

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO COLOMBIANO, FRENTE A LA PASIVIDAD DEL LEGISLATIVO

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN THE COLOMBIAN DEMOCRATIC SYSTEM, IN FRONT OF THE PASSIVITY OF THE LEGISLATURE

Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2021 | Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022

Indy Paola NAZIR LLENERIS*

Resumen

El presente trabajo es producto del proyecto de investigación denominado La judicialización de la política como respuesta a la inactividad de otros poderes del estado, que se adelantó en el marco de una convocatoria abierta. Para el desarrollo de este, se se acudió al método descriptivo y documental, contando con un enfoque cualitativo para la identificación de normas, jurisprudencia y doctrina, que soportan las tesis centrales de la investigación. Estas líneas procuran dar elementos al lector, que le permitan identificar que se entiende por judicialización de la política en el ordenamiento jurídico colombiano -acudiendo al desarrollo discursivo del orden doctrinal-, cada vez más ponderado en el ejercicio de administrar justicia; así mismo se da cuenta de la materialización del fenómeno a partir de casos concretos en donde este se configura, para finalizar con unas aproximaciones respecto a los beneficios y riesgos de esta praxis normativa que compromete los espacios políticos, reduciéndolos al escenario judicial.

Palabras clave: Judicialización, política, sistemas democráticos, inactividad, poderes públicos

Abstract

This work is the product of the research project called The judicialization of politics in response to the inactivity of other powers of the state, which was carried out within the framework of an open call. For the development of this, the descriptive and documentary method was used, counting on a qualitative approach for the identification of norms, jurisprudence and doctrine, which support the central theses of the research. These lines seek to provide elements to the reader that allow them to identify what is understood by judicialization of politics in the Colombian legal system -turning to the discursive development of the doctrinal order-, increasingly weighted in the exercise of administering justice; Likewise, he realizes the materialisation of the phenomenon from specific cases where it is configured, to end with some approximations regarding the benefits and risks of this normative practice that compromises political spaces, reducing them to the judicial scene.

Keywords: Judicialization, politics, democratic systems, inactivity, public powers

*Abogada titulada de la Universidad de Cartagena. Magister en Derecho. Docente e Investigadora. Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. Cra. 44 #30a-91, Cartagena, Colombia. indy_1222@hotmail.com; inazir@tecnocomfenalco.edu.co

SUMARIO: I. Introducción. II. La judicialización de la política como fenómeno jurídico: aproximación conceptual. III. Casos representativos del orden judicial en el que se evidencia el fenómeno de la judicialización en Colombia. IV. Ventajas y riesgos que, en la práctica el fenómeno de la judicialización de la política representa en Colombia. V. Bibliografía.

“A veces se generan problemas artificiales, que ocultan otros reales”
José Gimeneo Sacristán

I. INTRODUCCIÓN

Podemos ubicar los atisbos de los sistemas democráticos, en la intervención del pueblo o conglomerado social, en aquellos aspectos que atañen al quehacer político; la operacionalización de dichos sistemas se soporta en la posibilidad de que exista una actividad discursiva desde lo público.

Este aspecto se consolida con la **separación de poderes** que permite armonizar su estructura y mantener un equilibrio que se soporta en el establecimiento de funciones delimitadas y concretas, pero no aisladas o inconexas entre sí. Por tanto, en los órdenes democráticos como el nuestro, cada una de las ramas del poder público pueden identificarse con suficiente claridad, pero existen ciertos escenarios señalados por la constitución, donde estas funciones, convergen; es el caso de la función legislativa del ejecutivo durante los Estados de excepción o la función judicial del legislativo cuando de indulto y amnistía se trata, por mencionar algunas.

Hasta el momento, se ha señalado que estas separaciones no son absolutas, pero ciertas funciones dentro del marco de los **Estado democráticos representativos**, están determinadas de manera concluyente; en este orden, podríamos afirmar que el debate político esta condensado en principio en la rama legislativa, que previamente ha sido elegida por el pueblo, que representa los intereses de este y en virtud de ellos legisla.

Lo anterior, dentro del marco normativo implica una conexión permanente con la realidad social y con las necesidades básicas insatisfechas del pueblo en general. Pero el interrogante que soporta estas líneas es ¿Qué ocurre cuando el legislativo no legisla sobre situaciones urgentes o realidades inminentes? Y frente a esta incógnita, tendríamos que indagar sobre ¿Qué debe hacer el órgano judicial, cuando está en presencia de un caso concreto que no tiene norma que lo regule? ¿Emite una sentencia inhibitoria? ¿Sienta un precedente frente al caso concreto?

Ahora bien, si nos inclinamos por la **sentencia inhibitoria**, estaríamos en presencia de denegación en el acceso a la administración de justicia. El juez no puede escudarse en la carencia normativa o en su inexistencia para emitir un fallo que no resuelva de fondo el caso particular del ciudadano, que confiando en el concepto de justicia y en la premisa que indica que el Estado debe administrarla, ha decidido activar el aparato judicial; por lo menos en Colombia podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que la sentencia inhibitoria tácitamente esta proscrita.

Por otra parte, si apelamos a la consolidación de un **nuevo precedente**, el fallador en este caso debe ser sumamente meticuloso, ya que al no fundamentar bien su fallo podría extralimitarse en sus funciones, lo que en el derecho penal se conoce como prevaricato por acción. Esta es una razón, no menor, que impulsa a los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones a tomar ciertas posturas y argumentarlas con una marcada rigurosidad a fin, no solo de crear una nueva forma de fallar, que probablemente no tenga piso legal en estricto sentido, sino que se pondera a través del desarrollo discursivo y mediante el uso de los principios orientadores del derecho.

Conviene subrayar, que cuando el poder judicial se encuentra en presencia de esta carencia normativa e interviene desde su figura de fallador, en asuntos que son de resorte exclusivo del legislativo, aparece un fenómeno jurídico que la doctrina ha denominado **judicialización de la política**. En este orden podemos sostener que la judicialización de la política es un fenómeno recurrente en las democracias representativas, en especial en los países latinoamericanos. Colombia no ha sido la excepción en el desarrollo de esta praxis, cuya esencia radica en que las decisiones centrales de un **sistema democrático** son tomadas por el poder judicial. Por tanto, los tribunales y sus sentencias se vuelven, de una forma u otra, parte vital del espacio político.

En estricto sentido, lo anterior no obedece al principio de división de poderes propio de los Estados democráticos representativos. Pero el ausentismo, inactividad o pasividad del poder legislativo, deja en manos del sistema judicial situaciones cruciales, lo cual se traduce en que los poderes políticos trasladan ciertas funciones y decisiones centrales, desde la arena política al expediente judicial.

Es por ello, que el objeto central de estas líneas es **analizar** como la intervención de la rama judicial en decisiones de nuestro sistema democrático, responde a un proceso de judicialización de la política en Colombia. Para ello, concentraremos nuestros esfuerzos en desarrollar, sin pretender ser exhaustivos tres objetivos; en principio **determinar** que se entiende por judicialización de la política como fenómeno judicial dentro de los ordenamientos jurídicos; como segunda medida procuraremos **revisar** casos representativos del orden judicial en el que se evidencia el fenómeno de la judicialización en Colombia; por último **señalar**

las ventajas y riesgos que en la práctica, el fenómeno de la judicialización de la política representa.

En este orden de ideas, resulta **oportuno** ocuparnos de este fenómeno desde una visión académica ya que si hay una ventaja de la tensión que existe entre la justicia y la política, es lo actual de esta discusión; lo anterior nos permite señalar la **pertinencia** de la investigación, puesto que, la mencionada tensión traslada visiones y funciones propias de la rama legislativa a la judicial. En este sentido se destaca la **importancia** de las presentes reflexiones, ya que ciertas manifestaciones jurisprudenciales, son claras representaciones del este fenómeno jurídico, lo que implica que existen vacíos normativos que el legislativo conoce y no sana, y a los que el ejecutivo debe hacerle frente, cuando un caso concreto llega a manos de los falladores y estos deben tomar decisiones sin que ello vulnere, los principios que orienta a la administración de justicia y el debido proceso, como tampoco los derechos de los sujetos involucrados.

De otra parte, el despliegue de este trabajo se abordó desde una investigación de clase **jurídica**, se hizo uso del **método** descriptivo y documental. Es descriptiva porque expone los fundamentos teóricos y las tesis del orden doctrinal que nos permiten desde la academia realizar una aproximación conceptual al fenómeno jurídico que nos ocupa. Es documental, puesto que se realizó apoyándose en **fuentes** de carácter documental, sin que se acudiera a la recolección de información del orden primario.

El enfoque fue **cuantitativo**, dado que este último utiliza la recolección de información sin medición numérica, pero de forma organizada. Lo anterior por cuanto, para el despliegue de esta investigación se recopilaban jurisprudencias y producciones, que permitieron realizar una identificación de la judicialización a partir de un estudio que involucra a dos de los poderes o ramas del Estado.

II. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA COMO FENÓMENO JURÍDICO: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Debemos iniciar el desarrollo de este discurso, sosteniendo que el punto medular del fenómeno que nos ocupa reside en que antes se pedía al juez aplicar la normas en retrospectiva –es decir, viendo al pasado y a lo que el legislador había decidido–. Pareciera que hoy, en cambio, se le transfiere una responsabilidad distinta que supone considerar soluciones alternativas, sopesar consecuencias, aplicar principios y valores superiores.¹

En este sentido Marco Feoli sostiene que una ventaja que ofrece la tensión entre política y justicia es su actualidad. Según el autor, es posible a través de los

¹ Carlo Guarnieri, y Patrizia Pederzoli, Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia, (Editorial Taurus, 1997).

medios de comunicación registrar, con relativa frecuencia, las repercusiones que en diferentes espacios produce la decisión jurisdiccional. Pero esa actualidad supone también una desventaja: no saber exactamente, o al menos no saberlo con un cierto grado de rigor académico, qué significa judicializar la política.²

De acuerdo con Pilar Domingo, la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles:

“En primer lugar, el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. En tercer lugar, en un ámbito más discursivo que, según afirma la profesora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del Estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como rule of law o derechos fundamentales. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales o vinculados con la protección de los derechos humanos”.³

Por su parte C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, en su libro “The Global Expansion of Judicial Power”, enumeran algunas otras causas que explicarían el aumento del protagonismo judicial:

“la consolidación de estados de bienestar, el replanteamiento de teorías del derecho natural y de la existencia de principios superiores informadores de los ordenamientos jurídicos, luego de casi dos siglos de prevalencia del pensamiento positivista más duro, el triunfo de Estados Unidos a nivel global como el modelo de súper democracia con particularidades que empezaron a llamar la atención, como la revisión judicial y la posición protagónica que, comparada con sus pares europeos, tenían los jueces norteamericanos, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la aprobación de numerosos tratados internacionales en esta materia y la presión que diferentes organizaciones de derechos humanos han ejercido por su tutela y protección”.⁴

2 Marco Feoli Villalobos, *Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina*, 1 Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 75-98 (2016). <https://doi.org/10.15359/rldh.27-1.4>

3 Pilar Domingo, *Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent trends in Latin America*, 1 Democratization, 110 (2004). <https://doi.org/10.1080/13510340412331294152>

4 C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder, *The global expansion of judicial power*, 235 (New York University Press, 1995).

Según Rodrigo Uprimny, en las últimas dos décadas la justicia colombiana no sólo ha experimentado profundas transformaciones, sino que ha entrado con mucha fuerza en la dinámica política. El autor afirma que la actividad de los jueces ha tenido, en muchos casos, una gran repercusión en la evolución global del país, por ello Colombia se ha caracterizado en este período por una importante judicialización de ciertos aspectos de la política.⁵

Ahora bien, el proceso de judicialización podemos ubicarlo dentro de uno de los **seis males de la Justicia** en Colombia, tal y como lo señala Juan Manuel Charry Ureña quien sostiene que adicional a este mal tenemos otros, entre ellos: la politización de la justicia, hipertrofia de la Rama Judicial, congestión, impunidad, y tutelización de las necesidades jurídicas. Esta última en escenarios cotidianos, se conoce como la prostitución de la tutela en respuesta a la existencia de un Estado garantista. En este sentido, se trata de un fenómeno latente propio de los estados democráticos, como el nuestro.

Vemos como, esquemáticamente puede entenderse por judicialización de la política el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales.⁶

Es claro entonces que esa definición es puramente descriptiva y supone simplemente una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, en la medida en que el trámite y la decisión de ciertos asuntos son transferidos de la esfera política al ámbito judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere un mayor peso.⁷ Otra cosa es que la judicialización de la política sea o no deseable democráticamente, que es un tema recurrente de debate en los últimos años.

Por otra parte Tomás Ramón Fernández, ha señalado que el fenómeno del llamado «activismo judicial» de la «judicialización de la política», de la «montée du droit» y de la conservación de éste en un nuevo eje de la vida política en la sociedad europea —Francia, Bélgica, Italia, sobre todo— y española ha dado lugar en estos últimos años a una literatura tan abundante como variopinta y, las más de las veces, interesada y superficial, cuando no simplemente escandalosa, de la que hasta ahora muy pocas enseñanzas podrían extraerse.⁸

5 Rodrigo Uprimny Yepes, La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos, en Los jueces entre el derecho y la política, 53 (John Ferejohn et al., Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008).

6 *Ídem*.

7 Pilar Domingo, Relaciones de poder: justicia y nuevos actores, en Los actores de la justicia latinoamericana, 44 (Luis Pásara, ed., Ediciones Universidad de Salamanca, 2007).

8 Tomás Ramón Fernández, *Los jueces y la política*, 58 Revista de libros, 3 (2001). <https://dialnet.>

Vemos como en el libro de Laurence Engel, *Le mépris du Droit*, pone por vez primera el dedo en la llaga y apunta al corazón del problema, a sus causas últimas, desde su propio título, que podemos traducir como “el descuido de la ley”. Si el derecho ha pasado súbitamente a primer plano, si los jueces se han convertido de repente en protagonistas en el escenario de las finanzas y de la política, es porque algo falla en el funcionamiento de nuestras instituciones y porque ese fallo se percibe como esencial por la ciudadanía, como un riesgo inminente y grave que amenaza la propia pervivencia del sistema.⁹

Ese fallo que se percibe por el conglomerado como esencial, nos arroja a otra orilla, que nos hace preguntarnos tal y como lo indica Fernández, ¿por qué toman los ciudadanos (en su calidad de administrativos, de usuarios de los servicios públicos, de electores, de adversarios políticos, de empleados o de socios minoritarios) esta iniciativa?; ¿por qué acuden al juez y, en particular, al juez penal (aunque no sólo a él), con estas demandas cuando el trasfondo de estas es sustancialmente político? Según el autor la respuesta es simple, los ciudadanos lo hacen “*porque quien podía decirlo dijo, en efecto, que no aceptaría responsabilidades políticas de ningún tipo hasta que los jueces no declarasen las responsabilidades penales correspondientes*”.¹⁰

De todo lo anterior, podemos acudir a la afirmación de Toma Ramón Fernández, quien enfáticamente asevera que:

“Quienes han judicializado la política, quienes han convertido a los jueces en estrellas han sido, sin ninguna duda, los políticos, los mismos políticos que, tras haberse negado a sustanciar en su sede natural los conflictos concernientes a su actividad y haber remitido éstos a los tribunales, han dirigido el coro contra el activismo judicial y la judicialización de la política, invocando el sagrado principio de la separación de poderes y, en ocasiones, sacando a colación, incluso, el viejo espantajo del fascismo para descalificar a los jueces que se han atrevido a cuestionar su conducta reprochándoles”.¹¹

Ahora, aterrizando estas visiones a nuestras propias latitudes, podríamos sostener que, si bien la judicialización en países como Colombia se explica en parte por la debilidad de los movimientos sociales y podría favorecer una nueva política democrática, lo cierto es que puede también acentuar la apatía ciudadana. El uso de las argucias jurídicas, en vez de recurrir a la movilización social y política,

unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2836860

⁹ Laurence Engel, *Le mépris du droit*, 55 (Hachette littératures, 2000).

¹⁰ Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, nota 8, p. 4.

¹¹ *Ídem*.

representa enormes riesgos y costos en Colombia.¹²

En este sentido, habría que cuestionar entonces la postura asumida por las cortes, en especial por los órganos de cierre de las jurisdicciones y claramente el desarrollo jurisprudencial que ha venido manejando la Corte Constitucional, respecto a ciertos temas que podríamos considerar de avanzada. Retomando la idea central de estas líneas, la preocupación radica en el ausentismo, la pasividad o inactividad de la rama legislativa, así como en la necesidad inminente que tiene el fallador o jugador de administrar justicia, aun cuando no tiene norma jurídica concreta que ampare el supuesto de hecho objeto de estudio.

De lo anterior se desprenden otra serie de interrogantes, tales como: ¿Cuáles son los parámetros para el desarrollo del ejercicio legislativo? ¿Hacia dónde apunta el ejercicio legislativo? ¿Las altas cortes legislan? ¿La intervención del poder judicial en el argot legislativo puede ser considerada una vulneración al principio de división de poderes? ¿Qué papel juegan los órganos de control, respecto a la rama legislativa en razón a la pasividad en la expedición de normas sobre ciertos temas de avanzada? ¿La judicialización de la política es un fenómeno que fomenta la pasividad de la participación democrática?

Frente a esto podemos sostener, que el ***ejercicio legislativo*** mayoritariamente no responde al parámetro de representación propio de nuestra democracia, por el contrario está orientado por intereses plurales de los gobiernos de turno o de los mismos partidos políticos a los que pertenecen los sujetos que conforman este escenario, así mismo es movido por la necesidad de generar beneficios a otros actores que ostenta el poder como es el caso de la banca y el sector empresarial, o incluso los intereses particulares de los miembros del cuerpo colegiado, cuya función es hacer las leyes y representar las necesidades básicas de quienes han cedido soberanía mediante el voto.

Los intereses arriba mencionados, son los lugares comunes a donde suele apuntar el ejercicio legislativo; por ello las altas cortes asumen una postura y desarrollan un precedente judicial, que puede no tener piso legal, pero que sin lugar a duda se encuentra orientado por unos ***principios*** que informan al derecho y que dotan a dicho precedente, no pocas veces de un rango constitucional, a través de unas interpretaciones extensiva o restrictivas según sea el caso. Por tanto, tales acciones de la rama judicial no resultan contrarias al principio de división de poderes, sino que develan cómo las ramas se sanean entre sí, con actuaciones que para muchos no resultarían armónicas, pero sí necesarias. Esto nos lleva a una consideración inicial, y es que el deterioro de la democracia, y no de cualquier democracia sino de una deliberativa tal y como lo plantea Jürgen Habermas, no es atribuible exclusivamente al poder legislativo,¹³ sino

12 Rodrigo Uprimny Yepes, *op. cit.*, nota 5, p. 62.

13 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, (Editorial Trotta, 5ta. ed., 1998).

que congrega al ciudadano que aspira a una respuesta más efectiva respecto a una vulneración y que encontrando un camino viable a través del sector judicial, asume esta postura acomodaticia que nos aventura a lo que Uprimny señaló como apatía ciudadana en el ejercicio democrático.¹⁴

III. CASOS REPRESENTATIVOS DEL ORDEN JUDICIAL EN EL QUE SE EVIDENCIA EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN EN COLOMBIA

Aseverar categóricamente que en Colombia la política se ha judicializado, no obedece a un reparo propio de la doctrinal, sino a una realidad inminente y especialmente marcada por el desarrollo jurisprudencial que adelantan las altas cortes. El objeto de los casos que a continuación revisaremos, no es presentar de manera exhaustiva todas las situaciones fácticas que están incluidas en el fenómeno anteriormente explicado, por el contrario centraremos nuestros esfuerzos en señalar a través de casos concretos y exclusivos de la Corte Constitucional, situaciones en donde claramente se ha acudido a esta figura, protegiendo algunos derechos que podríamos clasificar en **tres grupos**: aquellos que promueven los derechos individuales y la autonomía personal, aquellos encaminados a la protección de los derechos reproductivos de la mujer y los que propugna por la igualdad frente a la orientación sexual.

Es preciso señalar, que lo particular de los casos en comento, radica en que a la fecha no existe regulación normativa respecto a los supuestos de hecho conocidos por la Corte Constitucional, en este sentido el Legislativo no ha emitido leyes que regulen específicamente tales eventos, lo que implica que los vacíos normativos siguen pululando. Aunque tales vacíos, se han saneado mediante pronunciamientos jurisprudenciales, hay juzgadores que no acogen las posturas desarrolladas por la Corte Constitucional, lo que últimas convierte a estos derechos en meras expectativas supeditadas a las interpretaciones de los falladores, que no pocas veces han sido exhortados por la Corte a no apartarse del precedente que se ha venido marcando.

En este orden de ideas, hablaremos en principio de aquellos pronunciamientos del orden jurisprudencial que promueven los derechos individuales y la autonomía personal En Colombia. Vale decir que, a partir de la Constitución Política de 1991 con la creación de la Corte Constitucional,¹⁵ dicho cuerpo colegiado mostró una postura progresista sobre ciertos aspectos que a la fecha siguen sin tener regulación normativa. Para ello, procuro crear nuevas líneas jurisprudenciales mediante la expedición de sentencias nicho, que se apartaban de las visiones

14 Rodrigo Uprimny Yepes, *op. cit.*, nota 5, p. 62.

15 Constitución Política de Colombia, [C.P.].

tradicionales y ortodoxas que habían predominado dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Un ejemplo claro de ello, lo encontramos en la en Sentencia C-221 de 1994 con Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte Constitucional hizo un análisis cuidadoso acerca del **consumo de estupefacientes** y el alcance de las libertades individuales así como de la autonomía personal de los sujetos; aquí se establecieron nuevas barreras al legislador quien no puede entrar a regular comportamientos individuales de los ciudadanos, lo que se tradujo en que, tal conducta no constituía una infracción penal por sí misma. En este orden la Corte afirmó que el legislador no puede prescribirme la forma en que debo comportarme conmigo mismo, para ello asevero que:

“cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar”.¹⁶

Siguiendo el criterio de protección de libertades individuales, encontramos a la sentencia C-239 de 1997 con Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. En el particular la Corte mantiene una línea discursiva similar, donde critica la posición del legislador. Este último califica como antijurídica y por tanto delictiva, el hecho de poner fin a la vida de ciertos sujetos, quienes padecen algún tipo de afección que les impide vivir dignamente, aun cuando sea por piedad; el cuerpo legislativo afirma que se configura un homicidio, la diferencia entre este cualquier otro acto punible de la misma categoría, radicará en los móviles que condujeron al sujeto activo de la conducta a realizar el acto y ello redundará en la pena. Por su parte, la Corte Constitucional somete el derecho a la vida, que había sido concebido como un bien jurídico tutelado independiente, como una unidad necesaria y correspondiente con la dignidad del individuo que vive. Una vez la vida no es viable bajo el principio de dignidad, tal acto de vivir debe ser revisado. Por tanto, se cuestiona el homicidio por piedad y se pondera en el discurso la **eutanasia**,

¹⁶ Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 5, 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-221/94, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

como válida e independiente de cualquier conducta punible. En este caso la corte aseveró que:

“[...] si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad”.¹⁷

Del mismo modo afirmó el cuerpo colegiado que el tema central, radica en identificar la culpabilidad del individuo que ejecuta el acto, específicamente los móviles que lo arrojan a tal determinación:

“Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador”.¹⁸

Antes de pasar a otro supuesto, debemos acotar un hecho particular, y es que el Congreso expidió la Ley 1733 del 8 de septiembre de 2014, también conocida como ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan “los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida”. El objeto central de la norma es reglamentar el derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles, a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología (art 1).¹⁹ No obstante, nunca se habló de la posibilidad de terminar con la vida del paciente cuya calidad a desmejorado en razón a tal afección.

¹⁷ Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 20, 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-239/97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ Ley 1733/14, septiembre 8, 2014, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Otro caso concreto de protección de libertades individuales se aborda mediante la sentencia C-507 de 1999, en la que categóricamente el cuerpo colegiado que nos ocupa manifestó que la **homosexualidad** no es una falta contra el honor militar. En esta oportunidad el Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Meza, expuso la postura de la Corte y sostuvo que el derecho a la intimidad y al ejercicio libre de la sexualidad, no pueden ser objeto de sanción ya que obedecen al legítimo ejercicio de la autonomía personal:

“[...] incluir como falta contra el honor militar el hecho de ejecutar actos de homosexualismo, comporta un estigma a la opción homosexual y, al mismo tiempo, desconoce aspectos que corresponden a la esfera íntima del individuo y que en realidad, lo que se busca sancionar a través de la dicha norma es la condición humana de homosexual y el ejercicio legítimo de su inclinación, con lo cual se afecta de manera grave el derecho del individuo para manejar libremente algo que le es tan propio como su sexualidad”.²⁰

Por último, la Corte indicó que las prácticas sexuales sólo serían sancionables cuando se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, sean de carácter homosexual o heterosexual, ya que en ese caso sí se comprometen derechos de terceros, así como los objetivos básicos de la actividad y disciplina militares; de no ser así estriamos en presencia de una discriminación y un juicio moral que no está el ciudadano con el deber de asumir ni soportar.²¹

Una vez abordados los casos sobre protección de los derechos individuales y la autonomía personal, nos ocuparemos de otro particular orientado a la protección de los derechos reproductivos de la mujer, específicamente de la interrupción voluntaria del embarazo, sin que ello comporte una conducta punible. Respecto al **aborto** hay toda una línea jurisprudencia, que trataremos de resumir a fin de evidenciar las variaciones a través del tiempo, y por tanto la inactividad por parte del cuerpo legislativo que, a la fecha no concreta una ley que regule el asunto en comento. Iniciaremos mencionando tangencialmente, dos sentencias de la Corte Constitucional donde se conservaron visiones tradicionales, tales como la sentencia C-133 de 1994 donde primó la protección del nasciturus como bien constitucionalmente protegido, frente a la vida de la madre, manteniendo por tanto al aborto como una conducta punible en todas las situaciones fácticas que pudieran rodear al caso concreto.²² Así mismo, tenemos la sentencia

20 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 14, 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C-507/99, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

21 *Ídem*.

22 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 17, 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell,

C-013 de 1997 que conserva la postura de la sentencia de 1994.²³ Pero en esta oportunidad acuden a encíclicas papales, actuación que, a nuestra manera de ver resulta insostenible, por una razón suficiente Colombia es un Estado laico, con un pensamiento tanto político como jurídico secularizado, por lo que estos argumentos nos resultan a todas luces contrarios a tal aseveración contenida en el preámbulo constitucional.

Sin embargo, no podemos obviar otras posturas progresistas que la Corte ha venido desarrollando. Como es el caso de la Sentencia C-355 de 2006, con Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández que introdujo **tres situaciones, en que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye aborto**, entre ellas tenemos: Cuando el embarazo pone en peligro la salud, física o mental, de la mujer, o su vida; cuando el embarazo es resultado de una violación o de incesto y cuando hay malformaciones del feto que son incompatibles con la vida por fuera del útero. Si bien, las mentadas circunstancias necesitan ciertas condiciones para que se configuren (denuncia del acto sexual no consentido y dictamen médico según sea el caso), nos concentraremos en los argumentos utilizados por la Corte. En primera medida se pondera la protección del nasciturus frente a la mujer gestante, enfatizando las cargas que esta última debe soportar:

“Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. (...) no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia”.²⁴

Así mismo, la Corte destaca que el ordenamiento no puede imponer de manera coactiva modelos de vida o estándares sociales, ya que esto vulnera derechos negativos de interferencia, como son las libertades individuales y su autonomía reproductiva, por ello sostuvo que:

Sentencia C-133/94, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

²³ Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], enero 23, 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C-013/97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

²⁴ Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 10, 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-355/06, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

“Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas “perfeccionistas”, esto es, “en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico”.²⁵

Adicional a lo anterior, debemos hacer hincapié en una situación fáctica que una vez determinados los tres casos por los que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye la conducta punible del aborto, se erigía como imposibilidad para que fuese aplicable la disposición señalada por la Corte. Estamos en presencia de un concepto médico denominado **edad gestacional**, en tal caso se hizo uso de este argumento técnico para sostener que practicar la interrupción del embarazo en virtud de lo avanzado del mismo, suponía una actividad contraria a una de las causales establecida en la sentencia C-355 del 2005, ya que ponía en riesgo a la vida de la madre.²⁶ Es por ello, que la Corte Constitucional se vio en la necesidad de determinar que no hay límites en la edad gestacional para la realización del procedimiento, según lo contempla la sentencia SU-096 de 2018. Por tanto las instituciones prestadoras de salud (IPS) tienen la obligación de practicarlo en todas las etapas del embarazo:

“La jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de interrupción del embarazo. Los profesionales de la salud informarán a la mujer embarazada sobre los alcances y riesgos del procedimiento, atendiendo a la edad gestacional, para que esta adopte su decisión de manera instruida”.²⁷

Desarrollado el caso concreto de la protección de los derechos reproductivos y autonomía personal de la mujer, pasaremos entonces a revisar cierta línea jurisprudencial en donde se propugna por la igualdad frente a la **orientación sexual**, promoviendo el acceso a ciertos derechos que no cuentan con una regulación normativa específica.

25 *Ídem.*

26 *Ídem.*

27 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 17, 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia SU096/18, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Iniciaremos tal desarrollo, con la sentencia C-075 de 2007, donde la Corte asevero que el régimen patrimonial entre compañeros permanentes opera de la misma manera para las parejas del mismo sexo, haciendo especial énfasis en que las razones que fundamentan una diferenciación deben estar amparadas en el criterio de razón suficiente, de lo contrario constituirían discriminación debido al sexo, lo que está expresamente proscrito por nuestra carta; del mismo modo insta al legislador a cumplir con su labor de creación y pronunciarse al respecto:

“La jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) **corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales** y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente”.²⁸

Del mismo modo, la Corte analizó la integración de las parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo afirmando mediante jurisprudencia C-811 de 2007 que era aplicable en las mismas condiciones que a las parejas heterosexuales, lo que implica que estas uniones homoparentales debían ser declaradas ante notario;²⁹ siguiendo esta línea discursiva, la Corte en Sentencia C-336 de 2008 afirmo que las parejas del mismo sexo, en las que sobrevenga muerte de un miembro de esta unidad marital, el sobreviviente podrá ser beneficiarios de la prestación económica llamada pensión, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos para ello, que serán idénticos a los establecidos para las parejas heterosexuales.³⁰

En el 2011, la Corte conoce de una solicitud que seria objeto de una mayoritaria controversia, el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En este punto el cuerpo colegiado emitió la sentencia C-577 que tildo de la inexistencia de norma como una “omisión legislativa relativa”. Pese a ello no se dispuso a integrar de manera

28 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 7, 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-075/07, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

29 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 3, 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C-811/07, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

30 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 16, 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-336/08, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

inmediata el supuesto del matrimonio igualitarios, sino que por el contrario exhortó al Congreso a que legislara:

“Para superar el déficit de protección al cual el legislador ha sometido a las parejas de personas del mismo sexo, según la constatación hecha por la Corte, se resolvió exhortar al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, en ejercicio de sus competencias, regule de manera sistemática y organizada acerca de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, especialmente el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. En todo caso, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la decisión adoptada, la Corte resolvió, erga omnes, que, transcurrido el plazo dado al Congreso para la expedición de la normatividad, y hasta tanto no lo haga, las parejas de personas del mismo sexo podrán constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal ante juez o notario”.³¹

Pese a ello, el órgano legislativo no se pronunció frente al caso concreto. Esto se tradujo en el desconocimiento del señalamiento hecho por la Corte. Lo anterior por cuanto, al no existir piso legal de estos contratos solemnes la posibilidad de acceso a este derecho, que a la fecha solo tenía rango constitucional, fue ineficiente, puesto que los falladores y notarios se negaban a realizar tales actos, arguyendo que no se trataban de pronunciamiento normativos; por ello en 2016, luego de transcurrido cinco años y en virtud de la pasividad e inactividad del poder legislativo, la Corte termina por emitir la sentencia SU-214, en la que aprobó de manera definitiva y con efecto erga omnes la celebración de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.³²

De estos casos traídos a colación, con una intención meramente ejemplarizante, podemos establecer un par de conclusiones iniciales. La primera, tiene que ver con la inactividad sistemática y reiterada del Legislador que raya en la recalcitrancia. Una postura a todas luces reprochable, que no logra acompasarse con la función propia de los cuerpos legislativos en las democracias representativas. La segunda, obedece a la apuesta que realizan los órganos de cierre, en el caso puntual la Corte constitucional, que mediante un el desarrollo de una línea discursiva termina por sanear vacíos normativos o problemas interpretativos de la norma existente, acudiendo a los principios orientadores del derecho y la función nomofiláctica de la Corte, que lejos de pretender dar solución al caso concreto, tiene como fin

31 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 26, 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia C-577/11, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

32 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 28, 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia SU214/16, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

último resolver una situación que congrega a un sector poblacional, que puede verse inmerso en tal caso.

IV. VENTAJAS Y RIESGOS QUE, EN LA PRÁCTICA EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA REPRESENTA EN COLOMBIA

Habiendo realizado una aproximación conceptual al fenómeno de la judicialización, a partir de pronunciamientos doctrinales y soportando mediante casos particulares la afirmación de que en Colombia se ha venido judicializando la política, se hace necesario finalizar estas líneas haciendo unas apreciaciones generales acerca de las ventajas que ofrece este fenómeno jurídico, así como los riesgos que su práctica reiterada y permanente pueden producir en sociedades como la nuestra.

En este orden, iniciaremos señalando que el fenómeno de la judicialización implica una actuación concreta por parte del ente judicial, quien asume una **postura participativa** y crítica, frente a situaciones que carecen de una regulación normativa específica, lo que permite sanear vacíos y proteger ciertos derechos que por un cúmulo de razones, no son objeto de interés por parte del legislador. Estos derechos, suelen estar asociados a grupos minoritarios, que como se vio en los ejemplos desarrollados responden en no pocos casos, a una suerte de discriminación y estigmatización histórica, ponderada por la costumbre y acogida como válida. Por ello, estas intervenciones jurisprudenciales responden a la consolidación de muros de contención que impiden el abuso, bien sea de terceros o de órganos estatales, que al no tener una disposición normativa actúan despreocupadamente frente a los derechos de estas minorías.

Tales intervenciones, no deben interpretarse como una ruptura al principio de división de poderes o una injerencia arbitraria del poder judicial, frente a las funciones del legislativo; por el contrario, esta protección efectuada por los jueces responde fielmente a las garantías que los estados democráticos promueven, tales como el **acceso a la administración de justicia** y la consolidación del principio de igualdad material. En este sentido el garante de la continuidad del proceso democrático es el fallador, en este caso el juez constitucional, que, en ocasión de su función protectora del texto constitucional, debe actuar como legislador positivo o negativo según sea el caso.

Todo lo anterior, obedece a la protección de los derechos fundamentales, los derechos humanos y los ideales de democracia que soportan a los estados modernos, así como a los principios orientadores del derecho y las reglas de interpretación jurídica, no obstante, esto puede provocar una inactividad generalizada; esta vez no en cabeza del legislador, sino de la ciudadanía.

Para ello podemos acudir a Habermas, quien está preocupado por los sistemas democráticos actuales, en especial por los ciudadanos que integran tales sistemas democráticos. Para comprender este aspecto, se hace necesario acudir al concepto de **democracia deliberativa**, que requiere una ciudadanía activa, en este punto Habermas afirma que los Estados democráticos modernos presuponen ciudadanos con capacidad de comprensión de la complejidad en la que se realiza la participación pública, por ello enuncia tres presupuestos ético-políticos de la democracia deliberativa como son la ciudadanía, la opinión pública y la participación.³³

En este orden se hace necesario entender como es que puede platearse el acto deliberativo, que para Habermas está aunado en principio al reconocimiento por parte de los ciudadanos, de la carga política que en ellos reposa, así como en el reconocimiento por parte del Estado, de que debe crear las condiciones necesarias para que se produzca el acto en sí mismo. Por tanto, tenemos que:

“a) Las deliberaciones se efectúan en forma argumentativa, es decir, mediante intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas y las someten a crítica. (b) **las deliberaciones son “inclusivas” y públicas.** En principio no puede excluirse a nadie; todos los que pueden verse afectados por las resoluciones han de tener las mismas oportunidades de acceso y participación. (c) **las deliberaciones están exentas de coerciones externas.** Los participantes son soberanos en la medida en que sólo están ligados a los presupuestos comunicativos y reglas procedimentales de la argumentación. (d) las deliberaciones están exentas de coerciones internas que puedan mermar la igual posición de los participantes. Todos tienen las mismas oportunidades de ser escuchados, de introducir temas, de hacer contribuciones, de hacer propuestas y de criticarlas”.³⁴

Lo anterior implica que, trasladar al expediente judicial asuntos propios de la arena política, conduce a los ciudadanos a una abulia generalizada; pero debemos recalcar que tal participación ciudadana debe contar con unos espacios creados por el Estado y ofrecer reales y efectivas garantías de participación. Por su parte, Uprimny sostiene que la judicialización puede generar un **contraste** entre una **justicia visible y protagónica**, que decide pocos casos, pero en forma espectacular, mientras que la gran mayoría de los asuntos son decididos por una **justicia invisible** y con tendencia a la rutinización, que **los tramita en forma ineficiente e inequitativa**.³⁵

33 Jürgen Habermas, *op. cit.*, nota 13, p. 378.

34 Íbidem, p. 382.

35 Raodrigo Uprimny Yepes, *op. cit.*, nota 5, p. 66.

Por tanto, los jueces están asumiendo ciertas cargas, que en principio no le son propias, pero responden a la necesidad de salvaguardar el sistema democrático, y por ello arrogan e incorporan a sus funciones y fines; en este orden, se acogen nuevas responsabilidades que, ante un sistema atiborrado de procesos, constituye una causal más de la parvedad de nuestro sistema judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Carlo Guarnieri, y Patrizia Pederzoli, *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*, 207 (Editorial Taurus, 1997).
- C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder, *The global expansion of judicial power*, (New York University Press, 1995).
- Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, (Editorial Trotta, 5ta. ed., 1998).
- Laurence Engel, *Le mépris du droit*, (Hachette littératures, 2000).
- Marco Feoli Villalobos, *Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América latina*, 1 *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 75-98 (2016). <https://doi.org/10.15359/rldh.27-1.4>
- Pilar Domingo, *Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent trends in Latin America*, 1 *Democratization*, (2004). <https://doi.org/10.1080/13510340412331294152>
- ___, *Relaciones de poder: justicia y nuevos actores*, en *Los actores de la justicia latinoamericana*, (Luis Pásara, ed., Ediciones Universidad de Salamanca, 2007).
- Rodrigo Uprimny Yepes, *La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en *Los jueces entre el derecho y la política*, (John Ferejohn *et al.*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008).
- Tomás Ramón Fernández, *Los jueces y la política*, 58 *Revista de libros*, (2001). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283686>

