



# **JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS EN CONFLICTO**

## **JUDICIALIZATION OF POLITICS: JUDICIAL REVIEW AND DEMOCRATIC PRINCIPLES IN CONFLICT**

CAMILA LLINÁS RESTREPO\*  
DANIEL CURREA MONCADA\*\*

*Fecha de recepción: 14 de septiembre de 2018*

*Fecha de aceptación: 19 de octubre de 2018*

*Disponible en línea: 30 de diciembre de 2018*

*“At the same time, the candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made in ordinary litigation between parties in personal actions the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal”*

*– Abraham Lincoln, Discurso de Posesión.*

### **RESUMEN**

El fenómeno de la judicialización de la política es un fenómeno dinámico que siempre se encuentra en constante desarrollo, modi-

---

\* Estudiante de Séptimo Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: [camila.llinas@javeriana.edu.co](mailto:camila.llinas@javeriana.edu.co)

\*\* Estudiante de Séptimo Semestre de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Contacto: [curread@javeriana.edu.co](mailto:curread@javeriana.edu.co)

La presente investigación es el primer resultado de investigación del semillero “Constitucionalismo, Juez Constitucional y Deliberación Política”. Los autores agradecen el acompañamiento, los valiosos aportes bibliográficos y las discusiones que permitieron fundamentar las tesis del presente artículo con Santiago García Jaramillo y María Clara Jaramillo.

ficando el rol de los jueces y tribunales con relación a controversias meramente políticas. En el presente trabajo se analizará cómo, a través del control de constitucionalidad, órganos judiciales dirimen conflictos que definen puntos entrañables de la sociedad. Lo que conlleva no solo la afectación de principios y procesos democráticos, sino la alteración de las relaciones entre las ramas del poder público. Se evidencia lo anterior en el caso colombiano a través de dos escenarios; el marco del proceso de paz y la adopción por parte de parejas del mismo sexo. Mientras el primero refleja una intervención excesiva del juez en un asunto profundamente divisivo, el segundo permite demostrar que no se hace necesaria la judicialización para alcanzar resultados que permiten concretar principios como la protección de las minorías. En tanto, ambos reflejan el proceso de judicialización política que enfrenta actualmente Colombia y evidencian la forma en que control de constitucionalidad y los principios democráticos se encuentran en conflicto.

**Palabras clave:** judicialización de la política; control de constitucionalidad; neoconstitucionalismo; deliberación y democracia.

## **ABSTRACT**

Judicialization of politics is a dynamic phenomenon that is always in constant development, modifying the role that judges and courts play in purely political controversies. The present work, examines how judicial bodies, through judicial review, decide about cases that modify core aspects of society. The previous not only affects democratic principles procedures, but the relation between branches of public power too. The above will be studied within the Colombian context, in relation to two cases; the framework of the peace process and the adoption by same-sex couples. While the first one reflects an excessive intervention of judges in a deeply divisive matter, the second allows demonstrating that judicialization is not necessary to achieve results that allow realization of principles such as the protection of minorities. These two scenarios demonstrate the process of Judicialization of politics that Colombia is currently facing and the existing conflict between judicial review and some principles of democracy.

**Keywords:** judicialization of politics; judicial review; new constitutionalism; deliberation; and democracy.

## INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es presentar una crítica al fenómeno de la judicialización de la política, especialmente en el caso colombiano, que se ha dado como consecuencia del aumento del poder del juez constitucional. Se iniciará con una aproximación crítica a tres conceptos de transversal importancia para el desarrollo del presente trabajo: (i) *control de constitucionalidad* (*judicial review*); (ii) *neoconstitucionalismo*; y (iii) *judicialización de la política*. Es menester precisar que, sin que se realice un análisis detallado a los excesos en el ejercicio del control de constitucionalidad, sí se llegará a estudiar la relación conflictiva existente entre esta institución y la democracia, considerando a la extralimitación de la primera como perjudicial para la segunda, pues puede generar una aniquilación de la deliberación y procesos que materializan los principios democráticos. Posteriormente, se procederá al estudio de dos casos prácticos a través de los cuales se busca evidenciar la existencia de procesos de judicialización de la política en Colombia y examinar las consecuencias que esta puede tener para la democracia, especialmente en sociedades hondamente divididas como la colombiana.

### 1. JUDICIAL REVIEW, NEOCONSTITUCIONALISMO Y JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

#### 1.1. JUDICIAL REVIEW: EL DEBATE SOBRE LOS LÍMITES DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si bien el objetivo no es realizar un estudio sobre la legitimidad y funcionalidad del concepto de *judicial review*, no podrá abordarse el punto central de este artículo, sin antes realizar unas cuantas precisiones al respecto. Este concepto, en términos generales, hace referencia a la facultad que tienen las cortes para analizar si la producción normativa de la rama legislativa (y en ocasiones de la ejecutiva) está o no de acuerdo con la Constitución; es decir, concluir sobre su constitucionalidad o validez.

La figura del control de constitucionalidad suele ser exhibida como una garantía a la estabilidad de la Constitución y a los derechos fundamentales que ésta consagra. Se plantea que al erigirse como una figura contra-mayoritaria, construye una barrera para los posibles abusos que las mayorías legislativas pueden llegar a ejercer sobre las minorías<sup>1</sup>, evitando así que el ejercicio de la democracia tenga como resultado la superposición de las decisiones de las ma-

---

1 Carlos Bernal-Pulido. El Derecho de los derechos. Pág. 29. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2005).

yorías a los derechos de las minorías. Con base a ello, existen autores que encuentran ventajas en esta figura, precisamente como ‘antídoto a la democracia’.

Sin embargo, la anterior descripción del control de constitucionalidad no está exenta de críticas, especialmente porque existe una amplia discusión acerca de la relación existente entre la figura del *judicial review* y la democracia<sup>2</sup>. Lo anterior, en tanto el control de constitucionalidad puede desconocer la deliberación pluralista que precede la aprobación de una ley y la reemplaza por el debate entre unos cuantos jueces, exentos de responsabilidad política. De forma que, este tipo de control desnaturaliza y socava el principio democrático, pues le quita preponderancia a la democracia representativa, característica del órgano legislativo —y en ocasiones a los mecanismos de democracia directa—, ya que la ley, producto de ella, está subordinada a los parámetros que establezca la Corte<sup>3</sup>. En esta línea de ideas, Jeremy Waldron, uno de sus críticos más radicales, señala que el control de constitucionalidad se encuentra en tensión con la democracia ya que, en términos generales, vulnera el empoderamiento del individuo en la toma de decisiones<sup>4</sup>.

Pese a las ventajas y desventajas que presenta esta figura, hay autores que plantean posturas conciliadoras<sup>5</sup>. Señalan que, éste es un *recurso transitorio* cuyo uso interino es conveniente para enfrentar problemas específicos sin menoscabar otros principios o procesos, como los democráticos. Pero, su uso reiterado o primario, tendrá efectos negativos, pues la rama legislativa quedará totalmente subordinada al control de la rama judicial, vulnerando la separación de poderes. El punto esencial de estas posturas es que, si bien el control de constitucionalidad puede representar una forma de sustracción de funciones del legislativo, puede haber un equilibrio de tal forma que no se afecte la legitimidad

---

2 Ver: Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch*. Págs. 16-21. Ed, Yale University Press. (1986); Mark Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Ed., Princeton University Press. (2000); Andrei Marmor. *Authority, Equality and Democracy*. Ratio Juris. Agosto 2005. At. 315.; Jeremy Waldron. *The Core Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal. Abril 2006. At. 1346.

3 Aunque suele afirmarse que estos parámetros están prefijados, muchas veces, en especial en sede de control material, son términos abstractos, o ‘esencialmente disputados’. W.B. Gallie. *Essentially Contested Concepts*. The Aristotelian Society. 1955-1956. At. 167.

4 Jeremy Waldron en: Leonardo García-Jaramillo & Vicente F. Benítez-Rojas. “*El control judicial le cuesta demasiado a la democracia*”. *Entrevista a Jeremy Waldron*. Isonomía. Abril 2018. At. 171.

5 Richard Fallon, señala que la rama judicial y la rama legislativa deben estar encaminadas a proteger los derechos fundamentales y judicial review es aceptable cuando permite corregir errores que vulneran derechos. Richard Fallon. *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*. 121 Harvard Law Review. Mayo de 2008. At. 1693.

del cuerpo legislativo y se ejerza con eficiencia el control de constitucionalidad, garantizando así el ejercicio del poder legislativo y judicial.

Ahora bien, como se mencionó previamente, no ahondaremos en la ya muy avanzada (y necesaria) discusión sobre el *judicial review*<sup>6</sup>. La controversia que se abordará es la referente a los límites funcionales que debería tener, no solo el control constitucional de las leyes, sino la *jurisdicción constitucional* como tal. Es decir, sobre “... *los linderos que demarcan el ejercicio adecuado de sus atribuciones [los tribunales constitucionales], y lo separan de las funciones del legislador*”<sup>7</sup> cuando se está frente a cuestiones políticas, es decir frente a “*la discusión sustantiva de cuestiones controvertidas de interés general*”<sup>8</sup>.

## 1.2. NEOCONSTITUCIONALISMO: UN CONCEPTO SUMAMENTE AMPLIO

El segundo concepto por tratar, el neoconstitucionalismo, no es un concepto pacífico<sup>9</sup> y por su complejidad y diversas interpretaciones puede ser definido

---

6 “El interrogante, frecuentemente debatido, es si resulta contradictorio con la democracia entregar el poder de interpretar la Constitución y de controlar las leyes a un grupo de jueces que no son elegidos directamente por el pueblo”. Carlos Bernal-Pulido. *El Derecho de los derechos*. Pág. 33. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2005).

7 Carlos Bernal-Pulido. *El Derecho de los derechos*. Pág. 33. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2005). Precisamos, no compartimos la idea según la cual “...supone admitir la compatibilidad entre el constitucionalismo y la democracia, o entre la protección de los derechos fundamentales y el funcionamiento de la democracia representativa. En otros términos, cuando se intenta trazar los límites funcionales de la jurisdicción constitucional se da por sentado que es necesario cohesionar dos magnitudes que a veces tienden en direcciones contrapuestas: por una parte, que la regulación de la vida política de la sociedad emana de procedimientos de deliberación que discurren por los cauces de las instituciones representativas; y por otra, que dicha regulación está sometida a la Constitución y a los derechos fundamentales, y que la Corte Constitucional puede desplegar un control tendiente a verificar la efectiva observancia de esa ejecución”. (Ibid.) pues erróneamente se ha vinculado a los críticos de la jurisdicción constitucional como detractores de los derechos fundamentales; en nuestra línea de ideas “...tener una postura desfavorable al control judicial de constitucionalidad (...) no implica necesariamente ser enemigo de la existencia de derechos constitucionales. En sentido contrario, estar de acuerdo con la presencia institucional de un juez constitucional poderoso, no supone inexorablemente una buena defensa de los derechos fundamentales”. Vicente Benítez-Rojas. *Constitución Popular, No Judicial*. Pág. 176. Ed., Temis. (2014).

8 Jeremy Waldron, “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, en *Dikaion*, 27, 1 (2018), pp. 7-28. DOI: 10.5294/dika.2018.27.1.1.

9 Es interesante la multiplicidad de definiciones que hay sobre tal concepto, máxime por las diferencias que ha tenido su desarrollo en Europa y América, llegando incluso algunos a cuestionar, en ambos continentes, la necesidad de un juez constitucional para el Neoconstitucionalismo – aunque tal elemento pareciera ser “esencial” para éste. Leonardo García-Jaramillo. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales. Intento de Conceptualización y Defensa del Neoconstitucionalismo*. Págs. 489, 496-497. Ed., Universidad Nacional Autónoma de México. (2015).

de múltiples maneras. Partiendo de un estudio de las definiciones existentes, se identificaron dos elementos constitutivos del neoconstitucionalismo: (i) *la constitucionalización de derechos* y (ii) *el cambio de las relaciones tradicionales entre las cortes y las instituciones que representan el pueblo, a saber, el Congreso*<sup>10</sup>. Ahora bien, ¿cuál es la relación entre ambos elementos? Las cartas de derechos humanos representan una limitación al legislativo pues las normas que este crea deben respetar los derechos que aquellas consagran.

Con frecuencia se plantea que el neoconstitucionalismo<sup>11</sup> es la razón por la que hoy existen tribunales constitucionales que, a través del control de constitucionalidad, protegen la Constitución y salvaguardan las garantías y derechos fundamentales de los individuos. Entendiéndolo como un mecanismo para evitar la repetición de acontecimientos similares a los de la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, con vehemencia se han planteado argumentos en contra de las afirmaciones anteriores, tales como: (i) los tribunales constitucionales y sus funciones de control de constitucionalidad son bastante anteriores a la Segunda Guerra Mundial<sup>12</sup>; (ii) el control de constitucionalidad no se constituye esencialmente como un protector de los derechos, pues también ha sido usado para mantener las hegemonías políticas y económicas tradicionales dominantes<sup>13</sup>; y (iii) la falta (si es que la había) de control de constitucionalidad nada tuvo que ver con el ascenso de las dictaduras, la desaparición de las instituciones democráticas y los demás sucesos lamentables de la Segunda Guerra<sup>14</sup>.

### 1.3. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: LA PÉRDIDA DEL DEBATE DEMOCRÁTICO

El tercer y último concepto que se establece como la columna vertebral del presente artículo: la *judicialización de la política*, es el traslado de controver-

10 Michael Mandel. *A Brief History of the New Constitutionalism, or "How We Changed Everything So That Everything Would Remain the Same"*. Israel Law Review. 1998. At. 250.

11 Entendiéndolo, en términos históricos, como posterior a la Segunda Guerra Mundial. Por ejemplo, Hirschl identifica el empoderamiento de las Cortes, desde un punto de vista evolucionista como "un subproducto inevitable de una priorización nueva y casi universal de los derechos humanos a raíz de la Segunda Guerra Mundial...". Ver: Ran Hirschl. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*. Pág. 32. Ed., Harvard University Press. (2007).

12 Por ejemplo, en Colombia aparece por primera vez en 1910 con el Acto Legislativo 3 de 1910. Para más información sobre su desarrollo ver: Santiago García-Jaramillo. *Colombian Constitutionalism: Challenging "Judicial Supremacy" Through Pluralism*. Working Paper.

13 Michael Mandel. *A Brief History of the New Constitutionalism, or "How we Changed Everything so that Everything Would Remain the Same"*. Israel Law Review. 1998. At. 250.

14 (Ibid).

sias de naturaleza política<sup>15</sup> a las cortes para que las diriman, normalmente a través del ropaje de controversias jurídicas, bajo el amparo de las competencias del control de constitucionalidad, pese a que, tal competencia normalmente, o al menos *prima facie*, le corresponde a un órgano democrático. En la doctrina, éste fenómeno jurídico ha sido definido como “*la dependencia en las cortes y los medios judiciales para abordar los problemas morales básicos, las cuestiones de política pública y las controversias políticas*”<sup>16</sup>.

En vista de que el término “política” es muy amplio, es inevitable que surja el interrogante de ¿qué es un asunto de naturaleza política? Para efectos de este artículo se considera que es aquel asunto que modifica trascendentalmente la estructura o pilares de una sociedad, así que, puede generar profundos desacuerdos en la sociedad, y, por ende, debe ser debatido y dirimido por el pueblo o en su defecto, sus representantes en procesos deliberativos, abiertos, pluralistas con igual respeto y consideración por las mayorías y las minorías<sup>17</sup>. Por lo tanto, el fenómeno en mención se intensifica en la medida en que las cortes se involucran en la discusión sustantiva de cuestiones controversiales y de interés general, debido a que se apartan de interpretaciones formales y concretas.

La cuestión referente al origen de la judicialización política ha sido abordada desde diferentes enfoques y se atribuye a múltiples causas<sup>18</sup>, debido a que,

---

15 Jeremy Waldron desarrolla este término (cuestiones políticas) refiriéndose a ellas de la siguiente manera “...*debe reconocerse que en la medida en que una corte se aparte cada vez más de una interpretación formalista, sus decisiones se involucrarán, cada vez más, en el dominio de la política, que no es otra cosa sino la discusión sustantiva de cuestiones controvertidas de interés general*”. Jeremy Waldron. *Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política*. Dikaion. Enero de 2018. At. 7.

16 Ran Hirschl. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. University of Toronto Annual Review of Political Science. 2008. At 93. Otras definiciones se encuentran en: Manuel José Cepeda-Espinosa. *Judicialization of Politics in Colombia en: the Judicialization of Politics in Latin America*. Pág. 68. Ed., Palgrave Macmillan. (2005).

17 Para este tema revisar: Ran Hirschl. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. University of Toronto Annual Review of Political Science. 2008. At 93. Ver también: Jürg Steiner, María Clara Jaramillo, Rousiley Maia, & Simona Mameli. *Deliberation across Deeply Divided Societies*. Pág. 2 Ed., Cambridge University Press. (2017); Roberto Gargarella. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales*. Perfiles latinoamericanos. Diciembre de 2006. At. 9.

18 Por un lado, Ran Hirschl señala múltiples causas tales como: proliferación democrática, evolucionismo, funcionalismo, modelos económicos; y concluye que, la real es la tesis de la preservación hegemónica. La última, es la tesis según la cual el fenómeno de la judicialización política se origina porque las hegemonías tradicionales dominantes trasladan asuntos políticos a las cortes, en aquellos casos en los que encuentran que el escenario deliberativo de la democracia pone en riesgo su conservación. Ver: Ran Hirschl. *Judicialization of pure politics worldwide*. Fordham Law Review. Diciembre de 2006. At. 721; Ran Hirschl. *Looking sideways, looking*



diversos países enfrentan procesos de judicialización desde tiempo atrás y los estudios han arrojado conclusiones diferentes<sup>19</sup>. Tras analizar algunos de esos enfoques se concluyó que dependiendo de las dinámicas sociales y políticas y la relación entre las ramas del poder público de cada contexto este fenómeno tendrá causas particulares. Por lo que se propone no limitar el estudio de sus orígenes a una categorización específica. Lo anterior sin perder de vista que hay un denominador común en los procesos de judicialización: los mecanismos de control de constitucionalidad<sup>20</sup> en el proceso, y la búsqueda de la conservación de un interés particular, bien sea el de una idea política, un grupo social, o una visión particular del derecho.

En este orden de ideas, este fenómeno se desarrolla y manifiesta a través de diferentes procesos. Por ende, la doctrina ha propuesto múltiples clasificaciones de las formas en que esta se manifiesta<sup>21</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, se pro-

---

*backwards, looking forwards: judicial review vs democracy in comparative perspective.* 34 University of Richmond Law Review. 2000. At. 415; Ran Hirschl. *The Political Origins of the New Constitutionalism.* Indiana Journal of Global Legal Studies. Invierno 2004. At. 71. Por otro lado, Fernando Contreras señala que el neoconstitucionalismo, la estructura del juego democrático y el problema del legislador, la tesis de la aproximación estratégica, el activismo judicial y determinados factores institucionales son algunas de las razones que han generado la judicialización de la política. Fernando Contreras. *Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen.*

- 19 Entre los casos más mencionados se encuentran Canadá e Israel. A modo de ejemplo, Ran Hirschl señala dos situaciones específicas en los que elites canadienses, en busca de consolidar sus intereses, han promovido la judicialización: (i) al no beneficiarse por las políticas producto de la Constitución de 1982, incentivaron una ola de reforma a través de la Corte Suprema, puesto que, eran conscientes de la expansión del judicial review y de que el legislativo representaba un riesgo para mantener el statu quo; y (ii) el gobierno canadiense logró luchar contra el movimiento separatista de Quebec con base a una interpretación, en relación al bilingüismo, realizada por la Corte Suprema de Justicia. En cuanto a Israel señala el siguiente ejemplo: El Estado de Israel tiene dos pilares de naturaleza opuesta: (i) democracia (universal) y (ii) judaísmo (particular). Este último que la respuesta a la pregunta “¿quién es judío?” tiene serias implicaciones prácticas y simbólicas para cada individuo y la sociedad. Esta cuestión no se había resuelto por situaciones sociales y la dinámica de poderes. Finalmente, culminando un proceso de judicialización que empezó en 1980, en 2002 La Corte empezó a zanjar la controversia al reconocer la validez de conversiones no ortodoxas. Para ahondar ver: Ran Hirschl. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism.* Pág.19. Ed., Harvard University Press. (2007). Ver también: Ran Hirschl. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts.* Annual Review of Political Science. 28 de mayo de 2008. At. 93.
- 20 Ver referencia a Carl Schmitt “... el autor alemán presagió que la jurisdicción constitucional llevaría inexorablemente (...) a la judicialización de la política y politización de la justicia, con la cual la justicia tenía todo que perder y la política nada que ganar”. en: Carlos Bernal-Pulido. *El Derecho de los derechos.* Pág. 29. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2005).
- 21 Ran Hirschl, señala tres dimensiones de la judicialización: (i) *la propagación del discurso legal a la esfera política*: el derecho permea esferas de la sociedad distintas a la judicial; (ii) *judicialización de asuntos políticos de índole procedimental*; y (iii) *la judicialización de asuntos*



pone la siguiente categorización: (i) *judicialización procedimental*: asuntos que comúnmente no se rigen por procesos judiciales pasan a ser resueltos por tribunales o jueces, dejando a un lado los procedimientos deliberativos o democráticos-legislativos que en principio les correspondían; y (ii) *judicialización sustancial*: acontece cuando la rama judicial resuelve asuntos que por ser de naturaleza política deberían ser zanjados mediante la deliberación del pueblo, pues modifican puntos entrañables y divisivos de la sociedad, definiendo su núcleo con un profundo impacto.

## 2. ARGUMENTOS PLANTEADOS A FAVOR DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

Por su complejidad, la judicialización no puede catalogarse drásticamente como buena o mala. En la doctrina se han encontrado argumentos a favor de su ocurrencia, que en ocasiones pueden ser ciertos, y se deben analizar para hacer un estudio completo del fenómeno, por ello, se mencionaran tres de los argumentos más frecuentes en la doctrina.

En primer lugar, se argumenta que someter asuntos trascendentales a las Cortes se convierte en un mecanismo para proteger a los ciudadanos (en especial a minorías) de los riesgos que puede representar una deliberación mayoritaria. En vista de que, al ejercer el control de constitucionalidad, la rama judicial tiene como guía la protección de esos derechos; mientras que, el pueblo no siempre decide en línea a ello. En este punto es necesaria la crítica hecha a la caracterización de conceptos como mayorías o minorías, cuando se presentan como grupos estáticos, contrario a su carácter dinámico<sup>22</sup>.

En segundo lugar, se sustenta que, en países con instituciones y sistemas legislativos poco eficaces, las Cortes son un mecanismo de desbloqueo y una

---

*puramente políticos*: es decir morales y sustanciales. Ran. Hirschl. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. Annual Reviews. 28 de mayo de 2008. At. 93. Por otro lado, Fernando Contreras en *Judicialización de la política: Algunas notas sobre el concepto y origen*, menciona que Tate y Vallinder señalan “el núcleo de la judicialización de la política lo comprenden dos ideas: (i) el proceso por el cual tribunales y jueces hacen o dominan crecientemente la creación de políticas públicas, que anteriormente eran hechas por el ejecutivo y el congreso; y (ii) el proceso por el cual la negociación y los foros de toma de decisiones no judiciales empiezan a ser dominados por reglas y procedimientos cuasi-judiciales” Neal Tate, & Torbjorn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power*. Ed., New York University Press (1997).

22 Richard D. Parker. Here, the people rule. Págs. 67-69. Ed., Harvard University Press. (1994); Mark Tushnet. Taking the Constitution Away from the Courts. Ed., Princeton University Press. (2000).

vía de escape resolutive para las controversias que no dirimen otras ramas<sup>23</sup>. Se ha llegado a argumentar que el *judicial review* no atenta contra los principios democráticos: ya que se ha incluido de manera discrecional, como competencia jurídica, en el pacto fundacional<sup>24</sup>. Y los jueces son electos con fundamento a la Constitución Política, la misma que crea dicho control, por lo que en el fondo representan la voluntad del pueblo. Si bien es cierto lo alegado, con el surgimiento de la judicialización de la política, la Corte sobrepasa sus límites funcionales, ejerciendo la jurisdicción constitucional de forma ajena a la concebida por el poder constituyente.

En tercer lugar, también se alega que el carácter no-representativo de las Cortes hace ideal que estas diriman asuntos que modifican transversalmente la sociedad, pues como los jueces son ajenos a las “pasiones momentáneas de la mayoría”, se garantiza que, aunque en algunas ocasiones no tomen la decisión popular, tomen la decisión correcta<sup>25</sup>.

### 3. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN RELACIÓN CON LA DEMOCRACIA

La materialización de los principios democráticos depende, en gran medida, de la deliberación. Es necesario que a las decisiones políticas anteceda un proceso de reflexión y discusión, en el que las ideas de los ciudadanos, plurales y diversas se vean enfrentadas y contrapuestas<sup>26</sup> directamente o a través de sus repre-

23 Autores como Gerald N. Rosenberg han cuestionado esta tesis. Ver, por ejemplo: Gerald N. Rosenberg. *The Hollow Hope - Can Courts Bring About Social Change?* Ed., University of Chicago Press Books. (2008).

24 Se argumenta que: “en el ejercicio de sus derechos de igualdad de participación, acordaron una garantía que les previene, en el posterior ejercicio de sus derechos políticos igualitarios, cambiar sus ideas y desviarse de su acuerdo y compromiso a una constitución justa”. Samuel Freeman. *Constitutional Democracy and the Legitimacy of Judicial Review*. Law and Philosophy. 1990-1991. At. 327.

25 Andrei Marmor, señala que aceptar esta tesis es debilitar los derechos de las minorías pues quedarían a merced de una mayoría contingente en la Corte comprometida con ellos, por lo que es mejor buscar un diseño institucional, en el legislativo o en la democracia directa, que realmente los integre y les de poder de influencia. Andrei Marmor. *Are Constitutions Legitimate?* 20 Canadian Journal of Law and Jurisprudence. Enero de 2007. At. 69.

26 Una interesante definición de deliberación es: “*En pocas palabras, la deliberación significa que todos los participantes pueden expresar libremente sus puntos de vista, que los argumentos están bien justificados, que también se puede hacer con historias personales bien elegidas o humor, que el significado del bien común es debatido, que los argumentos de los demás son respetado, y que la fuerza del mejor argumento prevalece, aunque la deliberación no necesariamente tiene que conducir al consenso*”. Jürg Steiner, María Clara Jaramillo, Rousiley Maia,

sentantes. Así, independientemente de cual sea la postura elegida, la decisión fruto del debate será legítima en tanto que los diferentes argumentos habrán sido presentados, debatidos y valorados, dando igual respeto y consideración a ‘mayorías’ y minorías’. Lo anterior da legitimidad por dos vías: primero, se han escuchado todas las posturas en una situación de igualdad de condiciones; y, segundo, quienes votan, si no son los mismos ciudadanos, lo hacen habiendo sido elegidos por el pueblo y dependiendo su elección futura de éste. No por menos consideraba Kelsen (quien esbozó la idea del control constitucional<sup>27</sup>) que solo habrá democracia si el Parlamento es un instrumento útil para “*resolver las cuestiones sociales de nuestro tiempo*”<sup>28</sup>.

Es preciso señalar que los jueces no están en las mejores condiciones para abrir un espacio de deliberación de las opiniones del pueblo<sup>29</sup>, puesto que, sustraen el debate de la esfera cotidiana para elevarlo a una discusión jurídica, en que la “judicialización” del debate hace que el lenguaje jurídico permee la controversia<sup>30</sup>. De forma que, los ciudadanos del común y actores políticos quedan sustraídos del conflicto y se convierten en espectadores del derecho constitucional, que parece ser entonces una “norma más alta” asequible para pocos<sup>31</sup>. Lo anterior pone en entredicho principios como los de representación política

---

& Simona Mameli. *Deliberation across Deeply Divided Societies*. Pág. 2 Ed., Cambridge University Press. (2017).

27 Carlos Bernal-Pulido. *El Derecho de los derechos*. Pág. 29. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2005).

28 Hans Kelsen. *De la esencia y valor de la democracia*. Pág. 91. Ed., KRK Ediciones. (2009). Camilo Valdivieso-Leon & Santiago García-Jaramillo. *Transforming the legislative: a pending task of Brazilian and Colombian Constitutionalism*. *Revista de Investigações Constitucionais | Journal of Constitutional* (En proceso de publicación). 2018. “...puede llegar a decirle a un oponente perdedor “Bueno, perdiste” y decirle, “Estabas mal” o “Se demostró que estabas equivocado”. Decirle “Bueno, perdiste” es compatible con reconocer su posición como honesta y honorable, como decirle “Mejor suerte la próxima vez”.

29 Aunque en Colombia los ciudadanos interponen las acciones de inconstitucionalidad y participan en su procedimiento a través de ‘intervenciones ciudadanas’, también es cierto que cada vez mas aumenta la tecnicidad jurídica exigida en estas acciones. Por lo que los argumentos de ‘conveniencia’ o puramente políticos, difícilmente podrán ser valorados por los jueces.

30 Ran Hirschl. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. University of Toronto Annual Review of Political Science. 2008. At 93. Ver: Mark Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Pág. 194. Ed., Princeton University Press. (2000).

31 Richard D. Parker. *Here the People Rule*. Pág. 73. Ed., Harvard University Press. (1994). Ver también Jeremy Waldron “*Cuando sus votos [jueces constitucionales] difieren de los tuyos, los de ellos son los que prevalecerán* “. *En mi opinión, decir esto no conuerda con el respeto y el honor que normalmente se concede a los hombres y mujeres comunes en el contexto de una teoría de los derechos.*” en Jeremy Waldron. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*. *Oxford Journal of Legal Studies*. 01 de marzo de 1993. At. 18.

o deliberación ciudadana, puesto que, quienes deciden sobre los temas estructurales de la sociedad no son a quienes los ciudadanos han delegado su poder democrático, y muchas veces lo hacen con tecnicismos que les son ajenos. A su vez, el principio de soberanía popular es menguado porque no es el pueblo quien crea sus propias normas a través de sus representantes, sino son los jueces, la rama más alejada de la responsabilidad política, quienes lo hacen<sup>32</sup>.

Además, este fenómeno genera una pérdida de responsabilidad política. Recordemos que, la valoración que los ciudadanos hagan del ejercicio del poder judicial carece de una consecuencia material, pues los jueces no son elegidos por el pueblo y no aspiran a participar en una contienda democrática por su permanencia en el cargo (*Ej.*: juicio moral que el pueblo realiza al funcionario público al no reelegirlo). De forma que, un legislador reduce riesgos cuando delega a un juez la toma de una decisión controvertida, pues no verá comprometida su imagen y si la decisión no beneficia a sus electores<sup>33</sup> tendrá alguien a ‘quien culpar’<sup>34</sup>.

Finalmente, se debe resaltar que los jueces, como el legislador, pueden tomar decisiones equivocadas. En ese sentido, puede ser preferible una decisión errónea del pueblo (a través de las instituciones democráticas) que, de un juez, ya que: mientras la primera, aunque errada es responsabilidad del pueblo, la segunda además de ser errada le fue impuesta al pueblo<sup>35</sup>. También es preciso señalar que, las primeras pueden ser modificadas prontamente por la presión social, a través de la iniciativa de otro proyecto que las modifique y revierta la

32 Ver: El primer discurso inaugural de Abraham Lincoln de 1861, señaló que la sociedad tiene autoridad sobre los asuntos más trascendentales (refiriéndose a una modificación a la Constitución), que es el pueblo el que debe promover y decidir sobre ello, pues las instituciones, las leyes y el gobierno son de la sociedad.

33 Ran Hirschl se refiere a estas decisiones como “*no-win decision*”, que se presentan en cuestiones religiosas como el caso de la Corte Suprema de Israel que definió la pregunta ¿quién es judío? Ran Hirschl. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Indiana Journal of Global Legal Studies. Invierno 2004. At. 71. Además, en relación con el “litigio estratégico” se ha visto que dicha práctica no es solo de los ciudadanos del común, sino una táctica frecuente usada por los congresistas que no logran su cometido por medio de la rama legislativa, acudiendo entonces a la justicia constitucional para lograr su cometido. Un ejemplo se encuentra en: Elizabeth Garrett. *Is the Party Over? The Court and the Political Process*. The University of Chicago Press. 2002. At. 95.

34 Ver: Andrei Marmor. *Randomized Judicial Review*. USC Law Legal Studies Paper. 24 de febrero de 2015.

35 Vicente Benítez-Rojas. Constitución Popular, No Judicial. Pág. 172. Ed., Temis. (2014) En adición a ello, tanto Kelsen como recientemente Tushnet y Waldron han defendido que una mala decisión del legislador suele durar poco, y es fácil de cambiar, mientras que la doctrina de la ‘cosa juzgada’ y el valor de la jurisprudencia constitucional hacen muy difícil su modificación.

decisión, realizando así el espíritu de la democracia. Al tiempo que las segundas no, pues las decisiones judiciales hacen tránsito a cosa juzgada<sup>36</sup>.

#### **4. JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA: EL CASO COLOMBIANO**

El estudio de la judicialización de la política en Colombia no es un tema del todo novedoso. Es por ello que, un sector de la doctrina ha ahondado en su estudio y se han identificado diversas causas para su (alta) presencia en el país<sup>37</sup>. Ahora bien, independientemente del momento en que tuvo origen la judicialización en Colombia— aunque coincidimos con que es anterior a 1991<sup>38</sup> —no se puede ignorar que su verdadera proliferación se da con la Constitución de 1991. Con ella se solidificaron en Colombia los elementos predominantes del neoconstitucionalismo que se mencionaron al inicio pues, hubo un proceso contundente de constitucionalización de derechos: y se introdujo en la estructura del estado una Corte Constitucional independiente que tiene entre sus funciones revisar, no sólo la constitucionalidad de las leyes y los actos reformativos de la Constitución, sino también todas las decisiones de tutela que se profieren en el país<sup>39</sup>.

A partir de la existencia de los elementos anteriores es que se ha delegado (o se ha sustraído) del legislador a los jueces, el conocimiento y decisión de asuntos fundamentales de naturaleza política. Circunstancia que ha generado casos en los que de una u otra forma surgen dudas respecto de los límites funcionales del control de constitucionalidad, pues se reduce al conocimiento y voluntad de nueve magistrados, en lenguaje jurídico, el decidir sobre asuntos coyunturales y divisivos. A manera de ejemplo se encuentran: (i) el aborto<sup>40</sup>; (ii) la eutana-

---

36 Ver: Constitución Política de Colombia. [Const]. Art. 243. 7 de Julio de 1991. (Colombia).

37 Manuel José Cepeda-Espinosa. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Pág. 68-71. Ed., *Studies of the Americas*. (2005). Cepeda-Espinosa identifica el conflicto armado y las negociaciones de paz como causa. Pablo Rueda. *Legal Language and Social Change during Colombia's Economic Crisis* en *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America*. Mayo (2010). At. 25 lo vincula con la provisión de un lenguaje expansivo de derechos sociales asociado con la garantía del mínimo vital. Juan Carlos Rodríguez-Raga. *Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006* en: *Courts in Latin America*. Págs. 95-96 ubica su génesis en la protección de los derechos a través de la acción de tutela.

38 Manuel José Cepeda-Espinosa. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Págs. 68-71. Ed., *Studies of the Americas*. (2005).

39 Por ende, realiza un control de constitucionalidad mixto (abstracto y concreto). Es necesario resaltar como por vía de sentencias de revisión de Tutela ha llegado a valorar políticas públicas, ordenar gasto, e incluso considerar argumentos de meramente conveniencia.

40 Corte Constitucional, Sentencias: C-133-94; C-013-97; C-647-01; C-198-02; C-355-06.

sia<sup>41</sup>; (iii) los derechos sindicales<sup>42</sup>; (iv) los derechos de las personas y parejas homosexuales<sup>43</sup>; (v) el consumo mínimo/personal de drogas<sup>44</sup>; (vi) la reelección presidencial<sup>45</sup>; (vii) la salud<sup>46</sup> —derecho fundamental, prestación de servicios no comprendidos por el plan médico—; y (viii) proceso de paz con las FARC (2010-2018). Ahora se estudiarán dos de estos, por la forma en que reflejan lo descrito en este artículo.

#### 4.1. EL PROCESO DE PAZ

La consecución de la paz entre el gobierno colombiano y las FARC (2010-2018) creó situaciones que evidencian procesos de judicialización de la política en el país. Cabe precisar que: por un lado, los acuerdos de paz se han materializado por medio de enmiendas constitucionales y; por otro lado, se ha afirmado que la judicialización es la respuesta a las fallas de un sistema político que no responde correctamente a los conflictos sociales<sup>47</sup>. Al respecto se analizarán dos situaciones concretas del proceso en las que se hizo evidente la judicialización de la política: (i) la activación del mecanismo fast track a pesar de la derrota del plebiscito del 2 de octubre de 2016; y (iii) el acto legislativo que pretendía otorgar curules en el Congreso a las víctimas del conflicto armado.

En primer lugar, el contenido de un acuerdo de paz que pone fin a un conflicto armado de más de medio siglo es, sin lugar a duda, un asunto trascendental y controversial, que debió haberse definido en el marco de debates democráticos que permitieran la participación de los individuos que vivieron el conflicto. Lo anterior se buscó a través de un plebiscito que funcionase como mecanismo para que el pueblo manifestase su postura —negativa o positiva—. No obstante, es menester señalar que, la complejidad y extensión del conflicto no posibilitaban crear un escenario en el que todos los individuos (cuya realidad difiere inmensamente una de la otra) pudiesen manifestarse y decidir uno a uno. Sin embargo, ello no debió ser un impedimento para que la sociedad se manifestase

41 Corte Constitucional, Sentencias: C-239-97; C-233-14; C-327-16

42 Corte Constitucional, Sentencias: C-797-00; C-063-08; C-465-08; C-674-08; C-495-15; C-180-16.

43 Corte Constitucional, Sentencias: C-098-96; C-507-99; C-814-01; C-431-04; C-075-07; C-336-08; C-238-12; T-717-11; C-577-11; C-683-15; SU-214-16.

44 Corte Constitucional, Sentencias: C-221-34; C-101-04; C-574-11; C-491-12; C-284-16.

45 Corte Constitucional, Sentencias: C-1153-05; C-141-10; C-230-16.

46 Corte Constitucional, Sentencias: T-406-92; T-102-1993; T-227-03; C-463-08; T-760-08; T-712-08; T-875-08; T-921-08; T-053-09; T-120-09; T-054-14; T-557-16; T-171-18.

47 Manuel José Cepeda-Espinosa. *The Judicialization of Politics in Latin America*. Págs. 68-71. Ed., Studies of the Americas. (2005).

y decidiera, Colombia tiene instituciones democráticas y mecanismos de participación directa a través de las cuales se podían crear entornos de discusión, que sumadas a mecanismos democráticos transitorios creados para el conflicto podían crear una vía, de pronto no suficiente, pero sí necesaria para la solución del conflicto. Es precisamente por la dificultad que supone contraponer las ideas de cada individuo que existen principios como el de representación política.

En entonces es innegable que se produjo una judicialización de los resultados del Plebiscito sobre los acuerdos de paz en Colombia del 2 de octubre de 2016, que se concibió como mecanismo de refrendación popular para el acuerdo de paz. Por esta vía no solo se dio lugar a críticas fuertes, basadas en un ‘desconocimiento de la voluntad popular’, sino que también se puso en marcha el mecanismo de aprobación acelerada de normas jurídicas o ‘fast track’ para la implementación del acuerdo de paz, que disminuía los debates para la aprobación de leyes y actos legislativos. No obstante, la lógica de dicha refrendación popular, era que el pueblo legitimara este mecanismo con su voto directo favorable, cubriendo así el posible déficit deliberativo creado, sin embargo, al no darse dicha refrendación, este mecanismo quedó en medio de una verdadera encrucijada.

En este sentido, aunque algunas voces pidieron que se abriera un nuevo proceso deliberativo directo, donde se buscaran construir acuerdos democráticos<sup>48</sup>, este debate se llevó a los estrados de la Corte Constitucional, en la que el resultado fue una interpretación jurídica compleja del concepto de refrendación popular<sup>49</sup>, que aunque puede llegar a justificarse en términos jurídicos o teóricos, resulta distante al ciudadano común que depositó su voto. En este sentido, la Corte decidió que, aunque el mandato del pueblo vinculaba al presidente en el sentido de no poder implementar el acuerdo, dada su condición de jefe de Estado y en su deber de alcanzar la paz<sup>50</sup>, éste podría refrendarlo a través del Congre-

---

48 Roberto Gargarella. *Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz*. Revista Semana. Noviembre 11 de 2016.

49 Para más profundidad sobre esto se recomienda: Paula Ponce-De-León-Martínez. *La Refrendación Popular en Colombia no es tan Popular*. Universitas Estudiantes. Enero-Junio 2018. At. 75. También debe señalarse que no compartimos la idea que este tema no debía ser sometido a votación por ser una cuestión de derechos y por lo tanto a un núcleo esencial de la paz, cuyo contenido, casi metafísico, es difícil de conocer *a priori*. Como se ha dicho, era un tema que afectó a la mayoría de colombianos, y que como tal estábamos llamados a resolver. ahora bien, esto tampoco es una defensa de cualquier tipo de ‘mayoritarismo’, como simple agregación de votos, sino un llamado a una democracia deliberativa, con información para todos los ciudadanos, y un intercambio de ideas, que integre a todas los grupos sociales.

50 Se entiende el *derecho a la paz* como un concepto *esencialmente disputado*; no tiene un significado unívoco porque involucra situaciones problemáticas que se reconocen de formas disímiles, lo que genera diversas definiciones, sin que alguna sea necesariamente la correcta.



so<sup>51</sup>. Por lo tanto, la Sentencia C-699 de 2016, indicó que el plebiscito era apenas un eslabón en la refrendación, que en todo caso, terminaba en el legislativo. La judicialización se manifiesta en que por la vía del control de constitucionalidad, se cambiaron las reglas procedimentales en medio de un proceso deliberativo que buscaba ser mas amplio al abrirse a la democracia participativa, y terminó haciéndose mas restrictivo para el ciudadano común<sup>52</sup>.

Si bien en este artículo se ha defendido la capacidad de los representantes para tomar decisiones de principio, no puede negarse que cuando se opta por abrir la deliberación directa a los ciudadanos este canal da una mayor legitimidad de origen, y, por lo tanto, un resultado negativo por esta vía, debe ser objeto de una nueva y profunda deliberación allí mismo, quizás con mejor intercambio de información o mejores argumentos por parte de la parte derrotada. La idea que aquí se defiende es la de profundizar la democracia, no el de disponer de los mecanismos democráticos y jurídicos de manera estratégica, de acuerdo a donde se prevea una victoria mas fácil para quienes convocan la toma de las decisiones. De lo contrario podría llegarse al equívoco de entender que: (i) la representación directa es menos directa que la representativa; o que (ii) si no se está de acuerdo con la decisión la solución es transformarla en lenguaje judicial que altere las reglas procedimentales prefijadas.

A su vez, es evidente que la decisión de la Corte desconoció dos puntos de deliberación política centrales: el Congreso había aprobado el plebiscito con un fin específico, y fue el pueblo quien directamente manifestó su voluntad a través de este. Es decir, se desconoció la democracia directa e indirecta. Por esta vía, se puede llegar a la indeseable conclusión de que los mecanismos de participación directa son una simple formalidad y que por más que el pueblo se manifieste habrá formas de evitarlo, cuando resulte adverso a quien lo convoca<sup>53</sup>.

---

51 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016. (M.P: María Victoria Calle Correa: 13 de diciembre de 2016).

52 Incluso acogiendo tesis similares a las de la soberanía parlamentaria que es ajena a Colombia.

53 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016. (M.P: María Victoria Calle Correa: 13 de diciembre de 2016). Salvamento de voto del Magistrado Luis Guillermo Guerrero-Pérez. Pág. 130-131. Identifica que dada la trascendencia de las preguntas y la coyuntura presente se hacía necesario el aval popular de los acuerdos (reflejado en los resultados del plebiscito del 2 de octubre). Indica “En el Acto Legislativo 01 de 2016, la refrendación popular, entendida como la participación directa de la ciudadanía, fue concebida como la garantía de la legitimidad constitucional de las atribuciones especiales allí previstas, razón por la cual no era posible asignarle a tal refrendación el alcance limitado que tiene en la sentencia, que la concibe como un proceso de consulta a la ciudadanía, cuyos resultados son interpretados, avalados y desarrollados de buena fe por el Congreso de la República”. Este salvamento de voto también refleja que entre los jueces hay desacuerdos, que finalmente se someten a votos, por lo que Waldron

Resaltamos que, si el procedimiento es alterado, habrá claros efectos en el fondo, siendo eso es lo que se cuestiona.

En segundo lugar, el caso del proyecto de ley de las Circunscripciones Especiales de Paz<sup>54</sup> plasma un intento fallido de judicialización de la política en Colombia. La controversia apareció tras someter un proyecto que creaba unas ‘circunscripciones especiales de paz’ a votación en el Congreso, pues surgieron posiciones opuestas respecto de si había sido aprobado o no, en razón al cómputo de las mayorías legislativas<sup>55</sup>. Por un lado, el órgano legislativo, señaló que había sido negado de acuerdo con el reglamento de esa institución<sup>56</sup>. Por otro lado, el gobierno, señaló que había alcanzado los votos necesarios a la luz de la implementación de una decisión de la Corte Constitucional<sup>57</sup>. En vista de esto, el Gobierno, en lugar de reiniciar el debate político en el Congreso o convocar a un proceso de consenso entre distintas posturas jurídicas, intentó ejercer múltiples acciones jurídicas para trasladar la discusión a los tribunales<sup>58</sup>. Pues solicitó al Congreso que remitiera el proyecto a la Corte Constitucional, como si se hubiese aprobado, para que lo sometiera a control de constitucionalidad<sup>59</sup>. A pesar de este intento de judicialización, la Corte denegó la solicitud y señaló que aún no era competente para ejercer el control automático de constitucionalidad<sup>60</sup>, ejerciendo así una auto-restricción en sus competencias.

La situación descrita refleja un intento de judicialización desde dos puntos de vista. Por una parte, el asunto remitido es en esencia político, pues decidir

---

siempre cuestiona el carácter contra-mayoritario de la Cortes, en una línea a argumentativa, que señala que, si 5 votos derrotan 4, por qué mejor no contar los votos de todos los ciudadanos.

54 El Gobierno Nacional presentó como parte de la implementación del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.

55 En este sentido, los procedimientos legislativos no son simples formalismos, sino que son reglas que permiten materializar el igual respeto y consideración de los grupos mayoritarios y minoritarios que allí tienen asiento.

56 Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. 18 de junio de 1992. DO. N.º 40.483.

57 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-784 de 2014. (M.P: María Victoria Calle Correa: 21 de octubre de 2014). Providencia en la que la Corte había señalado que el cálculo se debe hacer sobre el número total de asistentes y no de senadores). El proyecto no alcanzó dicho número, pero se argumentó que no debían contar aquellos que hubieran presentado impedimentos y los que hubieran perdido la curul por el inciso segundo del artículo 134 de la Constitución Política (*silla vacía*).

58 Se radicó una acción de tutela y una acción de cumplimiento ante la jurisdicción ordinaria, fueron negadas en las instancias de apelación.

59 En virtud del artículo primero literal k del Acto Legislativo 01 de 2016.

60 Comunicado de la Corte Constitucional del 12 de diciembre del 2017. Firmado por el presidente de la Corte Constitucional para ese momento: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

acerca de las curules en el Congreso es decidir acerca de la estructura del legislativo y su composición, y determinar la distribución de este poder y quienes lo ejercen es un tema naturalmente político. Así, sin lugar a duda merece un debate plural, y que incluso puede ser mejor tramitarlo en la democracia participativa<sup>61</sup>. En contraste, el Gobierno, basándose en una sentencia de la Corte Constitucional, intentó evadir el voto de los representantes del pueblo y en busca de obtener su objetivo acudió a la rama judicial, esperando que decidiese a su favor, haciendo un uso estratégico del derecho, de forma que a la derrota en el legislativo siguiese una decisión compleja, en lenguaje judicial, que cambiase el curso de la controversia.

#### **4.2. REFERENDO SOBRE ADOPCIÓN POR PARTE DE PAREJAS DEL MISMO SEXO**

En último lugar, es relevante estudiar el caso del referendo que buscaba limitar las posibilidades de adoptar para las personas del mismo sexo en Colombia. Cabe precisar que, este tema determina estructuralmente la dinámica de la sociedad colombiana, pues involucra aspectos como religión, psicología y en especial la familia, núcleo esencial de la sociedad según la Constitución Política. Por ende, suscita interminables controversias que corresponde al pueblo dirimir porque son meramente políticas. Sin embargo, este tema también involucra derechos que son prevalentes según la Constitución Política como los de los niños o de minorías, como lo son los de los homosexuales, derechos a los cuales se deben sujetar las decisiones que tome el pueblo en deliberación. De esta forma, es un caso en el que convergen las características del constitucionalismo moderno y las discusiones referentes a la relación entre democracia y control de constitucionalidad.

En el año 2017 se presentó un proyecto de ley para convocar a un referendo contra la adopción por parte de parejas del mismo sexo, con el que cuestionaba la línea creada por la Corte Constitucional en el año 2011. Dicho proyecto fue discutido en el Senado y fue aprobado, mientras que en la Cámara de Representantes no obtuvo los votos suficientes y no prosperó. En esta ocasión, los representantes evitaron su victoria debido a la presión que ejerció la sociedad sobre ellos, pues una mayoría de ciudadanos, a través de la deliberación política ciudadana, manifestó su inconformidad con la discriminación que tal referendo podría generar. Lo que refleja que la democracia no siempre niega los derechos

---

61 No en vano el artículo 377 de la Constitución señala que los ciudadanos podrán solicitar la convocatoria a una referendo para decidir sobre las reformas constitucionales al legislativo que este mismo apruebe.

de las minorías y las mayorías no siempre promueven ideas que los vulneran o desconocen. Así, con una deliberación abierta, participativa y con procedimientos equitativos<sup>62</sup>, pueden en el Congreso zanjarse controversias de esta índole. Ello desmiente el argumento generalizado según el cual la deliberación siempre supone un riesgo para las minorías y por eso se deben delegar los asuntos que a ellas conciernen a las Cortes.

De una u otra manera este era un caso que iba a culminar con una decisión de la Corte, debido al control de constitucionalidad, pues fue ese control en principio el que habilitó la adopción en cuestión, y así pasase el proyecto de referendo, la Corte decidirá sobre su constitucionalidad. Lo anterior es un claro reflejo de la forma en que el legislativo se encuentra limitado por el control de constitucionalidad que ejercen las Cortes, aunque en este caso, fue la presión ciudadana en medio de la deliberación política la que anticipó dicho control, sin necesidad de recurrir a las vías judiciales.

## CONCLUSIONES

En conjunto, los dos escenarios planteados —que de manera translúcida son de naturaleza política de en tanto ambas definen transversalmente elementos fundamentales de la sociedad: la paz y la familia— reflejan que, actualmente Colombia enfrenta un proceso amplio de judicialización de la política, que se ha intensificado por el uso de elementos que suelen asociarse a las ideas neo-constitucionales (o que así se hacen llamar) implementados en el país desde 1991<sup>63</sup>. Así mismo, se hizo evidente que en Colombia la judicialización de la política se manifiesta de manera diversa, pues existe judicialización procedimental como sustancial, incluso un mismo caso puede suponer ambas.

Ahora bien, es preciso afirmar que, la figura del control de constitucionalidad no siempre menoscaba los principios democráticos, lo hace cuando sobrepasa sus límites funcionales, siendo la judicialización de la política uno de los casos en los que eso ocurre. Puesto que, al dirimir controversias meramente políticas, so pretexto de proteger derechos fundamentales o mantener las leyes

---

62 De hecho, estos casos ponen de presente la necesidad de profundizar la deliberación democrática y de crear diseños institucionales que le den un poder fuerte a las minorías en dichos procedimientos, en lugar de llevarlos siempre al litigio constitucional.

63 Aun cuando, hay manifestaciones tempranas de este fenómeno, como por ejemplo la decisión de la Corte Suprema de Justicia en 1978 de controlar una reforma constitucional —sin tener dicha competencia formal— para frenar una reforma a la rama judicial. Ver también Salvamento de Voto de Alejandro Linares Cantillo a la Sentencia C-285 de 2016.

en línea a ellos y la Carta Política, la Corte puede extralimitarse, y generar en sí la vulneración de otros derechos —como el de la participación y el principio de autonomía que lo justifica—, al menoscabar principios democráticos que materializan que el pueblo se gobierne a sí mismo. Ahora bien, aquello no significa que, cuando las Cortes ejercen el *judicial review* dentro de sus límites, no haya un riesgo de judicialización, pues así en ocasiones así parezca tomar decisiones netamente jurídicas, el trasfondo de aquellas puede estar modificando los pilares de la sociedad.

En este orden de ideas, se concluye que es necesario encontrar un equilibrio entre las herramientas con las que cuenta la Corte Constitucional, especialmente el control de constitucionalidad, y el ejercicio del poder legislativo. Es manifiesto que para ello es esencial que se propenda la estricta aplicación de procedimientos democráticos. No solo se deben promover procesos mayoritarios con suma de votos, sino también, aquellos en que las ideas de los ciudadanos sean contrapuestas y haya una deliberación antecedente a las decisiones que determinen núcleos de la sociedad. Por un lado, se deben poner en uso eficaz los procedimientos ya existentes antes de acudir a las Cortes, pero también se deben buscar alternativas y mecanismos deliberativos si la situación particular lo requiere.

Como quedó evidenciado, los jueces y tribunales también tienen un rol dentro de la consecución de dicho equilibrio. Para ello deben dar preponderancia al uso de argumentos jurídicos por encima de argumentos políticos. Pero al estar siempre enfrentados a que les deleguen casos políticos, surge la pregunta ¿Qué puede hacer la Corte Constitucional para evitar dirimir controversias meramente políticas? Uno de los mecanismos existentes es la doctrina de las *cuestiones políticas*<sup>64</sup> que permite a las Cortes “*apartarse de áreas respecto de las cuales no tienen competencia de tal forma que puedan concentrarse en los asuntos importantes que el sistema les delega*”<sup>65</sup>. Sin embargo, en el caso colombiano pareciera que la Corte Constitucional no lo acoge<sup>66</sup> al no hacer uso de tal medida de auto restricción.

---

64 A través de la categorización de las preguntas los jueces pueden abstenerse de resolver situaciones que no le corresponden ya sea por su naturaleza o por cuestiones de competencia.

65 Peter Mulhern. *In Defense of The Political Question*. University of Pennsylvania Law Review. 1988. At. 97.

66 Es interesante remitirse a: Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1049 de 2005. (M.P.: Alfredo Beltrán Sierra). Salvamento de Voto de M. Jaime Araujo Rentería: pues aunque este es un salvamento de voto y no una providencia en sí, lo expuesto pareciera ser acogido: “Que los órganos jurisdiccionales encargados de la justicia constitucional no asuman actitudes de self restraint frente a lo que en alguna época se ha llamado las “political questions”, sino que todos los espacios del quehacer público del Estado sean reconducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional”.

Se resalta que el anterior sería un mecanismo que en Colombia podría presentar beneficios para la consecución del equilibrio en mención. Puesto que, su implementación crearía un mecanismo jurídico activo a través del cual: (i) se beneficiaría la legitimidad de las decisiones de la Corte, pues si esta aplica un filtro al ejercicio de su jurisdicción la sociedad reconocería que no ejerce sus facultades discrecionalmente sino en torno a unos parámetros jurídico-objetivos, que a pesar de que de la judicialización y los factores sociales propenden porque el juez constitucional tenga facultades extensas, este mismo se auto restringe; (ii) se crearían parámetros para determinar qué es o no de naturaleza política, redondeando así el amplio espectro de lo político; y (iii) si la Corte plantea argumentos claros sobre la naturaleza política de una cuestión hará un llamado a la sociedad y a la rama legislativa o ejecutiva para que tomen decisiones al respecto de la controversia.

En este orden de ideas, en un país en el que los intereses políticos parecen haber reemplazado los análisis y criterios jurídicos, lograr una delimitación entre éstos permitiría determinar la naturaleza de las preguntas presentadas ante las Cortes. Así, si el tribunal decide entrometerse en un asunto político es claro que tendrá que hacerlo con base a reconocer que utiliza argumentos de esta índole, dado que en el momento que aceptó tramitarlos debió manifestar que no eran de dicha naturaleza. Claro está, no es esta la solución al fenómeno de la judicialización de la política, pero sí podría contribuir al control de su propagación. Y a su vez, a la armonización del control de constitucionalidad y los principios democráticos.

Finalmente, se plantea una corta precisión: Se critica que se acuda a la Corte Constitucional como una respuesta a un legislativo débil que omite el cumplimiento de sus funciones —el caso del referendo sobre los derechos de las parejas del mismo sexo puede indicar lo contrario—. La solución a tal inconveniente no es que un órgano se atribuya funciones que no son suyas, la solución debe ser corregir aquel órgano que depende exclusivamente de la voluntad de todos, de la decisión del pueblo soberano. Así como fortalecer los mecanismos de participación popular, con diseños institucionales que fortalezcan a las minorías en estos procedimientos, pues de no hacerlo, recordando a Lincoln, será mejor entregar todo poder y decisión a las manos de un tribunal constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexander Bickel. *The Least Dangerous Branch*. Págs. 16-21. Ed, Yale University Press. (1986).
- Andrei Marmor. *Are Constitutions Legitimate?* 20 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. Enero de 2007. At. 69.

- Andrei Marmor. *Randomized Judicial Review*. USC Law Legal Studies Paper. 24 de febrero de 2015.
- Andrei Marmor. *Authority, Equality and Democracy*. Ratio Juris. Agosto de 2005. At. 315.
- Camilo Valdivieso-Leon & Santiago García-Jaramillo. *Transforming the legislative: a pending task of Brazilian and Colombian Constitutionalism*. Revista de Investigações Constitucionais | Journal of Constitutional (En proceso de publicación). 2018.
- Carlos Bernal-Pulido. El Derecho de los derechos. Ed., Universidad Externado de Colombia. (2005).
- Carlos Bernal-Pulido. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. (2007).
- Constitución Política de Colombia. [Const]. Art. 243. 7 de Julio de 1991. (Colombia)
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-406 de 1992. (M.P: Ciro Angarita Barón: 5 de junio de 1992).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-102 de 1993. (M.P: Carlos Gaviria Díaz: 10 de marzo de 1993).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-221 de 1994. (M.P: Carlos Gaviria Díaz: 5 de mayo de 1994).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-507 de 1999. (M.P: Vladimiro Naranjo Mesa: 14 de julio de 1999).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-814 de 2001. (M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra: 2 de agosto de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-227 de 2003. (M.P: Eduardo Montealegre Lynett: 17 de marzo de 2003).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-101 de 2004. (M.P: Jaime Córdoba Triviño: 10 de febrero de 2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-431 de 2004. (M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra: 6 de mayo de 2004).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1153 de 2005. (M.P: Marco Gerardo Monroy Cabra: 11 de noviembre de 2005).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-075 de 2007. (M.P: Rodrigo Escobar Gil: 7 de febrero de 2007).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-336 de 2008. (M.P: Clara Inés Vargas Hernández: 16 de abril de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-463 de 2008. (M.P: Jaime Araujo Rentería: 14 de mayo de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-760 de 2008. (M.P: Manuel José Cepeda Espinosa: 31 de julio de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-712 de 2008. (M.P: Jaime Araujo Rentería: 15 de julio de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-875 de 2008. (M.P: Jaime Córdoba Triviño: 9 de septiembre de 2008).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-921 de 2008. (M.P: Marco Gerardo Monroy Córdoba: 18 de septiembre de 2008).



- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-053 de 2009. (M.P: Humberto Antonio Sierra Porto: 30 de enero de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-120 de 2009. (M.P: Clara Inés Vargas Hernández: 24 de febrero de 2009).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-141 de 2010. (M.P: Humberto Antonio Sierra Porto: 26 de febrero de 2010).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-717 de 2011. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva: 22 de septiembre de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-577 de 2011. (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 26 de julio de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-574 de 2011. (M.P: Juan Carlos Henao Pérez: 22 de julio de 2011).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-238 de 2012. (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 22 de marzo de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-491 de 2012. (M.P: Luis Ernesto Vargas Silva: 28 de junio de 2012).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-054 de 2014. (M.P: Alberto Rojas Ríos: 3 de febrero de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-784 de 2014. (M.P: María Victoria Calle Correa: 21 de octubre de 2014).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-683 de 2015. (M.P: Jorge Iván Palacio Palacio: 4 de noviembre de 2015).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016. (M.P: María Victoria Calle Correa: 13 de diciembre de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-699 de 2016. (M.P: María Victoria Calle Correa: 13 de diciembre de 2016). Salvamento de voto del Magistrado Luis Guillermo Guerrero-Pérez. Pág. 130-131.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-214 de 2016. (M.P: Alberto Rojas Ríos: 28 de abril de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-230 de 2016. (M.P: Alberto Rojas Ríos: 11 de mayo de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-284 de 2016. (M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: 1 de junio de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-557 de 2016. (M.P: Alberto Rojas Ríos: 13 de octubre de 2016).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-332 de 2017. (M.P: Antonio José Lizarazo Ocampo: 17 de mayo de 2017).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-171 de 2018. (M.P: Cristina Pardo Schlesinger: 7 de mayo de 2018).
- Elizabeth Garret. *Is the Party Over? The Court and the Political Process*. The University of Chicago Press. 2002. At. 95.
- Fernando Contreras. *Judicialización de la política: algunas notas sobre el concepto y origen*.

- Gerald N. Rosenberg. *The Hollow Hope - Can Courts Bring About Social Change?* Ed., University of Chicago Press Books. (2008).
- Hans Kelsen. *De la esencia y valor de la democracia.* Ed., KRK Ediciones. (2009).
- Jeremy Waldron. *A Right-Based Critique of Constitutional Rights.* Oxford Journal of Legal Studies. 01 de marzo de 1993. At.18.
- Jeremy Waldron. *Control de Constitucionalidad y Legitimidad Política.* Dikaion. Enero de 2018. At. 7.
- Jeremy Waldron. *The Core Case Against Judicial Review.* *The Yale Law Journal.* Abril de 2006. At. 1346.
- Juan Carlos Rodríguez-Raga. Strategic Deference in the Colombian Constitutional Court, 1992-2006 en: *Courts in Latin America.* Págs. 95-96
- Jürg Steiner, María Clara Jaramillo, Rousiley Maia, & Simona Mameli. *Deliberation across Deeply Divided Societies.* Ed., Cambridge University Press. (2017).
- Leonardo García-Jaramillo. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales. Intento de Conceptualización y Defensa del Neoconstitucionalismo.* Ed., Universidad Nacional Autónoma de México. (2015).
- Leonardo García-Jaramillo & Vicente F. Benítez-Rojas. *“El control judicial le cuesta demasiado a la democracia”.* *Entrevista a Jeremy Waldron.* Isonomía. Abril 2018. At. 171.
- Ley 5 de 1992. Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes. 18 de junio de 1992. DO. N.º 40.483.
- Manuel José Cepeda -Espinosa. *The Judicialization of Politics in Latin America.* Ed., Studies of the Americas. (2005).
- Mark Tushnet. *Taking the Constitution Away from the Courts.* Ed., Princeton University Press. (2000).
- Michael Mandel. *A Brief History of the New Constitutionalism, or “How we Changed Everything so that Everything Would Remain the Same”.* Israel Law Review. 1998. At. 250.
- Michael Mandel. *The Charter of Rights and the Legalization of Politics in Canada.* Ed., Thompson Educational Publishing Inc. (1994).
- Neal Tate, & Torbjorn Vallinder. *The Global Expansion of Judicial Power.* Ed., New York University Press (1997).
- Pablo Rueda. *Legal Language and Social Change during Colombia’s Economic Crisis en Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America.* Mayo (2010). At. 25.
- Paula Ponce-De-León-Martínez. *La Refrendación Popular en Colombia no es tan Popular.* Universitas Estudiantes. Enero-Junio 2018. At. 75.
- Peter Mulhern. *In Defense of The Political Question.* University of Pennsylvania Law Review. 1988. At. 97.
- Ran Hirschl. *Judicialization of pure politics worldwide.* Fordham Law Review. Diciembre de 2006. At. 721.
- Ran Hirschl. *Looking sideways, looking backwards, looking forwards: judicial review vs democracy in comparative perspective.* 34 University of Richmond Law Review. 2000. At. 415.

- Ran Hirschl. *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*. University of Toronto Annual Review of Political Science. 2008. At. 93.
- Ran Hirschl. *The Political Origins of the New Constitutionalism*. Indiana Journal of Global Legal Studies. Invierno 2004. At. 71.
- Ran Hirschl. *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of The New Constitutionalism*. Ed., Harvard University Press. (2007).
- Richard D. Parker. *Here, the people rule*. Ed., Harvard University Press. (1994).
- Roberto Gargarella. *Meditaciones democráticas. Consideraciones en torno a los Acuerdos de Paz*. Revista Semana. Noviembre 11 de 2016.
- Roberto Gargarella. *¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales*. Perfiles latinoamericanos. Diciembre de 2006. At. 9.
- Ronald Dworkin. *The Forum of Principle*. 56 NYU Law Review. 1981. At. 469.
- Richard Fallon. *The Core of an Uneasy Case for Judicial Review*. 121 Harvard Law Review. Mayo de 2008. At. 1693.
- Stephen Gardbaum. *Are Strong Constitutional Courts Always a Good Thing for New Democracies?*. Columbia Journal of Transnational Law. Enero de 2015. At. 285.
- Vicente Benítez-Rojas. *Constitución Popular, No Judicial*. Ed., Temis. (2014).
- W.B. Gallie. *Essentially Contested Concepts*. The Aristotelian Society. 1955-1956. At. 167.