



¿Qué es el activismo judicial? Parte I. *Desiderata* para una definición de activismo judicial*

What Is Judicial Activism?
Part I. *Desiderata* for a Definition
of Judicial Activism

O que é o ativismo judicial?
Parte I. *Desiderata* para uma
definição de ativismo judicial

Pablo Rivas-Robledo**

* Versiones previas de este trabajo se presentaron en el Congreso sobre Rule of Law y Activismo Judicial y en el II Seminario del Capítulo Colombia ICON-S y en varias sesiones del Seminario del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana. Agradezco las preguntas de los asistentes. De igual manera, agradezco especialmente los comentarios de Vicente Benítez, Fabio Enrique Pulido Ortiz, Carlos Bernal Pulido, Juan Bautista Etcheverry, Luciano Laise, Pedro Rivas Robledo, Camila Osorio, Natalia Ariza y Alfonso Lozano Valcárcel.

** <https://orcid.org/0000-0003-2716-2715>. Università di Genova, Tarello Institute for Legal Philosophy, Italia. Ludwig-Maximilians-Universität Munich, Munich Center for Mathematical Philosophy, Alemania. pablo_rivas_robledo@hotmail.com

Recibido: 13/10/2021. Envío a pares: 17/10/2021
Aprobado por pares: 23/11/2021. Aceptado: 11/01/2022

DOI: 10.5294/dika.2022.31.1.4

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Pablo Rivas-Robledo, “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. *Desiderata* para una definición de activismo judicial”, en *Dikaion* 31, 1 (2022), 70-92. DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>

Resumen

Este escrito está dividido en dos partes y, en pocas palabras, es un trabajo sobre el concepto de activismo judicial. En concreto, ofrece una definición del activismo judicial desde una teoría particular de las normas de competencia. Dicha teoría es la Eugenio Bulygin, quien explica las normas de competencia a partir de las reglas constitutivas. De esta manera, se propone que el activismo judicial es la modificación intencional de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones. Para llegar a este resultado fue necesario dividir el escrito en dos partes. En este artículo se presenta la primera parte, en la cual se resumen las principales teorías sobre el activismo judicial; luego se hace una crítica a las teorías sobre activismo judicial expuestas a partir de críticas individuales y generales; a partir de esto se proponen los *desiderata* que debe cumplir una definición de activismo judicial.

Palabras clave

Parroquialismo; moralidad en el derecho; *common law*; modificación de competencias.

Abstract

This writing is divided into two parts and, in a few words, is a work on the concept of judicial activism. Specifically, it defines judicial activism from a particular norms of competence theory formulated by Eugenio Bulygin, who explains norms of competence from the constituent rules. So, we propose that judicial activism is the intentional modification of competence by the judge through his decisions. It was necessary to divide the writing into two parts to reach this result. This article presents the first part, which summarizes the main theories on judicial activism and then assesses the theories on judicial activism from individual and general criticisms. Consequently, we propose the desiderata that a definition of judicial activism must meet.

Keywords

Parochialism; morality in law; common law; modification of competence.

Resumo

Este texto está dividido em duas partes e, em poucas palavras, trata-se de um trabalho sobre o conceito de “ativismo judicial”. Em concreto, nele, é oferecida uma definição de ativismo judicial sob uma teoria particular das normas de competência. A teoria em questão é de Eugenio Bulygin, o qual explica as normas de concorrência a partir das regras constitucionais. Dessa maneira, é proposto que o ativismo judicial seja a modificação intencional das competências por parte do juiz por meio de suas decisões. Para chegar a esse resultado, foi necessário dividir o texto em duas seções. Na primeira parte, são resumidas as principais teorias sobre o ativismo judicial; em seguida, é feita uma crítica às teorias sobre o ativismo judicial expostas com base em críticas individuais e gerais; a partir disso, são propostos os *desiderata* que uma definição de ativismo judicial deve cumprir.

Palavras-chave

Parroquialismo; moralidade no direito; *common law*; modificação de competências.

Sumario: Introducción. 1. Activismo judicial, de Schlesinger a Zarbiyev. 2. Crítica a las teorías que le dan prioridad a las manifestaciones sobre el concepto. 2.1 Críticas individuales: insuficiencia, excesivo enfoque en Estados Unidos y falsos positivos. 2.2 Crítica general: desde el punto de vista conceptual, no sirve asociar el activismo con la moral. 3. Algunos *desiderata* para una definición de activismo judicial. 5. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

El activismo judicial es, sin duda, un fenómeno central en la teoría y en la práctica jurídicas. A pesar de que su relevancia es casi universalmente reconocida, no existe hasta el momento una explicación del concepto de activismo judicial. Esto se debe en parte a que, como veremos más adelante, los investigadores han estado preocupados por estudiar manifestaciones del activismo, más que el concepto como tal. Además, normalmente los estudios al respecto están limitados al sistema jurídico y político desde el cual escriben, por lo que sus conclusiones sobre el activismo también están igualmente limitadas a sus contextos, lo que los ha llevado a tildar algunas manifestaciones de activismo como universales solo por el hecho de que en Estados Unidos lo son, aun cuando en muchos países de tradición civilista no lo son.

Por ejemplo, el control constitucional por parte de los operadores judiciales es generalmente aceptado como una manifestación del activismo judicial partiendo de una perspectiva estadounidense. Tanto así, que el control constitucional es muchas veces presentado como un caso paradigmático de activismo judicial. Sin embargo, personas que escriben desde ambientes jurídicos distintos (como el colombiano), se encuentran en profundo desacuerdo con esa afirmación y no piensan que esta potestad sea un caso de activismo. En Colombia, el control constitucional ha sido reconocido como una potestad de los jueces por más de 100 años, y su uso no representa dentro de su sistema jurídico una condición suficiente para identificar el activismo.

En este sentido, hay un problema conceptual: no hay una definición de activismo que pueda dar cuenta de sus diferentes manifestaciones a nivel global. En este trabajo quiero abordar este problema desde un punto de vista teórico, ofrecer una conceptualización apropiada del activismo judicial y aplicarla a casos particulares. Para ello, pretendo cambiar la prioridad explicativa entre las manifestaciones del activismo y el activismo judicial: primero ofrecer una conceptualización o una definición de activismo y luego demostrar cómo diferentes manifestaciones de este satisfacen tal definición.

El concepto central para definir el activismo judicial en este trabajo es el de norma de competencia. Las normas de competencia no son extrañas para la teoría jurídica y su importancia dentro del derecho es palpable: son las normas que establecen qué poderes o potestades tienen los órganos del sistema y, por lo tanto, que solo en el marco de estas puede entenderse que hay actos

válidos dentro de un ordenamiento jurídico. Es decir, gracias a las normas de competencia se puede hacer inteligible el comportamiento de las instituciones jurídicas, pues estas son las que establecen qué tipo de acciones pueden llevar a cabo las autoridades.

En esta ocasión, quiero defender que el concepto de activismo judicial se puede explicar gracias al concepto de normas de competencia y luego explicar cómo puede ser aplicada esta definición. En concreto, definiendo que el activismo judicial es la modificación intencional de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones, y luego aplico esto a una serie de casos del derecho constitucional colombiano.

Para ello, he dividido este trabajo en dos partes. En este escrito primero resumo las principales teorías acerca del activismo judicial y hago hincapié en el hecho de que muchas veces se han utilizado únicamente algunas manifestaciones de activismo para definirlo y en que muchos tratadistas tienden a vincular el activismo judicial con el uso abusivo de las competencias judiciales, pero tienen implícita una concepción de las competencias jurídicas que no exploran. Allí me detengo en algunos trabajos clásicos en la materia, pero también presento algunos textos de autores hispanohablantes que normalmente son ignorados en este debate.

A partir de esto formulo una serie de críticas en contra de los trabajos ya revisados. Los reproches se dividen en aquellos que se le pueden hacer a las teorías de manera individual y en una crítica general. Los comentarios individuales se refieren a cómo los trabajos revisados, en mayor o menor grado, son insuficientes para tratar al activismo como un fenómeno en ordenamientos jurídicos distintos al estadounidense. El reproche general está orientado a cómo la inmensa mayoría de estos trabajos conecta la moralidad con el concepto de activismo. Con esto en mente, tomo los desaciertos de estas teorías para formular una serie de elementos que considero debe tener toda definición de activismo judicial, los cuales llamo *desiderata*.

Los *desiderata* son cuatro: 1) el originario: debe partir del sentido que se le dio originalmente al término (al menos no contradecirlo); 2) el de generalidad: debe darle prioridad explicativa al concepto de activismo para luego exponer cuáles son las posibles manifestaciones del mismo, de modo que la definición no depende del contexto donde se formule; 3) el de amoralidad: debe desligar la definición de activismo de las consideraciones ideológicas o morales del juez (al menos desde el ámbito meramente conceptual); y 4) el competencial: debe explicar el activismo judicial a partir del uso de las competencias del juez, en línea con los *desiderata* originarios.

La segunda parte de este escrito (de próxima aparición) es la parte propositiva de este proyecto, en donde, a partir de las críticas y los *desiderata* formulados

en la parte anterior, propongo una definición de activismo judicial que supere las críticas y satisfaga los *desiderata*. De esta manera, defiendo que la mejor manera de entender el activismo judicial es como la modificación intencional de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones. De modo que esta definición presenta al juez activista como el que va más allá de su válido uso de competencias (o bien amplía o limita sus poderes), pero actúa como si estuvieran dentro de un uso legítimo de las mismas. Allí aplico esta definición al caso colombiano, pero también señalo cómo esta sirve para explicar el activismo en otros ordenamientos jurídicos.

1. Activismo judicial de Schlesinger a Zariyev

En la presente sección hago un recorrido por las principales tesis sobre el activismo judicial. Aquí pretendo resaltar cómo varias teorías le han dado prioridad a las manifestaciones sobre el concepto y tienden a relacionar el activismo con la moral, ya sea porque afirman que las decisiones activistas persiguen resultados de índole moral o porque se basan en principios morales y no necesariamente en el derecho vigente.

Han pasado más de 70 años desde que Arthur Schlesinger introdujo el término *activismo judicial* por primera vez en 1947 para referirse de manera peyorativa a los jueces que en sus sentencias iban más allá de la moderación (*self-restraint*) que se espera que tenga un juez en sus decisiones.¹ Esto puede que haya contribuido a que hoy en día en la práctica jurídica se tienda a asociar el activismo judicial con los jueces que van más allá de sus funciones o los que usurpan las funciones de otros órganos.²

Schlesinger, además, fue el primero en notar que el activismo es una consecuencia de la relación estrecha entre el activismo judicial, la decisión judicial y la política.³ Con esto no se refiere la obviedad según la cual todas las decisiones tienen repercusiones o motivaciones políticas, sino más bien a que debido a que los tribunales de cierre cuentan con un poder político muchísimo mayor que muchos otros tribunales, estos se alejan cada vez más de la moderación propia de los jueces para perseguir causas pertenecientes a

1 A. M. Schlesinger, "The Supreme Court", *Fortune* XXXV 1 (1947), pp. 73, 74, 201-204.

2 Incluso en trabajos más recientes es posible encontrar vestigios de la protodefinition de Schlesinger, ver K. D. Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review* 92, 5 (2004); F. E. Pulido Ortiz, "'Rule of law' y activismo judicial", *Ambito Jurídico*, 2019, en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/rule-law-y-activismo-judicial>; M. Saffon y M. García-Villegas, "Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *Estudios Socio-Jurídicos* 13, 1 (2011); F. Terpan y S. Saurugger, "Assessing judicial activism of the CJEU the case of the court's defence procurement rulings", *Journal of European Integration*, 2018; J. Waltman, *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*, Palgrave Pivot, New York, 2015; F. Zariyev, "Judicial activism in international law — A conceptual framework for analysis", *Journal of International Dispute Settlement* 3, 2 (2012).

3 Schlesinger, "The Supreme Court", *op. cit.*, p. 78.

una agenda política, pero solo porque tienen un poder político, mas no legal, para hacerlo.⁴

La influencia de Schlesinger ha sido enorme, y gran parte de la literatura especializada sobre activismo judicial que fue surgiendo puede dividirse en dos categorías. Por un lado, están aquellos trabajos que dan por sentado el concepto de activismo judicial, dejan de lado consideraciones teóricas acerca de la definición de activismo, y se dedican a realizar un análisis del impacto social y la justificación que tienen las cortes activistas; algunos defienden que este es positivo dado el impacto práctico que tiene para la garantía de derechos sociales y la consecución de resultados moralmente buenos;⁵ para otros es negativo, ya que afecta las instituciones y el *rule of law*.⁶

Por otro lado, están los trabajos que se limitan a listar cierto tipo de actividades que en su concepto son activistas, esto es, manifestaciones de activismo.⁷ Por ejemplo, para Kmiec el activismo se manifiesta en: 1) invalidación de acciones de otras ramas del poder público, 2) apartarse del precedente, 3) legislar mediante decisiones judiciales, 4) apartarse de la metodología interpretativa generalmente aceptada y 5) cuando las decisiones del juez tienen una motivación política o moral.⁸ Esta última manifestación normalmente está ligada a la moral del juez y cómo esta influye su razonamiento. Para Harwood, por otro lado, las típicas manifestaciones de activismo son cuando el juez: 1) se niega a delegar sus facultades judiciales en casos cuando está en riesgo la seguridad

4 *Ibid.*, pp. 78, 202.

5 L. R. Gómez Pinto, *El juez de las políticas públicas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, 2012; D. Landau, "Political institutions and judicial role in comparative constitutional law", *Harvard International Law Journal*, (2010); A. Lozada, "Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41 (2018); M. Rodríguez, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005; Saffon y García-Villegas, "Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *op. cit.*; S. D. Smith, "Judicial activism and 'reason'", en Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre y Steven D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham, Springer International Publishing, 2015 (*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*), https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1_3; Terpan y Saurugger, "Assessing judicial activism of the CJEU the case of the court's defence procurement rulings", *op. cit.*

6 S. Escobar Torres, L. M. Hernández Vargas y C. M. Salcedo Franco, "El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional colombiana", *Universitas Studiantes* 10 (2013); Pulido Ortiz, "'Rule of law' y activismo judicial", *op. cit.*; G. R. Stone, "Selective judicial activism", *Texas Law Review* 89 (2011); Waltman, *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*, *op. cit.*

7 B. C. Canon, "Defining the dimensions of judicial activism", *Judicature* 66, 5 (1983); S. Harwood, *Judicial Activism: a restrained defense*, New York, Cornell University, 1992; H. Itoh, "Judicial review and judicial activism in Japan. The Constitution of Japan - The fifth decade: III. Judicial review", *Law and Contemporary Problems* 53, 1 (1990); "Judicial activism in Japan", en Kenneth M. Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, London, Palgrave Macmillan UK, 1991, fecha de consulta: 2 de agosto de 2020, https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_11; Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *op. cit.*; P. A. Maraniello, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Tla-melaua: revista de ciencias sociales* 5, 32 (2012); G. Schubert, "Judicial policy making: The Political role of courts", en David Forte (ed.), *The Supreme Court in American politics: Judicial activism vs. judicial restraint (Problems in political science)*, Heath, 1965; Zarbiyev, "Judicial activism in international law — A conceptual framework for analysis", *op. cit.*

8 Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *op. cit.*, p. 1444.

nacional, 2) flexibiliza los requisitos para el acceso a la justicia, 3) se aparta del precedente y 4) sienta precedentes que no están acordes al derecho.⁹

Por último, vale la pena detenerse en el trabajo de Canon, el cual, si bien no es tan estudiado hoy en día, fue el trabajo que inspiró el estudio del activismo judicial como un análisis de sus manifestaciones.¹⁰ Contrario a lo que luego propondrían Harwood y Kmiec, Canon primero identifica el tipo de actuaciones judiciales que pueden ser tildadas de activistas y de allí pasa proponer seis dimensiones de una decisión judicial que la hacen más o menos activista.¹¹ Estas son: 1) el grado en que las decisiones judiciales anulen o rechacen las políticas adoptadas por los órganos democráticos (v. gr. mediante el control judicial de la constitución); 2) el grado en que las decisiones judiciales alteran precedentes, doctrinas e interpretaciones vigentes; 3) el grado en que las disposiciones jurídicas son interpretadas en contra de sus significado ordinario; 4) el grado en que las decisiones judiciales realizan políticas públicas que distorsionan el curso normal de proceso democrático; 5) el grado en que las decisiones judiciales establecen directamente las reglas para implementar las políticas públicas, sustituyendo el trabajo de las agencias administrativas, y 6) el grado en que las decisiones judiciales sustituyen las consideraciones y decisiones que razonablemente han sido efectuadas por otros órganos estatales.

Sin embargo, lo más interesante del trabajo de Canon es que además de esto propone que existen dos prácticas que inducen al activismo, es decir, que llevan a que una decisión sea inequívocamente activista, a saber: la creación de políticas públicas y el ejercicio impropio de las funciones del juez.¹² Como remarco al final de la siguiente sección, este último apunte es de gran utilidad para la construcción de una definición de activismo judicial que siga la intención original de Schlesinger, precisamente porque desliga en gran manera el activismo de las manifestaciones locales que puede tener el mismo en uno u otro sistema jurídico, y hace referencia a los poderes de los jueces.

Sin embargo, un análisis del tipo de trabajos que inspiró Canon es que precisamente revela un estudio muy limitado geográficamente hablando: Canon, quien era estadounidense, trata las seis dimensiones de manera peyorativa, pues las presenta como conductas no deseables por parte del operador judicial, precisamente el activismo judicial se opone a la pasividad que debe ser propia del juez. Quienes le siguieron, también en su mayoría estadounidenses,

9 S. Harwood, "Judicial Activism: A Restrained Defense", *op. cit.*, p. 2. Citado en Zarbiyev, "Judicial activism in international law – A conceptual framework for analysis", *op. cit.*, pp. 249-250.

10 Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *op. cit.*; W. P. Marshall, "Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism", *University of Colorado Law Review* 73 (2002); K. G. Young, "A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review", *International Journal of Constitutional Law* 8, 3 (2010).

11 Canon, "Defining the dimensions of judicial activism", *op. cit.*

12 *Ibid.*, pp. 238-239.

vieron en estas seis dimensiones algunos aspectos negativos del sistema judicial estadounidense y de allí pasaron a generalizar un concepto de activismo judicial a partir de las manifestaciones de este en Estados Unidos.

Por otro lado, y a pesar de las constantes quejas que se encuentran en la literatura acerca del poco consenso que hay en torno a la definición de activismo, es sorprendente que hayan sido pocos los trabajos especializados que directamente pretenden dar una definición y que, a la vez, las fuentes que contengan una definición expresa de activismo sean fuentes que pretenden tener un valor más divulgativo.¹³ Tal es el caso, por ejemplo del *Black's Law Dictionary* (BLD) y el *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ). El primero de estos afirma que el activismo judicial es “a philosophy of judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions, with the suggestion that adherents of this philosophy tend to find constitutional violations and are willing to ignore precedent”.¹⁴ Como se ve, en este caso el punto de vista personal del juez tiene un papel preponderante, como también en el siguiente.

Por otro lado, el DPEJ propone que el activismo es una “posición fuertemente creativa de los jueces y tribunales, llevada a cabo mediante interpretaciones de la legalidad existente o a través de la cobertura de sus lagunas”.¹⁵ Si bien ambas definiciones apelan a una doctrina o filosofía a la que se adhieren algunos jueces, ambas propuestas apuntan a cosas distintas. El BLD cita dos manifestaciones del activismo judicial (dejar que las posiciones personales interfieran y desviarse del precedente), mientras que el DPEJ cita otras distintas (interpretación de la ley y el cubrimiento de lagunas).

Como se ve, muchas de las teorías expuestas sobre el activismo judicial señalan manifestaciones de este, y siempre lo hacen con el reproche de que los jueces no pueden o no deberían actuar de esa determinada manera, pues no tienen la potestad para hacerlo. Por lo que existe un factor común en todas ellas que ha sido pasado por alto: precisamente dependen de una comprensión de los poderes o las potestades judiciales, todas dependen de que entendamos qué significa que un juez tenga la capacidad para hacer algo. En el siguiente apartado paso a criticar las teorías que se han expuesto aquí.

13 Hay un pequeño grupo de trabajos que, si bien no procuran dar una definición de activismo, proponen variables o términos dentro de los cuales se puede enmarcar una definición de activismo judicial. Así, La Torre y Smith, *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, op. cit., proponen que una definición de activismo judicial que se puede construir a partir de los conceptos de constitución, razonamiento jurídico y derecho; de Almeida Ribeiro (2015) prefiere poderes (en el sentido de separación de poderes), legitimidad de la decisión judicial y adjudicación (cfr. DE ALMEIDA RIBEIRO, G., “Judicial activism and fidelity to Law”, en Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham, Springer International Publishing, 2015 (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice), pp. 31-46, https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1_4.

14 B. A. Garner (ed.), “Judicial activism”, *Black's law dictionary*, St. Paul, West Group, 1999.

15 S. Muñoz Machado (ed.), “Activismo judicial”, *Diccionario panhispánico del español jurídico* 1 A-F, Madrid, Santillana, 2017.

2. Crítica a las teorías que le dan prioridad a las manifestaciones sobre el concepto

En el anterior apartado se revisaron, entre otras cosas, varias conceptualizaciones del activismo judicial que de una manera u otra le daban prioridad a las manifestaciones de activismo sobre la definición del mismo. En este apartado formulo una serie de críticas contra dichas conceptualizaciones. Primero hago un breve resumen de los hallazgos, luego presento críticas individuales para luego terminar con una crítica general dirigida a la mayoría de las teorías explicadas anteriormente.

2.1. Críticas individuales: insuficiencia, excesivo enfoque en Estados Unidos y falsos positivos

En esta sección me detengo en tres grupos de trabajos. El primer grupo está conformado por el trabajo de Schlesinger; el segundo, por los trabajos de Kmiec, Harwood y Canon (y sus herederos en cuanto a metodología);¹⁶ en el tercer grupo están las definiciones del BLD y el DPEJ. En la siguiente sección formulo una crítica general a los trabajos del segundo y tercer grupo.

Respecto al trabajo de Schlesinger no tengo nada que decir de aparte que este autor no tenía un propósito académico con su escrito. Más bien buscaba divulgar cómo se conformaba la Corte Suprema de Estados Unidos de entonces y la división entre liberales y conservadores presente en el tribunal para luego tomar partido por la facción más activista. De esta manera, Schlesinger no se preocupó por explorar las facetas teóricas del concepto que estaba creando y que aquí procuro hacer explícitas.

Por otro lado, los trabajos de Kmiec, Harwood y Canon (y aquellos que se inspiran en ellos) pertenecen a un segundo grupo de trabajos que escriben generalmente desde una perspectiva estadounidense y con una metodología inductiva, buscando establecer el concepto de activismo únicamente a la luz de las manifestaciones de este en Estados Unidos. El problema de los trabajos de este último grupo es que son sumamente limitados al sistema jurídico desde el cual escriben y presentan estos ejemplos como constitutivos de una

16 Aquí incluyo los siguientes trabajos: F. B. Cross y S. A. Lindquist, "The scientific study of judicial activism", *Minnesota Law Review* 91, 6 (2007); Escobar Torres y otros, "El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana", *op. cit.*; H. Itoh, "Judicial review and judicial activism in Japan the Constitution of Japan - The fifth decade", *op. cit.*; "Judicial activism in Japan", *op. cit.*; Maraniello, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *op. cit.*; Marshall, "Conservatives and the seven sins of judicial activism", *op. cit.*; Saffon y García-Villegas, "Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *op. cit.*; Smith, "Judicial activism and 'reason'", *op. cit.*; Young, "A typology of economic and social rights adjudication", *op. cit.*

definición de activismo. En pocas palabras, confunden el activismo con las manifestaciones que tiene este en uno u otro sistema jurídico. Esto no permite exponer qué es el activismo en tanto solo lo explica para un sistema en un momento determinado, pero no para otros. Tal vez el ejemplo más irónico de esta falencia a la hora de definir es el libro *Judicial Activism in Comparative Perspective*, editado por Kenneth Holland. En la introducción del libro el editor afirma que el activismo judicial es una situación en la cual el juez crea políticas públicas.¹⁷ Sin embargo, este libro recoge aproximaciones al activismo judicial en varias tradiciones jurídicas, y es notorio que en varias de estas no se concibe al activismo judicial como la creación de políticas públicas, sino cuando el juez toma una posición de pedagogo y pretende mediar entre las partes de un conflicto (como el caso de Israel).¹⁸

Así, los autores que escriben desde un contexto estadounidense normalmente citan la creación de políticas públicas como la definición de activismo judicial, pero en países como Colombia no podemos entender que esto sea activismo en tanto se espera que los jueces administrativos dicten políticas públicas en materia de derechos colectivos.¹⁹ Es decir, si en Colombia le damos la competencia a los jueces para que en algunos casos expidan políticas públicas ¿por qué les deberíamos reprochar que lo hagan?

Parece, entonces, que no es posible definir el activismo de forma inductiva enfocado solamente en la perspectiva estadounidense y que más bien necesitamos una definición que pueda dar cuenta de las distintas manifestaciones de activismo que se dan a nivel global, pero que además no dependa del momento en el que se formule. Es decir, tampoco serviría tomar todo aquello que hoy en día se considera como una manifestación de activismo y ahí decir que todo lo que cuente como alguno de esos comportamientos lo es, porque bien puede pasar que varios o todos los ordenamientos jurídicos cambien radicalmente o dejen de existir, por lo que aquello considerado como activismo cambiaría radicalmente y, de nuevo, no tendríamos una definición de activismo, sino una lista de lo que en este momento es una manifestación de este.

Por otro lado, para el BLD un juez es activista porque, o bien no sigue los precedentes o bien se deja guiar por sus convicciones personales a la hora de fallar; para el DPEJ un juez activista es aquel que utiliza criterios de interpretación. Sin embargo, estas definiciones dan lugar a falsos positivos. Por un lado, un caso en el que un juez conservador dicte una sentencia que está de acuerdo con sus preceptos y con la ley sería una sentencia activista según el BLD, pues en esta se reflejan las creencias personales del juez, pero coinciden con la ley.

17 K. M. Holland, "Introduction", en Kenneth M. Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, London, Palgrave Macmillan, 1991, p. 1, https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_1.

18 G. J. Jacobsohn, "Judicial activism in Israel", en Kenneth M. Holland (ed.), *Judicial activism in comparative perspective*, London, Palgrave Macmillan, 1991, https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_6.

19 Congreso de Colombia, Ley 472 de 1998, artículos 16, 34.

El problema de esta definición es que al apelar a consideraciones psicológicas nos obliga a catalogar sentencias como activistas a pesar de que no lo sean.

Para el DPEJ, un juez que utilice la analogía para llenar un vacío legal sería activista, aun cuando la analogía, salvo en el caso del derecho penal, es reconocida como una fuente del derecho. ¿Es esto verdaderamente activista? Precisamente porque la analogía es una fuente del derecho estoy inclinado a afirmar que no. Esto nos obliga a pensar que la definición del DPEJ tampoco es la más adecuada.

2.2. Crítica general: desde el punto de vista conceptual, no sirve asociar el activismo con la moral

En la sección anterior se ofrecieron críticas individuales a tres familias de conceptualizaciones del activismo judicial. En el caso de la primera familia, las consideraciones teóricas brillaban por su ausencia; en el caso de la segunda (Kmiec y otros), se criticó el uso de una metodología inductiva que creaba definiciones dependientes del sistema jurídico y del momento en el que fueran formuladas; en el caso de la tercera (BLD y DPEJ) se remarcó que sus definiciones daban lugar a falsos positivos. En este apartado formulo una crítica general contra las conceptualizaciones de la segunda y la tercera familia. En concreto, critico la estrecha relación que ven entre el activismo y la moral.

Un análisis superficial de este tipo de trabajos deja en evidencia que quienes escriben sobre activismo lo ven íntimamente unido con la moral, al punto de que las dos definiciones enciclopédicas presentadas en la sección anterior le apuestan a una definición según la cual una decisión es activista cuando posee una carga moral (cfr. con las voces del BLD y DPEJ citadas). Estos dos son los ejemplos más claros, pero esta manera de ver el activismo ya se encontraba con la forma en la que Schlesinger dividía los jueces entre liberales y conservadores, y cómo unos y otros tendían a ser activistas de maneras particulares, pero también se encuentra en otros trabajos más recientes.²⁰

Esta carga moral influye directamente sobre la presentación y el tratamiento que cada autor le da al activismo. En concreto, si ven el activismo como una virtud o un defecto de las prácticas jurídicas. Por ejemplo, en el derecho estadounidense, el activismo es visto generalmente como un defecto de las prácticas judiciales, mientras que los partidarios del constitucionalismo transformador lo presentan como una virtud de los jueces: Cross y Linguist (Estados Unidos) observan que la preocupación que subyace a este fenómeno es la actitud de los

20 Ver Escobar Torres *et al.*, "El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia: una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana", *op. cit.*; Kmiec, "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *op. cit.*; Smith, "Judicial activism and 'reason'", *op. cit.*

jueces de decidir con base en su posición moral o ideológica.²¹ Saffon y García-Villegas, y Gómez Pinto, por ejemplo, presentan las sentencias activistas como victorias en materia de derechos sociales y política pública.

Como se explica en breve, precisamente el problema de esto es que, según esta conceptualización, lo característico del activismo judicial es la existencia de decisiones judiciales moralizadas, esto es, que los jueces buscan con sus decisiones alcanzar determinados resultados morales. Que el activismo consiste en decisiones moralizadoras se puede entender de dos maneras. De acuerdo con la primera, lo que se quiere decir es que un juez activista es aquel que busca determinados resultados los que, por cierto, coinciden con cierta ideología que comparte (*result-oriented ideological approach*). De acuerdo con la segunda explicación, lo que se quiere afirmar es que las decisiones judiciales tienen fundamento o coinciden con una moral y no necesariamente en el derecho vigente.

Según lo entiendo, ambas explicaciones son incorrectas (no logran dar cuenta del concepto de activismo judicial), y voy a dedicar el resto de esta sección a demostrarlo. La primera porque el *result-oriented ideological approach* no tiene capacidad explicativa para identificar casos de activismo judicial. En otras palabras, con base en esta tesis no es posible determinar cuándo un acto judicial es o no es activista. La segunda explicación es incorrecta porque no logra explicar el concepto de activismo judicial: de ser cierta, todo acto judicial sería activista. Si la segunda explicación fuera verdadera no sería posible distinguir entre activismo judicial y actividad judicial (volveré sobre esta distinción más adelante).

La primera explicación –como se dijo– sostiene que el criterio para determinar que un acto judicial es activista es que el resultado alcanzado por la decisión corresponde a la ideología del juez. Esta explicación tiene una ventaja: en la opinión pública suele emplearse el término “activismo judicial” para referirse a ciertos resultados alcanzados por jueces y cortes en sus providencias. Algunos de los que defienden o rechazan el *activismo judicial* lo hacen porque justamente comparten u objetan los resultados alcanzados con los actos judiciales. Muchos de los que celebran el activismo de la Corte Constitucional colombiana en materia de derechos sexuales y reproductivos no están felices con el activismo en sí mismo, sino que comparten los resultados alcanzados por ese tribunal. Y muchos de los que critican el activismo de la Corte Constitucional en materia de leyes impositivas no están en desacuerdo con el activismo en sí mismo, sino con sus resultados.

En este orden de ideas, el término activismo judicial sería vacío, no tendría un contenido proposicional propio e independiente más allá del reproche o la aprobación de los resultados del conjunto de actos que se califican como acti-

21 Cross y Lindquist, “The scientific study of judicial activism”, *op. cit.*, p. 33.

vistas. Dicho con otras palabras, ese uso del término *activismo judicial* no tiene significado más allá de representar las reacciones (positivas o negativas) que generan en determinadas personas o auditorios los resultados alcanzados con las decisiones judiciales. Pero en realidad no es posible saber si una decisión judicial es activista solo porque su contenido corresponde a unos resultados.

Es posible distinguir entre el acto normativo que constituye a las decisiones judiciales (v. gr., una sentencia o un auto) y sus resultados. La providencia judicial que ordena a un alcalde construir un puente para poder atravesar un río es un acto normativo que constituye una decisión judicial y cuyo resultado será que, o bien el alcalde construya el puente (cumpla la orden), o bien que no construya el puente (incumpla la orden). Así mismo, es posible diferenciar entre los resultados de la decisión (v. gr., el cumplimiento o el incumplimiento) y los efectos que estos resultados pueden llegar a generar. Uno de los efectos más comunes que producen los resultados de las decisiones judiciales son las reacciones de aprobación o desaprobación en las personas.

Es evidente que las propiedades que definen a las decisiones judiciales (esto es, el conjunto de condiciones que hacen que un acto normativo sea una decisión judicial) no pueden explicarse a partir de las reacciones que sus resultados generan en las personas interesadas. Sería como definir “gol” como aquellos actos del juego del fútbol en el que se alegran los hinchas del equipo anotador y se entristecen los hinchas del equipo contrincante. De la misma manera, un acto normativo no es una ley porque existen personas satisfechas o insatisfechas con los resultados de esa ley. Y, por lo mismo, un acto normativo no es una decisión judicial porque existen personas que celebran o denigran por ciertos resultados. Lo que busco subrayar es que bien podríamos quedarnos con este uso emotivo del término *activismo judicial*, pero nunca alcanzar un concepto capaz de identificar cuando un acto normativo cuenta como *activismo judicial*. Por lo tanto, si queremos encontrar ese concepto debemos indagar más allá de la descripción de ciertos efectos que provocan los resultados de las decisiones judiciales.

Sabiendo que no podemos definir un acto con base en los efectos que generan sus resultados (por lo menos no este tipo de actos), la pregunta que surge es si este tipo de actos puede comprenderse con fundamento en sus resultados. En particular, ¿puede comprenderse el *activismo judicial* con base en los resultados de las decisiones judiciales? Podemos usar el fútbol nuevamente para descartar esta opción. El hecho de que el resultado de una acción sea un gol no es la definición de los actos que constituyen goles. Es al revés: gracias a la definición de gol es posible afirmar que el resultado de una acción es un gol. Una cosa es un acto y otra su resultado. Hacer un gol es el acto de introducir el balón en la portería contraria. El resultado de ese acto es que, por ejemplo, el equipo que anota el gol descuenta en el marcador que ahora es de 2-1 en su contra. Y como

puede verse, no es posible definir que un resultado (el gol anotado) es un gol si previamente no tenemos la definición del acto de convertir goles.

De la misma manera, no resulta posible afirmar que una decisión judicial es un acto de activismo judicial porque alcanzó cierto resultado. Es al revés, para saber que ese resultado es producto del activismo judicial es indispensable saber qué es lo que hace que una decisión judicial sea activista. Esto quiere decir que para poder comprender el activismo judicial resulta insuficiente describir los resultados de los actos judiciales.

El activismo judicial es una forma de describir una subclase de decisiones judiciales que tienen ciertas propiedades que las diferencian de las decisiones judiciales no activistas. Es necesario, por tanto, comprender cuál es (o cuáles son) el criterio (o los criterios) que sirve para definir qué es lo que hace que ciertas decisiones judiciales sean actos de activismo judicial. En otras palabras, el activismo judicial es una cualificación adicional a la actividad judicial de proferir decisiones judiciales. Pero para identificar los casos en que la actividad judicial se constituye (o convierte) en activismo judicial no es posible recurrir a los resultados de las decisiones judiciales, ni a los efectos que ellas producen.

Por último, paso a profundizar un poco sobre la segunda explicación, según la cual las decisiones judiciales activistas tienen fundamento en la moral y no necesariamente en el derecho vigente. Esta interpretación es incorrecta porque, de ser cierta, toda decisión judicial sería activista. 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 *actividad* judicial y *activismo* judicial. La actividad judicial, en términos simples, es aquella acción institucional cuya finalidad es proferir decisiones judiciales. Pero existen algunas decisiones judiciales que, además de ser actos de la actividad judicial, son actos de activismo judicial. O, lo que es lo mismo, existen decisiones judiciales y decisiones judiciales activistas. Pero si el criterio de distinción es si los respectivos actos están o no soportados por la moral, entonces, en realidad no existe esa diferencia porque, como pasa a explicarse, todo acto judicial tiene necesariamente un vínculo con la moral.

La filosofía jurídica actual no duda acerca de la naturaleza moral (aunque no necesariamente ideológica) del razonamiento judicial. Si esto es así, el activismo no es un vicio (o una virtud) de la actividad judicial, sino parte de su definición. Una decisión judicial es un acto institucional que define sobre los derechos y deberes de las personas. Es decir, toda decisión judicial involucra un razonamiento tendente a definir si, acorde con el sistema jurídico, determinadas personas tienen ciertos derechos y obligaciones. Así las cosas, el razonamiento judicial implica una forma de razonamiento moral. En otros términos, la tarea de adjudicar derechos y obligaciones no puede escapar de la necesidad de justificar las respuestas (i. e. las decisiones judiciales) con base

en criterios jurídicos que se consideran valiosos. Esto no quiere decir que en el razonamiento judicial los jueces no razonen sobre el derecho; lo que quiere decir es que el razonamiento sobre el derecho (esto es, sobre las normas vigentes) no es suficiente en el razonamiento judicial para lograr justificar la decisión.

Existen factores adicionales que demuestran que el razonamiento judicial exige consideraciones morales. En primer término, el derecho, vigente en muchas ocasiones, no es suficiente para alcanzar respuestas jurídicas pues, debido a las indeterminaciones, se debe recurrir necesariamente a consideraciones morales. En segundo término, los ordenamientos jurídicos suelen autorizar a los jueces para que modifiquen las normas jurídicas existentes. En esos eventos, i. e. en los casos en que aparecen indeterminaciones en el significado de las disposiciones jurídicas o el ordenamiento autorice a los jueces para que modifiquen las normas existentes, los jueces razonan moralmente para decidir qué normas van, en definitiva, a aplicar. En estos casos, esto es, cuando existen indeterminaciones o cuando el propio derecho autoriza a los jueces a modificar el derecho vigente, surgen indudables problemas explicativos y justificativos. Pero acá el problema es otro, la cuestión se refiere a los referentes que deben controlar las decisiones judiciales en los casos difíciles y si en estos contextos las decisiones son discrecionales o arbitrarias.

3. Algunos *desiderata* para una definición de activismo judicial

Sintetizando lo dicho hasta aquí, el activismo judicial no se puede comprender con base en la descripción de los resultados del acto, ni con los efectos que producen esos resultados en las reacciones de las personas. Esto quiere decir que la explicación del activismo judicial debe ser no moralizada (en el sentido de que, para comprender este fenómeno, las reacciones ideológicas de las personas interesadas, la descripción de los resultados de los actos o la identificación de los estados mentales de los jueces no son las herramientas adecuadas). En particular, una adecuada comprensión del concepto de activismo debe ser elaborada sobre bases no moralizadas, esto es, con independencia de si los resultados alcanzados con los actos calificados como activistas nos parecen buenos o malos. Salvo que se emplee emotiva o retóricamente el término activismo judicial para reprochar o aprobar determinadas decisiones, la definición moralizada de activismo debe ser desacatada.

En consecuencia, una adecuada explicación del activismo judicial debe ser capaz de separar la identificación de los actos judiciales activistas de la evaluación de sus resultados (y sus eventuales efectos). Para conocer los resultados y efectos del activismo judicial se debe comprender qué es el activismo judicial. Tampoco resulta correcto comprender el activismo judicial recurriendo a la noción de ideología del juez (i. e. las creencias morales personales del

ser humano que ejerce como juez). Si el acto judicial *X* coincide o no con esas creencias es en general irrelevante. Si el acto coincide con el derecho vigente entonces, las creencias morales no tienen importancia para la explicación de ese acto. Y si el acto no coincide con el derecho vigente (i. e. es inválido), lo que lo hace inválido es que no corresponde al derecho vigente y no que corresponde a las creencias morales del juez. Pero, en cualquier caso, no existen razones para pensar que esas creencias resultan relevantes para identificar los actos judiciales activistas. Por lo tanto, no creo que se obtenga alguna ganancia teórica al moralizar el activismo; resulta conceptualmente más claro definirlo desde una perspectiva no ideológica o no moralizada.

Es posible remarcar una distinción que puede guiar la forma adecuada de abordar esta problemática. Me refiero a la distinción entre el concepto de activismo (es decir, qué es el activismo y sus características fundamentales) y las manifestaciones de este (a saber, las diferentes formas que adopta en diversas prácticas jurídicas locales). 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 particulares a ciertos sistemas jurídico. Pero la existencia de esas manifestaciones no explica el concepto de activismo. De hecho, muchas de esas manifestaciones, aun cuando son casos paradigmáticos 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 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.

A diferencia de sus manifestaciones, el concepto de activismo judicial es independiente de la descripción de los contextos y las prácticas específicas. El concepto de activismo debe servir para comprender algunas propiedades que definen lo que este es y, a partir de ellas, identificar las manifestaciones de activismo judicial (sin que este concepto colapse en la identificación de esas manifestaciones). Según Canon, existen dos elementos que se deducen de las distintas dimensiones del activismo judicial.²² Por un lado, en las prácticas judiciales activistas los jueces crean políticas públicas; y, por el otro, los jueces ejercen funciones impropias, esto es, alejadas del rol que les corresponde a los órganos judiciales. Aun cuando la intuición de Canon apunta a la dirección acertada (i. e. encontrar un concepto de activismo judicial que sirva de referente para identificar los casos, las dimensiones o instancias específicas de activismo) tiene los mismos problemas de los trabajos presentados en el apartado anterior: en gran medida identifica el activismo por sus manifestaciones.

22 Canon, "Defining the dimensions of judicial activism", *op. cit.*

En primer lugar, la tesis de Canon, como otras que ya se refirieron anteriormente, parte de generalizar de manera indebida unas características de las dimensiones o manifestaciones locales del activismo como propiedad del concepto de activismo judicial. Para explicar en qué consiste este error, recurramos a dos ejemplos en el derecho constitucional. No caben dudas acerca de que el control abstracto de constitucionalidad tiene como consecuencia una interferencia del órgano judicial en las políticas públicas. Pero también es indudable que muchos sistemas jurídicos reconocen esa competencia sin que ello sea suficiente para afirmar que los jueces son activistas.

Así, por poner solo un ejemplo, si la Corte Constitucional colombiana invalida una norma creada por el Congreso de la República por desconocer el trámite legislativo, no resulta adecuado afirmar que ese solo hecho sea suficiente para identificar un caso de decisión judicial activista. El segundo ejemplo es, de nuevo, el caso de las decisiones sobre derechos colectivos. La Constitución colombiana definió las acciones populares para la protección de los derechos colectivos y del medio ambiente. De acuerdo con la Constitución y las leyes procesales vigentes, los jueces pueden definir la forma adecuada de encarar las políticas públicas para, por ejemplo, reducir la contaminación de un río como consecuencia de los vertimientos de sustancias por parte de empresas.²³ Siendo cierto que la Constitución creó esas facultades, que se siguió el proceso legal para alcanzar esa decisión, no queda claro por qué el hecho de que la decisión judicial haya intervenido en una política pública sea condición suficiente para catalogarla como activista. Para decirlo en términos más simples, la intervención judicial en políticas públicas puede –desde luego y según el contexto– ser una manifestación del activismo judicial, pero no está demostrado en qué sentido puede ser entendida como una propiedad conceptual del mismo.

Si definimos el activismo judicial como aquellas prácticas en las que se toman decisiones judiciales que intervienen en políticas públicas, lo que tendríamos es un colapso del concepto en sus manifestaciones particulares. En este orden de ideas, los estudios del activismo judicial que se enfocan en sus manifestaciones son explicativamente inadecuadas porque dejan por fuera de la comprensión del fenómeno a diferentes prácticas que pueden formar parte de la extensión del activismo judicial (falsos negativos) e incluir otras que seguramente no son constitutivas de activismo (falsos positivos).

Puede resultar más iluminador el segundo elemento señalado por Canon. Como se dijo, él piensa que resulta básico en el activismo judicial el ejercicio de funciones judiciales impropias. Esta tesis, incluso, puede asociarse a la distinción que se había planteado antes: la diferencia entre actividad judicial y activismo judicial. Según esto, la actividad judicial corresponde al ejercicio

23 Constitución Política de Colombia, 1991, artículos 88, 78-82; Ley 472, p. 472.

de funciones propias del juez, mientras que el activismo judicial se refiere al ejercicio de funciones impropias por parte este. Parece entonces provechoso también aproximar el concepto de activismo judicial a un uso impropio de las facultades judiciales.

Y esto no es un mero capricho, pues está íntimamente relacionado con lo propuesto por Schlesinger en su momento, quien se refería a los jueces activistas como aquellos que iban más allá del *self-restraint* que se esperaba de ellos. Esta moderación, o *self-restraint*, no es otra cosa que las limitaciones impuestas sobre los jueces por las normas de competencia que les dicen específicamente qué potestades tienen. De modo que si queremos tomarnos en serio el activismo judicial como Schlesinger lo concibió en su momento –y como Canon señala– tenemos que definirlo en términos de las poderosas funciones que tienen los jueces en los sistemas jurídicos. Esto es, en términos de las normas de competencia que establecen el límite de lo que es una actuación judicial y aquello que no lo es.

A partir de lo expuesto hasta aquí, se proponen los siguientes *desiderata* para la construcción de una definición de activismo judicial, los cuales representan precisamente los problemas que tenían los anteriores tratamientos. Por lo tanto, una definición adecuada del activismo debe:

1. Partir del sentido que se le dio originalmente al término o, al menos, no contradecirlo (*desiderata* originario).
2. Darle prioridad explicativa al concepto de activismo para luego explicar cuáles son sus posibles manifestaciones, de modo que la definición no depende del contexto donde se formule (*desiderata* de generalidad).
3. Desligar la definición de activismo de las consideraciones ideológicas o morales del juez (*desiderata* de amoralidad).
4. Explicar el activismo judicial a partir de un uso de las competencias del juez, en línea con el punto 1 (*desiderata* competencial).

Conclusión

Aquí presento unas conclusiones meramente provisionales, dado que falta la parte más interesante del escrito, en donde propongo una definición que cumple con los *desiderata* propuestos y, además, supera la crítica que se ofreció aquí en contra de las teorías previas sobre el activismo judicial. De esta manera, el aporte que se ofrece en esta parte del escrito es, sin duda, los *desiderata*. Como es evidente en la segunda parte de este escrito, el hecho de que estos se hayan podido formular es algo positivo, ya que no solo nos permite aprender

de los intentos previos, sino que además arroja los pasos que se deben seguir para formular una definición adecuada del activismo judicial. Esto es, si a la hora de definir el activismo judicial se decide seguir estos parámetros, esto asegura que la definición sea acertada y, además, coherente con lo que se ha defendido hasta aquí.

Bibliografía

Canon, B. C., "Defining the dimensions of judicial activism", *Judicature* 66, 5 (1983), pp. 236-247.

Congreso de la República, Ley 472, 1998. *Constitución Política de Colombia*, 1991.

Cross, F. B. y Lindquist, S. A., "The scientific study of judicial activism", *Minnesota Law Review* 91, 6 (2007), pp. 1752-1784.

de Almeida Ribeiro, G., "Judicial activism and fidelity to law", en Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (eds.). *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham, Springer International Publishing, 2015 (Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice), pp. 31-46, en https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1_4.

Escobar Torres, S. y L. M. Hernández Vargas y C. M. Salcedo Franco, "El juez constitucional como garante de los derechos sociales en Colombia una mirada crítica al activismo judicial de la Corte Constitucional Colombiana", *Universitas Estudiantes* 10 (2013), pp. 121-151.

Garner, B. A. (ed.), "Judicial activism", *Black's law dictionary*.

Gómez Pinto, L. R., *El juez de las políticas públicas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana - Ibáñez, 2012.

Harwood, S., "Judicial activism: A restrained defense", New York, Cornell University, 1992.

Holland, K. M., "Introduction", en Kenneth M. Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, London, Palgrave Macmillan UK, 1991, pp. 1-11, DOI: https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_1

Itoh, H., "Judicial activism in Japan", en Kenneth M. Holland (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, London, Palgrave Macmillan UK, 1991, pp. 189-201, fecha de consulta: 2 de agosto de 2020, DOI: https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_11

- Itoh, H., "Judicial review and judicial activism in Japan the Constitution of Japan - The fifth decade: III. Judicial Review", *Law and Contemporary Problems* 53, 1 (1990), pp. 169-180. DOI: <https://doi.org/10.2307/1191835>
- Jacobsohn, G. J., "Judicial activism in Israel", en Kenneth M. Holland (ed.) *Judicial Activism in Comparative Perspective*, London, Palgrave Macmillan UK, 1991, pp. 90-116. DOI: https://doi.org/10.1007/978-1-349-11774-1_6
- Kmiec, K. D., "The origin and current meanings of 'judicial activism'", *California Law Review* 92, 5 (2004), pp. 1441-1478. DOI: <https://doi.org/10.2307/3481421>
- Landau, D., "Political institutions and judicial role in comparative constitutional law", *Harvard International Law Journal*, 2010.
- Lozada, A., "Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41 (2018), pp. 211-226. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11>
- Maraniello, P. A., "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Tla-melaua: revista de ciencias sociales*, 5, 32 (2012), pp. 46-83. DOI: <https://doi.org/10.32399/rtla.7.32.25>
- Marshall, W. P., "Conservatives and the seven sins of judicial activism", *University of Colorado Law Review* 73 (2002), p. 1217. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.330266>
- Muñoz Machado, S. (ed.), "Activismo judicial", *Diccionario panhispánico del español jurídico*, vol. 1 A-F.
- Pulido Ortiz, F. E., "'Rule of law' y activismo judicial", *Ámbito Jurídico*, 2019, en <https://www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/rule-law-y-activismo-judicial>.
- Rodríguez, M., *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- Saffon, M. y García-Villegas, M., "Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia", *Estudios Socio-Jurídicos* 13, 1 (2011), pp. 75-107.
- Schlesinger, A. M., "The Supreme Court", *Fortune* XXXV (1) (1947), pp. 73-204.
- Schubert, G., "Judicial policy making: The political role of courts", en David Forte (ed.), *The Supreme Court in American politics: Judicial Activism vs. Judicial Restraint (Problems in Political Science)*, Heath, 1965, pp. 131-135.
- Smith, S. D., "Judicial activism and 'reason'", en Luís Pereira Coutinho, Massimo La Torre, Steven D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, Cham, Springer Inter-

- national Publishing, 2015 (*Ius Gentium: Comparative perspectives on law and justice*), pp. 21-30. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-18549-1_3
- Stone, G. R., "Selective judicial activism", *Texas Law Review* 89 (2011), pp. 1423-1431.
- Terpan, F. y Saurugger, S., "Assessing judicial activism of the CJEU the case of the court's defence procurement rulings", *Journal of European Integration*, 2018, pp. 1-19. DOI: <https://doi.org/10.1080/07036337.2018.1537268>
- Waltman, J., *Principled Judicial Restraint: A Case Against Activism*, New York, Palgrave Pivot, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1057/9781137486967>
- Young, K. G., "A typology of economic and social rights adjudication: Exploring the catalytic function of judicial review", *International Journal of Constitutional Law* 8, 3 (2010), pp. 385-420. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/moq029>
- Zarbiyev, F., "judicial Activism in International Law – A conceptual framework for analysis", *Journal of International Dispute Settlement* 3 (2) (2012), pp. 247-278. DOI: <https://doi.org/10.1093/jnlids/ids005>