la que ya fue objeto de estudio por la Corte. De igual modo, en la sentencia C-1189 de 2005, M. P. Humberto Sierra Porto, la Corte recuerda la evolución de su línea jurisprudencial, haciendo referencia a las sentencias C-447 de 1997, C-774 de 2001, C-228 de 2002, C-665 de 2005, entre otras, y concluye que La cosa juzgada material tiene lugar únicamente cuando concurren las siguientes condiciones “: i) *Que exista una sentencia de constitucionalidad sobre el mismo precepto normativo e incluido en el mismo cuerpo normativo, respecto del cual se solicita estudio posterior (identidad formal).* ii) *Que exista identidad entre los cargos que fundamentaron el juicio de constitucionalidad que dio lugar a la sentencia proferida por esta Corporación y aquellos que sustentan la nueva solicitud de estudio.* iii) *Que no se hayan producido cambios económicos, sociales, culturales, políticos e, incluso, ideológicos sustancialmente significativos que hagan insostenible, a la luz de la Constitución, el pronunciamiento anterior*”.

2.1. Un caso práctico: los derechos de las parejas del mismo sexo

Un ejemplo reciente en donde la Corte Constitucional continúa haciendo uso del minimalismo judicial, lo encontramos en la Sentencia C-886 de 2010, en la que se declaró inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo respecto de las demandas de inconstitucionalidad que pretendían obtener el reconocimiento del derecho de las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio. En dicha providencia justificó su decisión al encontrar que los cargos formulados no cumplían con los requisitos de *certeza, suficiencia y pertinencia*²⁰.

El caso anterior nos sirve para demostrar como la Corte Constitucional ha rehuido a

20 La Corte Constitucional mediante sentencia C-886 de 2010 emitió fallo inhibitorio sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 113 del Código Civil, y el artículo 2 de la Ley 294 de 1996.

Garantía del derecho a la igualdad y prohibición de discriminación de homosexuales en asuntos patrimoniales, seguridad social, derechos civiles y políticos.

<i>SOLUCIÓN X</i>	v T-349-06 v C-075-07 v C-811-07 v T-856-07 v C-336-08 v C-029-09	<i>SOLUCIÓN Y</i>
<i>Titular: Persona individualmente considerada.</i>		<i>Titular: Parejas conformadas por homosexuales.</i>

través del minimalismo judicial, el debate sobre los derechos de las parejas homosexuales, concretamente frente a la posibilidad de que puedan establecer una familia, y por ende, del reconocimiento de ciertas prerrogativas que son propias a dicha institución jurídica²¹.

Realizando un análisis dinámico del precedente constitucional²² en materia de derechos de las parejas del mismo sexo, se tiene que las primeras providencias de la Corte optaron inicialmente por reconocer la garantía del derecho a la igualdad y de la prohibición de discriminación de personas homosexuales únicamente en el plano indi-

vidual²³, y que posteriormente, mediante la consecución de las sentencias C-075 de 2007, C-811 de 2007, T-856 de 2007, C-336 de 2008 y C-029 de 2009 se hizo extensiva dicha protección a las parejas conformadas por estas personas.

La *ratio decidendi* de la sentencia C-029 de 2009 amplió la garantía del derecho a la igualdad de las parejas homosexuales en temas relacionados con i) derechos civiles y políticos; ii) sanciones y prevenciones respecto de delitos y faltas; iii) derechos para los compañeros permanentes de las víctimas de crímenes atroces; iv) prestaciones, subsidios y medidas indemnizatorias de carácter social;

21 La demanda incluso planteaba la posibilidad del derecho a adoptar por las parejas del mismo sexo.

22 LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Editorial Legis, 2006, págs. 55-85.

23 Sobre la reconstrucción del precedente en el plano individual, véase LEMAITRE, Julieta, "los derechos de los homosexuales y la Corte Constitucional: (casi) una narrativa de progreso", en Bonilla, Daniel e Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2005, págs. 181-217.

v) límites al acceso y ejercicio de la función pública y a la celebración de contratos con el Estado.

Pese a que los cargos de inconstitucionalidad formulados por el accionante cuestionaban el sentido de las expresiones “familia”, “familiar” o “grupo familiar”, la providencia se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de las mismas, argumentando la falta de integración de la proposición jurídica completa, reduciendo su análisis exclusivamente a los enunciados “compañero o compañera permanente”, concretamente en lo referente a la posibilidad de determinar la existencia de diferencias de trato en la situación jurídica de las parejas heterosexuales y homosexuales.

Incluso, la Corte Constitucional reconoce que cuando las disposiciones demandadas confieren ciertos derechos o prerrogativas a los “familiares”, insiste en delimitar su contenido, aduciendo que dichas expresiones guardan cierto sentido frente a los parientes y a los cónyuges y compañeros o compañeras permanentes. Concluye que los artículos 5, 7 y 15 de la Ley 975 de 2005, 11 de la Ley 589 de 2000, 14 y 15 de la Ley 971 de 2005 y 2 de la Ley 387 de 1997 reconocen la existencia de derechos y prerrogativas previstos en las disposiciones demandadas, y que el criterio empleado por el legislador para determinar los destinatarios de las mismas consistió en el de su condición de allegados a las víctimas y su relación de afecto, de solidaridad y de respeto con ellas, bien sea en razón de vínculos jurídicos o fácticos. No obstante, agrega: “(...) las disposiciones acuden al empleo de la expresión ‘fa-

milia’ y que su efecto tiene una importante significación dentro del propósito de brindar una protección especial a la familia, no es ese el criterio principal a partir del cual se construyen, sino que, como se ha dicho, se busca proteger a todas las personas que mantengan con la víctima un vínculo estrecho, sea jurídico o fáctico²⁴(...)”.

Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-802 de 2009 se declaró inhibida para resolver de fondo sobre la constitucionalidad de la adopción conjunta por parejas homosexuales, argumentando su imposibilidad de fallar de fondo debido a que, por razones metodológicas, necesariamente tendría que decidir simultáneamente sobre la posibilidad de que una persona adopte al hijo biológico de su compañero o compañera del mismo sexo²⁵. Así las cosas, aunque la providencia no discutió los argumentos tratados inicialmente en la sentencia C-814 de 2001²⁶, expresó que para el caso puesto a consideración, existían poderosas razones para no proceder de esa manera, derivadas, tanto de las características propias del proceso de inconstitucionalidad, como de la complejidad del asunto planteado, es decir, la particular sensibilidad social y jurídica que existe en torno a tales aspectos²⁷. La evolución dinámica del precedente en este punto no es del todo satisfactoria, como se verá a continuación.

Así las cosas, la Corte Constitucional en la sentencia C-886 de 2010, luego de examinar los cargos de inconstitucionalidad acusados frente al artículo 113 del Código Civil y del artículo 2.º de la Ley 294 de 1996, vuelve a evadir el debate sobre los derechos de las parejas del mismo sexo, argumentando esta

24 Ver consideración jurídica núm. 4.4.1.3.2. de la sentencia C-029 de 2009.

25 Los cargos de la demanda que dieron origen a la sentencia C-802 de 2009 se fundamentaron en solicitar la declaratoria de inexequibilidad del numeral 3.º del artículo 68 de la Ley 1098 de 2006, por el cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y el artículo 2 de la Ley 54 de 1990.

26 La Sentencia C-814 de 2001 en su momento declaró exequible la exclusión de las parejas del mismo sexo para acceder a la adopción contenida en las disposiciones contenidas en los artículos 89 y el numeral 2.º del artículo 90 del Decreto 2737 de 1989, por el cual se expide el Código del Menor.

27 Ver consideración jurídica núm. 3.4. de la sentencia C-802 de 2009.

Posibilidad de adopción conjunta por parejas homosexuales.

<i>SOLUCIÓN X</i>		<i>SOLUCIÓN Y</i>
<p>La adopción es ante todo una manera de satisfacer el derecho prevalente de un menor a tener familia, y que la familia que el constituyente protege es la heterosexual.</p>	<p>v SU-623-01</p> <p>v C-814-01 Decreto 2737 de 1989 → v</p> <p>v C-802-09</p> <p>v C-886-10 → v</p> <p>. Salvamento de voto . CEPEDA . MONTEALEGRE . CÓRDOBA . RENTERÍA</p> <p>. v Salvamento de voto CALLE HENAO PALACIO VARGAS</p>	<p>El interés del menor es apreciable únicamente a partir del caso particular. Por tanto, el derecho del menor a tener una familia puede ser garantizado por cualquier tipo familiar.</p>
<p>Ineptitud sustantiva de la demanda de inconstitucionalidad</p>		<p>Aplicación del principio pro actione. Evitar cargas desproporcionadas de argumentación y demostración a quiénes sufren marginamiento, exclusión y segregación social.</p>

vez la ineptitud sustantiva de la demanda. Sobresale que la decisión sobre este punto fue apretada, ya que no hubo un consenso unánime al respecto. Un sector de la Corte se apartó de la decisión mayoritaria, expresando que las demandas si cumplían con los requisitos. Así lo registró el comunicado de prensa en su momento:

(...) Los magistrados MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA se apartaron de la posición de la mayoría, por cuanto consideran que la Corte no se ha debido inhibir, pues las demandas de la referencia, en especial la D-7909, sí reunían los requisitos necesarios a la luz de la Constitución Política y la jurisprudencia constitucional para tener que ser estudiada de fondo. Específicamente, los requisitos que debe cumplir una demanda que sustente un cargo de discriminación por violación del principio de igualdad, con base en un criterio sospechoso (sexo). Además,

en caso de considerar que la demanda carecía de algunos de los requisitos, debió la Corte Constitucional, de acuerdo con (i) la Constitución, (ii) el bloque de constitucionalidad y (iii) su propia jurisprudencia, haber aplicado el principio pro actione. Las barreras de acceso a la justicia por razones formales han sido removidas incluso por la jurisdicción ordinaria en el contexto de procesos rígidos y técnicos como la casación. Con mayor razón, la Corte Constitucional, guardiana del goce efectivo de los derechos fundamentales de toda persona, debió abordar el conocimiento de una demanda que cuestiona una distinción legal fundada en un criterio sospechoso, a través de un proceso público, participativo y democrático en el cual intervinieron gran número de ciudadanos desde múltiples y diversos puntos de vista. La decisión de la Corte, desconociendo la jurisprudencia constitucional, constituye una actuación contra la persona (contra personae), no a favor de la persona (pro personae), pues

se le impone una carga desproporcionada de argumentación y demostración a quienes sufren marginamiento, exclusión y segregación social (...)" (negritas del intérprete).

Lo anterior demuestra, de acuerdo con las razones de los magistrados que salvaron el voto, que la Corte Constitucional, al inhibirse resolver la cuestión planteada, continuó postergando el debate sobre el derecho que tienen las parejas del mismo sexo a contraer matrimonio, y de esa forma el reconocimiento de las prerrogativas derivadas de dicha situación. El caso anterior prueba la aplicación de una de las reglas del minimalismo por parte de la Corte, que consiste en ubicar del presente debate dentro de la mitad factual o moral de la sociedad, traduciendo dicha incertidumbre en un "uso constructivo del silencio" (*constructive use of silence*), es decir, la decisión de no pronunciarse sobre aspectos de difícil consenso entre jueces colegiados, empoderando de esa manera el debate en otros poderes o instancias democráticas.

CONCLUSIONES

1. El minimalismo judicial constituye un referente teórico trascendente para comprender la tendencia actual sobre la interpretación de los derechos fundamentales.
2. La teoría del minimalismo judicial es, a su vez, un elemento metodológico significativo para la adjudicación, sobre todo, cuando nuestra Constitución Política se distingue por contener normas con textura de principios respecto a asuntos que provocan profundos desacuerdos teóricos y disensos en la sociedad.
3. Pese a que el minimalismo judicial promueve en la sociedad libre y democrática un pluralismo razonable, dicha circunstancia no garantiza en sí misma

la protección de los derechos fundamentales, pues para el caso colombiano, está demostrado el notorio déficit normativo del Congreso respecto al desarrollo de la Constitución, especialmente en lo relacionado con temas de difícil consenso, como es el caso de la igualdad real y efectiva para parejas del mismo sexo.

BIBLIOGRAFÍA

CAJAS, Sarriá Mario. *Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional?*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

_____. "In Search of a Democratic Justice, What Courts Should not Do, Argentina (1983-2002)", en Gloppen, Siri; Gargarella, Roberto y Skaar, Elin, 2004.

_____. *The Accountability Function of the Courts in New Democracies*, Routledge, Londres, 2004.

_____. *El derecho a resistir el derecho*, Buenos Aires, Editorial Miño y Dávila, 2005.

_____. "Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights", en Gargarella, R.; Domingo, P. y Roux, Th. (2006).

_____. *Courts and Social Transformation in New Democracies*, Ashgate, London, 2006.

LINARES, Sebastián. "Sobre el ejercicio democrático del control judicial de las leyes" artículo que hace parte del proyecto de investigación de la Universidad Salamanca: "La política de reformas de tercera generación en América Latina. Sistema judicial y administración pública en perspectiva comparada", dirigido por Pilar Domingo (SEJ2004-08149-

CO2-O2), *Revista Isonomía*, núm. 28 del mes de abril, Madrid, 2008.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Editorial Legis, 2006.

OSSA SANTAMARÍA, Julio Andrés. “El proceso de selección de tutelas en la Corte Constitucional: una lucha entre la igualdad y la seguridad jurídica”, en Bonilla, Daniel e Iturralde, Manuel (eds.), *Hacia un nuevo derecho constitucional*, Bogotá, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 2005.

SUSNSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism in the Supreme Court*, 2.^a Ed. Cambridge, Harvard University Press, 1999.

_____. *“Incompletely Theorized Agreements”*, *Harvard Law Review*, vol. 108, 1995; *“Legal Reasoning and Political Conflict”*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

_____. *Radicals in Robes: Why Extreme Right-Wing are wrong for America*. Cambridge, Basic Books, 2005.

TRIBE, Lawrence. *“American Constitutional Law 3^a”*. Ed., Nueva York, vol. 1. Foundation Press, 2000.

TUSHNET, Mark en *Judicial Review of Legislation*, *The Oxford Handbook of legal Studies*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.

UPRIMNY, Rodrigo y YEPES, Adriana. *“Libertad de prensa y derechos fundamentales: análisis de la jurisprudencia constitucional en Colombia” (1992-2005)*. Dejusticia-Andiarios, 2006.

WALDRON, Jeremy. *La filosofía del derecho de Jeremy Waldron, convivir entre desacuerdos*, En Waldron, J. 2006.

_____. *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2006.