

## EDITORIAL

### **LAS DOS CARAS DEL ACTIVISMO JUDICIAL: A PROPÓSITO DE LOS VEINTE AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DE COLOMBIA**

Como era de esperarse, los veinte años de vigencia de la Constitución colombiana han significado la aparición de numerosos estudios sobre sus desarrollos, su trascendencia en la vida diaria, su importancia ante un mundo cada vez más complejo, su impacto en la práctica jurídica y aun en la configuración de los planes de estudio de las facultades de Derecho y, por supuesto, sus retos. No ha sido menor, ni puede serlo, el hecho de conmemorar una Constitución que ha replanteado aspectos importantes en el curso de la nación y ha buscado sentar bases novedosas para responder a innumerables problemas legendarios. Una Constitución que, para la vida jurídica, ha fijado derroteros que buscan converger, en todas sus ramas y manifestaciones, en el respeto y la promoción de la dignidad humana y los derechos fundamentales.

Un balance de este significativo impacto que ha tenido la Constitución refleja aspectos ciertamente positivos, como la carta de derechos y sus garantías (principalmente la acción de tutela) y la mayor profundización en la democracia y sus valores centrales como la tolerancia, la inclusión y la participación política. Sin afirmar mundos ingenuos –lejos estamos de una sociedad justa y equitativa, o de una democracia sólida, expresada a través de partidos políticos aglutinantes y representativos–, no puede desconocerse que son y han sido muchos los casos concretos en los que se han reivindicado derechos fundamentales o se han exigido conductas a funcionarios públicos y a particulares, difícilmente amparables por el régimen constitucional anterior. Uno de los principales actores de estas transformaciones ha sido la Corte Constitucional. Es también un punto en el que convergen los más variados estudios conmemorativos de la

Constitución. Haciendo eco de una muy depurada doctrina jurídica que sostiene que una constitución sin un tribunal que la defienda y la haga valer, por encima de los más variados entornos políticos o presiones sociales, es una constitución “herida de muerte”, se ha marcado una puesta a punto en la vida jurídica de los colombianos, quienes ya no miran sus derechos fundamentales como meras alusiones retóricas y expectativas de largo plazo. En la conciencia del hombre de la calle hay ahora esa opción, más expedita y ágil, de acudir a los jueces, de saldar controversias en instancias definitivas, de ir de la mano de la Constitución –sin formalismos engorrosos ni precisiones técnicas de expertos– a buscar el respeto definitivo, real, puntual, de sus bienes básicos y concretos. Seguramente, en esto ha contribuido no solo el diseño institucional y las propias acciones constitucionales dispuestas en la Carta, sino también un cierto arrojo y valentía y, sobre todo, creatividad de los jueces constitucionales por marcar con paso firme el novedoso transitar de un mundo jurídico menos legalista y dogmático.

Es bueno, sin embargo, no caer en fetichismos de ningún tipo. Aunque una mirada a los veinte años de desarrollo de la jurisprudencia constitucional deja a la Corte en un sobresaliente puesto, no debe pasarse por alto un puñado de decisiones, sobre diversos y múltiples temas, en que ha borrado con el codo lo que había construido tan esmeradamente con las manos. La cuestión acá no es meramente cuantitativa. Se trata de pocos pero trascendentales casos para el país, desafortunados en razón de las arbitrariedades presentes en ellos, a los cambios injustificados en la doctrina, o a que sus efectos, no del todo buenos –algunos discutidos por muchos estudios, pero en otros avalados–, siguen produciéndose en la actualidad.

Uno de esos casos es el de la despenalización de la dosis personal de drogas, contenido en la sentencia C-221 de 1994. Según cifras presentadas por la Dirección Nacional de Estupefacientes, en estudios llevados a cabo entre 1992 y 2008, el consumo de sustancias psicoactivas ha tenido un aumento significativo y constante, agravado por el hecho de que las edades en que una persona inicia su adicción son cada vez menores. No es concluyente, ni lógicamente deducible, que la sentencia haya sido la causa fundamental, única o primera de este fenómeno<sup>1</sup>. Sin embargo, el margen de probabilidad y, en todo caso, el mensaje explícito del Tribunal y la orientación tan marcadamente individualista, libertina y permisiva de la sentencia (“si yo soy dueño de mi vida –dice la sentencia– *a fortiori* soy libre de cuidar o no de mi salud, cuyo deterioro lleva a la muerte que, lícitamente, yo puedo infligirme”), permiten suponer una arista importante en ese *deterioro* de valores tan importantes como la salud y el cuidado de la vida. Distintos sectores, incluido el de los cuatro jueces disidentes de aquel fallo, ven en esa sentencia el inicio de un reiterado mensaje de la Corte, el de un falso ideal de libertad cuyo contenido lleva consigo la facultad individual de destruirnos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Véase: [http://agaviria.uniandes.edu.co/papers\\_pub/El\\_consumo\\_de\\_droga\\_en\\_colombia.pdf](http://agaviria.uniandes.edu.co/papers_pub/El_consumo_de_droga_en_colombia.pdf).

<sup>2</sup> Cfr. salvamento de voto, sentencia C-221 de 1994, punto 2.

Otro de esos casos, central en la historia reciente de Colombia, está contenido en la sentencia SU-047 de 1999, que puso fin al bien conocido “Proceso 8000”, por el cual se investigaba el ingreso de dineros del narcotráfico a la campaña presidencial que llevó a Ernesto Samper a la Presidencia de la República. Al margen de las tantas consideraciones que este hecho pudo y aún puede suscitar, lo llamativo de la sentencia consistió, por una parte, en el manejo que los magistrados que conformaron la mayoría hicieron sobre el valor del precedente constitucional, calificándolo como elemento central de la legitimidad de los fallos, al tiempo de hacer caso omiso del mismo para el juzgamiento de la *litis* que tenían en manos. Por otra parte –que explica cómo lograron lo anterior–, en el uso de premisas “falsas” (como lo califica un salvamento de voto), para el sustento de la nueva decisión: les bastó simplemente decir, en contra de toda evidencia, que lo que había sido *ratio decidendi* no fue más que “infortunados *dictum*”, y con ello habilitarse para forjar una nueva línea jurisprudencial.

Sobre el precedente constitucional hay un tema adicional. Hasta el 2008, la Corte había manejado la tesis de la obligatoriedad de los precedentes para los jueces del país, pero permitiéndoles apartarse de los mismos mediante una argumentación fuerte y razonada (véanse, por ejemplo, las sentencias C-836 de 2001 y T-292 de 2006). De no hacer esto último, la Corte había planteado como remedio la revocatoria de la decisión por violación del principio de igualdad que respalda la obligatoriedad relativa del precedente. Sin embargo, en la sentencia C-335 de 2008 varió su jurisprudencia advirtiendo que los jueces pueden incurrir en el delito de prevaricato si se apartan de sus sentencias de constitucionalidad y, con algunas condiciones, si se apartan del precedente vertido en sus sentencias de tutela, lo cual demuestra ahora una *desconfianza* de la Corte hacia los demás jueces<sup>3</sup>. Ahora bien, la cuestión acá no es que la Corte haya variado su jurisprudencia –que desde luego puede hacerlo con una fuerte justificación–, sino en el uso que ha realizado de las dos tesis contrapuestas, ahora empleadas de forma estratégica dependiendo del caso que tienen ante sí. La tesis del “prevaricato” la aplica a temas de homosexuales<sup>4</sup> y, sobre todo, a la objeción de conciencia cuando debe decidir tutelas sobre aborto<sup>5</sup>, mientras que en los restantes casos emplea la primera.

A propósito de este asunto, hay un último caso que debe ser reseñado por las graves connotaciones que tiene. En la sentencia C-355 de 2006, algún o algunos jueces se *inventaron* un párrafo sobre objeción de conciencia, con intención normativa (como supuesta *ratio* para decisiones presentes y futuras), que *jamás fue dado a conocer a los demás magistrados en Sala Plena*, porque simplemente la cuestión no había sido discutida en ninguna de las sesiones que lo resolvieron (véanse los salvamentos de voto a esa sentencia). Al margen de las muchas discusiones que esto pueda generar, relativas a la calificación penal de la conducta de los jueces,

<sup>3</sup> Cfr. Vicente BENÍTEZ y Julián GONZÁLEZ, “Nuevas perspectivas de disciplina jurisprudencial en la Corte Constitucional colombiana. Una reflexión 20 años después”, en *La Constitución 20 años después. Reflexiones desde la teoría y la práctica constitucional*, Pontificia Universidad Javeriana, Konrad Adenauer Stiftung y Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 955-990.

<sup>4</sup> Cfr. sentencia T-051 de 2010.

<sup>5</sup> Cfr. sentencia T-388 de 2009.

o al talante moral y la probidad de algunos integrantes –pasados o presentes– de la Corte Constitucional de Colombia, se advierte una singular obsesión de algunos magistrados cuando se está en presencia de ciertos temas “controvertidos” como el aborto. La decisión comentada, que despenalizó el aborto en determinadas circunstancias, quizá no previó que durante su propia vigencia iba a encontrar distintas voces discrepantes que simplemente objetarían en conciencia cuando tuvieran que decidir sobre la autorización o práctica de un aborto. En los meses que transcurrieron entre el fallo y el conocimiento público de la sentencia (práctica curiosa y, sobre todo, extraña en otras partes), y ante la negativa de instituciones prestadoras de salud, de médicos, enfermeras y aun jueces, los magistrados que conformaron la mayoría (o los ponentes, o algún interesado, nadie lo sabrá...) se dieron a la tarea de incorporar ese famoso y desafortunado párrafo para intentar frenar la ola de objeciones de esta singular decisión que rompió inexplicablemente una fuerte y reiterada línea jurisprudencial, sin soporte sustancial y razonable alguno. No está demás decir que la ya referida sentencia T-388 de 2009, que aplicó la tesis del “prevaricato”, fue justamente un desarrollo de ese misterioso y tramposo párrafo.

La capacidad de algunos magistrados de obrar selectivamente, o sobre la base de premisas falsas, o inventándose normas, o empleando sutiles argumentaciones para diferenciar posiciones interpretativas, es una señal de hasta dónde llega o puede llegar el compromiso de un juez para administrar justicia en casos tan complejos y ciertamente politizados como los referidos atrás. Deja en evidencia, por supuesto, que en ocasiones, ante ciertos temas o hechos de gran relevancia, algunos jueces utilizan su posición de poder (inmenso) para sacar partido en algún sentido, dejando para ello, tras de sí, la estela de la aparente racionalidad de la sentencia en explicaciones y argumentos incorporados y avalados por mayoría.

La Constitución de 1991 trajo muchas cosas buenas y positivas, de eso no hay duda. Se echa de menos en esos balances nacionales al respecto un más decidido rompimiento con ese fetichismo constitucional que a veces nos impregna la vida académica, especialmente cuando se está en frente de decisiones judiciales que constituyen una afrenta directa al orden jurídico, a los derechos humanos o la institucionalidad y la justicia. Esta y algunas posteriores ediciones temáticas de *Dikaion* estarán dedicadas, precisamente, a estos tópicos, a la importancia de la Constitución, a la vigencia efectiva de los derechos humanos y fundamentales, y al ejercicio responsable de la judicatura, cuestiones sobre las cuales hay la necesidad imperante de profundizar y de aportar para el bien de todos.

*Gabriel Mora Restrepo*

Editor

[gabriel.mora@unisabana.edu.co](mailto:gabriel.mora@unisabana.edu.co)