

Diana Fajardo Rivera* (Colombia)

¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos? Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto en el sistema constitucional colombiano**

RESUMEN

Este artículo esboza algunas aproximaciones al concepto de activismo judicial, su justificación y sus riesgos. Defiende la tesis de que en países del Sur Global cierto tipo de activismo es necesario y deseable para materializar los mandatos constitucionales. Dicho comportamiento, además, resulta compatible con el sistema democrático en tanto que, antes que fijar posturas y cerrar debates, lo que el juez constitucional realmente hace es visibilizar problemas que inciden en los derechos fundamentales de las personas y promover la deliberación pública para llegar a una solución.

Palabras clave: activismo, Corte Constitucional, democracia, constitucionalismo, deliberación, audiencia pública, división de poderes, imperio del derecho.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag skizziert einige Überlegungen zum Begriff des Rechtsaktivismus, seiner Begründung und der mit ihm verbundenen Risiken. Dabei vertritt er die Auffassung, dass in den Ländern des globalen Südens ein gewisses Maß an Aktivismus notwendig und wünschenswert ist, um die Verfassungsaufträge umzusetzen. Dieses Vorgehen ist außerdem mit dem demokratischen System insofern vereinbar, als der Verfassungsrichter nicht in erster Linie Positionen festlegt und Debatten abschließt, sondern Probleme sichtbar macht, die auf die Grundrechte der Personen Einfluss nehmen, und die öffentliche Debatte fördert, um zu Lösungen zu gelangen.

* Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia desde junio de 2017.
dianacf@corteconstitucional.gov.co

** Este texto corresponde a la ponencia presentada en el Congreso Internacional sobre *Rule of Law* y Activismo Judicial, Bogotá, Universidad de La Sabana, 1 y 2 de agosto de 2019.

Schlagwörter: Aktivismus, Demokratie, Konstitutionalismus, Gewaltenteilung, Rechtsstaatlichkeit.

ABSTRACT

This article outlines some approaches to the concept of judicial activism and its justification and risks. It defends the thesis that a certain type of activism is necessary and desirable in Global South countries in order to materialize constitutional mandates. Moreover, this behavior is compatible with the democratic system, in that, before establishing positions and closing debates, what constitutional judges really do is to illuminate problems that affect peoples' fundamental rights and to promote public deliberation in order to arrive at a solution.

Key words: Activism, Constitutional Court, democracy, constitutionalism, deliberation, public hearing, division of powers, rule of law.

Introducción

Activismo judicial no es un concepto inequívoco. Lo primero que deberíamos preguntarnos es qué entendemos por ello, pues claramente hay distintas acepciones y valoraciones. Mientras que en algunos países de Europa el activismo judicial tiene un sentido descalificador, en Latinoamérica, señalar a un juez de activista supone atribuirle una cualidad positiva, porque se toma en serio su labor.¹ El activismo tampoco es un asunto exclusivo de las llamadas corrientes “progresistas”. De hecho, la jueza Ginsburg, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, catalogó hace unos años a ese tribunal como uno de los más activistas en la historia, y no precisamente por adelantar una agenda de avanzada.²

El activismo se asocia con la predisposición del juez a ejercer un control estricto sobre las normas que profiere el legislador,³ con la fuerza que les da al contenido de los derechos económicos, sociales y culturales, e incluso con su interferencia en asuntos de política pública, invocando un principio superior de justicia.⁴ Vis-to en abstracto, sin embargo, el debate resulta infructuoso. Habría que indagar, primero, en qué tipo de sociedad se encuentra ese juez, cuáles son los principios de justicia a los que acude y qué tipo de remedios está dispuesto a adoptar.

¹ Manuel Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019.

² Adam Liptak, “Court is ‘one of most activist,’ Ginsburg says, vowing to stay”, *The New York Times*, August 24, 2013.

³ Jeremy Waldron, “The Core of the Case Against Judicial Review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006, p. 1346.

⁴ Atienza, *op. cit.*

Propongo dos imágenes de justicia que ayudan a entender el concepto de activismo judicial.

La justicia se nos presenta, usualmente, como una mujer que viste de toga y posa rígidamente, imperturbable y casi estática. En una de las manos sostiene la balanza, en la que sopesa los reclamos de quienes acuden a ella; en la otra, blande una espada que representa la fuerza para ejecutar sus veredictos. En algunas imágenes se incluye, además, una venda, como garantía de su análisis imparcial.⁵ Este es, quizá, el imaginario más extendido de justicia y, en consecuencia, del funcionario judicial ideal. Aquel que pondera objetivamente –casi que matemáticamente– los asuntos que se someten a su jurisdicción, sin más ayuda que una misteriosa y toda poderosa balanza. Para evitar la tentación y las distracciones, una venda cubre sus ojos. No le hace falta enterarse de la realidad que trasciende los expedientes, ni tampoco hacerse muchas preguntas. Al fin y al cabo, como dijo Montesquieu, es la simple “boca que pronuncia las palabras de la Ley”.

Pero esta no es la única representación posible. Para Platón, por ejemplo, la justicia no era una figura solitaria, solía ir acompañada de otras virtudes. La venda, por su parte, es una prenda añadida tardíamente, pues por muchos años fue interpretada como una limitación, o una manera de inducir al error.⁶ En un fallo de 2012, la Corte Constitucional se inclinó por una versión alternativa de justicia. Según la Sala Plena, el juez del Estado social de derecho había dejado de ser aquel “frío funcionario que aplica irreflexivamente la ley”,⁷ para convertirse en uno que, desprovisto de sus vendas, abandona el confort del palacio judicial y “se proyecta más allá de las formas jurídicas, para así atender la agitada realidad subyacente y asumir su responsabilidad como un servidor vigilante, activo y garante de los derechos”.⁸

Las imágenes anteriores representan dos modelos de justicia. En el primero, el juez es proclive a permanecer estático e imperturbable frente a la realidad que le rodea, pues está convencido de encontrar la respuesta correcta en las reglas fijadas por el legislador, sin tener que ir más allá. En el segundo, por el contrario, el juez es activo, sensible a la sociedad a la que pertenece y está dispuesto a admitir, en casos límite, que las normas entran en tensión con los principios constitucionales, o estos entre sí; y entiende que, para resolver casos difíciles, no basta con acudir a

⁵ Sobre la iconografía de la justicia en Occidente, consultar Judith Resnik y Dennis E. Curtis, “Representing Justice: From renaissance iconography to twenty first century Court-houses”, *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 151, núm. 2, 2007, pp. 139-183. Véase también Corte Constitucional, Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Diego Eduardo López, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-768 de 2014, cit., y C-159 de 7 de marzo de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.

silogismos lógicos, ni encerrarse en la soledad epistémica de los códigos. La Corte Constitucional de Colombia se acerca más al segundo modelo de juez y quizá por ello ha sido catalogada como una Corte “activista”.

Quiero ahora formular dos consideraciones sobre esta práctica judicial y su impacto en el sistema constitucional. Primero, el rol que asume el juez está ligado al contexto social y jurídico en el que se encuentra inmerso. Segundo, cuando la Corte Constitucional emprende un papel más activo, este no debe descalificarse de entrada como una afrenta al principio democrático, pues también ha servido para corregir fallas en el proceso democrático y fortalecer los foros de deliberación.

La Constitución Política de 1991 significó una reforma profunda en la organización política y social de Colombia, que se resume en la fórmula “más derechos y más democracia”.⁹ Como otras tantas constituciones del Sur Global, buscaba hacer una ruptura radical con el pasado, pasar la página de la violencia, el autoritarismo, la pobreza y la exclusión, hacia un Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto por la dignidad humana.¹⁰ Cuanto más oscura era la realidad colombiana de finales de los años ochenta, más nutrido era el abanico de derechos e instrumentos democráticos que se proponían.

Los primeros años de la Corte Constitucional fueron determinantes para impulsar el proyecto de la Asamblea Nacional Constituyente. En palabras de Ciro Angarita, integrante originario de esta Corte, ser magistrado era la oportunidad “para intentar reconciliar, en lo posible, el derecho con la utopía”;¹¹ esa utopía llamada Constitución que por siglos había pasado inadvertida entre fórmulas pomposas ajenas a la realidad de los colombianos. La primera Corte rápidamente entendió que la disociación entre el derecho y la realidad era una “disfunción contra la cual había que luchar de manera permanente”.¹²

La Constitución prometía una República democrática, participativa y pluralista, y auguraba la vigencia de un *orden justo*.¹³ Incluía para ello una ambiciosa lista de derechos, con algunas ideas muy elementales y otras más novedosas, pero todas igual de distantes de la vida común de los colombianos. Afirmaba, por ejemplo, la inviolabilidad de la vida,¹⁴ la libertad e igualdad real entre las personas,¹⁵ el libre

⁹ Julieta Lemaitre, “El origen de la Constitución de 1991”, en Helena Alviar, *et al.*, *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016, p. 17.

¹⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 1º.

¹¹ Fragmento de la carta escrita por Ciro Angarita a su amigo Jaime Perdomo, al enterarse de su designación como magistrado de la Corte Constitucional (María Teresa Herrán, *Ciro Angarita, retador*, 2ª. ed., Bogotá, Ícono Editor, 2017, p. 83).

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-526 de 18 de septiembre de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

¹³ Constitución Política de Colombia, artículo 1º.

¹⁴ *Ibid.*, artículo 11.

¹⁵ *Ibid.*, artículo 13.

desarrollo de la personalidad,¹⁶ la posibilidad de vivir en paz,¹⁷ el goce de un ambiente sano¹⁸ y un sistema universal de seguridad social.¹⁹

Los ciudadanos se apropiaron de la acción de tutela para exigir los derechos de los que hablaba la Constitución. Y, al poco tiempo, esta acción se convirtió en una de las instituciones más apreciadas por los colombianos. Para muchos, seguramente, es la única interacción con el sistema de justicia, pues confían en su eficacia. Incluso cuando el legislador, el alcalde o la autoridad de policía permanecen distantes, indiferentes o estancados en procedimientos sin fin, la gente percibe en el juez constitucional un aliado para reivindicar sus derechos.

Pero el éxito de la tutela también ha hecho que sus resultados, en términos cuantitativos, sean abrumadores. En la actualidad, casi un tercio de la carga judicial del país se tramita a través de este mecanismo. Tan solo en el año 2017, según cifras del Consejo Superior de la Judicatura, se presentaron 757.070 tutelas.²⁰ Hoy en día se han radicado en la Corte más de siete millones y medio de tutelas. En cierto modo, esta acción se ha convertido en el catalizador de los reclamos sociales y en una suerte de catarsis colectiva.

En un país con enormes desafíos en términos de igualdad, pobreza, violencia y falta de confianza en las instituciones, muchas reivindicaciones sociales se volcaron hacia el juez constitucional. En un escenario así, hasta críticos férreos del activismo judicial, como Jeremy Waldron, estarían dispuestos a admitir cierto grado de activismo.²¹

Ahora bien, dentro del vasto universo de sentencias que profieren los jueces de tutela, en distintas instancias, solo un reducido número podría señalarse de activista, en el sentido de controvertir los límites trazados por el legislador, o de interferir en políticas públicas. Según el Boletín de Estadísticas provisional, en lo corrido del año 2019 el 64% de tutelas radicadas en la Corte se concentran en dos derechos. Como ustedes supondrán, la salud es uno de ellos, con el 30%; pero resulta interesante saber que el derecho más invocado por los ciudadanos es el de petición, con un 34%. Aunque estos datos no son concluyentes, sí sugieren que el trabajo diario de los jueces de tutela en Colombia se ocupa, en buena parte, en revisar acciones que discuten trámites básicos y suficientemente decantados por la ley y la jurisprudencia. No se trata entonces de una labor propiamente activista, sino de la reiteración del servicio a la salud en los términos ya reconocidos por el legislador en la Ley Estatutaria,²² y

¹⁶ *Ibid.*, artículo 16.

¹⁷ *Ibid.*, artículo 22.

¹⁸ *Ibid.*, artículo 79.

¹⁹ *Ibid.*, artículo 48.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia 182 de 8 de mayo de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.

²¹ Waldron, *op. cit.*

²² Congreso de la República, Ley Estatutaria 1751 de 2015.

de peticiones para destrabar algún proceso administrativo, lograr una respuesta o simplemente para obtener información.

Con respecto a la Corte Constitucional, es difícil establecer qué tan “activista” es en sus decisiones. Como dije, ni siquiera existe una definición pacífica sobre qué significa activismo judicial. Sería útil comenzar por revisar en cuántos casos, del total de providencias que profiere la Corte, se han empleado remedios estructurales y de qué tipo.²³ Creo que la academia podría ayudarnos en este punto. Lo que sí me atrevería a sostener ahora es que, visto en su conjunto, el trabajo de la Corte es menos activista de lo que se suele pensar. Muchas de sus decisiones, que no se registran en los medios, tienen que ver con las que confirman la constitucionalidad de una norma o reiteran el precedente sobre un derecho. Es más, del total de expedientes de tutela seleccionados en lo corrido de 2019, solo el 15% fue escogido por tratar un tema novedoso.²⁴

En sede de control abstracto, también hay casos relativamente sencillos para la Corte, en los que la propia Constitución se encarga de delimitar el alcance de un derecho o de establecer un procedimiento para llegar a una decisión. Son procesos en los que, con independencia de las convicciones que tenga un juez o de su capacidad interpretativa, el ordenamiento jurídico brinda una respuesta clara y sin margen de duda. La prohibición de la pena de muerte que contiene el artículo 11 es un buen ejemplo de esto.

Pero no todas las disposiciones constitucionales son así de claras y directas. Más bien, y por lo general, tienen una textura abierta y no determinan con precisión cuál es el nivel de satisfacción de un derecho o el alcance de una prohibición. Esto es entendible pues las cláusulas constitucionales son el resultado de un complejo contrato social, donde confluyen diversidad de intereses en procura de un compromiso que deje satisfechos a múltiples sectores. En ocasiones, incluso, parece que las normas superiores entran en conflicto entre sí. Y precisamente para esto fue diseñada la Corte Constitucional y por lo que se le confirió su función como intérprete autorizada. Es en este contexto donde vale la pena preguntarse por el impacto que tiene la labor del juez activista para el sistema constitucional y, en particular, para el principio democrático.

Las decisiones que más generan polémica tienen que ver con dos tipos de casos. En primer lugar, están los que tocan dilemas morales, como la eutanasia, la interrupción del embarazo, la diversidad sexual o el libre desarrollo de la personalidad. En este tipo de asuntos se critica la intromisión del juez, pues no ostenta las credenciales democráticas para definir asuntos tan controversiales. En segundo lugar, tenemos los casos que se enmarcan en una política pública y requieren una experticia técnica. Aquí la crítica no alude únicamente a la falta de representatividad democrática de

²³ Para el concepto de remedios estructurales y en qué casos proceden, véase Auto 163 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.

²⁴ Corte Constitucional, Boletín de Estadísticas provisional de 2019.

la Corte, sino a su carencia de conocimientos sobre temas especializados y de trascendencia. El sistema de salud, la atención a la población desplazada o la aspersión aérea con glifosato se podrían agrupar en esta categoría.

La falta de representatividad de la Corte y sus limitaciones en áreas especializadas son preocupaciones válidas. Sin embargo, la tesis que ahora busco defender es que la intervención del juez en asuntos complejos no implica *per se* una afrenta al principio democrático. Al menos no, si entendemos la democracia como algo más que un simple procedimiento de toma de decisiones, soportado en la premisa mayoritaria. Si la reducimos a la suma de votos, toda decisión judicial que revoque o desautorice una norma expedida por el Congreso o que interfiera en una política pública será, por definición, una práctica antidemocrática y reprochable.

Pero si, como sugiere Dworkin,²⁵ la democracia es más que un procedimiento decisorio y el resultado de la agregación matemática de individuos, es posible aceptar que algunas decisiones contramayoritarias puedan ser, también, decisiones democráticas. El principio democrático no debería juzgarse exclusivamente en función de cuántas personas apoyan una decisión, ni del órgano que la profiere. Se trata, en últimas, de que las decisiones colectivas atiendan a todos los miembros de una comunidad con igual respeto y consideración.

Es posible, entonces, que la intervención judicial antes que debilitar el sistema democrático, lo fortalezca en determinados casos, al corregir falencias del proceso decisorio, principalmente aquellas que inciden negativamente sobre grupos minoritarios o marginales, cuyas opiniones no quedan reflejadas en los órganos de elección popular. Más que apoyar irreflexivamente la decisión mayoritaria, la labor del juez es defender las reglas que permiten concluir que hay una decisión democrática, en todo el sentido de la palabra, y velar por que el resultado no transgreda los límites fijados por la Constitución.

Las audiencias públicas que ha venido realizando la Corte Constitucional son un buen ejemplo de cómo cierto tipo de activismo judicial puede resultar útil para la deliberación democrática. En 1998, una persona se presentó ante los magistrados con el rostro cubierto por una máscara negra, pues tenía miedo de ser reconocida. Era una profesora que venía a dar su testimonio sobre una norma que sancionaba como causal de mala conducta, dentro de la profesión docente, el homosexualismo.²⁶ Esta maestra que acudió a la Corte encontró en el Salón de Audiencias del Palacio de Justicia un foro de discusión público, al que no había podido acceder en otras instancias.

Años más tarde, con la expedición de la Sentencia T-025 de 2004 y las numerosas audiencias públicas de seguimiento que se han venido adelantado, las víctimas

²⁵ Ronald Dworkin, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, 1997.

²⁶ Ministerio de Educación, Decreto 2277 de 1979, por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente. Norma analizada por la Sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

del desplazamiento masivo forzado han podido expresarse y sensibilizar a un país entero respecto de sus precarias condiciones y el desconocimiento de sus derechos más básicos.

En 2019, la Corte tuvo otra audiencia pública, esta vez con mucha más cobertura que las anteriores. Se discutía el programa de aspersión aérea con glifosato, en el marco de una sentencia que protegió a una pequeña población en el Pacífico profundo. Seguramente, los campesinos y miembros de las comunidades de Nóvita (Chocó) no esperaban estar activando un espacio de visibilización y discusión tan amplia cuando radicaron su escrito de tutela. Tampoco parecía probable, en las condiciones de polarización actuales, reunir en un mismo espacio a personalidades de la vida pública con visiones diametralmente diferentes sobre un tema de trascendencia nacional. Y, sin embargo, la Sala de Audiencias sirvió como un espacio deliberativo para discutir tan importante asunto, escuchando por igual a detractores y entusiastas de la medida, a líderes comunitarios y expertos internacionales.

Que estos encuentros ocurran a partir de un proceso judicial no me parece un ataque al sistema democrático. Todo lo contrario. Es la oportunidad para expandir y diversificar los foros de deliberación. Lo que también parece ser cierto es que, por la naturaleza misma de la función judicial, al ventilar sus reclamos, algunas personas se sienten más cómodas en el pequeño auditorio del Palacio de Justicia que en el gran recinto del Congreso de la República. La ausencia de aplausos o rechiflas, el debate sereno y no partidista, y la posibilidad que tiene cualquier ciudadano o comunidad de ser escuchada en igualdad de condiciones que las más altas autoridades, ha hecho del Palacio de Justicia un escenario atractivo de deliberación, que no reemplaza, pero sí complementa, los espacios democráticos tradicionales.

A esto se suma que, en los casos más complejos, la Corte ha procurado, antes que fijar posturas, visibilizar problemas que inciden en los derechos fundamentales de las personas y promover la deliberación pública para llegar a una solución. Las decisiones que a veces se juzgan como más invasivas, no son en realidad imposiciones del juez constitucional, sino intentos por situar en la agenda pública un tema de importancia y destrabar el aparato institucional. Fue así como, por ejemplo, en 2011 la Corte exhortó al Congreso de la República para que en el término de dos años legislara sobre los derechos de las parejas del mismo sexo con la finalidad de eliminar el déficit de protección. Y solo ante la omisión indefinida de este órgano, cuyo silencio perpetuaba un estándar de discriminación inaceptable, la Corte formuló un remedio transitorio.

Conclusiones

Para terminar, quisiera volver a la imagen de justicia que expuse al inicio, convencida de que, en el contexto colombiano, no solo resulta legítimo, sino imperativo contar con una justicia sensible a la sociedad y dispuesta, en casos límite, a cuestionar las

normas que riñen con los principios constitucionales, e intervenir cuando por la indiferencia o los bloqueos institucionales se desconocen los derechos fundamentales. Solamente aconsejaría a esa imagen de justicia que, además de quitarse las vendas, nunca ande sola, pretendiendo encontrar respuestas a los casos más complejos únicamente en los códigos. La justicia es una virtud dialógica, que escucha, cuestiona, exige explicaciones y, ante todo, fomenta la deliberación, no solo con las demás autoridades, sino también entre los expertos y las comunidades. La justicia en la que creo no es simplemente aquella que cierra debates, sino la que promueve espacios de deliberación, al tiempo que vigila celosamente que no se desconozcan las garantías mínimas que consagra la Constitución y cuya supremacía se le encomendó.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis-constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial>
- Corte Constitucional de Colombia, Auto 163 de 2018, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- _____, Boletín de Estadísticas provisional de 2019.
- _____, Sentencia C-481 de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- _____, Sentencia C-159 de 7 de marzo de 2007, M. P. Humberto Sierra Porto.
- _____, Sentencia T-264 de 3 de abril de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- _____, Sentencia SU-768 de 16 de octubre de 2014, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- _____, Sentencia SU-182 de 8 de mayo de 2019, M. P. Diana Fajardo Rivera.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- HERRÁN, María Teresa, *Ciro Angarita, retador*, 2ª. ed., Bogotá, Ícono Editor, 2017.
- LEMAITRE, Julieta, “El origen de la Constitución de 1991”, en Helena ALVIAR, *et al.*, *Constitución y democracia en movimiento*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2016.
- LIPTAK, Adam, “Court is ‘one of most activist,’ Ginsburg says, vowing to stay”, *The New York Times*, August 24, 2013. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2013/08/25/us/court-is-one-of-most-activist-ginsburg-says-vowing-to-stay.html?module=inline>
- LÓPEZ, Diego Eduardo, *Nuevas tendencias en la dirección judicial del proceso*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2005.
- RESNIK, Judith y Dennis E. CURTIS, “Representing Justice: From renaissance iconography to twenty first century Courthouses”, *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 151, núm 2, 2007, pp. 139-183.
- WALDRON, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.