

IGUALDAD, PONDERACIÓN Y FALSO PROGRESISMO.
REFLEXIONES EN TORNO A UNA FAMOSA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL
COLOMBIANA

Ricardo Garzón Cárdenas¹

Instituto Latinoamericano de Altos Estudios-ILAE

I. PLANTEAMIENTO

La jurisdicción constitucional colombiana es quizá la más aprestigiada entre los académicos latinoamericanos². Su creatividad, valentía y profundidad teórica son muchas veces vistas como signos de una jurisprudencia intensa y comprometida con el nuevo constitucionalismo. No obstante lo anterior, intentaremos plantear dos tesis igual de antipáticas respecto al consenso generalizado sobre lo bien que la Corte colombiana sirve de evidencia de un modelo de prueba del neoconstitucionalismo: 1. Que en algunas de sus sentencias, incluso en las más famosas, detrás del discurso igualitario, se amparan medidas regresivas para los derechos; y 2. Que el discurso de la ponderación facilita las maniobras retóricas para restringir los derechos, sin que el juez salga deslegitimado.

Es el caso de la decisión que expondremos, la Sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000³. Es importante hacer énfasis sobre la importancia de esta sentencia en la comunidad académica colombiana. El primer dato relevante es que fue la primera vez que se hizo jurisprudencia sobre las acciones afirmativas; el segundo, que el ponente incluyó esta sentencia en una obra compilatoria de sus decisiones más importantes⁴.

¹ Abogado Universidad Externado de Colombia y Candidato a Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de las áreas de Argumentación, Filosofía y Derecho Constitucional en varias universidades en Bogotá. Investigador y Director de Procesos de Información del Instituto Latinoamericano de

² A manera de ejemplo, MIGUEL CARBONELL ha criticado el control de constitucionalidad que hace la Corte Suprema de México y la ha comparado con la Corte Colombiana, diciendo de ésta que es una Corte valiente, que no tiene temor de aplicar realmente la Constitución. Literalmente dijo, refiriéndose al tribunal colombiano: "Hasta ahora, la mejor jurisdicción constitucional de América Latina". Mírese "El neoconstitucionalismo en América Latina", en el seminario *Neoconstitucionalismo, democracia constitucional y derechos fundamentales*, Medellín, Eafit, 25 de agosto de 2009, puede verse el video en: [<https://www.youtube.com/watch?v=mwnZlruVcvY>].

³ M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ, disponible en [<http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2000/C-371-00.htm>].

⁴ CARLOS GAVIRIA DÍAZ. *Sentencias. Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002.

A. Las acusaciones y el problema jurídico

Tal vez la medida más notable en la visibilización del género femenino y su afirmación en una sociedad más incluyente es la Ley Estatutaria 581 de 31 de mayo de 2000⁵ “Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución”, que establece, entre diversas medidas de promoción, educación y fomento, la cuota mínima de un 30% de mujeres en todos los altos cargos de la administración pública⁶.

El texto fue sometido a control previo y automático por parte de la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-371 de 2000⁷. Como el control de las leyes estatutarias es automático, si bien los ciudadanos no pueden demandar la norma, sí pueden intervenir en el marco del proceso de constitucionalidad adelantado por la Corte. Tras una sentencia bastante extensa y llena de consideraciones históricas y filosóficas –84 páginas sin contar los salvamentos y aclaraciones–, la Corte declaró exequible el texto y la norma resultante nació con algunas leves modificaciones. Esto, salvo la trascendente expulsión del ordenamiento jurídico del artículo 6.º, que en su momento describiremos.

Si bien entre las medidas de afirmación la ley contiene acciones de concienciación, de promoción y de discriminación inversa, en forma de cuotas, nos concentraremos en el problema de la constitucionalidad de estas últimas, dispuestas en el artículo 4.º de la ley, dejando de lado las normas que fomentan políticas públicas de educación para la inclusión de las mujeres.

⁵ *Diario Oficial*, n.º 44.026, de 31 de mayo de 2000, disponible en [<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5367>].

⁶ Un primer análisis de esta sentencia junto con otras referentes a acciones afirmativas a favor de las mujeres, aunque con un enfoque más descriptivo que crítico, se puede mirar en RICARDO GARZÓN CÁRDENAS, “Las acciones de afirmación del género femenino en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 19, diciembre de 2006, Bogotá, Externado, pp. 39 a 52.

⁷ Proyectos 158 de 1998 de la Cámara y 062 de 1998 del Senado. Las normas estatutarias están reguladas en los artículos 152 y 153 de la Constitución colombiana. Maneja algunos temas especiales, entre los que se cuenta la reglamentación de los derechos fundamentales, y debe ser revisada por la Corte Constitucional previa a su promulgación. Lo que excluye todo control constitucional posterior.

B. La discriminación inversa y sus limitaciones: la proporcionalidad

En las intervenciones ciudadanas las únicas medidas que generaron algunas críticas fueron las cuotas. La Corte, tras hacer una narración sobre la historia de las acciones afirmativas, se pregunta “si el legislador puede otorgar un tratamiento preferencial en la distribución de bienes, derechos o cargas, tomando como criterio para ello la pertenencia a un determinado sexo”. Esta pregunta podría tener una respuesta rápida: Sí, baste la lectura del inciso final del artículo 40 de la Constitución que dice: “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”. La norma constitucional parece nacida con el propósito de dar el argumento definitivo para respaldar las cuotas de mujeres.

No obstante la norma, es claro y evidente que el camino corto no gusta a los redactores de las sentencias. Tras el interrogante planteado, tomando el concepto de igualdad como pilar de su argumentación, la Corte empieza a hablar de lo que se puede considerar discriminación y lo que no, de las categorías sospechosas y de cómo se deben proteger a los grupos especialmente desaventajados, así mismo, que hay unas discriminaciones malas y otras buenas. Leyendo el inciso segundo del artículo 13, que dice “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”, dice que hay acciones positivas que “si bien pueden generar una desigualdad, lo hacen como medio para conseguir el fin de una sociedad menos equitativa y más acorde con el propósito consignado en el artículo 2.º de la Carta, de perseguir un orden justo”. Y luego sentencia: “no toda utilización de criterios en principio vedados es discriminatoria [...] lo que sucede es que en la *discriminación inversa* no se está utilizando el mismo criterio que sirve de base a la *discriminación injusta*” (itálicas en el original).

Pues bien, una vez se ha realizado este primer acto pedagógico de explicar la legitimidad del uso de criterios sospechosos para motivaciones legítimas, saltando la lectura de la norma obvia, que habría ahorrado tanta disquisición, dice la Corte algo que en estricto sentido no se entiende cómo emerge de la Constitución:

Aceptado que la Constitución autoriza las medidas de discriminación inversa [fijémonos que las *autoriza*, en esta forma de argumentación, como resultado de los giros interpretativos y conceptuales que hace el juez, y no porque expresamente lo dice el texto], se debe dejar claro que: 1) La validez de estas medidas depende de la real operancia de las circunstancias discriminatorias. No basta, por ejemplo, la sola condición femenina para predicar la constitucionalidad de supuestas medidas positivas a favor de las mujeres [...] 2) No toda medida de discriminación inversa es constitucional [...] En cada caso habrá de analizarse si la diferencia en el trato, que en virtud de ella se establece, es razonable y proporcionada. 3) Las acciones afirmativas deben ser temporales, pues una vez alcanzada la “igualdad real y efectiva” pierden su razón de ser.

Es obligatorio preguntarnos ¿cómo sabe el juez de estas limitaciones a las acciones afirmativas? Es interesante ver cómo el juez hace esfuerzos retóricos para justificar las acciones afirmativas de género, cuando no era necesario en virtud de normas constitucionales claras que las respaldan y, por el contrario, cuando sienta postura sobre sus límites, no argumenta su posición sino que emerge de la nada. La razón que aventuramos es que en los “límites” es donde el juez puede jugar con el concepto de igualdad, con el test de igualdad y demás dispositivos retóricos para legitimarse a costa del legislador. Legitimarse como pedagogo e ideólogo supremo de la Constitución. A veces los “límites” también sirven para, como lo veremos en la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 6.º, desconocer la Constitución en menoscabo de los derechos.

El primer y tercer límite pueden verse como obviedades, pero el segundo sí implica unas consecuencias grandes en el marco de la argumentación del juez constitucional, porque introduce un margen de discrecionalidad inmenso. Margen éste que para el caso que nos ocupa no se usa para tomar la decisión, sino para mostrar que en todo caso el legislador se puede equivocar cuando expide una política de acción afirmativa, que la única institución que tiene claro *a priori* cuándo una acción afirmativa es acorde con la Constitución y cuando no, es la Corte.

Antes de entrar al estudio de la cuota, la Corte, en un acápite titulado *La igualdad en cuanto al punto de partida y el punto de llegada*, comenta el problema de filosofía moral discutido, entre otros, por JOHN RAWLS y ROBERT NOZICK. Comenta que se podría pensar que la labor del legislador es remover los obstáculos que pueden tener las mujeres en la oportunidad a acceder a los cargos, como una educación superior más equitativa, que ponga

en iguales circunstancias a las mujeres con los hombres para acceder a los cargos de la administración pública, pero

tal argumento, al margen de lo que acerca a las consecuencias éticas y políticas del darwinismo y del liberalismo económico pueda pensarse, pasa por alto un hecho insoslayable, verificable por la observación empírica y corroborado por las estadísticas, a saber: que la población capacitada para desempeñar cargos de alta responsabilidad política se encuentra (desde hace ya un buen tiempo) equitativamente entre hombres y mujeres y que incluso la balanza se inclina cada vez más a favor de las últimas.

Preguntemos ¿qué sentido tienen estas alusiones tan propias de la filosofía política? La respuesta viene a continuación. Según la Corte, el constituyente *consciente* de que no siempre los méritos son suficientes para asegurar que las mujeres ocupen los cargos importantes, estableció el último inciso del artículo 40 que citamos de nuevo: “Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública”. Lo que dice el juez no es menor: la norma constitucional es producto de una adecuada lectura de la igualdad. De tal manera, la igualdad está por encima de la norma constitucional que la contiene.

Digámoslo en otras palabras. En el discurso de la Corte, la norma constitucional no se utiliza para justificar una decisión judicial, sino para reconocer la inteligencia del constituyente, que fue capaz de ver el auténtico sentido de la igualdad. ¿Y qué problema implica esto, si al final no hay mayor divergencia entre lo que la Corte cree que debió decir el constituyente y lo que finalmente dijo? El problema es que con las palabras de la Corte esa divergencia se hace posible, en términos hipotéticos. Aparecen valores superiores, incognoscibles para los mortales, que pueden invalidar los cognoscibles textos constitucionales: un vetusto iusnaturalismo, revivido en nombre de la Constitución. Si el juez queda con el poder de decidir si la Constitución dijo, o no, lo que debió decir, más fácil le queda fundamentar sus decisiones en contravía de normas constitucionales claramente aplicables. Puede, incluso, invalidar normas legales sin tener un referente constitucional claro para hacerlo, como en efecto sucedió con el artículo 6.º del proyecto.

C. El análisis de igualdad requiere del concepto de proporcionalidad

Ya para el estudio de la cuota del 30%, contenido en el artículo 4.º de la normativa, la Corte afirma que no se discute que la cuota otorgue un tratamiento preferencial a las mujeres, “tampoco se discute que en el análisis de constitucionalidad de esta medida debe hacerse, en primer término a la luz de la igualdad”. Lo primero no se discute porque es una obviedad, pero lo segundo, ¿por qué no se puede discutir que el eje argumental sea la igualdad? Ella no nos da pistas, menos razones, de por qué se debe estudiar el caso a la luz de la igualdad. Es de entender que tratándose de un asunto de género, la idea de igualdad parezca inherente al asunto, pero la verdadera función de esa afirmación es que no quiere que se discuta lo que está por sentenciar: que la congruencia constitucional de la cuota solo la puede determinar ella a partir del juicio de proporcionalidad o razonabilidad, en su forma de test de igualdad. Dicho en otros términos, la Corte nos está diciendo que la única manera de aplicar el derecho en este caso es ponderando.

Aquí hay dos enunciados conexos, implícitos y falsos: que existe una regla de adjudicación en el sentido que las medidas de discriminación inversa solo se puedan estudiar a la luz de la proporcionalidad, y que en el caso presente la única manera de solucionar la controversia de constitucionalidad implique ponderar. La conexidad radica en que la validez de la primera, al ser una regla de adjudicación, condiciona la validez de la segunda, pues se concibe como un acto necesario de aplicación.

Respecto al primer enunciado, no es cierto que toda medida de discriminación inversa implique acudir al concepto de proporcionalidad en los términos alexianos. Lo decimos por dos razones: 1. La igualdad implica un juicio de conformidad o no conformidad con una norma; y 2. La “medida” es una norma. Es decir, el reparto de cualquier bien escaso, cuando está contenido en una norma, como sucede en el mundo del derecho, su legitimidad deviene de la correspondencia con otra norma. Veámoslo con detenimiento.

Seguimos a PAOLO COMANDUCCI cuando previene sobre los usos del término igualdad⁸. Para el autor italiano existen al menos tres contextos en los que se puede hablar de igualdad: formalizados, descriptivos y prescriptivos. En un contexto formalizado, hablamos de un juicio lógico de identidad; en el descriptivo de enunciados empíricos que dan por similares cosas o situaciones que tienen una propiedad en común que resulta relevante; en los prescriptivos, donde se ubica la moral, la política y el derecho, la igualdad implica una comparación producto de una prescripción, un deber ser.

Lo que dice COMANDUCCI es muy importante: no se puede hablar jurídicamente de igualdad si no tenemos en cuenta una norma que prescribe como relevantes determinadas diferencias y como irrelevantes otras. En el caso que estudiamos, es fácil observar que buena parte de las reflexiones inconducentes, y algunas erróneas, se producen porque al juzgador se le olvida que debe utilizar una norma de referencia. Con esta claridad, podemos afirmar que buena parte de los errores de juicio que puede realizar alguien cuando habla de igualdad en materia jurídica es confundir hechos con prescripciones, pues funcionan en dimensiones lingüísticas distintas. No se puede invalidar una comparación en un enunciado empírico por no ser coherente con determinado precepto moral, político o jurídico; de la misma manera, en sentido contrario, no se puede invalidar un juicio jurídico de igualdad fundado en la desigualdad de hecho que el juez o las partes del proceso observan como fácticamente relevante.

El juicio jurídico de igualdad no podría ser de otra manera que no implicara una norma de referencia. Pues la igualdad no dice mayor cosa de sí misma, no obstante ser un vocablo con una enorme fuerza retórica⁹. Apoyándonos en COMANDUCCI nos hemos preguntado sobre la naturaleza de la igualdad, para mostrar que en abstracto no es verdad que un juicio de igualdad implique acudir al concepto de proporcionalidad. Ahora hagamos una pregunta complementaria que tiene que ver con la naturaleza no del juicio de igualdad, sino del objeto al que aplicamos dicho juicio, es decir, “la medida”.

⁸ PAOLO COMANDUCCI. *Hacia una teoría analítica del Derecho*, capítulo “Igualdad”, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010, pp. 7 a 19.

⁹ Mírese PETER WESTEN. *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of Equality in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey), 1990.

¿Qué es la medida? Entendiendo que el control constitucional abstracto se hace sobre normas y la medida es el objeto sobre el que recae el control, la conclusión necesaria es que la medida es una norma. Si la norma tiene un contenido determinado, y ese contenido es el que se tiene que estudiar bajo el lente de las prescripciones que prohíben o premian ciertas distinciones, ¿por qué hay que hablar de proporcionalidad?

Respecto a la afirmación de que este caso no se puede resolver sin ponderar, y en conexidad con lo que se acaba de decir, basta mostrar el hecho evidente de que en la mayoría de las constituciones democráticas, incluida la colombiana, existen disposiciones claras que establecen la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, y, como ya lo vimos, disposiciones que avalan las medidas de discriminación inversa. Veamos:

1. Artículo 43: *Mujer y hombre tienen iguales derechos*. Esto es una norma prohibitiva: no puede haber un reparto inequitativo de cargas y beneficios en perjuicio de ninguno de los géneros.
2. Artículo 40: *Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública*. Se trata de una norma de obligación que, por tanto, valida jurídicamente un curso de acción conforme al cumplimiento de esa norma. Es decir, propender por la adecuada participación de las mujeres no es contrario a derecho sino, por el contrario, un curso de acción exigido por el constituyente al legislador.
3. CONCLUSIÓN NECESARIA: Toda medida que propenda por la participación de la mujer es legítima, salvo que esté en contra del artículo 43, que establece una igualdad de género, en este caso, de la protección del hombre.

Así entonces, la medida es “desproporcionada” si afecta a los hombres más allá de su igual derecho, con respecto a las mujeres. De la lectura de las dos normas surge que siendo la proporción de mujeres un 50% respecto a un 50% de hombres, el legislador puede establecer la cuota que él determine (lo que estaría en el marco del art. 40), mientras no supere el 50% que correspondería a la proporción protegida para los hombres. Mejor dicho,

una cuota de 51% de mujeres en la administración pública sí violaría el artículo 43 de la Constitución colombiana, porque violaría el derecho fundamental de los hombres a ser tratados en condiciones de igualdad. Por estas razones, no cabe duda de que una cuota obligatoria de un 30% de mujeres en la Administración Pública es una norma conforme a la Constitución.

Este último análisis normativo, por demás sencillo pues involucra sólo dos normas que, dado el caso, no implican mayores dudas interpretativas, no fue por el que optó la Corte, a pesar de que llegó a las mismas conclusiones. Ahora, quien lea estas líneas se preguntará cuál es la utilidad de hacer un análisis alternativo al hecho por el juez, cuando la solución fue la misma. Vamos acercándonos al centro de la cuestión: girar el foco de atención de las normas constitucionales, que deben servir de referente al juez, hacia las herramientas metodológicas que permiten tomar una mejor decisión, implica confundir al auditorio respecto a la cuestión central, al envolverlo en una cadena de raciocinios sobre la adecuada hermenéutica del caso. Este juego de distracción se va a mostrar óptimo para declarar constitucional una norma y, por las mismas razones, declarar inconstitucional otra, que está dentro de la misma lógica normativa.

La desorientación arranca cuando el juez se pregunta por los fines de la norma y la legitimidad de perseguir esos fines. Con algunos giros eufemísticos, de la cosecha de ROBERT ALEXY, se deja de hablar de norma y se empieza a hablar de “medida”. Para la Corte, la finalidad es clara: “aumentar, en un tiempo corto, la participación de la mujer en los cargos directivos y de decisión del Estado, de manera que poco a poco se llegue a una representación equitativa”. Respecto a la finalidad de estos objetivos, afirma que sin duda alguna son constitucionales a la luz de diversos artículos de la Constitución, incluidos el 40 y 43 que se han citado con anterioridad.

El enunciado hace protuberante el problema argumental reseñado en los párrafos anteriores. Si es evidente, sin argumentación previa alguna, que los fines son constitucionales, porque están conformes a las normas constitucionales, ¿eso no equivale a afirmar que la norma legal misma es conforme a la Constitución? Contestar positivamente pone en evidencia que

la Corte está tomando una decisión sin fundamentación alguna; contestar negativamente implica dos problemas lógicos evidentes: 1. Pueden existir normas ajustadas a preceptos constitucionales con fines inconstitucionales y viceversa; y 2. Una norma puede ser conforme y contraria a la Constitución, al mismo tiempo.

Uno podría creer que tras tanta alusión a los fines, la Corte está pregonando una concepción teleológica de la interpretación, pero ello no es así; si así fuera, los fines de la norma sustituirían su substancia e implicarían, de manera necesaria, que una norma legal con fines constitucionales por ese solo hecho, debería ser considerada conforme a la Constitución. Pero no es así. Si no es interpretación teleológica, ¿qué es esto de la constitucionalidad de los fines de la medida? Es la puerta de entrada a la aplicación del principio de proporcionalidad, a un universo metafísico de conceptos de difícil comprensión, que pareciera ser la lengua natural del juez colombiano.

D. Adecuación, eficacia y necesidad

El juez se pregunta si la medida es adecuada o, en sus mismos términos, eficaz. Dice que no cabe la menor duda de que

la cuota es un medio eficaz, pues asegura que por lo menos un 30% de mujeres se desempeñen en los empleos de máximo nivel decisorio y otros niveles decisorios, aumentándose así, significativamente, su participación.

En esta instancia, el juez estudió dos argumentos adversos a la pretendida eficacia de la norma: 1. La cuota debió ser igual o superior al 50% para lograr el fin propuesto; y 2. La cuota busca eliminar o disminuir la sub representación de la mujer, pero no ataca las causas que provocan esa baja participación. La primera acusación es fácil de responder por parte de la Corte, en el sentido que la norma habla de por lo menos en 30%, un mínimo sin máximo, es decir, nada obsta para que la proporción pueda ser superior. Además dice que

las Naciones Unidas consideran que alcanzado el 30% se ha llegado a una masa crítica que permite que las mujeres superen barreras de discriminación y puedan ejercer una influencia apreciable en los ámbitos de decisión del Estado.

Respecto al segundo argumento en contra de la eficacia, afirma la Corte que las cuotas sí sirven para atacar las causas que provocan la baja participación de las mujeres. Que las cuotas permiten hacer visibles a las mujeres y, por lo tanto, hay un efecto simbólico importante para atacar las causas de sub representación en una cultura patriarcal. Este efecto simbólico no es una conjetura, sino que se soporta en investigaciones académicas, como la adelantada por los profesores MALA N. TUN de la Universidad de Harvard y MARK P. JOHNS de la Universidad del Estado de Michigan, que encontró que en los países latinoamericanos en los que se han adoptado cuotas para mujeres, la igualdad de género se ha convertido en un “asunto nacional”. Estas fueron las dos respuestas que permiten afirmar a la Corte que las medidas son eficaces y que, por lo tanto, aprueban hasta ahora el test de igualdad.

Antes de abordar desde una perspectiva crítica las dos afirmaciones anteriores, deberíamos preguntarnos primero ¿por qué la idoneidad de una medida para conseguir lo que se propone debe ser materia de estudio en sede de control de constitucionalidad? Si leemos en clave neoconstitucionalista la situación, supondríamos que es porque existe la presunción en esta concepción del derecho que todo acto de interpretación sobre derechos implica, en forma necesaria, un conflicto de derechos. Pareciera ser así¹⁰. Por adecuación o idoneidad se entiende, en palabras de CARLOS BERNAL PULIDO, que “toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo”¹¹. Ante la definición, podemos preguntar ¿cuándo se *intervienen* los derechos fundamentales? Nótese que no se habla de violación de los derechos fundamentales, lo que implicaría la lesión o el no seguimiento de una obligación adscrita a la existencia de ese derecho. A esto LUIS PRIETO SANCHÍS contesta con una fórmula más simplificada y es: si la injerencia en el derecho fundamental no busca la

¹⁰ JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO. “Sobre los derechos fundamentales y sus conflictos y sobre ponderaciones en la resolución de sus casos”, en: C. HERMIDA, J.A. SANTOS (coords.), *Una filosofía del derecho en acción. Homenaje al profesor Andrés Ollero*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2015, pp. 1355-1378.

¹¹ CARLOS BERNAL PULIDO. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, p. 687.

realización de un fin constitucional legítimo (vaya uno a saber cuál es ese), la intromisión se debe entender como desproporcionada¹².

Volvamos a las palabras de la Corte, ya con el referente de lo que se supone debe ser el juicio de idoneidad. La respuesta dada por la Corte a los dos argumentos contra la eficacia de las cuotas en la consecución de mayores espacios de participación suscitan una pregunta en común, y es ¿qué relevancia tiene lo que dijo Naciones Unidas y dos profesores de universidades norteamericanas sobre las cuotas, en el problema de la constitucionalidad de la norma que se estudia? Concedamos que los informes de expertos son esenciales para saber si la medida logra lo que promete y, si es así, ¿qué autoridad tiene el juez constitucional para pronunciarse sobre una cuestión técnica, que no es de su competencia? Pensemos que si no se supera el paso de la idoneidad, la norma en cuestión podría ser declarada inconstitucional y no sería por razones emergentes del texto jerárquicamente superior, sino por razones extra normativas. Se extraerían consecuencias normativas constitucionales a partir de enunciados de hecho. Una clásica falacia naturalista.

Tal vez estas dos informaciones puedan ser muy útiles en la exposición de motivos de la ley para persuadir a sectores políticos enemigos del sistema de cuotas para la equiparación de género, pero nada que ver en el proceso de constitucionalidad. El debate de la conveniencia de las cuotas es un debate político y no jurídico, así el juez se sienta obligado a legitimar estas medidas; no es su papel en un Estado constitucional, cuando su principal misión es la salvaguarda de la Constitución contra los excesos del legislador. Y no solo no es competencia del juez contribuir al debate político, sino que es absolutamente superflua su participación en este punto, porque ese debate ya se dio. Reabrir la controversia no podría más que entrañar peligros para la validez de normas perfectamente coherentes con la normatividad superior. No obstante, en el discurso neoconstitucionalista estos dos argumentos quedarían mejor ubicados en el análisis de necesidad.

¹² LUIS PRIETO SANCHÍS. *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2007, p. 146.

Pasemos ahora a cómo la Corte estudió la *necesidad de las cuotas*. Recuerda la Corte que el juicio de necesidad implica “indagar si existen mecanismos menos onerosos – en términos de sacrificio de otros principios constitucionales– para alcanzar el fin propuesto”. Reconoce que sí existen otras medidas menos onerosas, como lo es la educación y la capacitación de las mujeres, pero, como ya lo ha dicho, esta medida no sería de ninguna manera eficaz, por lo que

se debe indagar por otras [medidas] que en igual proporción sean eficaces para el logro del fin propuesto, y vale la pena insistir en que la promoción en la educación, o simples compromisos para promover la “igualdad” de la mujer, si bien son importantes, no son suficientes.

Y afirma a continuación: “no se conoce una medida que, ajustándose a las exigencias constitucionales, resulte tan eficaz como la cuota, y como se mostrará un poco más adelante, ésta no resulta tan onerosa como una apreciación ligera podría indicar”.

Examinemos con cuidado las anteriores citas. Respecto al concepto del juicio de necesidad, hay una dificultad epistémica que la Corte ignora por completo: ¿Cómo se puede llegar a un conocimiento certero de todos los mecanismos posibles en una realidad contingente e ilimitada en sus posibilidades? Salvo que el juez tenga el don divino de la omnisciencia, conocer el universo de posibilidades es algo imposible desde el punto de vista epistemológico. En el contexto judicial, el juez no está enfrentado al control del infinito de medidas posibles, sino a la medida concreta que es objeto de análisis.

Es ingenuo creer –o perverso hacer creer– que el juez es omnisciente y pueda conocer todas las posibilidades de normación para, desde ese conocimiento, establecer que la forma concreta de regulación que está estudiando es la menos onerosa. Situación que resulta ser un imposible lógico y fáctico. Una cosa que sí es posible hacer es lo que, finalmente, hace la Corte: comparar las cuotas con la concienciación en materia de género, para decir que ésta última no es más eficaz que la primera. Esto podrá ser obvio, pero no se atiende a la respuesta exigida por el juicio de necesidad, sino por el contrario, con el de idoneidad. La respuesta debida en este caso es que la medida no es necesaria, porque hay otras medidas “menos onerosas”. Siendo ponderativamente ortodoxos debería ser la solución, pero la

Corte dice que si bien la sensibilización es menos onerosa, no es tan eficaz (léase idónea) como la cuota. ¿Eso no convierte el juicio de necesidad en uno de eficacia? Y si es así ¿para qué repetir, bajo otro rótulo, el mismo análisis? Esta argumentación no es clara, pero por vía de repetir el juicio de idoneidad, la Corte termina concluyendo que la medida sí es necesaria.

E. Proporcionalidad en sentido estricto

Entramos ahora a la fase del test que tiene la mayor complejidad argumental: el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Según la Corte, se determina acá “si el trato desigual sacrifica derechos y principios que tengan un mayor peso que los que se pretende satisfacer mediante dicho trato”. Analiza en este punto cuatro argumentos que, según ella, son críticos a la proporcionalidad de la medida:

1. Existe una diferenciación irrazonable para acceder a los cargos públicos que lesiona la igualdad de la población masculina.
2. La cuota discrimina a las mismas mujeres. Sugiere que son inferiores porque no pueden ocupar los cargos de mayor responsabilidad por mérito propio.
3. La cuota atenta contra la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción.
4. La cuota atenta contra la eficacia y eficiencia de la administración, pues antepone el sexo al buen servicio.

Revisemos la respuesta de la Corte a las cuatro críticas que pueden plantearse entorno a la proporcionalidad de la medida:

1. Existe una diferenciación irrazonable para acceder a los cargos públicos que lesiona la igualdad de la población masculina

Dice la Corte que de este argumento pareciera derivarse que hay quienes piensan que las cuotas traen un perjuicio para los hombres. Hace una reflexión moral bastante interesante al preguntarse

¿La mengua de un privilegio que se ha tenido a costa del marginamiento de alguien, implica una seria desventaja para quien lo ha ostentado? Una respuesta positiva es, sin duda, una concesión grande en el discurso igualitario. Así como la abolición de la esclavitud no puede considerarse como un perjuicio para los “dueños” de esclavos, paliar el marginamiento al que han estado sometidas las mujeres, no puede entenderse como una seria desventaja para la población masculina.

Con esta cita en mente, deberíamos preguntar a la Corte algo que atañe a su labor interpretativa ¿el problema es la adecuada interpretación del discurso igualitario o lo que dispone la Constitución respecto a la regulación que se estudia? Aunque los jueces se inclinan por la primera opción, es evidente que los alcances del discurso igualitario es un asunto de la reflexión moral, no de la jurídica.

En la reflexión sobre el derecho hay un marco de referentes normativos que, si bien no le indican a quien los aplica una forma exclusiva de argumentación, sí excluye aquellas argumentaciones que no sean coherentes con la existencia de esos referentes. Eso, y no otra cosa, es lo que se podría llamar lenguaje jurídico. Apoyándonos en JOSEP JOAN MORESO, es esencial diferenciar entre el lenguaje del derecho, en el que se expresan las normas, y el lenguaje de los juristas, es decir, de aquellos quienes se refieren a las normas¹³. Esta distinción es útil porque, si bien muestra que el lenguaje normativo es diferenciable del lenguaje de quienes hablan del derecho –los jueces son un ejemplo–, sugiere que la validez de sus emisiones depende de la existencia del lenguaje normativo y su correspondencia con éste. Esos límites lingüísticos al menos deberían excluir la deliberación moral en asuntos cuya normación es indudable.

Sin decir el porqué los hombres no pierden algo con las cuotas, la Corte afirma que “si en gracia de la discusión” se admitiera que la cuota afecta a los hombres, habría dos argumentos que demuestran que esto no es así: 1. La diferenciación hecha entre hombres y

¹³ JOSEP JOAN MORESO “Lenguaje jurídico”, en ERNESTO GARZÓN VALDÉS y FRANCISCO J. LAPORTA (eds.). *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 105 a 116.

mujeres no es injustificada, pues obedece al interés del legislador de que la mujer participe más en las decisiones del Estado y a erradicar prácticas discriminatorias en la selección; 2. La situación de la población masculina no varía significativamente, pues tienen el 70% de plazas aún para ocupar. El primer sub argumento realmente no es tal, pues el propósito del legislador es un dato, no una justificación que dé elementos para determinar que la norma es constitucional o no. Lo que sucede, una vez más, es que el juez da por probados y argumentados aspectos que no lo están; está asumiendo, sin ninguna razón, que el interés del legislador es legítimo.

El segundo sub argumento sí implica una contradicción con el gran argumento que se estudia por la Corte: la población masculina no se ve lesionada. Primero dice que la lesión es inexistente por razones morales, luego dice que sí existe, pero no es una lesión de entidad. ¿Existe o no existe? La respuesta, con todos los giros retóricos de la Corte, aquí ya se hace imposible, porque ha venido confundiendo afirmaciones sobre hechos con justificaciones, a diestra y siniestra. La respuesta debería ser: en términos fácticos, sí hay una disminución en las posibilidades de la población masculina, se pasa de un 100% a un 70%, pero, aquí sí viene la justificación: el impacto ocasionado por la diferenciación es ajustado a la Constitución en la medida que hay normas constitucionales que permiten tal diferenciación, por lo que el legislador puede hacerlo. Estos defectos argumentales, que se revelan en claras contradicciones, son difíciles de ubicar a menos que las sentencias se lean con extremo detenimiento. El lector pasa rápidamente esta parte porque, por lo general, se siente de acuerdo con el planteamiento general de la Corte. El problema surgirá más adelante, cuando este mismo tipo de argumentación contradictoria sirva para declarar la inconstitucionalidad de una norma legal que propendía por la inclusión de mujeres en ciertos cargos específicos, como las magistraturas en altas cortes.

2. La cuota discrimina a las mismas mujeres. Sugiere que son inferiores porque no pueden ocupar los cargos de mayor responsabilidad por mérito propio.

Dice la Corte que la acción afirmativa supone, por el contrario, que las mujeres son iguales a los hombres, pero que se requiere la intervención estatal para remover los obstáculos que

ellas han tenido para acceder a los cargos públicos. Trae a colación una cita extraída de la ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes: “las cuotas no son concesiones, sino estrategias de acción afirmativa, que las mujeres han impulsado para el reconocimiento de su plena ciudadanía”. En este aspecto, no podemos más que asentir desde el punto de vista político y moral, aunque este tipo de argumentos son irrelevantes en materia jurídica, dado que el control de constitucionalidad no es un foro de debate filosófico y político.

3. La cuota atenta contra la naturaleza de los cargos de libre nombramiento y remoción.

Los cargos de libre nombramiento y remoción implican dirección, confianza con el nominador o manejo de recursos, no se someten a concurso para ser ocupados y la remoción se hace a discrecionalidad del nominador. Sobre estos cargos es que recae plenamente la cuota. Según algunos intervinientes, la cuota restringe la libertad de los nominadores de designar en el cargo a quienes ellos consideren, a lo que la Corte responde que esta discrecionalidad no es absoluta, pues “debe ejercerse de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales”. Para la Corte, la medida es “razonable y no es de tal naturaleza que afecte su núcleo esencial”. Según la Corte, ésta es razonable porque el nominador igual puede elegir entre el 51% de la población para proveer la cuota obligatoria y porque cumple una *finalidad constitucional*, contenida en el artículo 40 de la Constitución, que es garantizar la participación de la mujer. Preguntemos en este punto ¿la medida es constitucional porque es razonable o es razonable porque es constitucional? Si tomamos la última referencia de que la finalidad de la cuota es coincidente con la finalidad del artículo 40, sería forzoso concluir, en el lenguaje de la Corte, que la medida es razonable porque es constitucional, y si es constitucional, ¿qué necesidad hay de preguntarnos si la medida es razonable? Puede que la Corte se sienta comprometida de buena fe a dar las razones detrás de la legislación, pero resulta irrelevante en el marco del control constitucional. No obstante, en este proceso de demostración de la lógica tras la normación nace un juego lingüístico entre “finalidades”, “razonabilidades”, “naturalezas”,

“núcleos esenciales”, que enturbia un debate en el cual lo realmente importante son las contradicciones o coherencias con la Constitución.

4. La cuota atenta contra la eficacia y eficiencia de la administración, pues antepone el sexo al buen servicio.

Dice la Corte que este argumento no tiene ningún asidero porque las mujeres seleccionadas para los cargos de que habla la cuota deben cumplir los requisitos para el cargo. Dice que la objeción planteada sólo corrobora que existe discriminación en la Administración Pública, presumir que el servicio se deteriorará es considerar a las mujeres inferiores, “nada más contrario a la realidad y a los principios que defiende nuestro ordenamiento constitucional”. Al igual que la acusación de inconstitucionalidad 2, remitámonos al mismo punto: la afirmación que la Corte hace al respecto es intachable, pero irrelevante, pues basta reiterarle a los críticos de la norma que ésta no contraviene ningún precepto constitucional, sino que, por el contrario, realiza una obligación. Ese es el problema jurídico real.

F. Declaratoria de inconstitucionalidad de la cuota en cargos mediante ternas o listas

Tras el examen de la cuota obligatoria, y dar las razones para su inconstitucionalidad, la Corte inició el estudio de otros contenidos de la ley en los que resalta el estudio del artículo 6.º que es el nombramiento por sistema de ternas y listas, que vale la pena citar:

Para el nombramiento en los cargos que deban proveerse por el sistema de ternas, se deberá incluir, en su integración, por lo menos el nombre de una mujer.
Para la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción, y *quien haga la elección preferirá obligatoriamente a las mujeres, hasta alcanzar los porcentajes establecidos en el artículo 4.º de esta ley [cuota del 30%].*

La Corte dice que el primer inciso del artículo 6.º es razonable y proporcional, haciendo una extensión de la argumentación sobre la constitucionalidad del artículo 4.º. Pero, en un giro argumental sorpresivo, dice que el inciso segundo, destacado en itálicas, es contrario a la Constitución porque impone una carga desproporcionada a los hombres que podrían

acceder a cargos de elección, mediante el sistema de ternas o listas. El primer inciso es razonable porque, si bien no es un mecanismo tan eficaz como la cuota, no es un simple “saludo a la bandera”, como lo dicen los intervinientes, al no existir garantía de que las mujeres sean nombradas, pues, como lo demuestran los estudios de profesores norteamericanos, atrás citados, “la experiencia internacional ha demostrado que una medida como la que se estudia, *si viene acompañada con un respaldo y compromiso serio de las autoridades*, ayuda a aumentar la participación de la mujer en cargos de poder”(resaltado en el original)¹⁴.

Respecto al segundo inciso, la Corte considera que la situación acá es distinta a la de la contemplada en el artículo 4.º, que sí consideró constitucional. Antes de decir las razones, no dejemos escapar lo que se acaba de decir. Preguntemos ¿qué relevancia tiene que la situación del artículo 4.º sea distinta de la del 6.º? Obvio que son distintas, tanto que se contemplan en artículos separados, ¿y eso qué implica? En términos lógicos no significa nada, pero en términos retóricos ya nos está persuadiendo en el sentido que si esta situación es diferente, debemos dar por sentada su inconstitucionalidad, dada la constitucionalidad con suficiencia argumentada del artículo anterior. Aquí empieza a tener sentido el exceso retórico sobre la cuota del artículo 4.º que, en términos generales, no arrojaba mayores dudas interpretativas.

Ahora sí, las dos razones: 1. El ámbito del inciso segundo del artículo 6.º es más reducido que el ámbito al cual se aplica el artículo 4.º, esto es, a todos los cargos decisorios de la administración; mientras que los empleos que se proveen por el sistema de listas son muy pocos y dice, como si no fuera una obviedad, se deberá elegir a una de las personas que conforman la lista correspondiente. 2. La cuota, del artículo 4.º, busca la promoción de la mujer, dice, como grupo, “sin que se sacrifiquen intereses individuales específicos”.

Analicemos esta afirmación, más sus justificaciones ulteriores, con detenimiento. Lo haremos citando fragmentos con las respectivas preguntas en forma de glosas. Dice:

¹⁴ Así como la Corte hace reenvío a la cita anterior, reenviamos de la misma manera preguntando qué relevancia tienen esos estudios para determinar la constitucionalidad de una norma.

se anticipa que determinados hombres, es decir, los que están incluidos en la lista, no obstante tener iguales calificaciones para acceder a los cargos en cuestión, quedan *automáticamente* excluidos, hasta tanto sean elegidas mujeres en una proporción mínima del 30% (itálicas originales).

Vale la pena recordar el apartado anterior donde la Corte regaña a quienes recuerdan, con sus expresiones, la existencia de una cultura machista al afirmar que las cuotas obligatorias lesionan los derechos de los hombres, pues son quienes han detentado el poder a costa de la marginación de las mujeres¹⁵. Sigamos:

Nótese, además, que los periodos de los cargos que se proveen mediante el sistema de lista son de ocho años, por lo cual, no es eventual que durante un tiempo bastante prolongado una persona del sexo masculino no tenga posibilidad alguna para acceder a dichos empleos.

Los hombres que se perderían la posibilidad de acceder a esos cargos, con periodos de ocho años y elegidos mediante el sistema de ternas o listas, no son nada más ni nada menos que los aspirantes a magistrados de las altas cortes, incluida la Corte Constitucional.

Continúa la argumentación de la Corte, ya en el marco del juicio de igualdad. Afirma que la medida tiene un fin legítimo y es adecuada, pero esta sí no es necesaria ni proporcional *stricto sensu*,

pues implica una carga excesiva para unos candidatos, individualmente considerados, que por el simple hecho de pertenecer al género masculino, quedan por fuera de la elección. Tal circunstancia, *sin duda*, resulta discriminatoria y, por ende, contraria al principio de igualdad [el resaltado es nuestro].

¿Sin duda? Dudosa de que el argumento anterior ha sido del todo convincente plantea la siguiente pregunta, con respuesta anexa: “¿qué sentido tendría, exigir que en las listas se incluyan hombres y mujeres, si los primeros no pueden ser tomados en cuenta? Sin duda alguna sería una inclusión superflua y meramente nominal”. La respuesta a la pregunta que

¹⁵ Recordemos la cita, de indudable valor literario y filosófico: “¿La mengua de un privilegio que se ha tenido a costa del marginamiento de alguien, implica una seria desventaja para quien lo ha ostentado? Una respuesta positiva es, sin duda, una concesión grande en el discurso igualitario. Así como la abolición de la esclavitud no puede considerarse como un perjuicio para los ‘dueños’ de esclavos, paliar el marginamiento al que han estado sometidas las mujeres, no puede entenderse como una seria desventaja para la población masculina”.

se hace la Corte, buscando exponer la mala redacción de la disposición, es cierta, pero tendenciosa: sería superflua la nominación de hombres que no serán elegidos, pero solo en la hipótesis en la que no se ha cumplido con la cuota. Si bien la escritura de la norma no es la más afortunada, lo que dice es que se deberán preferir mujeres hasta cumplir la cuota y que en la elaboración de las listas habrá hombres y mujeres, pero obviamente no mientras existiera la obligación de cumplir con la proporción. El sinsentido que la Corte le ve a la disposición le da para afirmar que esta es contraria a la Constitución¹⁶.

Por último, en la fundamentación de la declaratoria de inconstitucionalidad de esta norma, la Corte afirma que en este caso sí se “restringe de manera desproporcionada la facultad de libre nombramiento y remoción”. Recordemos que en idéntico cargo, atrás analizado, se dijo que la facultad de libre nombramiento no se veía vulnerada, porque así mismo el nominador tenía un 70% de la población para hacer sus elecciones. Aquí dijo la Corte –en un contraste que ya resulta más que evidente– que se restringe la discrecionalidad del nominador pues “en el evento analizado, de una lista conformada por un número limitado de hombres y mujeres, sólo se permite considerar al 50% de esos candidatos”. ¿Qué pasó con el regaño a todos los machistas que se les ocurría afirmar que la cuota obligaba a contratar mujeres incompetentes, cuando las mujeres están igual o más capacitadas que los hombres? Cuando la Corte nos dice que *sin duda* esta norma discrimina a los hombres, en últimas no nos deja dudas de que no está fundamentando por qué esta distinción sí es desproporcionada, más allá del mal sabor que queda en la boca de que los defensores de la Constitución consideran muy bueno que la mujer participe en todas las instancias, salvo en las altas cortes, como la Corte Constitucional, donde hasta el año 2000 no había recibido mujer alguna en sus nueve plazas y es la razón por la cual no hay mujer alguna firmando la sentencia bajo análisis¹⁷.

¹⁶ En el mismo sentido se refirió ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, diciendo que se debió declarar constitucional la disposición, bajo el entendido que se deben nominar solo mujeres hasta cumplir con la cuota.

¹⁷ De todas maneras, pese a la declaratoria de inconstitucionalidad, dice, mostrando su responsabilidad política con la inclusión de las mujeres, que “sin embargo, como esta Corporación entiende que la participación de la mujer en los cargos a los que se refiere el artículo 6.º del proyecto es importante e imperiosa, exhorta, eso sí, a las autoridades nominadoras para que garanticen una participación de la mujer en condiciones equitativas”.

La sentencia tuvo aclaración de voto del magistrado VLADIMIRO NARANJO MESA y salvamentos de los magistrados ÁLVARO TAFUR GALVIS, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ, ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO y CARLOS GAVIRIA DÍAZ, adhiriendo a este último. Nos interesa en particular el salvamento del último¹⁸.

El salvamento más serio y fundamentado es el de ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Se pregunta “¿Por qué si, en general, la cuota femenina del 30% para los cargos de alto nivel decisorio en el Estado es legítima, ella se torna inconstitucional si la provisión del cargo es realizada por un sistema de listas?”. Dice que no es verdad que en los cargos de magistrado, exista un campo más reducido que en los altos cargos directivos. Pone como ejemplo que los ministros de Gobierno que se deben nombrar, donde existe la obligación de la cuota, son mucho menos que los magistrados. Por lo que ese argumento es bastante débil. Adicionalmente dice que no entiende por qué el sacrificio de intereses particulares, como los de los hombres que no pueden ser nombrados como magistrados hasta que se supla la cuota, sea una razón para declarar inconstitucional una acción afirmativa. Toda acción afirmativa puede lesionar intereses específicos, lo que no implica que por esta razón sea inconstitucional. Por último, cuestiona el argumento de que es desproporcionada la carga impuesta a los hombres aspirantes a altas cortes, donde hay pocas plazas, cosa que ya se demostró como falsa, y deben esperar ocho años para cada nombramiento. Dice que por esta razón, precisamente, se debe establecer la cuota, porque por la amplitud de los periodos no solo hay algunos hombres perjudicados, sino todas las mujeres que deberán esperar de más, para obtener el cumplimiento de la Constitución en el reconocimiento de sus derechos de acceso a la administración pública.

CARLOS GAVIRIA DÍAZ, tras haber escrito la ponencia que acogió la mayoría de la Corte, de manera más que paradójica, en un lacónico mensaje escribe tras la firma de MARTÍNEZ CABALLERO: “Porque me identifico completamente con los anteriores planteamientos,

¹⁸ NARANJO MESA votó afirmativamente la ponencia de GAVIRIA DÍAZ, pero asevera que la norma discrimina a la mujer por tratarla como una inferior. Es decir, debió haber votado negativamente, porque está aclarando su voto, cuando debió haberse opuesto. TAFUR GALVIS, a quien se adhiere íntegramente CIFUENTES MUÑOZ, está de acuerdo con la sentencia de la mayoría, pero consideró que la cuota debió ser superior al 30%, igual coincide con lo que hemos planteado en que es un despropósito declarar inconstitucional la obligación de elegir mujeres hasta completar la proporción del 30% en cargos elegidos mediante el sistema de ternas.

adhiero a ellos”. ¿Quién escribió entonces las partes de la sentencia de las cuales discrepa MARTÍNEZ CABALLERO y GAVIRIA DÍAZ, que se supone que él mismo escribió? Esta pregunta la dejamos apenas planteada, pues la búsqueda de su respuesta excede los propósitos de nuestra investigación.

G. Balance de la sentencia

Lo que puede parecer un dato meramente anecdótico, como el hecho de que el ponente-redactor de una sentencia termine adhiriéndose a un salvamento a su propia sentencia es algo que nos permite mal-pensar sobre las razones por las que el juez constitucional colombiano argumenta de la manera como lo hace.

A partir de las dos decisiones importantes de esta sentencia, se pueden plantear a su vez dos escenarios distintos que explican por qué el juez colombiano argumenta como argumenta. El primero es la constitucionalidad de la cuota del 30% de mujeres en todos los cargos de libre nombramiento y remoción de la Administración Pública, artículo 4.º. Este caso era fácil, en la medida que participan en el debate dos normas que no arrojan mayores dudas interpretativas, y la Corte pudo haber hecho una argumentación más sobria y concreta, pero no lo hizo. En medio de toda la palabrería, más de índole política que técnico-jurídica, el lector desprevenido piensa que la ley es producto natural de la ideología constitucional propuesta por la Corte y no el resultado de los acuerdos políticos, en el seno del legislativo, con miras a una mayor inclusión de las mujeres en la sociedad colombiana. Así se desconoció el crédito del legislador.

Adicionalmente, es claro que hay un esfuerzo retórico, con muchos argumentos contradictorios entre sí, para convencer sobre una constitucionalidad que en realidad es fácil de determinar. Pero, una argumentación clara y simple de la conformidad del artículo 4.º con la norma superior hubiera hecho muy difícil fundamentar la inexplicable inconstitucionalidad del artículo 6.º. Ponderaciones y balanzas afuera, cualquier razón que se hubiera expuesto claramente para fundamentar la validez del artículo 4.º, hubiera llevado a la necesaria validez del artículo 6.º. Hagamos un cuadro comparativo, para ver cómo las

mismas normas constitucionales son aplicables al caso y hubieran arrojado la misma decisión:

NORMAS CONSTITUCIONALES DE REFERENCIA	NORMAS SOMETIDAS A CONTROL	
		Artículo 4.º: cuota del 30% de mujeres en la administración pública (cargos de libre nombramiento y remoción).
Artículo 40: las autoridades garantizaran la adecuada participación en la administración pública.	Problema jurídico: ¿se puede pensar que una cuota obligatoria cumple el artículo 40?	Problema jurídico: ¿se puede pensar que elección de mujeres en el sistema de listas hasta completar la cuota cumple el artículo 40?
	Respuesta: Sí, de hecho va en esa dirección.	Respuesta: Sí, la disposición estudiada tiene el mismo sentido de la disposición de referencia. Es decir, no hay contradicción.
	Conclusión nuestra: Constitucional.	Conclusión nuestra: Constitucional.
	Conclusión Corte: Constitucional.	Conclusión Corte: <i>Inconstitucional</i> . Atención que aquí es imposible determinar la contradicción con la norma, porque tanto la norma de referencia como la estudiada están en términos positivos.
Artículo 43: mujeres y hombres tienen iguales derechos	Problema jurídico: ¿Viola la igualdad de derechos una intervención del 30% del privilegio que han tenido los hombres?	Problema jurídico: ¿Viola el artículo 43 dar un privilegio exclusivo de participación de las mujeres en un 30% en los cargos proveídos por el sistema de listas?
	Respuesta: No. La violaría donde el beneficio dado a las mujeres fuera superior al 50%. En cuyo caso sí afectaría el derecho de los hombres.	Respuesta: No. La violaría donde el beneficio dado a las mujeres fuera superior al 50%. En cuyo caso sí afectaría el derecho de los hombres.
	Conclusión nuestra: Constitucional.	Conclusión nuestra: Constitucional.
	Conclusión Corte: Constitucional.	Conclusión Corte: <i>Inconstitucional</i> . Porque aquí sí hay un trato desproporcionado a los hombres.

¹⁹ Recordemos que el inciso primero habla de la obligatoriedad de poner al menos una mujer cuando la provisión del empleo se hace mediante el sistema de ternas. No nos referiremos a ese, porque la Corte lo consideró constitucional en el entendido de que no es obligatorio elegir las.

En una terminología muy hartiana, los casos eran fáciles, pues no existían mayores dudas interpretativas²⁰. Se necesitaba una elemental subsunción para hacer el análisis constitucional, que se vendió como complejo y que exigía una metodología sofisticada. Se requería, en términos de HANS Kelsen, hacer de legislador negativo: expulsar las normas que constituían contradicciones con la norma constitucional, al tiempo que mantener aquellas que el legislador, en su libertad de configuración, dispuso en los límites de la Constitución²¹. Volver este problema jurídico un asunto de “proporcionalidad” entre lo que ganan las mujeres y pierden los hombres, le sirvió a la Corte para realizar dos finalidades no muy legítimas. La primera, como decíamos, era ganarse el crédito de la medida incluyente del artículo 4.º y, paradójicamente, la segunda, no asumir la responsabilidad política por la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 6.º

La falta de argumentación adecuada, en uno y otro caso, sería imposible pensarla sin el instrumento de la ponderación. Y ¿por qué se pondera? La Corte dijo que la ponderación era necesaria por tratarse de un asunto de igualdad, sometido al concepto de proporcionalidad. Aquí, parafraseando a JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, no se ponderó porque había que aplicar principios, sino que se aplicaron principios para poder ponderar²².

La igualdad indefinible y la ponderación siempre útil al juez, permitió a la Corte Constitucional quedar como una heroína por avalar una norma legal sobre la que no recaía ninguna sospecha de inconstitucionalidad y no parecer villana por expulsar del ordenamiento jurídico una disposición legal que buscaba la participación de las mujeres en los altos cargos de la rama judicial. Aquí está la licencia perversa que da la ponderación: negar derechos, al tiempo que permite a los jueces posar de progresismo social y político.

²⁰ HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART. *The Concept of Law*, 2.ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

²¹ Mírese HANS Kelsen. *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, ROLANDO TAMAYO Y SALMORÁN (trad.), México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 56 a 57.

²² JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO, "Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy". En PABLO RAÚL BONORINO RAMÍREZ (ed.), *Teoría del Derecho y decisión judicial*, Madrid, Bubok publishing, pp. 285 a 345.