



¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones

What Is Judicial Activism? Part II:
A Definition Beyond Overreach of Duties

O que é ativismo judicial? Parte II:
uma definição mais além
da extralimitação de funções

Pablo Rivas-Robledo*

* <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: 11/01/2022. Envío a pares: 07/03/2022
Aprobado por pares: 11/04/2022. Aceptado: 26/04/2022

DOI: [10.5294/dika.2022.31.2.6](https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6)

Para citar este artículo / To reference this article / Para citar este artigo
Pablo Rivas-Robledo, “¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones”, en *Dikaion* 31, 2 (2022), e3126.
DOI: <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>

Resumen

Esta es la segunda parte de un escrito sobre la definición de activismo judicial. En la primera, se discutieron algunas teorías y se propusieron una serie de desiderata para una definición de activismo judicial. En esta segunda parte se defiende que definir el activismo judicial como la modificación intencional de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones cumple con los cuatro desiderata identificados y, además, supera las críticas formuladas contra de las anteriores teorías.

Palabras clave

Normas constitutivas; sistemas normativos; Eugenio Bulygin; modificación de competencias.

Abstract

This is the second part of a paper on the definition of judicial activism. The first discussed some theories on judicial activism and proposed a series of desiderata for a definition of judicial activism. This second part argues that defining judicial activism as the intentional modification of competence by the judge through his decisions follows the four identified desiderata and overcomes the criticisms made against previous theories.

Keywords

Constitutional norms; normative systems; Eugene Bulygin; modification of competence.

Resumo

Esta é a segunda parte de um texto sobre a definição de ativismo judicial. Na primeira, foram discutidas algumas teorias sobre o ativismo judicial e proposta uma série de *desiderata* para uma definição de ativismo judicial. Na segunda parte, é defendido que definir o ativismo judicial como a modificação intencional das competências por parte do juiz por meio de suas decisões cumpre com os quatro *desiderata* identificados e, além disso, ultrapassa as críticas formuladas contra as anteriores teorias.

Palavras-chave

Normas constitutivas; sistemas normativos; Eugenio Bulygin; modificação de competências.

Sumario: Introducción. 1. Reglas constitutivas y normas de competencia: Searle y Bulygin. 2. ¿Qué es el activismo judicial? 2.1 El activismo judicial como la modificación intencional de competencias. 2.2 Comparación con las otras conceptualizaciones referidas en este trabajo. 2.2.1 Cómo la definición ofrecida aquí supera las críticas individuales en contra de las teorías anteriores. 2.2.2 Cómo la definición ofrecida aquí cumple con los desiderata de una definición de activismo. 3. Discusión: usurpación y jueces no activistas. 3.1. Activismo, extralimitación y usurpación. 3.2. Jueces no activistas. Conclusión. Referencias

Introducción

La primera parte de este escrito tuvo una introducción extensa y conclusiones limitadas, en aras de darle flujo a su lectura. En esta parte hago lo contrario: en esta introducción menciono brevemente la división del escrito, al final ofrezco conclusiones más detalladas. De tal manera, esta parte empieza con una exposición de la teoría de las normas de competencia como reglas constitutivas. Ya el desiderata 4 dejaba claro el hecho de que es necesario explicar el activismo judicial a través del uso de competencias del juez, por lo que resulta necesario explicar en qué consiste el concepto de competencia y las normas que otorgan dichas competencias.

Con esto en mente, paso a defender 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 estas. Allí aplico esta definición al caso colombiano, pero también expongo cómo esta sirve para explicar el activismo en otros ordenamientos jurídicos.

Posteriormente, paso a defender que la definición presentada aquí tiene ventajas frente a las otras discutidas a lo largo del trabajo. Allí precisamente explico por qué entender el activismo como la modificación intencional de competencias supera las críticas formuladas en contra de las otras teorías anteriores y cumple con los desiderata planteados. Por último, discuto dos consecuencias directas de la definición de activismo judicial planteada aquí: cómo se caracteriza un juez que no es activista y si a la luz de lo defendido aquí puede entenderse que el activismo es usurpación. La respuesta a esto último es que sí.

Una vez hecho esto, presento algunas conclusiones. En esta ocasión, señalo cómo, a partir de la definición presentada, es posible entrar a discutir otros temas de gran importancia en lo referente al activismo judicial. Por ejemplo, la eventual justificación que puede llegar a tener una decisión activista o, incluso, cómo a partir del activismo judicial podemos crear un esquema de definición para cualquier otro tipo de activismo, como presidencial o notarial.

1. Reglas constitutivas y normas de competencia: Searle y Bulygin¹

El concepto de activismo judicial está vinculado a la explicación de las normas de competencia, como ya lo señalaba Schlesinger en el trabajo que le dio origen al debate y como muchos de los teóricos intuyen, incluido el autor de este escrito. La tesis que se desarrolla en este trabajo es que un elemento característico del activismo judicial es la reconfiguración de las normas de competencia que definen los poderes de los órganos judiciales mediante los mismos actos judiciales (providencias judiciales). Para esto, primero presento una noción de competencia y norma de competencia y, en un apartado posterior, explico el sentido en el que el activismo constituye la modificación de las competencias jurídicas del juez, por parte del juez mismo.²

El debate sobre la naturaleza de las normas de competencia es uno que todavía se mantiene vigente. Sin embargo, hoy en día es posible expresar que hay consenso sobre algunos aspectos generales. En concreto, el uso del concepto de reglas constitutivas para explicar la naturaleza de las normas de competencia es un punto de partida normalmente aceptado.³

Las normas de competencia son aquellas que en los sistemas jurídicos establecen qué poderes o potestades tienen los órganos del sistema y los particulares. Por ejemplo, los sistemas presidencialistas suelen tener una disposición que establece cuáles son las acciones que puede llevar a cabo el presidente, como nombrar ministros. En este sentido, se entiende que el presidente tiene la competencia –es decir, la potestad o poder– para nombrar ministros.

El rol que juegan las normas de competencia en los ordenamientos jurídicos es fundamental, porque permiten a las instituciones y a los participantes de los ordenamientos jurídicos saber qué acciones son posibles dentro del ordenamiento. Es decir, las normas de competencia del presidente de un país o las

1 Es importante resaltar que aquí *regla* y *norma* no se utilizan como sinónimos. Para los propósitos de este trabajo, las normas son disposiciones jurídicas y las reglas son disposiciones que regulan el comportamiento de los individuos, que no son necesariamente jurídicas.

2 Hasta donde sé no existen intentos previos de definir el activismo judicial a partir del concepto de norma de competencia. Villalobos es probablemente el único que ha visto la relación entre el activismo judicial y las competencias judiciales, pero no profundiza al respecto. Véase M. F. Villalobos, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 22, 2 (2015).

3 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte.*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986; E. Bulygin, “On norms of competence”, en Carlos Bernal et al. (eds.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, 1992; J. Ferrer Beltrán, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; G. Villa Rosas, “Prescribir y definir. Cuatro tesis para una teoría de la competencia jurídica”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava* 36 (2018), Klub Revus - Center za raziskovanje evropske ustavnosti in demokracije. Para más sobre la relevancia acerca de las reglas constitutivas en el Derecho, véase L. Ramírez-Ludeña y Josep M. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, 2022, especialmente el capítulo IX, “Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles”, de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez.

normas de competencia de un ministerio les confieren a estas entidades ciertos poderes o competencias para llevar a cabo determinados actos.

Con los operadores judiciales sucede algo similar, pues existen normas de competencia para los jueces. En Colombia, por ejemplo, estas normas se encuentran tanto en la Constitución (para los tribunales de cierre) como en leyes y códigos especializados: la Ley Estatutaria de Justicia dispone ciertos parámetros generales; el Código General del Proceso y el Reglamento de la Corte Suprema de Justicia regula la actividad de los jueces que hacen parte de la jurisdicción ordinaria, incluyendo la Corte Suprema de Justicia; el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el Reglamento del Consejo de Estado regula la actividad de los jueces que hacen parte de la jurisdicción administrativa; el reglamento de la Corte Constitucional consagra algunas disposiciones para los que hagan parte de este tribunal; y la Ley 1957 de 2019 reglamenta todo lo concerniente a la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP).

Esta situación crea un entramado de disposiciones normativas que parecen ser de distinta naturaleza, pero que en realidad tienen la misma. Por ejemplo, veamos los artículos 16 del Código General del Proceso, 241.1 de la Constitución y 108 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). El primero dispone que “corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción”⁴; el segundo dice:

A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación.⁵

Por último, el referido artículo del CPACA dispone que “El presidente del Consejo de Estado será elegido por la misma corporación para el período de un (1) año”.⁶

La forma de redacción de estas normas puede llegar a confundir. Al fin y al cabo, parece que la primera estuviera disponiendo simplemente quién tiene que conocer de los asuntos que no le corresponden a ninguna otra jurisdicción; que la segunda estuviera estableciendo cuáles acciones judiciales *puede* conocer la Corte Constitucional para cumplir con su deber, y que la tercera estuviera estableciendo que el Consejo de Estado *debe* elegir su presidente. A pesar de esta diferencia en la redacción, estas tres normas están establecien-

4 Código General del Proceso, 2012, artículo 16.

5 Constitución Política de Colombia, 1991, p. 241.1.

6 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, 2011, artículo 108.

do que a un órgano (jueces de la jurisdicción ordinaria, Corte Constitucional, Consejo de Estado) le corresponde llevar determinadas actuaciones (conocer de los asuntos que no le conciernen a ninguna otra jurisdicción, decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad contra actos reformatorios de la Constitución o elegir al presidente del Consejo de Estado).

Estas diferencias en la manera en la que formulan estas normas de competencia han sido fuente de numerosas discusiones en la teoría del derecho de los siglos XX y XXI. Específicamente, no existe consenso acerca de su naturaleza deóntica, es decir, si establecen obligaciones, permisiones o si, por el contrario, no tienen una naturaleza deóntica, sino definicional. Una primera familia de teorías afirma que estas normas establecen obligaciones,⁷ una segunda teoría defiende que las normas de competencia establecen permisiones,⁸ y la más reciente, arguye que precisamente no se trata de normas de naturaleza deóntica, sino definicional.⁹ Es decir, esta última teoría afirma que las normas de competencia no le están exigiendo ni permitiendo nada a las instituciones que regula, sino que precisamente está estableciendo en qué consiste esa entidad: la suma de competencias otorgadas al presidente, al ministerio o a determinado tribunal constituyen la totalidad de la figura de la presidencia, el ministerio o el tribunal: no hay nada más que estas entidades puedan hacer que sea considerado válido.

Para poder explicar la naturaleza definicional de las normas de competencia, Bulygin y quienes le siguen han utilizado el concepto de regla constitutiva, que viene de la filosofía de Rawls (1955), pero que Searle desarrolló con mucha mayor profundidad. En ontología social se suele distinguir entre dos tipos de reglas: regulativas y constitutivas. John Searle ha utilizado esta distinción a lo largo de su obra con distintos propósitos, entre estos, para explicar el cómo surgen y se mantienen en pie instituciones sociales como el derecho. Según Searle, las instituciones son sistemas de reglas constitutivas, estas tienen la siguiente estructura “X cuenta como Y en el contexto C’.¹⁰

7 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1945; *Pure Theory of Law*, University of California University Press, Berkeley, 1967; *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997; C. S. Nino, “Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 5 (1985); A. Ross, *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, 2004; T. Spaak, “Norms that confer competence”, *Ratio Juris* 16, 1 (2003); “Explicating the concept of legal competence”, en Jaap C. Hage, Dietmar von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Springer Netherlands, Dordrecht, 2009 (Law and Philosophy Library), en https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_5.

8 C. Alchourrón y E. Bulygin, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2, Astrea, Buenos Aires, 2012 (publicado originalmente en 1971 como *Normative Systems*, Wien: Wien); G. H. von Wright, *Norm and action: A logical enquiry*, Routledge & Kegan Paul, 1963.

9 E. Bulygin, “On norms of competence”, *op. cit.*; J. Ferrer Beltrán, *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, *op. cit.*; G. Villa Rosas, “Prescribir y definir. Cuatro tesis para una teoría de la competencia jurídica”, *op. cit.* Ver también R. Alexy, *Theorie der Grundrechte.*, *op. cit.*, cap. 4.II.3.

10 J. R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969; *The Construction of Social Reality*, The Free Press, 1995; *Making the Social World. the Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, 2010; “Constitutive Rules”, *Argumenta - Journal of Analytic Philosophy* 4, 1 (2018).

Por ejemplo, “mover el rey una casilla a la derecha (X) cuenta como un movimiento válido del rey (Y) en el ajedrez (C)”. De esta manera, el conjunto de reglas constitutivas que dicen qué cuenta como qué en el ajedrez constituyen la totalidad del ajedrez. Esto permite que se pueda demarcar una institución de otra (por ejemplo, el ajedrez del sudoku).

Por otro lado, las reglas constitutivas no se pueden violar, al menos en el mismo sentido en que se pueden violar reglas que establecen obligaciones: dichas reglas no establecen deberes que se puedan incumplir, y que por ende se pueda castigar el incumplimiento de estas. Las reglas constitutivas definen qué acción, objeto, persona o evento es significativo dentro de un contexto particular, de tal manera que, si no se siguen estas reglas, no se está en ese contexto.¹¹ Por ejemplo, si alguien mueve el rey en *L* simplemente no está jugando ajedrez.

Estas reglas son definicionales en tanto no exigen ningún comportamiento en el sentido que lo hacen, por ejemplo, las reglas regulativas, que exigen que cierto estado de cosas se dé en el mundo.¹² Lo que hacen las reglas constitutivas es asignarle una interpretación institucional a un estado de cosas que de otra manera no lo tendría. Por eso es que se dice que si no existiera la regla constitutiva, la acción que se constituye no existiría: no existiría el movimiento del rey en el ajedrez si no existiera la regla constitutiva que define cómo se debe mover esta pieza.¹³

Uno de los primeros trabajos en los que se ha tomado la teoría de las reglas constitutivas de Searle y se ha intentado esclarecer el concepto de norma de competencia es *On Norms of Competence* de Eugenio Bulygin.¹⁴ Bulygin afirma,

-
- 11 Este es un criterio sobre la diferencia entre reglas constitutivas y reglas regulativas (v. gr. las que imponen obligaciones) que es bastante criticado y reformulado. Aquí he presentado una versión débil del mismo, que es un criterio negativo: si bien afirmo que no se pueden violar (al menos no en el mismo sentido que las reglas regulativas), no digo nada acerca cómo entender una transgresión a estas. En lo personal, pienso que no es posible violarlas, en tanto estas establecen condiciones de posibilidad, sin embargo, no dispongo del espacio suficiente para defender esta tesis aquí. La versión débil del criterio es compatible con cualquier visión no reduccionista de las reglas constitutivas, como la que se presenta aquí, por lo que creo que es suficiente para mis propósitos en este artículo. La crítica más célebre a este criterio de distinción entre reglas se encuentra en F. Hindriks, “Constitutive rules, language, and ontology”, *Erkenntnis* 71, 2 (2009), p. 255, pero una nueva e interesante forma de interpretar el mismo se encuentra en las secciones 2.2 y 3.2 de S. Agüero-Sanjuán y S. Figueroa Rubio, “Reglas, acciones y transgresiones”, en L. Ramírez-Ludeña y Josep M. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, 2022, p. 19. La visión no reduccionista de las reglas constitutivas fue defendida desde el principio por Searle en todos sus trabajos ya citados. Recientes defensas de la esta posición se encuentran en C. Roversi, “In defence of constitutive rules”, *Synthese* 199 (2021), p. 14349, y en A. Lojo, “Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas”, en L. Ramírez-Ludeña y Josep M. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, 2022, p. 85.
- 12 A. Placani, “Constitutive and regulative rules: A dispute and a resolution”, *Phenomenology and Mind* 13 (2017), p. 60; J. R. Searle, *Making the Social World. the Structure of Human Civilization*, op. cit., pp. 9-10; “Constitutive Rules”, op. cit., p. 52.
- 13 J. R. Searle, *Making the Social World. the Structure of Human Civilization*, op. cit., p. 10; “Constitutive rules”, op. cit., p. 53.
- 14 Ver E. Bulygin, “On norms of competence”, op. cit. Es bien sabido que ya en 1985, Robert Alexy había propuesto una idea similar en *Teoría de los derechos fundamentales* (1986) (ver sección II.3 del capítulo cuarto). Sin embargo, esta idea en particular fue eclipsada por muchas otras de muchísima más influencia que están en ese mismo libro, de modo que cuando normalmente se habla de normas de competencia como reglas constitutivas se hace referencia a Bulygin y no a Alexy. Los ejemplos son muchos, pero los más relevantes pueden ser D. Grossi, J.-J.

por ejemplo, que la norma que le otorga competencia al legislador, le otorga competencia para que, de acuerdo con ciertos parámetros (personales, procedimentales y materiales), legisle en ciertas materias, esta es una regla constitutiva.¹⁵

De acuerdo con los que consideran que las normas de competencia son un tipo de reglas constitutivas, estas normas tienen una estructura propia de reglas constitutivas (X cuenta como Y en el contexto C), pero se debe interpretar tal que X corresponde a la acción que debe hacer un órgano para que esta cuente como Y en el sistema C . En términos que pueden ser más claros, la norma de competencia mencionada más arriba, según la cual el presidente puede nombrar ministros, puede reconstruirse como: “La designación de una persona como cabeza de un sector del poder ejecutivo por parte del Presidente (X) cuenta como el nombramiento de un Ministro (Y) en el sistema jurídico colombiano(C)”, y por lo tanto le está confiriendo al presidente la competencia para nombrar ministros.¹⁶

De esta manera, las normas de competencia son un tipo de reglas constitutivas. Todas las normas de competencia son reglas constitutivas por tener una estructura tipo “ X cuenta como Y en el contexto C ”, y hacen posible el comportamiento que regulan (son condición de posibilidad). No obstante, no todas las reglas constitutivas son normas de competencia: no porque algo tenga estructura “ X cuenta como Y en el contexto C ”, entonces es una norma de competencia, pues hay disposiciones que pueden clasificarse como reglas constitutivas sin conferir poderes o potestades. Ejemplos clásicos de reglas constitutivas que son disposiciones que establecen clasificaciones o definiciones:¹⁷ la regla que establece qué cuenta como el punto de penalti para la FIFA no le está confiriendo potestades a nadie para hacerlo, sino que describe como un hecho bruto del mundo (un punto marcado a 11 metros del punto medio de

Meyer y F. Dignum, “On the logic of constitutive rules”, en Guido Boella, Leon van der Torre y Harko Verhagen (eds.), *Normative Multi-agent Systems*, Internationales Begegnungs- und Forschungszentrum für Informatik (IBFI), Schloss Dagstuhl, Germany, 2007 (Dagstuhl Seminar Proceedings), fecha de consulta 18 abril 2021, en <http://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2007/913>; R. Hilpinen, “Deontic logic”, en Lou Goble (ed.), *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*, vol. 4, Blackwell, Great Britain, 2001 (Blackwell Philosophy Guides); A. J. I. Jones y M. Sergot, “A formal characterisation of institutionalised power”, *Logic Journal of the IGPL* 4, 3 (1996); E. Lorini, D. Longin, B. Gaudou y A. Herzig, “The logic of acceptance: Grounding institutions on agents’ attitudes”, *Journal of Logic and Computation* 19, 6 (2009); Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford, Oxford University Press, 2017 (Grossi et al., “On the logic of constitutive rules”, *op. cit.*; Hilpinen, *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*, *op. cit.*; Jones y Sergot, “A formal characterisation of institutionalised power”, *op. cit.*; Lorini et al., “The logic of acceptance: Grounding institutions on agents’ attitudes”, *op. cit.*; *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, *op. cit.*).

15 E. Bulygin, “On norms of competence”, *op. cit.*, p. 283.

16 Otra forma de reconstruir la misma disposición es ‘el agente o institución I , mediante el procedimiento P , es competente para hacer A ’ (Pulido Ortiz, *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, *op. cit.*, p. 28). Ver también Spaak, “Norms that confer competence”, *op. cit.*; “Explicating the concept of legal competence”, *op. cit.*

17 D. Grossi, F. Dignum y J.-J. Ch. Meyer, “Contextual taxonomies”, en João Leite y Paolo Torroni (eds.), *Computational Logic in Multi-agent Systems*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2005; D. Grossi, F. Dignum y J.-J. Ch. Meyer, “Counts-as: Classification or constitution? An answer using modal logic”, en Lou Goble y John-Jules Ch. Meyer (eds.), *Deontic Logic and Artificial Normative Systems*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2006; D. Grossi y A. J. I. Jones, “Constitutive norms and counts-as conditionals”, en Dov Gabbay, John Horty, Xavier Parent, Ron van der Meyden y Leendert van der Torre (eds.), *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, College Publications, 2013.

los dos postes) cuenta como un hecho institucional (es el punto desde donde se cobra un penalti) en un determinado contexto (las reglas de la FIFA).¹⁸

Por ende, aquí estoy entendiendo que las normas de competencia son un tipo de reglas constitutivas. En consecuencia, es necesario tener en cuenta que dichas normas no se pueden violar (en el sentido mencionado anteriormente) y crean el tipo de actos que regulan, en tanto facultan a autoridades para llevar a cabo estas actuaciones. Si no hay una norma de competencia que indique qué cuenta como nombrar un ministro, simplemente no habría tal cosa como el nombramiento de ministros.

Esto concluye la presentación de los conceptos necesarios para desarrollar el resto del trabajo. A continuación, paso a criticar las teorías presentadas en la sección anterior para luego explorar cuáles son los desiderata de una definición de activismo judicial. En un apartado posterior presento y defiendo una definición de activismo judicial en términos de normas de competencia y explico cómo cumple con los desiderata planteados y otras ventajas sobre las definiciones esbozadas hasta el momento.

2. ¿Qué es el activismo judicial?

En la Parte I de este escrito se introdujeron los cuatro desiderata de una definición de activismo –el originario, el de generalidad, el de amoralidad y el competencial–. En la sección anterior introduje los términos de norma de competencia y el de regla constitutiva y cómo entender las normas de competencia a la luz de las reglas constitutivas. En síntesis, se defendió que cuando se establece la competencia de un órgano para llevar a cabo un tipo de acto (o sea el ejercicio de un poder o potestad) se está diciendo que cierto comportamiento cuenta como un hecho institucional en un contexto jurídico. De tal forma que la suma de estas define la autoridad o institución en cuestión. Aquí presento una definición que cumpla con estos desiderata y demuestro cómo esta definición supera las críticas formuladas contra las teorías previas y, por lo tanto, cumple con los desiderata.

2.1. El activismo judicial como la modificación intencional de competencias

Quiero proponer un cambio en la prioridad explicativa. Voy a dar una definición de activismo y luego señalar varias manifestaciones de activismo a la luz de la definición. Para esto primero defino activismo judicial y luego acudo a varios fallos de la Corte Constitucional de Colombia que a lo largo de

18 Ver FIFA, *Laws of the Game 2020/21*, 2020.

la historia se han considerado como manifestaciones de activismo judicial y hago un breve comentario sobre cómo aplicar esto a otros ordenamientos.¹⁹

El activismo judicial es la modificación intencional de las competencias por parte del juez a través de sus decisiones. De modo que el juez activista es el que va más allá del ejercicio de sus competencias, ampliándolas o reduciéndolas, pero actúa como si estuvieran dentro del ámbito de los poderes definidos en la norma de competencia, i.e. expide providencias. Para entender esto mejor, veamos un caso de cómo un tribunal puede llegar a ser activista.²⁰

La principal norma de competencia de la Corte Constitucional de Colombia (la Corte) es el artículo 241 de la Constitución Política, en la cual actualmente se listan las 12 competencias que tiene. En ejercicio de estas facultades, la Corte puede conocer de las demandas instauradas contra las leyes de la República en tanto se argumente de manera satisfactoria que la ley demandada viola la Constitución, y también debe ejercer control automático sobre los decretos expedidos por el Gobierno nacional en medio de un estado de emergencia.²¹ En el marco de este control de constitucionalidad, la Corte debe definir si el contenido normativo de estos documentos se ajusta o no a la Constitución y debe motivar su decisión.

En 1998 demandaron varios artículos del Código Sustantivo del Trabajo, entre estos, el literal b del numeral 1° del artículo 162. En este se establecía que los trabajadores que prestaran servicios domésticos quedaban excluidos de la regulación sobre jornada máxima legal, es decir, las horas trabajadas por día o por semana podían superar la jornada máxima legal.²²

La Corte conoció esta demanda y emitió sentencia. En su decisión, la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo en la medida que se limitara la jornada máxima de los trabajadores de servicio doméstico a máximo 10 horas diarias si residen en la casa del empleador. La Corte decide limitar a 10 horas la jornada no por razones de orden legal ni constitucional, sino porque lo encuentra razonable:

Sólo en las anteriores condiciones la norma acusada puede ser constitucional, de modo que aun cuando sea posible la exigencia de laborar durante un periodo de tiempo superior a la jornada máxima fijada legalmente, para la Corte lo razonable es que, en ningún caso, los trabajadores del servicio doméstico laboren más de 10 horas diarias, y en el evento de que se requiera el servicio más allá de tal límite, procederá

19 Mi esfuerzo por alejarme de casos estructurales en materia de justicia social o libertades individuales es deliberado en tanto en estos casos es mucho más difícil juzgar si se da o no activismo judicial gracias a consideraciones políticas y morales cuyo análisis se sale ampliamente de los límites de esta investigación.

20 Para más sobre el la cláusula “como si” (*as if*), véase A. Sardo & G. Tuzet, *Judicial fictions and constitutive speech*, *Jurisprudence* 13.1, 2022, p. 121.

21 Constitución Política de Colombia, artículos 241.4, 241.7; Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2001.

22 Código Sustantivo del Trabajo, 1951, artículo 162.1.b.

entonces, el reconocimiento y pago de horas extras, en los términos de la legislación laboral. (Sentencia C-372/98, sec. C.2.5)

Si bien me parece justo que exista un límite para la cantidad de horas que labora un trabajador del servicio doméstico, no deja de ser inquietante que la Corte haya estipulado el límite sin mayores argumentaciones. Antes de responder si la Corte fue activista en este caso, quiero mencionar brevemente otro caso en el que a la Corte Constitucional colombiana se le ha tachado de activista. Se trata de la Sentencia C-136 de 1999. En esta ocasión, la Corte estaba ejerciendo control abstracto sobre el Decreto Legislativo 2331 de 1998 expedido en medio de un estado de excepción decretado en 1998, una facultad que la Corte tiene a la luz del artículo 241.5 de la Constitución. Esta providencia es bastante extensa, pero una de las cosas que más llaman la atención es un cambio que la Corte le hace al decreto. El decreto en cuestión creaba una contribución fiscal temporal sobre las transacciones financieras. Inicialmente, los valores recaudados debían depositarse en el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, pero la Corte cambió esto, pues a partir de la sentencia debían depositarse en la Dirección General del Tesoro Nacional.²³

Estos dos casos son tradicionalmente citados cuando se habla de activismo judicial, ¿qué tienen en común con el resto de los casos en otros países donde se les tacha a algunas decisiones de activistas? La respuesta es que, como ya lo he mencionado, en estos casos los jueces exceden sus competencias de una manera particular. Esto es, se apartan de las competencias asignadas, pero con la intención modificarlas para justificar la validez de los actos. Esto significa que los jueces hacen cosas para las que no tienen potestad, pero las presentan como si así lo fuera. En este proceso modifican sus competencias en el sentido en el que actúan según los parámetros que ellos mismos establecen y no sobre aquellos que les son ordenados por normas de competencia previas (incluso las normas de la Constitución).

Creo que en los dos casos citados ha existido activismo judicial. En ambos la Corte fue más allá de su potestad legal de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las disposiciones y, en cambio, les agregó contenido a estas: en el primer caso, legisló sobre el horario laboral al que estaban sujetos los empleados y empleadas de servicio doméstico y, en el otro, cambió completamente la dirección que tomaría una política económica en el país. En ambos casos, la Corte realizó esto mediante sentencias, e hizo como si estuviera facultada para dar este tipo de soluciones a los casos cuando en realidad no lo estaba. Es en este sentido que hablo de modificación de competencias: en estos casos la Corte, por sí misma, se atribuye la facultad de legislar.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-136 de 1999, Resuelve 2.32.

Pero en muchos otros casos el activismo judicial no es legislar. En el caso colombiano, la Corte Constitucional también ha conocido de casos que eran competencia de otros órganos jurisdiccionales,²⁴ crear una norma del precedente vinculante para todos los jueces del país,²⁵ dictar políticas públicas en materia de desplazados²⁶ o dictar política pública en materia carcelaria.²⁷ Y este no es un fenómeno exclusivo de la jurisdicción constitucional, recientemente el Consejo de Estado confirmó una decisión en la que se anuló un contrato estatal en sede de acción popular,²⁸ aun cuando según la Ley 1437 de 2011 establece que el juez carece de competencia para realizar tal acto.²⁹

En estos casos, la Corte ha actuado como si tuviera la competencia para actuar de una determinada manera. Es decir, por un lado la Corte puede declarar una norma inconstitucional y eso *cuenta como* “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación” o *cuenta como* “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra los decretos con fuerza de ley dictados por el Gobierno”.³⁰ Pero lo que hace la Corte en los casos citados más arriba es realizar algo que está por fuera de sus competencias y hacer *como si* eso fuera parte de las competencias que están contenidas en el artículo 241 de la Constitución, pues expide una sentencia.

Por ejemplo, la Corte establece toda una política pública en materia de desplazados, emite órdenes generales a entidades gubernamentales de un departamento y *hace como* si eso fuera revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales³¹ cuando, según esta competencia, lo que *cuenta como* un ejercicio de esta es dar una orden particular para que cese la violación de un derecho fundamental.³²

Otro ejemplo interesante de activismo judicial en Colombia es la creación y el desarrollo de una norma del precedente. Inicialmente esta estaba contenida en el artículo 48 de Ley Estatutaria de Justicia y establecía que solo la par-

24 Sentencia C-136 de 2017; Sentencia C-400 de 2013; Sentencia C-523 de 2005; Sentencia C-672 de 2005; Sentencia C-802 de 2008. Estas decisiones son algunas de las ocasiones en que la Corte Constitucional ha ejercido control constitucional sobre actos administrativos que en principio le correspondían al Consejo de Estado, pero la Corte decidió conocer sobre estos.

25 Sentencia C-083 de 1995; Sentencia C-104 de 1993; Sentencia C-621 de 2015; Sentencia SU-047 de 1999; Sentencia SU-120 de 2003; Sentencia T-292 de 2006.

26 Sentencia T-025 de 2004.

27 Sentencia T-153 de 1998; Sentencia T-388 de 2013; Sentencia T-762 de 2015.

28 La decisión original es la Sentencia del 21 de enero de 2019. La decisión del Consejo de Estado es la Sentencia del 27 de abril de 2020, Rad. 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP).

29 Cfr. artículo 44, Ley 1437 de 2011: “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerable sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptarse las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos”.

30 *Constitución Política de Colombia*, artículos 241.4 y 241.5.

31 Sentencia T-025 de 2004.

32 Decreto 2591 de 1991, artículo 23.

te resolutive de las sentencias de control abstracto tenían efectos *erga omnes*, mientras que la parte motiva era criterio auxiliar; las decisiones de control concreto tenían carácter obligatorio únicamente para las partes y su parte motiva constituía mero criterio auxiliar.³³ Sin embargo, ya desde el inicio de la Corte Constitucional en 1992, esta venía creando una regla del precedente de manera completamente independiente³⁴ y, a pesar de que luego algunos aspectos de esta se materializaron en la Ley Estatutaria de Justicia, la Corte siguió de manera indiscriminada cambiando la norma del precedente en sus decisiones,³⁵ a pesar de que esta nunca ha sido su competencia.

Lo particular de este caso es que la Corte lo ha hecho tanto en instancias de control abstracto como de control concreto, por lo que en estos casos la Corte ha desdibujado completamente sus competencias. Esto, en tanto ha hecho pasar las ocasiones en las que modifica la regla de competencia como instancias de control abstracto y de control concreto. Cuando lo ha hecho mediante control abstracto, la Corte le ha otorgado contenido a la norma del precedente y hace como si esto fuera decidir sobre la constitucionalidad de las normas; cuando lo hace mediante control concreto, la Corte le ha otorgado contenido a la norma de presente y hace como si esto fuera revisar las decisiones propias de la acción de tutela.

El activismo judicial es, por lo tanto, proferir una providencia sobre la que el juez o tribunal no tiene competencia y hacerla pasar como si fuera parte de las competencias entregadas al operador judicial. Por supuesto, esto varía no solo de país en país, sino de tribunal a tribunal según su jurisdicción y la definición de sus competencias. En efecto, los ejemplos presentados aquí solo aplican a la Corte Constitucional colombiana, la historia es distinta si nos vamos al Consejo de Estado, a la Corte Suprema de Justicia o cualquier tribunal de igual o menor jerarquía, en tanto la regla de competencia es distinta para todos. De tal manera que debemos entender que, aunque el activismo judicial sea definible, sus manifestaciones varían no solo de acuerdo con el país donde se esté evaluando, sino también de acuerdo con el tipo de juez que se esté analizando y las competencias que tenga en un determinado momento.

Por esto es que allí donde haya jueces (es decir, haya una norma de competencia tal que otorgue la facultad de resolver ciertos casos) puede haber activismo, pero qué cuenta como activismo en cada sistema depende de las competencias otorgadas a los jueces. Por lo tanto, las definiciones de activismo como la de Kmiec o la de Harwood (quienes listan una serie de comportamientos que concebían como activismo) pueden aceptarse en tanto se tenga en cuenta que estas son ejemplos de manifestaciones de activismo en Estados Unidos.

33 Ley Estatutaria de Justicia, 1996, artículo 48.

34 Sentencias C-104 y C-131 de 1993.

35 F. E. Pulido Ortiz, *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, vol. 16, Universidad de La Sabana, Chía, 2018, parte I.

Para comprobar esta hipótesis movámonos por un momento al ordenamiento jurídico argentino, pero en realidad esto funciona con cualquier otro ordenamiento que tenga normas de competencias para los operadores judiciales. Los casos de Siri y Kot son especialmente importantes en la historia de las garantías constitucionales en Argentina, pero también son casos tachados de ser activistas.³⁶ De modo que comprobemos si lo son a la luz de la definición planteada en este trabajo.

Para 1957 se entendía que en Argentina 1) la acción de *habeas corpus* solo podía ser interpuesta para proteger el derecho a la libertad corporal en caso de que este fuera violado por las autoridades durante el proceso penal y 2) que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina podía conocer de estos procesos si se interponía recurso extraordinario, por lo que el proceso primero tenía que pasar por dos instancias.³⁷ En 1957 se decide el caso Siri, en el cual se interpuso un *habeas corpus* para proteger al señor Ángel Siri, quien había interpuesto el recurso contra la policía de la ciudad de Mercedes porque habían clausurado indefinidamente el periódico de la ciudad. Las dos primeras instancias negaron el recurso basadas en la Constitución y en amplia jurisprudencia constitucional al respecto, la cual era enfática en que el recurso solo procedía para proteger la libertad corporal. No obstante, la Corte Suprema falló a favor del señor Siri, considerando que lo que había interpuesto no era una acción de *habeas corpus*, sino un recurso de amparo para proteger los derechos fundamentales, que se basaba en los principios constitucionales.³⁸ Cabe resaltar que para entonces no existía tal cosa como el recurso de amparo y se considera que precisamente la Corte Suprema lo introdujo al ordenamiento jurídico. Un desarrollo jurisprudencial del año posterior amplió el ámbito de aplicación cuando determinó que la acción no solo procedía contra las acciones de autoridades estatales, sino que también lo hacía contra las actuaciones de privados.³⁹ Cabe resaltar que la parte demandada no solo no había puesto un recurso de amparo inicialmente, sino que además en ninguna disposición se consideraba que esta acción podría ser interpuesta contra particulares, por lo que la Corte Suprema estaba estableciendo este parámetro.

Como se mencionó, antes del caso Siri la Corte Suprema solo tenía la facultad para conocer sobre el *habeas corpus*, pero no para crear nuevos mecanismos para la defensa de derechos constitucionales, y sin embargo lo hizo, y expidió una sentencia en la que hizo *como si* pudiera hacerlo. De manera similar, tampoco tenía

36 L. D. Laise, "¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), pp. 163-164; P. A. Maraniello, "El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional", *Tla-melaua: revista de ciencias sociales* 5, 32 (2012), p. 55; F. M. Racimo, "El activismo judicial, sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* 2 (2015), pp. 136-137.

37 F. Fernández Segado, "La creación jurisprudencial del amparo por la Corte Suprema de la Nación argentina. Los Casos Siri y Kot", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 3 (1999), pp. 595-596.

38 Siri, Ángel, 1957.

39 Samuel, Kot S.R.L., 1958.

la facultad para ampliar el ámbito de aplicación de acciones constitucionales, y sin embargo lo hizo, y expidió una sentencia en la que hizo *como si* pudiera hacerlo. Las anteriores facultades son dos competencias que normalmente están reservadas a los órganos legislativos, como en el caso argentino. En este caso vemos también cómo un ejercicio impropio de las competencias lleva al activismo judicial: la Corte Suprema utilizó el hecho de que puede emitir sentencias para resolver problemas jurídicos para modificar sus competencias y darse más poderes de los que le han sido conferidos. Por lo tanto, creo que en estos casos también se puede hablar de activismo judicial.

2.2. Comparación con las otras conceptualizaciones referidas en este trabajo

Por último, se ofrece una defensa de la conceptualización según la cual el activismo judicial es la modificación intencional de competencias a través de sus decisiones. Esta defensa se extiende a lo largo de dos secciones. En la primera traigo de nuevo las críticas individuales y la crítica general formulada contra las otras conceptualizaciones del activismo judicial y explico cómo mi teoría supera tales críticas. En la segunda explico cómo la conceptualización ofrecida en este trabajo cumple con los desiderata propuestos en un apartado anterior.

2.2.1 **Cómo la definición ofrecida aquí supera las críticas individuales en contra de las teorías anteriores**

Las críticas individuales eran las siguientes: el trabajo de Schlesinger era divulgativo y, por ende, no tenía en cuenta importantes consideraciones teóricas; los trabajos de Kmiec, Canon y Harwood (y quienes les hacen eco) están limitados en términos de metodología al confundir las manifestaciones de activismo con el concepto de activismo; las definiciones del *Black's Law Dictionary* (BLD) y del *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ) daban lugar a falsos positivos, y este último también reducía el activismo judicial a una manifestación del activismo: el llenar lagunas. Por otro lado, la crítica general que se ofreció para los trabajos de los grupos dos y tres se basaba en la estrecha conexión que veían entre el activismo y la moral. Como se explicó, había dos maneras de entender esto: o bien como si los jueces buscaran resultados que coincidían con una ideología que comparten, o bien que las decisiones estaban basadas en una moral particular y no necesariamente en el derecho vigente. El problema de la primera interpretación era que no tenía la suficiente fuerza explicativa para distinguir entre lo que es activista de lo que no lo es. Es decir, si solo nos enfocamos en el resultado moral que busca la decisión judicial no podemos saber si es activista o no, pues no estamos identificando la clase de sentencias que son activistas, sino los efectos que algunas tienen. El problema de la segunda interpretación era que, según esta, cualquier decisión terminaría por ser activista. Esto se debe a que necesariamente el razonamiento judicial

exige de consideraciones morales, ya sea porque el razonamiento judicial implica una forma de razonamiento moral o porque muchas veces para resolver indeterminaciones jurídicas es necesario acudir a consideraciones morales.

La conceptualización ofrecida aquí supera todos estos obstáculos de la siguiente manera. Al ser un trabajo teórico, me he esforzado por dejar clara la naturaleza del activismo judicial a partir de un aparato teórico sólido. Además, también se ha ahondado en las consecuencias que tiene la definición a la hora de analizar conceptos como extralimitación y usurpación de funciones, y se ha mostrado cómo es posible aplicar la definición a casos concretos utilizando casos del derecho constitucional colombiano. Así, el reproche inicial al trabajo de Schlesinger queda superado.

Paso ahora a defender mi conceptualización. Entender el activismo judicial como modificación de competencias tiene claras ventajas sobre las definiciones de activismo judicial del segundo grupo. Esto se debe a que allí donde exista la figura del juez habrá una norma de competencia que determine las acciones que son posibles que este lleve a cabo, de modo que el activismo judicial para cualquier juez en particular se definiría en los términos de las competencias conferidas al mismo. Es decir, esta definición puede instanciarse sin ningún problema para cualquier ordenamiento jurídico en el que haya jueces, y concretar cuáles son las manifestaciones de activismo en uno y otro ordenamiento jurídico. Esto era imposible de hacer con las definiciones del segundo grupo de trabajos, pues solo listaban algunos comportamientos de los jueces que estaban por fuera de la competencia de los mismos.

Adicionalmente, esta es una definición abstracta que permite instancias contextuales, lo cual tiene claras ventajas sobre las definiciones del BLD y el DPEJ. Pues, similar al caso anterior, no está confundiendo el activismo con las manifestaciones del activismo. En este sentido, un juez que tome una decisión que coincidentalmente está de acuerdo con sus creencias morales no sería activista, porque precisamente es un ejercicio legítimo de sus competencias, a pesar de que el BLD quiera defender que se trata de un juez activista. Por otro lado, es claro que tampoco se puede llamar activista sin más a un juez que llena lagunas jurídicas, más bien, hace falta constatar cuáles son las competencias del juez en materia de lagunas jurídicas y, en caso de que tenga la competencia para llenarlas y lo hace, no sería activista; en caso de que no tenga competencia y llene lagunas jurídicas, se trataría de un juez activista.

Por último, es evidente que la definición ofrecida busca presentar un tratamiento del activismo judicial que no parta o no busque definirlo en términos morales. Como se señaló, existen serias dificultades al definir el activismo, o bien con base en los resultados morales que se obtienen o al considerar que una sentencia es activista cuando se basa en principios morales. Tal como se defendió, hay decisiones que, aunque no son activistas, logran resultados morales o

se basan en la moral, pues toda sentencia en sí implica una consecuencia moral y muchas veces los jueces deben acudir a criterios morales para resolver sus casos. La definición ofrecida aquí no niega este factor y, al no tener en cuenta factores morales para definir, esta forma de ver el activismo es completamente compatible tanto con el hecho de que haya sentencias activistas que tengan una fuerte relación con la moral como con el hecho de que muchas sentencias activistas no tengan una relación fuerte con la moral. El punto es que decir que una sentencia moral es una sentencia activista no explica nada, dado que no hay una relación necesaria entre el activismo y la moral.

2.2.1. Cómo la definición ofrecida aquí cumple con los desiderata de una definición de activismo

Antes de plantear la definición que se propuso en este trabajo se desarrollaron cuatro desiderata que debe tener una conceptualización adecuada del activismo judicial. Este texto termina explicando cómo la definición planteada aquí satisface aquellos desiderata.

Los desiderata planteados eran:

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

Paso brevemente a explicar cómo la definición planteada aquí cumple con estos desiderata. En primer lugar, presentar el activismo como la modificación intencional de las competencias del juez está en armonía con lo planteado por Schlesinger en un primer momento. Esto se debe a que en estos términos el activismo supone la extralimitación y usurpación de competencias de acuerdo con lo defendido en un apartado anterior, lo que precisamente se opone a la moderación (*self-restraint*) que Schlesinger le atribuía a los jueces activistas.

En segundo lugar, la definición presentada precisamente le da prioridad al concepto, y se aplicó a casos reales en Colombia, y a otros ordenamientos, como el estadounidense o el argentino. A pesar de que se utilizó el contexto colombiano para aplicar la conceptualización planteada, esto solo se debió a la familiaridad

que tengo con el mismo y precisamente lo importante aquí no era en qué ordenamiento se aplicara, sino demostrar que la definición se puede instanciar en un ordenamiento. El mismo proceso puede repetirse para cualquier ordenamiento y cualquier entidad judicial que tenga alguna norma de competencia dentro del mismo. De esta manera, también se cumple con el desiderata de generalidad.

Adicionalmente, la definición planteada no hace referencia a las consideraciones ideológicas y morales internas de los jueces, aunque, como ya se explicó, esto no significa que se rechace que muchas veces en el activismo judicial haya razonamientos morales por parte de los jueces. Por tal razón, también cumple con el desiderata de amoralidad. Por último, la definición ofrecida aquí toma como punto de partida las competencias de los jueces y las normas que las regulan, lo que permite tener una definición que supera las críticas individuales y las ofrecidas en contra de las otras conceptualizaciones del activismo judicial, como se explicó en la sección anterior. Por lo tanto, también satisface el desiderata competencial.

3. Discusión: usurpación y jueces no activistas

Hay dos consecuencias de la definición de activismo expuesta en este escrito que me gustaría discutir brevemente. Ambas son dos temas que normalmente aparecían cuando presentaba versiones previas de este trabajo en espacios académicos (y en otros no tan académicos). El primero es la relación entre activismo y usurpación de funciones. El segundo es si de la definición de activismo podemos construir una visión de un juez no activista. Procedo brevemente a discutir un poco sobre ambos temas.

3.1. Activismo, extralimitación y usurpación

Muchas veces se suele asociar al activismo con la denominada usurpación de funciones: hay activismo cuando los jueces llevan a cabo funciones que son de otro órgano, es decir, aquellas que están asignadas a otros órganos, pero que los jueces utilizan como si fueran de ellos. En efecto, los casos mencionados en la sección anterior son ejemplos en donde hay usurpación de funciones, ya sea de otros tribunales o del Gobierno nacional. Si bien creo que este tipo de discusiones están más allá del alcance meramente definicional de este trabajo, entrar a discutir el rol que cumple el concepto de usurpación de funciones hace parte de la discusión sobre las consecuencias de la definición de activismo judicial presentada aquí.

En efecto, creo que la usurpación de funciones es una consecuencia de definir el activismo judicial como la modificación de funciones por parte del juez en sus decisiones; pero no creo que sea como se ha defendido recientemente en la

literatura. Quienes defienden que el activismo judicial implica usurpación de funciones tienden a hacerlo defendiendo que usurpación consiste en lo siguiente: hay una norma de competencia para una entidad (digamos, un ministerio) y otra para un tribunal (digamos, la Corte Constitucional). Hay usurpación cuando la Corte ejerce funciones propias del ministerio.⁴⁰

Pero esto es problemático: podemos encontrar casos en los que, evidentemente, se observa activismo, pero en los que no hubo usurpación de funciones a otros órganos, simplemente porque la función no existía. Por ejemplo, *Marbury v. Madison*, considerado como una manifestación del activismo judicial por excelencia en la que no se usurparon las facultades, más bien se crearon.⁴¹

Sin embargo, un análisis revela que incluso en estos casos hay usurpación de funciones, pero hay que ser un poco más recursivos. Esto se debe a que, si bien a nadie le competía esa función para entonces, al extralimitarse para modificar competencias de hecho se está haciendo uso de una competencia la cual no tiene y sí le corresponde a un órgano: el asignarle competencias a los tribunales. Para estas alturas, no debe sorprender que el asignar competencias es en sí mismo una competencia.

En efecto, en un principio las competencias de cualquier órgano deben ser otorgadas o conferidas por un órgano, el cual le delega una competencia que está a su cargo para entregársela a una autoridad distinta (von Wright, 1963, sec. X.4). En el caso de los tribunales de cierre, es común que la competencia de asignar funciones en un primer momento esté en cabeza del constituyente primario o el primer constituyente original (en términos de Kelsen) y que luego esta potestad descansa en el órgano facultado para modificar la Constitución o el que emite leyes estatutarias. Tal como sucede en el caso colombiano, en donde el Congreso, mediante reformas constitucionales, puede modificar las competencias de los tribunales de cierre (Constitución Política de Colombia, 1991, Título XIII).

En los casos de activismo judicial, la usurpación que se hace es siempre respecto del órgano que asignaría las competencias del juez, ya sea el constituyente primario o secundario. Es decir, si un juez modifica sus competencias, está usurpando las competencias de aquel o aquellos órganos que pueden en efecto modificar las competencias del juez.

40 S. A. Cote García, "El activismo judicial desde una perspectiva neoconstitucional: ¿usurpación o reivindicación?", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XXVI* (2020), p. 27.

41 Como es evidente, esta posición funciona en tanto se rechace el departamentalismo respecto del *judicial review*, según el cual existían antecedentes claros de este en las funciones del Congreso de los Estados Unidos y en las del presidente mismo. Según el departamentalismo, esto sí contaría como un caso de usurpación en tanto el *judicial review* ya estaba en cabeza de otros órganos políticos. Para más información sobre el departamentalismo, ver L. D. Kramer, *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

Esto se puede explicar mejor si se tiene que NC1 es la norma de competencia de la Corte Constitucional o de cualquier otro tribunal. También existe NC2, la cual es la norma de competencia de algún órgano para modificar NC1, esto es, la competencia de modificar competencias. Por lo tanto, NC1 y NC2 son distintas. Como se mencionó, muchas veces tanto NC1 como NC2 son normas constitucionales. Por lo tanto el activismo, tal como se ha caracterizado hasta aquí, implica una usurpación de las competencias contenidas en NC2 en tanto el modificar NC1 no está contenido en NC1 mismo, sino en NC2 y el juez actúa como si tuviera las competencias contenidas NC2 cuando en realidad no las tiene.

Esto pone en evidencia el precio que muchas veces se debe pagar al tener un fallo activista. Si entendemos el activismo judicial en estos términos, no es difícil ver que los jueces en estos casos no solo están dejando de aplicar la Constitución, sino que están yendo en contra de esta.

3.2. Jueces no activistas

Consideremos la siguiente afirmación: si el juez activista es el que intencionalmente modifica sus competencias a través de sus decisiones, el juez no activista es el que no lo hace. Aunque podemos estar tentados a aceptar esta afirmación, creo que la cuestión no es tan sencilla. En efecto, no es sencillo señalar cuántas decisiones activistas hacen a un juez activista. Y al mismo tiempo, no es claro si el juez activista es el que normalmente expide decisiones activistas continuamente o solo una vez en toda su carrera. Como tal podemos decir que hay jueces que expiden decisiones activistas, pero este debate se puede salir de control fácilmente si intentamos determinar cómo pasar de la decisión activista al juez activista.

Sin embargo, creo que una forma efectiva de zanjar esta discusión es precisamente notar cómo en este trabajo no se ha hablado de jueces o tribunales activistas, sino de decisiones activistas. En efecto, la manifestación del activismo judicial no es el juez, es la decisión. Si el concepto de activismo es la modificación intencional de competencias, la manifestación del concepto no puede ser el juez activista, es la decisión activista. De esta manera, podemos decir que una decisión es activista si satisface la definición presentada aquí, pero pasar a decir que un juez es activista es más complicado, y creo que solamente a la luz de lo expuesto hasta aquí no es posible diferenciar al juez activista de uno que no lo es.

Conclusión

En este trabajo se presentó y aplicó una definición novedosa del activismo judicial según la cual, este es la modificación intencional de las competencias

por parte del juez a través de sus decisiones. Para llegar a esto, se expusieron los desaciertos de varios tratamientos previos que se han dado del activismo judicial. A partir de este análisis se propusieron cuatro desiderata para su definición: i) partir del sentido que se le dio originalmente al término (al menos no contradecirlo); ii) darle prioridad explicativa al concepto de activismo para luego explicar cuáles son las posibles manifestaciones del mismo, de modo que la definición no depende del contexto donde se formule; iii) desligar la definición de activismo de las consideraciones ideológicas o morales del juez (al menos desde el ámbito meramente conceptual); y iv) explicar el activismo judicial a partir de un uso de las competencias del juez, en línea con el desiderata originario. Respectivamente se les llamó desiderata originario, el de generalidad, el de amoralidad y el competencial.

Después de presentar la definición de activismo, se hizo énfasis en que precisamente el juez activista lo que hace es pasar del *cuenta como* al *como si*: las competencias del juez tienen una estructura de norma constitutiva, en donde se estipula que determinada acción del juez *cuenta como* un ejercicio válido de una determinada competencia; el juez activista lo que hace es no llevar a cabo una acción que encaja en el antecedente de este esquema, y hace *como si* esto fuera un ejercicio válido de una competencia (pues, al fin y al cabo, expide una sentencia).

A partir de este aparato teórico se proporcionaron varios ejemplos del derecho constitucional colombiano, haciendo énfasis en el hecho de que la definición es aplicable a todos los sistemas jurídicos en donde haya operadores judiciales con un conjunto determinado de competencias. Por último, gracias a este andamiaje conceptual fue posible explicar el sentido en el que el activismo judicial siempre es una usurpación de funciones: si bien la función que el juez activista se adjudica en un caso concreto puede que no sea competencia de otro órgano, esto siempre constituye una usurpación de funciones en tanto esta asignación como tal no es una competencia de los jueces, sino del poder constituyente (en la mayoría de los casos).

La definición planteada presenta al activismo judicial como una acción llevada a cabo por jueces que van más allá de la moderación esperada de ellos, en tanto presenta al juez activista como aquel que intencionalmente va más allá de las funciones que le han sido asignadas, y, por lo tanto, cumple con el desiderata originario. En segundo lugar, esta definición no se basa en manifestaciones locales de activismo para ser formulada, sino que le da prioridad explicativa al concepto para poder exponer cómo se refleja en ámbitos locales, por lo que cumple con el desiderata de generalidad.

Adicionalmente, la definición no hace referencia a las consideraciones ideológicas y morales internas de los jueces y aun así puede aplicarse a los casos

en donde se ha acusado a la Corte Constitucional colombiana de ser activista, cumpliendo el desiderata de amoralidad. Por último, el concepto central de la definición es el de competencia y el uso particular que le dan los jueces activistas, por lo que también se está tomando en consideración y se ajusta al desiderata competencial.

A la luz de lo discutido hasta aquí quiero compartir algunas de las conclusiones del trabajo. La primera de estas tiene que ver con lo sencillo que es expandir el concepto de activismo a otros órganos. Es decir, es común hablar de activismo judicial, pero también podemos hablar fácilmente de activismo legislativo, activismo notarial y así con cualquier otro órgano que esté instituido por una norma de competencia.

Esto abre todo un campo de estudio a fin de determinar qué tan activistas son los funcionarios de un país a la luz de la norma de competencia que les otorga funciones. Allí donde haya un funcionario con un conjunto de competencias establecidas habrá espacio para el activismo. Y allí donde haya activismo habrá un costo institucional enorme en el que los funcionarios usurpen las funciones de órganos superiores, tal como se justificó en la sección anterior. Y esto no deja de despertar curiosidad acerca de la posibilidad de si el activismo está justificado.

Por un lado, soy partidario y defensor del activismo judicial en el sentido que reconozco que las intervenciones activistas de las cortes a veces son necesarias para la defensa de las instituciones jurídicas y democráticas. Así, a pesar de que el activismo judicial puede afectar, por ejemplo, el principio de separación de poderes, muchas veces resulta ser el precio que se debe pagar para defender derechos de la población u otros principios democráticos. Esto, por supuesto, es solo una corta aproximación a un tema que todavía está por discutirse. Recientemente, Laise se ha aproximado a este problema desde la perspectiva del derecho al acceso a la justicia, pero es evidente que falta mucho por decir en cuanto a la justificación del activismo.⁴² Por lo menos ya tenemos una definición de donde partir.

Agradecimientos

Esta vez el agradecimiento es a Vicente Benítez y a Nicolás Mejía. No podría haber un mejor maestro que Vicente, tampoco existe un coordinador de publicaciones tan bueno como Nicolás.

42 L. D. Laise, "¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?", *op. cit.*, pp. 167-168.

Referencias

- Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, 2, Buenos Aires, Astrea, 2012 (Publicado originalmente en 1971 como *Normative Systems*, Wien, Springer).
- Alexy, R., *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.
- Bulygin, E., "On norms of competence", en Carlos Bernal, Carla Huerta, Tecla Mazzaresse, José Juan Moreos, Pablo E. Navarro y Stanley L. Paulson (eds.), *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 1992.
- Cote García, S. A., "El activismo judicial desde una perspectiva neoconstitucional: ¿usurpación o reivindicación?", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XXVI* (2020), pp. 21-41.
- Fernández Segado, F., "La creación jurisprudencial del amparo por la Corte Suprema de la Nación argentina. Los Casos Siri y Kot", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 3 (1999), pp. 595-615.
- Ferrer Beltrán, J., *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Boletín Oficial del Estado - Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Grossi, D., Dignum, F. y Meyer, J.-J. Ch., "Contextual taxonomies", en João Leite y Paolo Torroni (eds.), *Computational Logic in Multi-agent Systems*, Berlin Heidelberg, Springer, 2005, pp. 33-51. DOI: https://doi.org/10.1007/11533092_3
- Grossi, D., Dignum, F. y Meyer, J.-J. Ch., "Counts-as: Classification or Constitution? an Answer Using Modal Logic", en Lou Goble y John-Jules Ch. Meyer (eds.), *Deontic Logic and Artificial Normative Systems*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2006, pp. 115-130. DOI: https://doi.org/10.1007/11786849_11
- Grossi, D. y Jones, A. J. I., "Constitutive norms and counts-as conditionals", en Dov Gabbay, John Horty, Xavier Parent, Ron van der Meyden y Leendert van der Torre (eds.), *Handbook of Deontic Logic and Normative Systems*, College Publications, 2013, pp. 407-441.
- Grossi, D., Meyer, J.-J. y Dignum, F., "On the logic of constitutive rules", en Guido Boella, Leon van der Torre y Harko Verhagen (eds.), *Normative Multi-agent Systems*, Germany, Internationales Begegnungs- und Forschungszentrum für Informatik (IBFI), Schloss Dagstuhl, 2007 (Dagstuhl Seminar Proceedings), fecha de consulta 18 abril 2021, en <http://drops.dagstuhl.de/opus/volltexte/2007/913>.
- Hilpinen, R., "Deontic logic", en Lou Goble (ed.), *The Blackwell Guide to Philosophical Logic*, vol. 4 (Blackwell Philosophy Guides), London, Blackwell, 2001, pp. 159-182. DOI: <https://doi.org/10.1111/b.9780631206934.2001.00011.x>

- Hindriks, F., "Constitutive rules, language, and ontology", *Erkenntnis* 71, 2 (2009), pp. 253-275. DOI: <https://doi.org/10.1007/s10670-009-9178-6>
- Jones, A. J. I. y Sergot, M., "A formal characterisation of institutionalised power", *Logic Journal of the IGPL* 4, 3 (1996), pp. 427-443. DOI: <https://doi.org/10.1093/jigpal/4.3.427>
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1945.
- Kelsen, H., *Introduction to the Problems of Legal Theory: A Translation of the First Edition of the Reine Rechtslehre or Pure Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198265658.001.0001>
- Kelsen, H., *Pure Theory of Law*, Berkeley, University of California University Press, 1967. DOI: <https://doi.org/10.1525/9780520312296>
- Kramer, L. D., *The People Themselves: Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Laise, L. D., "¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, 1 (2020), pp. 147-173. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc24.05>
- Lojo, A., "Una respuesta a la concepción reduccionista de las reglas constitutivas", en L. Ramírez-Ludeña y Josep M. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Marcial Pons, 2022.
- Lorini, E., Longin, D., Gaudou, B. y Herzig, A., "The logic of acceptance: Grounding institutions on agents' attitudes", *Journal of Logic and Computation* 19, 6 (2009), pp. 901-940. DOI: <https://doi.org/10.1093/logcom/exn103>
- 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>
- Nino, C. S., "Las limitaciones de la teoría de Hart sobre las normas jurídicas", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* 5 (1985).
- Placani, A., "Constitutive and regulative rules: A dispute and a resolution", *Phenomenology and Mind*, 13 (2017), pp. 56-62.
- Pulido Ortiz, F. E., *Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial*, vol. 16, Universidad de La Sabana, Chía, Colombia, 2018. DOI: <https://doi.org/10.5294/978-958-12-0453-3>
- Racimo, F. M., "El activismo judicial sus orígenes y su recepción en la doctrina nacional", *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés* 2 (2015), pp. 101-181.

- Ramírez-Ludeña, L. y Josep M. Vilajosana (eds.), *Reglas constitutivas y derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2022
- Ross, A., *On Law and Justice*, The Lawbook Exchange, 2004.
- Roversi, C., „In defence of constitutive rules“, *Synthese* 199 (2021).
- Roznai, Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers*, Oxford University Press, Oxford, United Kingdom, 2017.
- Sardo, A. y G. Tuzet, Judicial fictions and constitutive speech, *Jurisprudence* 13, 1 (2022).
- Samuel, Kot S.R.L, 1958.
- Searle, J. R., “Constitutive Rules”, *Argumenta - Journal of Analytic Philosophy* 4, 1, 2018, pp. 51-54.
- Searle, J. R., *Making the Social World. the Structure of Human Civilization*, Oxford, Oxford University Press, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/bl/9780195396171.001.0001>
- Searle, J. R., *Speech Acts. an Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781139173438>
- Searle, J. R., *The Construction of Social Reality*, New York, The Free Press, 1995.
- Spaak, T., “Explicating the concept of legal competence”, en Jaap C. Hage y Dietmar von der Pfordten (eds.), *Concepts in Law*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 67-80. DOI: https://doi.org/10.1007/978-90-481-2982-9_5
- Spaak, T., “Norms that confer competence”, *Ratio Juris* 16, 1 (2003), pp. 89-104. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00225>
- Villa Rosas, G., “Prescribir y definir. Cuatro tesis para una teoría de la competencia jurídica”, *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, 36 (2018), pp. 111-141. DOI: <https://doi.org/10.4000/revus.4950>
- Villalobos, M. F., “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 22, 2 (2015), pp. 173-198. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532015000200006>
- von Wright, G. H., *Norm and action: a logical enquiry*, London, Routledge, 1963.

Normas y jurisprudencia

Colombia, Decreto 2591 de 1991.

Corte Constitucional de Colombia

Sentencia C-083 de 1995.

Sentencia C-104 de 1993.

Sentencia C-131 de 1993.

Sentencia C-136 de 2017.

Sentencia C-136 de 1999.

Sentencia C-400 de 2013.

Sentencia C-523 de 2005.

Sentencia C-621 de 2015.

Sentencia C-672 de 2005.

Sentencia C-802 de 2008.

Sentencia C-1052 de 2001.

Sentencia del 21 de enero de 2019.

Sentencia del 27 de abril de 2020, Rad. 81001-23-39-000-2015-00023-01(AP).

Sentencia SU-047 de 1999.

Sentencia SU-120 de 2003.

Sentencia T-025 de 2004.

Sentencia T-153 de 1998.

Sentencia T-292 de 2006.

Sentencia T-388 de 2013.

Sentencia T-762 de 2015.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Caso Siri, Ángel, 1957.

FIFA, *Laws of the Game 2020/21*, 2020.

Ley Estatutaria de Justicia, 1996 (Colombia).