

Activismo judicial*

Judicial Activism

Fabio Enrique Pulido-Ortiz
Universidad de La Sabana
ORCID ID 0000-0002-1100-9962
fabio.pulido@unisabana.edu.co

Cita recomendada:

Pulido-Ortiz, F. E. (2024). Activismo judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 217-235
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9008>

Recibido / received: 06/03/2024
Aceptado / accepted: 26/07/2024

Resumen

El objetivo de este artículo es avanzar en la comprensión del activismo judicial. El artículo inicia con el análisis de las principales tesis sobre el concepto de activismo judicial, subrayando sus principales debilidades explicativas. Luego se introduce la distinción entre la actividad judicial, a saber, el ejercicio “propio” de funciones judiciales; y el activismo judicial entendido como un tipo específico de ejercicio “impropio” de funciones judiciales. Se concluye que el activismo judicial es una forma de ejercicio impropio de la actividad judicial, que se caracteriza por la reconfiguración de las competencias de los jueces a través de sus propias decisiones.

Palabras clave

Activismo judicial, estado de derecho, reglas de competencia, principio de legalidad.

Abstract

The objective of this paper is to improve the conceptual understanding of judicial activism. The work begins with the analysis of leading thesis of judicial activism highlighting its main explanatory weaknesses. Then, it is introduced the distinction between judicial activity, i.e the proper exercise of judicial powers, and judicial activism understood as a kind of improper exercise of judicial powers. The work concludes that judicial activism is a type of improper exercise of judicial powers which is characterized by the practice of judges to reconfigure power-conferring rules through their own judicial decisions.

Keywords

Judicial activism, rule of law, power-conferring rules, principle of legality, reconfiguration of legal powers.

* Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “La política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019), financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana. El autor agradece los comentarios, críticas y sugerencias de Vicente Benitez, Pablo Rivas-Robledo, Carlos Bernal Pulido, Carlos Arévalo, Luciano Laise, Daniela Álvarez, María Alejandra Uribe, Raquel Sarria y Sergio Morales.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Decisiones judiciales orientadas ideológicamente. 3. Decisiones judiciales con fundamento en la moral. 4. Dimensiones del activismo judicial. 5. Actividad judicial. 6. Activismo judicial. 7. Conclusión.

1. Introducción

El activismo judicial se ha posicionado como una de las discusiones centrales en el estudio del papel de los jueces en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Algunos defienden el activismo judicial argumentando que es indispensable que las decisiones judiciales se involucren en el desarrollo de ideales políticos y en alcanzar transformaciones sociales (Saffon y García-Villegas, 2011). Otros reprochan el activismo judicial afirmando que representa una seria amenaza al principio de legalidad, esto es el principio que exige a las autoridades que gobiernen de acuerdo y a través del derecho (Dyson, 2003). Sin embargo, en esta discusión subyace una indeterminación sobre cuáles son los parámetros conceptuales comunes para la descripción y evaluación del activismo judicial. En este orden de ideas, el objetivo de este artículo es avanzar en la comprensión del activismo judicial y, en consecuencia, aportar en la construcción de un andamiaje conceptual que sirva para diagnosticar el activismo judicial en las prácticas jurídicas.

El artículo inicia con el análisis de las principales tesis sobre el activismo judicial, subrayando sus principales debilidades conceptuales. Luego se introduce la distinción entre la actividad judicial, a saber, el ejercicio “propio” de las funciones judiciales; y el activismo judicial entendido como un tipo específico de ejercicio “impropio” de funciones judiciales. Se concluye que el activismo judicial es una forma de ejercicio impropio de la actividad judicial que se caracteriza por la reconfiguración de las competencias de los jueces a través de sus propias decisiones. En otras palabras, el activismo judicial supone que, mediante las decisiones judiciales, los jueces transforman sus poderes al modificar sus competencias.

2. Decisiones judiciales orientadas ideológicamente

Una tesis muy difundida sobre el activismo judicial sostiene que su característica fundamental es la existencia de *decisiones judiciales orientadas ideológicamente*, es decir, que un juez activista es aquel que busca que los resultados de sus decisiones coincidan con su ideología (*result-oriented ideological approach*)¹. Esta tesis se asocia con una idea que subyace en las críticas que suelen dirigirse en contra del activismo judicial: los ordenamientos jurídicos pretenden definir y limitar el poder público, de manera que las autoridades (incluidos, desde luego, los jueces) tomen decisiones conforme a criterios previos y públicamente definidos en normas jurídicas (principio de legalidad), y no sobre la base de sus ideologías. En tanto el activismo consiste –según esta tesis– en que las decisiones judiciales están orientadas ideológicamente, entonces el activismo judicial frustra el principio de legalidad (Dyson, 2003; Lee, 2013).

A pesar del atractivo inicial de esta tesis, existen las siguientes razones para rechazarla. Los conceptos están conformados por una serie de propiedades que explican las características fundamentales de un fenómeno. Esas propiedades,

¹ Cross y Lindquist (2007) piensan que los jueces activistas se involucran en un «*result-oriented judging, whereby their decisions are driven by their ideological preferences concerning substantive case outcomes*» (p. 1766).

además, se constituyen en criterios para la identificación de casos específicos del concepto (Margolis y Laurence, 2021). Si el concepto no tiene esta capacidad, entonces tenemos que rechazarlo o reformularlo. Por poner solo un ejemplo, el concepto de «abogado» nos debe servir para identificar un tipo de profesional y diferenciarlo de otros. Supongamos que se propone que una propiedad del concepto de abogado es que «usan zapatos». Puede ser cierto que muchos (o todos los) abogados usen zapatos, pero ese uso no resulta relevante para comprender el concepto de «abogado». Aun cuando coincida con el hecho de que los abogados usen zapatos, lo cierto es que esa propiedad no nos sirve para comprender qué son los abogados ni, por su puesto, para identificar o describir a individuos que son abogados.

De forma similar, si sostenemos que el activismo judicial se caracteriza por la existencia de decisiones judiciales orientadas por una ideología, resulta que el concepto no sirve para identificar casos de activismo judicial, ni para diferenciarlo de otros fenómenos. Esto es así por una sencilla razón: el activismo judicial no tiene una ideología que lo caracterice y que funcione como criterio para identificar casos de activismo judicial. Pueden existir casos de activismo de derecha, de izquierda, de progresistas, de conservadores, animalistas, libertarios, etc. (Allan, 2015). Por lo tanto, ninguna ideología resulta idónea para concluir que un acto es un caso de activismo judicial. De manera que, aun cuando fuese cierto que todos los casos de activismo judicial tienen un *contexto ideológico*, esa propiedad no resulta suficiente para comprender qué es el activismo o para definir si estamos en presencia de un caso de activismo judicial².

Es verdad que los defensores de esta tesis pueden responder que lo que caracteriza al activismo judicial no es, en efecto, la existencia de una ideología en particular, sino la existencia de decisiones que están orientadas por cualquier ideología. No obstante, este ajuste no resulta satisfactorio. En primer lugar, fundamentar el concepto de activismo judicial en la existencia de decisiones judiciales que se orientan por cualquier ideología resulta demasiado genérico, vago e indeterminado. La noción «cualquier ideología» es indeterminada y maleable, por lo que no sirve para comprender qué es el activismo judicial. Como se sabe, las definiciones tienen dos elementos: el *definiens* y el *definiendum*. En el marco del problema del activismo judicial, el *definiendum* es el término que designa lo que se pretende definir (o sea, el término «activismo judicial»). El *definiens*, por otro lado, está constituido por las condiciones o propiedades que concretan que cierta decisión judicial es un caso de activismo judicial. Una de las exigencias para definir

² Esta forma de conceptualizar el activismo judicial suele ser, además, circular. Por un lado, se argumenta que el activismo judicial ocurre porque los resultados de una decisión judicial coinciden con una ideología. Por otro lado, se emplean los contenidos de esas ideologías para definir el activismo judicial. Veamos un ejemplo: la Suprema Corte de los EEUU rechazó el conocimiento de un caso sobre el derecho de los trabajadores a solicitar que su horario se ajuste a sus actividades religiosas prioritarias. Los jueces de instancia habían desestimado la demanda argumentando que el trabajador no tenía ese derecho porque se impondrían dificultades excesivas en los negocios del empleador. Ante la decisión de rechazo de la Suprema Corte, los jueces Neil Gorsuch y Samuel Alito formularon votos disidentes argumentando sobre la oportunidad de la Suprema Corte para precisar el precedente judicial sobre los derechos religiosos de los trabajadores (Gorsuch, 2021). Linda Greenhouse respondió en una columna a la disidencia de Gorsuch y Alito calificándola de activismo judicial. Según ella, el voto disidente es un caso de activismo porque coincide con la agenda conservadora. Pero lo curioso es que para afirmar que la disidencia es conservadora el fundamento es justamente que representa un caso de activismo judicial (Greenhouse, 2021). Por supuesto que no estoy sugiriendo que los citados jueces no sean conservadores. Tampoco estoy definiendo si la disidencia en mención es o no un caso de activismo judicial. Lo único que quiero señalar es que no es posible afirmar que una decisión es activista solo porque coincida con una u otra ideología y que –además– suele argumentarse de forma circular sosteniéndose que un acto es activismo porque se dirige a una ideología, y que el contenido de una decisión judicial es ideológico porque es activista.

adecuadamente un concepto es que el *definiens* precise, aclare o elucide al *definiendum*. El *definiens* debe, por lo menos, ofrecer una información o explicación más precisa sobre el *definiendum*. Por lo tanto, una explicación del concepto de activismo judicial que recurre a nociones más oscuras e indeterminadas (como lo es la noción de «cualquier ideología») debe ser rechazada o reformulada.

En segundo lugar, esta indeterminación ha facilitado el uso emotivo del activismo judicial. El uso emotivo del lenguaje se caracteriza por la expresión de términos que corresponden a reacciones subjetivas del emisor (sus emociones, sentimientos o estados de ánimo) y no a la comunicación de significados. En otras palabras, las expresiones emotivas no están destinadas a transmitir proposiciones (*i.e.* son expresiones que no pueden calificarse como verdaderas o falsas), sino que manifiestan sentimientos o actitudes subjetivas del hablante (Hale y Wright, 1997). Esto ocurre con aquellos que defienden u objetan el activismo judicial justamente porque las decisiones judiciales coinciden o contradicen sus ideales morales o políticos. En estos casos, el activismo judicial se asocia con las reacciones subjetivas causadas por el resultado de las decisiones judiciales. Muchos de quienes celebran el activismo judicial de los tribunales en, por ejemplo, materia de derechos sociales, no están conformes con el activismo en sí mismo, sino que celebran los resultados de una decisión. Similarmente, suele ocurrir que los críticos del activismo judicial en por su impacto en los sectores económicos no están en desacuerdo con el activismo en sí mismo, sino insatisfechos con los resultados de las decisiones judiciales³. Por lo tanto, cuando se intenta explicar el activismo judicial con base en el apoyo o rechazo subjetivos de los resultados de las decisiones judiciales, no se está definiendo el activismo judicial. Lo que se hace es usar la expresión «activismo judicial» para expresar el apoyo o el rechazo de los resultados de las decisiones judiciales, a la luz de un punto de vista personal (Linfante Vidal, 2019). Este hecho explica que los defensores del activismo judicial lo sean mientras las decisiones judiciales tengan consecuencias positivas en los contenidos que apoyan. Una vez ese estado de cosas se modifica (*i.e.* una vez las decisiones judiciales tienen consecuencias negativas en los contenidos que defienden), entonces los defensores del activismo cambian de orilla y se convierten en sus opositores (Balkin, 2009).

Para explicar mejor este problema, resulta oportuno diferenciar entre a) el acto normativo, b) sus resultados y c) sus consecuencias (Von Wright, 1963). Un acto normativo –como, por ejemplo, un contrato de compraventa, una ley o una decisión judicial– depende de que se cumplan las condiciones de validez definidas en las normas del sistema. El resultado de la realización del acto normativo es la modificación o afectación de una situación normativa. Imaginemos el siguiente ejemplo: un ciudadano demanda una ley tributaria argumentando que en su aprobación se incumplieron las reglas sobre mayorías. En la decisión que resuelve el caso, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma y la expulsa del ordenamiento jurídico. La decisión del tribunal es un acto normativo, esto es, el ejercicio de un poder o potestad conferido por una norma del sistema. El resultado de esa decisión judicial es que afecta la situación normativa de los

³ Así, por ejemplo, en Colombia se suele sostener que el activismo de la Corte Constitucional ha desempeñado un papel destacado al lograr transformaciones en la situación de minorías y grupos históricamente marginados (Saffon y García-Villegas, 2011). Pero al mismo tiempo, se reprocha al activismo judicial su impacto negativo en la economía. En una nota de prensa se registraba con preocupación el impacto del activismo judicial en la producción económica colombiana, anotándose que diferentes actuaciones judiciales están desconociendo la institucionalidad del país y mermando la posibilidad de mejoras en la inversión económica para los sectores productivos. Redacción Economía (2019) El "activismo jurídico" está afectando la producción minera, según la ACM. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/el-activismo-judicial-esta-afectando-la-produccion-minera-segun-la-acm-articulo-880898/>

ciudadanos, en tanto expulsó del sistema una norma que establecía una serie de deberes tributarios. Las consecuencias de ese acto normativo son los efectos que pueden causar contingentemente sus resultados. Así, es posible que el demandante celebre su victoria judicial y que el Gobierno reproche ante los medios de comunicación el contenido de la orden. Pero lo cierto es que la decisión judicial se define por las condiciones de validez de tal acto y no por sus resultados, ni mucho menos por las consecuencias contingentes de sus resultados.

Existen, desde luego, conexiones entre los actos normativos y sus resultados. La decisión judicial que resolvió el asunto de la reforma tributaria es, como se dijo, un acto normativo que tuvo como resultado la declaración de inconstitucionalidad de la norma. El acto normativo (v. gr. una decisión judicial del Tribunal Constitucional) sirve de condición suficiente para la validez del resultado normativo (v. gr. la declaración de inconstitucionalidad de la norma). Sin embargo, sería un error explicar el acto normativo con fundamento en sus resultados. Ese tipo de explicación es incorrecta porque incurre en un error lógico conocido como la afirmación del consecuente, esto es, una falacia formal que se comete cuando, a pesar de ser verdadero que si A entonces B, incorrectamente se afirma que si B, entonces A. En los términos de la explicación de las decisiones judiciales, puede ser verdad que la decisión del Tribunal Constitucional sea condición suficiente para la expulsión de la norma; pero es incorrecto sostener que esos resultados sean suficientes para explicar la decisión. Así las cosas, si lo que se quiere afirmar es que el activismo judicial se define por la existencia de cierto tipo característico de resultados normativos, es necesario explicar la conexión del acto normativo (la decisión judicial activista) con esos resultados y, por supuesto, precisar o definir con mayor claridad cuál es el tipo de resultados a los que refiere la explicación, es decir, dar cuenta de la conexión entre un acto judicial y los resultados que, según esta tesis, pueden servir de fundamento para definir el activismo judicial.

Por último, explicar el concepto de activismo judicial con base en las relaciones existentes entre las decisiones judiciales y sus consecuencias (negativas o positivas) puede incurrir en una forma de *argumentum ad consequentiam*. Nada es –o no es– solo porque, en caso de que exista (o no exista), surjan consecuencias positivas o negativas. Un argumento dirigido a demostrar que A tiene la consecuencia B no sirve para explicar qué es A. Traduciéndolo a la explicación del activismo judicial, afirmar que una decisión judicial es activista porque sus resultados impactan positiva o negativamente en una ideología, no sirve para definir el activismo judicial sino para señalar una de sus posibles consecuencias. No basta con agregar que el activismo consiste justamente en un tipo de consecuencias que tienen ciertas decisiones judiciales. Esta aclaración no resuelve el problema porque, como ya se dijo, el término «ideología» es indeterminado y no sirve para dotar de contenido al concepto de activismo judicial (más allá de ser usado como una expresión emotiva en apoyo o rechazo a las decisiones). Además, la relación entre los actos y las consecuencias es contingente y causal.

3. Decisiones judiciales con fundamento en la moral

Otra conocida tesis sostiene que el activismo judicial está caracterizado por la existencia de decisiones judiciales que tienen fundamento en la moral y no en el derecho vigente (Sowell, 1989). Esta explicación es incorrecta porque, de ser cierta, toda decisión judicial sería activista o, en otras palabras, si fuere verdad que lo que caracteriza el activismo judicial es que son decisiones judiciales con fundamento moral, entonces no sería posible distinguir entre los casos que son activismo judicial de los que no lo son. Esto es así porque el principio de justificación, en tanto elemento necesario para la validez de las decisiones judiciales, exige que los jueces

fundamenten sus decisiones en las razones jurídicas correctas (Hernández-Marín, 2008). Ahora bien, desde distintos puntos de vista se reconoce que el principio de justificación involucra premisas morales en el razonamiento judicial acerca de cómo se deben decidir las cuestiones jurídicas. Es verdad que existen profundos desacuerdos sobre la naturaleza del principio de justificación y que los filósofos del derecho explican de distintas maneras la relación entre el principio de justificación y la moral. Pero lo cierto es que, a pesar de las profundas diferencias al respecto, se reconoce que, primero, existe una conexión necesaria entre las decisiones judiciales y el principio de justificación y, segundo, que el principio de justificación incluye premisas morales.

Algunos defienden que existe una conexión conceptual o constitutiva entre las decisiones judiciales y la moral. Se sostiene que el razonamiento judicial incluye necesariamente premisas morales en tanto son juicios de carácter práctico, esto es, de valoración jurídica de la acción humana. De acuerdo con esta posición, en el razonamiento judicial no resulta posible comprender la acción humana sin conocer la intención de los agentes, lo cual requiere una necesaria referencia a los fines que hacen valiosa (o disvaliosa) la acción enjuiciada (Zambrano y Cianciardo, 2019). En este orden de ideas, toda decisión judicial está orientada a la realización de la justicia en cada situación jurídica específica, por lo que el razonamiento judicial incluye necesariamente un juicio acerca de las razones que justifican las normas jurídicas a la luz del caso concreto que el juez debe resolver (Zambrano, 2009). La finalidad de este tipo de razonamiento no es la sola descripción de las acciones juzgadas, sino «su calificación valorativa con referencia a un fin». Por lo tanto, el razonamiento judicial «se dirige, a partir de ciertos principios y normas, en dirección a la valoración» de las acciones con miras a la realización de la justicia (Massini, 2008, p. 165).

Por otro lado, para Alexy (2005), las decisiones jurídicas (y fundamentalmente las decisiones judiciales) formulan necesariamente una pretensión de corrección. Cuando un juez resuelve un caso, lo hace bajo el supuesto que es una decisión justa. Esta pretensión es de naturaleza moral en tanto se dirige a la forma de resolver cuestiones de justicia, tales como la distribución de cargas y beneficios, la compensación de daños o la adjudicación de derechos. «Las cuestiones de justicia son cuestiones morales», por lo que «la pretensión de corrección establece una anexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral» (Alexy, 2005, pp. 46-47). En esta misma línea, La Torre (2015) considera que los jueces no son actores pasivos en la aplicación del derecho, toda vez que el principio de justificación de las decisiones judiciales exige una argumentación moral acerca de la forma correcta de aplicar las normas.

Bien conocida es la posición de Dworkin (1986) para quien el derecho está conformado no solo por las reglas establecidas o reconocidas en las fuentes legales (constituciones, leyes, precedentes, contratos, etc.), sino también por principios de naturaleza moral. Esos principios –según Dworkin– no pueden ser comprendidos y aplicados sin el ejercicio de un razonamiento moral tendiente a encontrar la mejor interpretación posible del derecho considerando los principios morales que justifican la práctica jurídica. Por lo tanto, existe una conexión necesaria entre las decisiones judiciales y la moral pues el principio de justificación exige que, en el proceso de justificación de sus decisiones, los jueces apliquen las normas a la luz de principios morales que hacen valiosa la práctica jurídica (Dworkin, 1986).

También están quienes sostienen que existe una conexión justificatoria entre las decisiones judiciales y la moral, precisamente por las exigencias del principio de justificación. Según Nino (1985), el razonamiento judicial es un tipo de razonamiento práctico «dirigido a justificar categóricamente acciones y decisiones» (Nino, 1985, p.

41). La justificación de las decisiones judiciales supone «un principio general de índole moral» para valorar las acciones humanas. En el razonamiento judicial, ese principio se debe combinar con «un juicio fáctico acerca de la vigencia de ciertas prescripciones o normas jurídicas, cuyo reconocimiento u observancia se valora positivamente» (Nino, 1985, p. 60). Raz (1993) explica de forma similar la conexión entre el principio de justificación y la moral. Para este filósofo, el razonamiento judicial es una forma de razonamiento moral acerca de cómo se debe decidir cuando los individuos se enfrentan a problemas jurídicos. El principio de justificación exige que los jueces resuelvan los problemas jurídicos con base en premisas que consideran valiosas. Según este autor, el principio de justificación no implica, desde luego, que las premisas que constituyen el razonamiento judicial tengan necesariamente contenido moral, ni que los jueces puedan omitir las normas jurídicas para recurrir solo a consideraciones morales al justificar la decisión. Lo que afirma es que el principio de justificación exige que los jueces, al aplicar las normas jurídicas, deliberen para lograr que las premisas y conclusiones sean las adecuadas para resolver el asunto (Raz, 1993).

Para este autor, los asuntos que resuelven los jueces tienen naturaleza moral en tanto son juicios sobre la adjudicación de derechos y obligaciones. Para dar respuesta a estos asuntos, el razonamiento judicial supone que, a pesar de que no se deba recurrir directamente a consideraciones morales, sus conclusiones deben ser moralmente aceptables (Raz, 1993). Desde luego que existen contextos en los que las decisiones judiciales son moralmente irrelevantes, en el sentido que la decisión específica es indiferente para la moral. Por ejemplo, una regla puede decidir si los conductores deben manejar por la derecha o por la izquierda. Esta regulación es, en principio, indiferente para la moral en tanto no existen razones morales que exijan conducir de una u otra manera. Sin embargo, en estos casos, la indiferencia moral de las decisiones jurídicas (por ejemplo, la que aplica la regla de conducir por la derecha) no depende del ordenamiento jurídico sino del contenido de la moral. Además, una vez establecida la regla, su aplicación bien puede tener una naturaleza moral como, por ejemplo, la asignación de responsabilidades por la violación de la norma. En este sentido, la aparición de casos jurídicos moralmente indiferentes está en función del contenido y la extensión de la moral, esto es, en la medida en que los asuntos estén o no definidos por la moral (Raz, 1993)⁴.

El principio de justificación, en definitiva, involucra en el razonamiento judicial premisas morales acerca de cómo se deben decidir las cuestiones jurídicas. No significa que los jueces deban recurrir directamente a la moral para justificar sus decisiones (como parece sugerir Dworkin), ni que necesariamente toda decisión judicial esté moralmente justificada. Lo que significa es que el principio de justificación presupone que el razonamiento judicial, incluso en los casos en que el derecho positivo determina la forma de resolver un caso, debe encontrar fundamento en un principio de naturaleza moral (p. ej. la autoridad legítima del derecho, la instanciación de bienes humanos básicos o la pretensión de corrección).

⁴ Raz (1993) agrega que los jueces deben recurrir a consideraciones morales para superar las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, vaguedad y textura abierta) y sistemáticas (lagunas y antinomias). Para resolver los casos en que el derecho es indeterminado, los jueces deben interpretar e integrar el derecho. El razonamiento para realizar estas tareas involucra necesariamente consideraciones morales (Raz, 1993). Además, los ordenamientos jurídicos suelen autorizar a los jueces para que modifiquen o se aparten de las normas jurídicas con fundamento en razones o consideraciones morales (Raz, 1993). Un ejemplo paradigmático de esta autorización es la existente en los sistemas jurídicos con regla de precedente (v. gr. el *stare decisis* en el *common law*) para que los jueces modifiquen los precedentes con base en consideraciones de justicia (*overruling*).

Algunos podrían refutar que el activismo judicial no se caracteriza por la existencia de decisiones judiciales vinculadas con la moral, sino por la presencia de decisiones judiciales cuyo contenido no se deriva de la aplicación de normas jurídicas previas. Las decisiones judiciales activistas, según esta posición, son aquellas que crean nuevas normas (o modifican las vigentes) para resolver los casos. Es decir, no se afirma que el activismo judicial se caracterice por que las decisiones judiciales tienen un vínculo con la moral, sino que está constituido por aquellas decisiones que aplican directamente un razonamiento moral para crear (o modificar) las normas vigentes. En este sentido, Alexander (2015) argumenta que el juez es activista cuando modifica o introduce normas jurídicas. La creación judicial de normas es producto de un razonamiento moral que usurpa las funciones de otros poderes públicos (Alexander, 2015). De forma similar, Almeida Ribeiro (2015) considera que el activismo judicial está asociado a un tipo de irregularidad que ocurre cuando los jueces incumplen el deber de decidir conforme al derecho y, por el contrario, intervienen en la creación de normas.

Esta posición incurre en el siguiente error: el solo hecho de que los jueces intervengan en la creación de normas jurídicas no los convierte en activistas. En los sistemas jurídicos en los que el juez tiene la competencia para, por ejemplo, modificar los precedentes judiciales vigentes, el hecho de que el juez cree una norma (en ese caso, un precedente judicial) no implica que el juez sea activista. En efecto, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que existe una regla o doctrina del precedente judicial, se supone que los jueces tienen el poder jurídico de crear y modificar (de acuerdo con ciertas condiciones) las normas jurídicas que constituyen los precedentes judiciales (Núñez-Vaquero y Fernández-Cruz, 2021). En consecuencia, no existen razones para pensar que una decisión judicial es activista cuando un juez crea una nueva norma al modificar un precedente de conformidad con las condiciones legales definidas para ello⁵.

En un problema similar incurren aquellos que sostienen que el activismo judicial se caracteriza por el uso del poder de anular normas jurídicas, particularmente mediante el ejercicio del control constitucional de la ley (Green, 2009). Afirman que este poder no es parte de la función judicial (o sea, de la actividad judicial) y que convierte a los jueces en un actor de la definición de asuntos políticos. Así, por ejemplo, algunos han subrayado que ese poder –y teniendo en cuenta que en el sistema jurídico de los Estados Unidos no existe norma constitucional que lo autorice expresamente– es el mecanismo que tienen los jueces para participar activamente en la política de ese país (Kmiec, 2004). Sin embargo, esta aproximación llega a conclusiones incorrectas. El solo hecho de que los jueces tengan el poder de anular normas, no hace que sus decisiones sean activistas. Así, por ejemplo, resulta extraño afirmar que un Tribunal Constitucional es activista solo por usar sus competencias constitucionales de anular las leyes inconstitucionales.

En todo caso, y como se desarrollará más adelante, estas ideas nos alertan sobre una pista clave: lo que constituye el activismo no es el poder de crear normas o de anular normas, sino que los jueces no tengan la potestad de hacerlo.

4. Dimensiones del activismo judicial

⁵ Como veremos más adelante, lo que eventualmente constituye el activismo no es la creación judicial de normas, sino que los jueces no tengan la potestad de hacerlo, esto es, que no exista una norma de competencia que otorgue ese poder al juez. Pero en tal caso, la creación de normas es una manifestación contextual del activismo judicial, no una propiedad conceptual del activismo.

Para Canon (1983), el activismo judicial es una práctica multifacética que se puede reconstruir a partir de las dimensiones en que se manifiesta (en su trabajo toma como referente el contexto estadounidense). Según él, las diversas manifestaciones del activismo judicial se pueden agrupar en seis variables fundamentales: a) el grado en que las decisiones judiciales anulan o rechazan las políticas adoptadas por otros órganos (v. gr. mediante el control constitucional judicial); b) el grado en que las decisiones judiciales alteran precedentes, doctrinas e interpretaciones vigentes, c) el grado en que las disposiciones jurídicas son interpretadas en contra de su significado ordinario, d) el grado en que las decisiones judiciales realizan políticas públicas que distorsionan el curso normal de proceso democrático, e) el grado en que las decisiones judiciales establecen directamente las reglas para implementar las políticas públicas, sustituyendo el trabajo de las agencias administrativas, y f) el grado en que las decisiones judiciales sustituyen las consideraciones y decisiones que razonablemente han sido efectuadas por otros órganos estatales (Canon, 1983).

Lo que propone Canon es que entre mayor sea el grado de evidencia de esas variables, entonces más activista es la práctica judicial respectiva. Esta propuesta puede resultar útil para realizar diagnósticos de las prácticas jurídicas estudiadas. Sin embargo, no puede explicar qué es el activismo judicial. Solamente puede describir la forma como ocurre en unas prácticas jurídicas específicas. Estas dimensiones, aun reconociendo que estuviesen adecuadamente reconstruidas, no explican el concepto de activismo judicial sino algunas de sus manifestaciones contextuales. Pueden ser un «termómetro» para identificar el grado de activismo judicial en unas prácticas jurídicas, pero no sirven para explicar el concepto de activismo judicial. Canon es consciente de esta limitación. Afirma que esas dimensiones tienen una función diagnóstica, pero en ningún caso definitiva del activismo judicial. En todo caso se anima a identificar las propiedades que, para él, pueden caracterizar al activismo judicial: 1) la intervención judicial en asuntos políticos y 2) el ejercicio impropio de funciones. La intuición de Canon apunta a la dirección acertada, *i.e.* en encontrar un concepto de activismo judicial que sirva de referente para identificar los casos, dimensiones o instancias específicas de activismo.

Sin embargo, la explicación de Canon (1983) tiene los siguientes problemas. Por un lado, la tesis según la cual una característica del activismo es que los jueces se involucran en la definición de asuntos políticos, generaliza indebidamente las dimensiones o manifestaciones del activismo judicial. Es decir, aun siendo verdad que en ciertas prácticas jurídicas es un caso de activismo que los jueces, por ejemplo, anulen las leyes, este hecho no es suficiente para poder generalizar ese poder como parte del concepto de activismo judicial. Como se dijo antes, del hecho que los jueces tengan el poder de anular normas, no se puede derivar que sus decisiones sean activistas (por ejemplo, que un Tribunal Constitucional anule una ley inconstitucional no es suficiente para afirmar que es activista). De hecho, ocurre que el uso de ese poder puede llegar a ser una manifestación del activismo judicial en unas prácticas jurídicas, pero no lo es necesariamente en otras.

No caben dudas de que el control abstracto de constitucionalidad tiene como consecuencia una interferencia del órgano judicial en la política. Pero también es indudable que muchos sistemas jurídicos reconocen esa potestad como una de las funciones de los tribunales constitucionales. Si el Tribunal Constitucional italiano declara inconstitucional una norma creada por el Parlamento, esta decisión no es suficiente para afirmar que es un caso de decisión judicial activista. Otro ejemplo es el caso de las acciones populares. Algunos sistemas jurídicos contemplan acciones

populares para la protección de los derechos colectivos y del medio ambiente⁶. En las decisiones judiciales de los casos colectivos, los jueces pueden definir la forma adecuada de encarar las políticas públicas para, por ejemplo, reducir la contaminación de un río. Siendo cierto que el sistema jurídico estableció esas acciones, que se siguió el proceso legal para alcanzar la decisión y que el contenido de la decisión está dentro de las posibilidades admitidas por las normas jurídicas, no queda claro que el hecho de que la decisión judicial haya intervenido en una política pública sirva para catalogarla como activista.

De acuerdo con lo anterior, se puede marcar una distinción que resulta básica en la comprensión del activismo judicial. Un asunto es la explicación del concepto de activismo judicial (es decir, qué es el activismo judicial y sus características fundamentales), y otro distinto la identificación y descripción de las manifestaciones del activismo judicial (a saber, las diferentes formas que adopta en las prácticas jurídicas). Con base en esta distinción, podríamos señalar que las prácticas de anular decisiones democráticas, alterar precedentes, modificar doctrinas o interpretaciones, realizar órdenes administrativas, afectar el curso de los procesos democráticos y sustituir las decisiones de otras agencias, son manifestaciones del activismo que – como tales – son relativas a ciertos sistemas jurídicos. Pero la existencia de esas manifestaciones no explica el concepto de activismo. De hecho, muchas de esas manifestaciones, aun cuando son casos de activismo judicial en unos sistemas jurídicos, no lo son en otros. Una vez comprendemos la distinción entre las tareas de elucidar el concepto de activismo judicial y la de describir sus manifestaciones, es posible observar que buena parte de los intentos de explicación fracasan porque han creído encontrar qué es el activismo a partir de sus manifestaciones.

El concepto de activismo judicial, en suma, debe servir para comprender algunas propiedades que definen lo que es el activismo, y a partir de ellas explicar sus manifestaciones (sin que el concepto de activismo colapse en la identificación de esas manifestaciones). Definir el activismo judicial como aquellas decisiones judiciales que, por ejemplo, intervienen en políticas públicas o anulan normas o actos de otros poderes públicos, es el resultado de confundir el concepto de activismo judicial con sus manifestaciones. Esta confusión lleva a que los estudios del activismo judicial que se enfocan en sus manifestaciones sean explicativamente inadecuados. Esas descripciones son o bien infraincluyentes, esto es que dejan por fuera de la comprensión del fenómeno diferentes prácticas que pueden formar parte de la extensión del activismo judicial generando falsos negativos; o bien sobreincluyentes, esto es que incluyen dentro del fenómeno prácticas que no son constitutivas de activismo judicial generando falsos positivos.

En todo caso, debe destacarse el segundo punto señalado por Canon (1983); a saber, que en el activismo judicial es característico el ejercicio impropio de funciones judiciales. Según esto, una decisión judicial activista es aquella que es percibida como ilegítima como consecuencia de apartarse de las funciones apropiadas de los jueces dentro del sistema jurídico (Canon, 1983). En un sentido similar, Cross y Lindquist (2007) piensan que lo que está detrás de cualquiera de las formas de activismo es que los jueces actúan por fuera de su papel apropiado. El problema con esta aproximación es que la noción de ejercicio impropio es imprecisa y poco informativa. En otras palabras, es necesario explicar el contenido de la noción «impropio». De hecho, para comprender qué significa «ejercicio impropio» se debe explicar previamente en qué consiste el «ejercicio propio» de funciones judiciales. En esta

⁶ A manera de ejemplo, los sistemas jurídicos colombiano, mexicano y brasileño contemplan distintas formas de acciones y procesos colectivos en las que se autoriza a los jueces intervenir en políticas públicas. Sobre el particular véase Maurino, Nino y Sigal (2005) y Guayacán Ortiz, (2014).

tarea resulta indispensable explicar qué se entiende por actividad judicial (*i.e.* lo propio de la función judicial) para luego precisar cuál es la impropiedad específica que caracteriza al activismo judicial.

5. Actividad judicial

Como acaba de anotarse, algunos estudios resaltan que un elemento fundamental en la caracterización del activismo judicial es el ejercicio impropio de funciones, esto es, una desviación de los estándares que caracterizan a la función judicial. En esta línea, Green (2009) argumenta que la actividad judicial está conformada por un conjunto de principios culturales, sociales e institucionales que definen la función judicial en cada comunidad jurídica. Concluye que el activismo judicial surge por una desviación de esos estándares, esto es, cuando las decisiones judiciales se apartan de los principios culturales, sociales e institucionales que constituyen la actividad judicial (Green, 2009).

Green (2009) tiene razón al entender que la tarea de definir la actividad judicial es previa a la de definir el activismo judicial. Sin embargo, existen dos errores en su explicación. En primer lugar, no toda desviación de la actividad judicial puede ser considerada como activismo judicial. Todo error judicial es una falla en el desempeño de la actividad judicial y, por tanto, un desvío de los estándares de la actividad judicial. Pero no todo error judicial puede ser calificado como activista. Así, por solo pensar en un ejemplo, la indebida práctica de pruebas es constitutiva de error judicial, pero este error no es suficiente para calificar la decisión judicial como un caso de activismo. En términos simples, aun cuando fuese verdad que una característica fundamental del activismo judicial es la desviación de los estándares de la actividad judicial, lo cierto es que no toda decisión que se aparta de esos estándares es constitutiva de activismo judicial.

En segundo lugar, es posible aceptar que la actividad judicial está vinculada con la comprensión del papel del juez en cada sociedad. Pero de ello no se deriva la imposibilidad de identificar propiedades generales de la actividad judicial. Según Green (2009), la actividad judicial no puede ser explicada recurriendo a teorías generales de la función judicial. De acuerdo con este argumento, las teorías del derecho pretenden encontrar principios o razones de naturaleza universal y abstracta. En cambio, los elementos que caracterizan a la actividad judicial son contingentes puesto que está en función de los estándares culturales e institucionales. Esos elementos son diferentes en cada práctica jurídica, e incluso cambian en cada una de ellas con el paso del tiempo. Según este autor, la teoría del derecho no es el tipo de conocimiento adecuado para comprender las particularidades culturales que caracterizan el papel de los jueces dentro de las prácticas jurídicas.

Las normas jurídicas no pueden definir de forma autónoma y exhaustiva los parámetros que definen a la actividad judicial. Esas normas reconocen que existe un tipo de potestad que conocemos como función judicial. Lo mismo podríamos decir de las normas culturales y sociales de cada comunidad. Ellas pueden influenciar en las formas en que la función judicial es implementada en las prácticas jurídicas, pero no pueden de forma autónoma definir qué es un juez y en qué consiste su tarea. Los patrones culturales de cada sociedad, en otras palabras, presuponen la existencia de la actividad judicial. Existe, por tanto, un concepto general (por lo menos en las prácticas jurídicas occidentales) de la actividad judicial que está presupuesto en los

desarrollos culturales y legales específicos en cada una de las prácticas jurídicas. Explicar ese concepto es una tarea de la teoría del derecho y no de los estudios sociales o culturales dentro de cada práctica jurídica.

El propio Green (2009) avanza en esta línea⁷. Para él, una propiedad fundamental de la actividad judicial es la existencia de decisiones que tienen valor definitivo dentro de los sistemas jurídicos. La actividad judicial es, en este sentido, la función de tomar un tipo especial de decisiones dentro del sistema jurídico: dar respuesta definitiva a un problema o asunto litigioso. Los órganos que ejercen la actividad judicial tienen la capacidad de dar respuesta a esos problemas mediante decisiones con autoridad, esto es, que vinculan u obligan a las partes afectadas, y que –además– tienen la vocación de ser definitivas.

En efecto, la autoridad definitiva de las decisiones judiciales es una característica fundamental de la actividad judicial (Raz, 1990). De acuerdo con el principio de cosa juzgada, una vez que la decisión judicial haya dado respuesta a la situación jurídica (y siempre que se hayan agotado los recursos procesales), entonces es vinculante y definitiva, incluso cuando existan razones para afirmar que son erróneas o equivocadas⁸. Ahora bien, del hecho de que esos órganos tengan ese poder (esto es, por ejemplo, que si un juez dice que el caso C debe resolverse de la forma Y en aplicación de la ley X), no implica que los jueces no cometan errores (por ejemplo, puede ser el caso que, de acuerdo con las normas vigentes, la ley X no sea aplicable al caso C). Para dar cuenta de este fenómeno, Hart (1994) diferencia entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales. El hecho de que los jueces o tribunales tengan la última palabra respecto de la definición de una situación jurídica hace que sus decisiones sean definitivas, pero no demuestra que los jueces sean infalibles (Hart, 1994).

Así las cosas, en las decisiones judiciales se hace vinculante y definitivo para el ordenamiento jurídico la solución de un litigio (Hernández-Marín, 2008). Los litigios son problemas sobre la correcta aplicación o adjudicación del derecho en el que existen partes que proponen formas excluyentes de solucionarlo. En este sentido, un juez es un tercero imparcial que tiene la competencia para intervenir en el litigio y establecer la solución al problema. El juez, por tanto, es el órgano que, de acuerdo con las normas de competencia, tiene el poder de juzgar y ofrecer una respuesta (vinculante y definitiva) a determinados litigios. Una decisión judicial, por lo tanto, es el acto normativo emitido por un juez en que se da una solución institucional definitiva y vinculante al litigio⁹.

⁷ De hecho, en la crítica de Green a las definiciones legales de la actividad judicial subyace un rechazo a las definiciones autorreferentes del papel de los jueces. De acuerdo con el argumento de Green (2009), los estándares que definen la actividad judicial no pueden definirse desde el propio sistema jurídico. Primero, porque las normas de los sistemas jurídicos no constituyen el papel de los jueces, sino que asumen o reconocen el papel que cultural e históricamente se les ha otorgado a los jueces dentro de cada práctica jurídica. Segundo, porque, al ser definitivas, las decisiones judiciales no tienen un control legal sino político y cultural. Según esto último, al ser las decisiones judiciales definitivas, no es posible jurídicamente anular aquellas que no se ajustan al rol adecuado de la función judicial. Por lo mismo, el control de las decisiones judiciales que contravienen el rol judicial depende de factores extrajurídicos como lo son el control social y político de la función judicial en cada sociedad.

⁸ Debe precisarse que el carácter autoritativo de las decisiones judiciales se refiere al fallo o *decisum*, a saber, la solución que esas decisiones dan a las situaciones jurídicas (al problema jurídico o asunto planteado).

⁹ Según Kelsen (2005), por ejemplo, la función central de las decisiones judiciales es juzgar sobre la solución de casos o problemas sobre la aplicación de las normas del sistema. De forma similar, Alchourron y Buliygin (1971) subrayan que la actividad judicial consiste en proferir decisiones para resolver un caso de conformidad con las normas jurídicas relevantes. Para Finnis (2011), las decisiones judiciales son actos de juzgamiento de una controversia en el que el juez define una respuesta a favor

Por esa razón, la competencia de juzgar es una propiedad fundamental de la actividad judicial: una decisión judicial es un acto normativo en el que se juzgan litigios para darles una respuesta institucional. Ahora bien, en los sistemas jurídicos los jueces no solo tienen la competencia de juzgar (*i.e.* el poder de resolver litigios) sino que, además, tienen la obligación de resolver los litigios que le son sometidos de acuerdo con el alcance de su competencia. El principio de inexcusabilidad exige que «los jueces deben resolver todos los casos que se les sometan a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia» (Alchourron, 2010, p. 157). Los procesalistas han defendido tradicionalmente que «es un principio rector de la función jurisdiccional» la «obligación de todo tribunal de resolver la contienda o asunto sometido legalmente a su decisión y que esté dentro de su competencia», y negar esa obligación «corrompería el deber del Estado de impartir justicia» (Álvarez, 2019, pp. 113–134). Según esto, la obligación de juzgar es necesaria en los sistemas jurídicos en tanto la existencia de estos sistemas depende de que se contemplen órganos que deben resolver los litigios que surjan en la aplicación de sus normas (Raz, 1975).

La actividad judicial corresponde, por tanto, a la función de emitir decisiones judiciales, esto es, actos normativos que resuelven autoritativamente (*i.e.* de forma obligatoria o vinculante) y con valor de cosa juzgada (*i.e.* con carácter definitivo) un problema litigioso (*i.e.* un problema acerca de la adecuada aplicación del derecho a una situación). Esas decisiones son actos normativos y, por lo tanto, su validez depende de lo que esté definido en las normas de competencia vigentes en el ordenamiento jurídico. Las normas de competencias definen los poderes que las autoridades en general, y los jueces en particular, pueden ejercer válidamente. Las normas de competencia, por un lado, establecen quiénes son y qué poderes tienen las autoridades jurídicas; y, por el otro, se constituyen en condiciones de validez para el ejercicio de los actos de esas autoridades (Ferrer-Beltrán, 2000).

Las normas de competencia definen a quienes se pueden considerar como autoridades judiciales para el sistema jurídico. Las normas de competencias constituyen a las autoridades judiciales, las hacen posibles, las hacen ser lo que son: una Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, es lo que las normas de competencia definan o constituyan. En consecuencia, la actividad judicial depende de las normas de competencia que definen a las autoridades judiciales y las condiciones para proferir los actos normativos que constituyen a las decisiones judiciales (Pulido-Ortiz, 2022).

Por último, y como ya se señaló, el principio de justificación exige que los jueces demuestren que las premisas y conclusiones son las adecuadas para resolver los asuntos de su competencia. En otros términos, justificar una decisión judicial consiste en demostrar que reúne las condiciones necesarias para considerarse una decisión correcta dentro del sistema jurídico. Las decisiones judiciales requieren, además, que los jueces expongan expresamente las razones de la decisión. Motivar una decisión corresponde, por tanto, a exponer las razones que en criterio del juez justifican su decisión. En este sentido, el propósito de la motivación de las decisiones judiciales es evidenciar que la respuesta que se ofrece al litigio es la correcta, esto es que es una decisión que representa una correcta aplicación del derecho vigente, incluidas, desde luego, las normas de competencia (Hernández-Marín, 2008).

6. Activismo judicial

de una de las partes y en contra de la otra. Afirmar que las decisiones judiciales son actos normativos que solucionan litigios resulta compatible con la definición clásica de justicia: dar a cada quien lo suyo. Es decir que las decisiones judiciales son actos de justicia en el sentido que buscan determinar a quién le corresponde el derecho en el litigio planteado (Finnis, 2011).

La actividad judicial es la función institucional de los jueces de resolver litigios dentro del ámbito de su competencia, mediante actos normativos (*i.e.* las decisiones judiciales) que son definitivos y vinculantes. El activismo judicial, por otro lado, se refiere a una forma específica de «ejercicio impropio» de la actividad judicial. En este orden de ideas, para comprender lo que en específico caracteriza al activismo judicial, resulta oportuno precisar qué se entiende por «ejercicio impropio» de funciones judiciales.

Una primera forma de interpretar esta noción es entenderla como todo poder que ejercen los jueces que no es propio de la función judicial. Por ejemplo, algunos tribunales judiciales tienen el poder de nominar o designar a determinadas autoridades¹⁰. Otros tienen el poder de presentar proyectos de ley o de reformas constitucionales¹¹. Sin embargo, a pesar de su «impropiedad», esos poderes son legalmente asignados a los jueces mediante normas de competencia del sistema jurídico.

Esto ocurre porque en los diseños institucionales contemporáneos, la implementación del principio de separación del poder no obedece a una división estricta entre órganos y actividades. En la noción clásica de separación del poder (o separación estricta del poder), a cada órgano le correspondía una actividad, y cada actividad era ejercida por un órgano. Al órgano parlamentario (*v. gr.* el Congreso) le correspondía legislar, y la actividad legislativa solo era desarrollada por el órgano parlamentario. A los jueces les correspondía resolver conflictos en aplicación de la ley con valor de cosa juzgada, y esa función solo era desempeñada por los jueces. Por el contrario, en los sistemas constitucionales contemporáneos no existe una separación estricta del poder, lo que significa, en otros términos, que los órganos del Estado pueden cumplir diferentes actividades y que las actividades son desempeñadas por distintos órganos¹².

El gobierno, el órgano parlamentario o los jueces desarrollan, además de la actividad que le es paradigmática (*v. gr.* hacer leyes por parte del órgano parlamentario o dictar decisiones judiciales por parte de los jueces), otras funciones «extrañas» (*v. gr.* cuando en el órgano parlamentario se realizan instrucciones en juicios penales o cuando a los jueces se les asignan funciones electorales). Esto significa que los jueces pueden desempeñar otras funciones que no son propiamente judiciales, así como también existen órganos que no son judiciales que desempeñan funciones propiamente judiciales. Por lo tanto, el solo hecho de que los órganos judiciales ejerzan funciones que no son propiamente judiciales no es condición necesaria ni suficiente para afirmar que son activistas. En una palabra, existen casos de poderes judiciales «impropios» que no son activismo judicial.

Existe una segunda forma de interpretar la noción de «ejercicio impropio de funciones judiciales». Cuando se sostiene que un juez está ejerciendo poderes que no le son propios, lo que se quiere afirmar es que está usando poderes que no le corresponden, esto es, que actúa por fuera o en contra de lo definido en las normas

¹⁰ El artículo 239 de la Constitución colombiana de 1991 establece que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tienen la competencia de terner a los candidatos a ser integrantes de la Corte Constitucional. En Italia, la Corte de Casación tiene la potestad de designar tres plazas de los integrantes de la Corte Constitucional (Ley 87 de 1953).

¹¹ El artículo 61 de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil establece que el Supremo Tribunal Federal y los Tribunales Superiores tienen competencia para presentar iniciativas para las leyes complementarias y ordinarias. Asimismo, el artículo 134 de la Constitución Política de Ecuador de 2008 contempla que “la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde”, entre otros, “a la Corte Constitucional”.

¹² Un análisis conceptual de la doctrina de separación de poderes puede verse en Guastini (2001, pp. 60-83).

de competencia del sistema jurídico. Uno de los presupuestos fundamentales de las actividades del poder público (y dentro de ellas la actividad judicial) es su carácter institucional. Como se explicó antes, la existencia de un órgano judicial depende de la presencia de normas de competencia que lo constituyen (definen) y regulan. El principio de legalidad de la función pública representa el conjunto de condiciones que hacen posible e inteligible el ejercicio del poder público. En particular, este principio requiere que la existencia y funciones de los jueces estén adecuadamente previstas en normas de competencia previa y públicamente establecidas. Un elemento fundamental del principio de legalidad es, por tanto, la existencia de normas de competencia que definen y limitan a los poderes públicos.

Las normas de competencias definen a las instituciones (las hacen ser lo que son); o, en otras palabras, las instituciones jurídicas son lo que las normas de competencia constituyen. La Corte Suprema de los Estados Unidos es lo que las normas de competencia establecen y el Presidente de la República Italiana es lo que sus normas de competencia definen. En las normas de competencia se pueden identificar los siguientes elementos: a) un órgano competente, esto es, la institución que tiene el poder jurídico de crear, derogar, modificar o aplicar normas jurídicas. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional tiene el poder de expulsar las normas jurídicas inconstitucionales. b) La definición de un procedimiento y condiciones para el ejercicio válido del poder normativo otorgado por la norma de competencia. Verbigracia, solo la Sala Plena del Tribunal Constitucional puede expulsar normas mediante una decisión alcanzada por mayoría absoluta. c) La determinación de las materias sobre las cuales el órgano competente puede ejercer su poder normativo. Siguiendo con el ejemplo, el Tribunal Constitucional puede expulsar del sistema jurídico las normas que hacen parte de leyes y reformas constitucionales, pero no puede expulsar normas formuladas en actos administrativos.

De acuerdo con lo anterior, cuando se afirma que el activismo es el ejercicio impropio de funciones judiciales no se quiere decir simplemente que el juez está empleando poderes que no son propios de la actividad judicial como, por ejemplo, designar o nominar funcionarios, intervenir en políticas públicas o derogar normas jurídicas, sino que está empleando poderes que no le son propios en el sentido que no son parte de sus competencias. En este sentido, en el activismo judicial subyace un rechazo a los límites institucionales de su propio poder (Marshall, 2002) en el que el juez busca remplazar, ampliar o modificar el derecho vigente para reconfigurar sus competencias, argumentando generalmente la necesidad de intervenir en ciertos casos para lograr cambios sociales o políticos (Rivas-Robledo, 2022a).

Ahora bien, el uso impropio de funciones que caracteriza al activismo es diferente de la usurpación de poderes. Es verdad que la usurpación puede llegar a representar una forma de activismo, pero lo característico del activismo judicial tiene diferencias relevantes con la usurpación. Si un juez penal declara la nulidad de un acto administrativo, es cierto que ese juez penal está usurpando al juez administrativo. ¿Ha sido el juez penal activista? Creo que no. O por lo menos no necesariamente. Lo que caracteriza al activismo no es el solo uso de poderes que no le corresponden sino la reconfiguración de las normas de competencia que definen al juez o tribunal¹³. El juez penal del ejemplo puede que simplemente este cometiendo un error. En cambio,

¹³ Rivas-Robledo (2022b) piensa que el activismo supone, al menos, la usurpación de competencias de quien tiene la competencia para modificar competencias. Sin embargo, como sostengo en este trabajo, el activismo, a diferencia de la usurpación, consiste en la práctica de modificar los poderes jurídicos del juez, de tal manera que una decisión que usurpa poderes de otras autoridades no es activismo judicial si no busca modificar sus propias competencias.

el juez activista lo que intenta es reconfigurar la norma de competencia y, en consecuencia, modificar el alcance de sus poderes y funciones.

En el activismo judicial resulta característico que, mediante las decisiones judiciales, se reconfiguran los poderes normativos, restringiendo o ampliando el alcance de las normas de competencia. Si los jueces son lo que sus normas de competencia definen, entonces el activismo judicial implica una redefinición de la institución. Por medio del activismo judicial, los jueces se reconfiguran, mutando, en mayor o menor medida, en otra institución. En este contexto, los jueces recurren a técnicas interpretativas ingeniosas para derivar competencias de ciertas normas particularmente indeterminadas (Buck, 2007). Una de las estrategias más comunes usadas por los jueces para reconfigurar sus poderes es recurrir a una lectura moral o política de sus propias normas de competencia, derivando poderes de principios jurídicos indeterminados.

Veamos un ejemplo. La Constitución colombiana otorgó a la Corte Constitucional la competencia de «revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela», esto es, la acción judicial diseñada para la protección de los derechos fundamentales en casos concretos (artículo 86). La competencia de la Corte Constitucional no incluye el poder de dictar normas generales y abstractas en la parte resolutive de sus decisiones. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que en la parte resolutive de sus decisiones de tutela puede proferir normas generales y abstractas¹⁴. Para justificar esta reconfiguración de competencias, la Corte Constitucional afirmó que, según el artículo 241 de la Constitución, «se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» y que, en aplicación de ese principio, puede dictar todas las órdenes que considere oportunas. Pero esta estrategia interpretativa omite un dato importante. Ese artículo constitucional en efecto establece que a la Corte le corresponde «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» pero también agrega que en los «estrictos y precisos términos de este artículo». En las funciones detalladas por el artículo 241 no se menciona la de dictar normas generales y abstractas en decisiones de tutela. Por lo tanto, la conclusión de la Corte Constitucional colombiana, según la cual del principio de supremacía constitucional se deriva el poder de dictar órdenes de tutela generales y abstractas, es un claro ejemplo de la reconfiguración de competencias mediante el uso de estrategias interpretativas para derivar poderes de principios jurídicos indeterminados.

7. Conclusión

El objetivo de este trabajo consistió en avanzar en la comprensión del activismo judicial. En este sentido, se mostró que una característica central del activismo judicial es la reconfiguración de las normas de competencia por medio de las decisiones judiciales. Se señaló que la práctica judicial de reconfigurar competencias es una impropiedad en el ejercicio de la función judicial que no se reduce a un simple error jurídico o a la usurpación de poderes. El activismo judicial radica en algo más: es la transformación intencional de su propia naturaleza a través de la reconfiguración de las normas de competencia que definen los poderes del juez. Según vimos, una corte o tribunal judicial se define por sus normas de competencia de tal manera que, si esa corte o tribunal judicial modifica sus normas de competencia, no solamente está ejerciendo poderes que antes no tenía o que eventualmente le corresponden a otra autoridad, sino que está transformándose en otra institución. De este modo, mediante

¹⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia T-970 del 2014. Para un estudio más amplio del activismo en Colombia véase en Benitez, Pulido y Rivas (2024).

el activismo judicial los jueces cambian o transforman la figura que el sistema jurídico tenía diseñada para ellos.

Es importante recordar que –como parte de las garantías mínimas a la libertad de los individuos– el principio del Estado de Derecho requiere que quienes ejerzan la autoridad (incluidos, desde luego, los jueces) lo hagan conforme al marco de normas jurídicas que definen sus posibilidades y límites, evitando que las decisiones sean tomadas discrecionalmente y sobre la base de las preferencias subjetivas de los funcionarios que ejercen el poder. El activismo judicial, en definitiva, afecta el Estado de Derecho en la medida que los jueces modifican de manera inapropiada la estructura institucional que delimita el ejercicio del poder judicial.

Bibliografía

- Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Marcial Pons.
- Alexander, L. (2015). Judicial activism: clearing the air and head. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (15-20). Springer.
- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia* (J. A. Seoane, E. Roberto Soderó, P. Rodríguez y A. Ballesteros, Trad.). Comares.
- Allan, J. (2015). The activist judge -Vanity on vanities. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (71-88). Springer.
- Almeida Ribeiro, G. (2015). Judicial activism and fidelity to law. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (31-46). Springer.
- Álvarez, L. (2019). El principio constitucional de inexcusabilidad resolutoria. *Revista de Derecho Público* (90), 113–134. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2019.53997>.
- Balkin, J. (2019). Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time. *Texas Law Review*, 98 (215), 215-268. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3423135>.
- Benitez, V., Pulido, F. y Rivas, P. (2024). Judicial Activism as the (Im)proper Use of Judicial Powers: A Look at the Colombian Constitutional Court. En L. Hausegger y R. Urribarri (eds.), *Judicial Activism in Comparative Perspective* (pp.115 - 138). Peter Lang Publishing.
- Buck, C. (2007). Judicial Activism. En G.L. Anderson y K.G. Herr (eds.), *Encyclopedia of Activism and Social Justice* (785–789), Vol 2. Sage Publications.
- Campbell, T. (2003). Judicial Activism: Justice or Treason? *Otago Law Review*, 10 (3), 307-326. <http://www.nzlii.org/nz/journals/OtaLawRw/2003/2.html>.
- Canon, C. (1983). Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, 66 (5), 236-247.
- Cross, F. y Lindquist, S. (2007). The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, (91), 1752-1784.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Dyson, H. (2003). Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. *Quadrant Magazine Law* 47 (1), 9-22. <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20030342>.
- Ferrer-Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights*. Oxford University Press.
- Gorsuch, J. (2021). *Dissenting*. Supreme Court of the United States. Jason Small v. Memphis light, Gas & Water on petition for writ of certiorari to the United States court of appeals for the sixth circuit. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-1388_4f14.pdf.

- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58(5), 1195-1264.
- Greenhouse, L. (2021). This Is What Judicial Activism Looks Like. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2021/04/08/opinion/Supreme-Court-religion-activism.html>.
- Guayacán Ortiz, J. (2014). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Hernández-Marín, R. (2008). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons.
- Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law*. Clarendon Press.
- Kmiec, K. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism Comment. *California Law Review*, 92 (5), 1441–78, <https://doi.org/10.2307/3481421>.
- Hale, B. y Wright, C. (1997). Glossary. En B. Hale y C. Wright (eds.), *Companion to the Philosophy of Language* (pp. 653-690). Blackwell Publishers.
- Margolis, E. y Laurence, S. (2021). Concepts. En E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/concepts/>.
- Marshall, W. (2002). Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, 73(4), 1217–1256.
- Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M. (2005). *Las acciones colectivas, análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Lexis Nexis.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Trad.). Editorial Porrúa.
- La Torre, M. (2015). Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (3-12). Springer.
- Lifante Vidal, I. (2019). Relatoría: Activismo judicial y judicialización de la política. *Revista i-Latina*, (1), 1-27.
- Lee, J. (2013). Judicial Activism, Restraint, & the Rule of Law. *Utah Bar Journal*, (26), 12-19.
- Massini, C. (2008). *Filosofía del Derecho. Tomo III. El conocimiento y la interpretación jurídica*. Abeledo Perrot.
- Nino, C. (1985). *La validez del Derecho*. Astrea.
- Núñez Vaquero, A. y Fernández Cruz, J. (2021). Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el nasciturus. *Derecho PUCP*, (86), 291-321. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.009>.
- Pereira Coutinho, L., La Torre, M. y Smith, D. (2015). Preface. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (v-viii). Springer.
- Pulido-Ortiz, F. (2022). *El derecho y sus normas*. Temis.
- Redacción Economía (2019) El "activismo jurídico" está afectando la producción minera, según la ACM. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/el-activismo-juridico-esta-afectando-la-produccion-minera-segun-la-acm-article-880898/>
- Raz, J. (1975). The Institutional Nature of Law. *The Modern Law Review*, 38 (5), 489-503. <http://www.jstor.org/stable/1093828>.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1993). On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris*, (6), 1-15. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00134.x>.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press.

- Rivas-Robledo, P. (2022a). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31 (1), 70–92. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>.
- Rivas-Robledo, P. (2022b). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion*, 31 (2), 126. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>.
- Von Wright, G. (1963). *Norm and Action*. Routledge & Kegan Paul.
- Saffon, M. P. y García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>.
- Sowell, T. (1989). *Judicial activism reconsidered*. Hoover Institution, Stanford University.
- Whitehouse, S. (2015). Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court Under Chief Justice Roberts. *Harvard Law & Policy Review*, (9), 196-210. https://harvardlpr.com/wp-content/uploads/sites/20/2015/04/9-1_Whitehouse.pdf.
- Young, E. (2022). Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, (73), 1139-1216.
- Zambrano, P. (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional autónoma de México.
- Zambrano, P. y Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del derecho*. Marcial Pons.