

EL NUEVO PROTAGONISMO DE LOS JUECES: UNA PROPUESTA PARA EL ANÁLISIS DEL ACTIVISMO JUDICIAL*

MARCO FEOLI VILLALOBOS**

RESUMEN: Hay cosas que hacen los jueces que están impactando la esfera política, la esfera de quienes representan a los otros órganos estatales. Durante mucho tiempo se aceptó que los jueces tenían un ámbito de acción distinto al de las otras instituciones públicas; sin embargo en los últimos años esto se ha ido modificando. Se asiste a un progresivo desmantelamiento de aquella idea, hoy la visión del juez “boca de la ley”, aplicador mecánico de normas, se aleja de las funciones que está desempeñando. Este alejamiento ha contribuido a que se hayan ido instalando conceptos como activismo judicial. Sobre sus alcances y su conceptualización en clave latinoamericana trata el siguiente artículo.

PALABRAS CLAVE: Jueces - judicialización de la política - activismo judicial - concepto radial.

THE NEW PROMINENCE OF JUDGES IN THE REPRESENTATION OF JUSTICE: A PROPOSAL ANALYSIS OF JUDICIAL ACTIVISM

ABSTRACT: The political sphere from those who represent the other State Bodies has been impacted by the actions of the judges. It has long been accepted that judges had a different field of proceeding from the other public institutions, but this situation has been changing in the recent years. Indeed, we have witnessed the persistent dismantling of the idea that the judge is “the mouth of the law”, a mere applicator of rules,

* Fecha de recepción: 26 de noviembre de 2014.
Fecha de aceptación: 27 de febrero de 2015.

** Doctor por el programa Estado de Derecho y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca (ESPAÑA). Máster en Democracia y Buen Gobierno de la Universidad de Salamanca (ESPAÑA). Máster en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Costa Rica (COSTA RICA). Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica (COSTA RICA). Profesor de Derecho Constitucional Universidad de Costa Rica (COSTA RICA). Funcionario del Poder Judicial de Costa Rica. Correo electrónico: marcofeoli@yahoo.com

for what this fact has contributed to an internalization of concepts such as judicial activism. The following paper is about its scope and conceptualization in Latin America.

KEYWORDS: Judges - judicialization of politics - judicial activism - radial concept

Sumario: Introducción. 1) Judicialización de la política. 2) Judicialización de la política y activismo judicial o la expansión de la judicatura. 3) Activismo judicial: un concepto radial. 4) Activismo judicial: propuesta de indicadores. (4.1.) Primer indicador: Contestación de los actos de los otros poderes. (4.2.) Segundo indicador: Reconocimiento o expansión de derechos. (4.3.) Tercer indicador: Uso de sentencias interpretativas. (4.4.) Cuarto indicador: Definición de políticas públicas. (4.5.) Quinto indicador: Decisión ultra petita. 5) A modo de conclusión: ¿y después de operacionalizar el concepto qué? Bibliografía

INTRODUCCIÓN

Es frecuente encontrar autores que resaltan que en las últimas décadas se ha asistido a un aumento en la visibilidad del sistema judicial en prácticamente todo el mundo. Ello ha conducido, afirman, a un protagonismo cada vez mayor de los tribunales¹. El protagonismo, más allá de las críticas que se han formulado, muchas en el orden de lo teórico, en relación a la inacabable discusión acerca de la legitimidad democrática de los jueces, esto es, a si la magistratura debería, por ejemplo, anular o revertir decisiones tomadas por órganos representativos, plantea otras aristas, probablemente de más hondo calado².

Entre ellas comprender, con algún grado de rigor, qué implicaciones tiene el activismo judicial, o tal vez más simple, pero igualmente importante, qué significa que un juez sea activista. Este aspecto, a pesar de que la literatura, tanto de ciencia política como de derecho, ha dedicado espacios a discutir acerca del aumento de la visibilidad de la judicatura no ha sido, desde el punto de vista conceptual, abordado con demasiada

¹ DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, p. 162.

² WALDRON, Jeremy (1999) *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press, pp. 209-312, DWORKIN, Ronald (1984) *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, pp. 177-233 y NINO, Carlos (1991) "Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad", en: _____, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: CEPC, pp. 125-137.

profundidad. Posiblemente, el énfasis ha sido puesto en analizar, sobre todo, casos puntuales que llaman la atención por sus consecuencias en un momento y coyuntura también particulares³.

En el siguiente trabajo se busca amalgamar diferentes visiones sobre los alcances del activismo judicial. Una delimitación conceptual es en sí misma valiosa, sin embargo lo puede ser más si, como se pretende a continuación, su elaboración permite llevarla al terreno empírico, el del funcionamiento de las instituciones y del comportamiento de ciertos actores políticos. El objetivo es que esta propuesta pueda ser utilizada para evaluar el quehacer de las instituciones judiciales y de los jueces en un aspecto crucial, su relación con los otros brazos del Estado.

Es necesario aclarar al lector que la literatura sobre el tema se ha centrado, fundamentalmente, en discutir el comportamiento judicial de cara a los otros poderes del Estado en el contexto norteamericano y, en menor medida, en el contexto europeo de tradición romanista, como España, Portugal o Italia. Sin embargo, los análisis que permiten llevar el examen a los jueces latinoamericanos ha sido más bien escaso.

América Latina transitó desde la década de los 80 del siglo pasado por un largo proceso de reforma judicial⁴; es necesario, entonces, a partir de casos concretos que hacen presumir un cambio en el posicionamiento jurisdiccional que también ha tocado a la región, y el cual respondió tanto al modelo histórico de juez de influencia continental europea como

³ Pueden enumerarse muchos ejemplos que testimonian la transformación de la judicatura, la cual se ha ido convirtiendo en un foro en el que se resuelven tópicos del más diverso calado. Solo a modo orientativo, se citan los siguientes casos: la sentencia de 1 de junio de 1993 de la Corte Constitucional de Guatemala que de oficio restablece la institucionalidad en el país luego de que el entonces presidente, Jorge Serrano Elías, realizara un autogolpe de estado, en: www.cc.gov.gt consulta realizada el 21 de marzo de 2012. La resolución del Tribunal Federal alemán sobre el aborto en la que se indican una serie de aspectos que deben ser respetados por el legislador para la protección de la vida prenatal, Sentencia VberfGE 88/203. El fallo del 6 de marzo de 2001, de un juez federal de la Corte Suprema argentina, que declaró nulas e insubsanables las leyes de punto final y obediencia debida mediante las cuales se dejaban impunes hechos cometidos durante la dictadura militar, ver: ALMOVIST, Jéssica y ESPÓSITO, Carlos (2009) *Justicia transicional en Iberoamérica*. Madrid, CEPC, pp. 43-68. Los juicios desencadenados en Italia por el caso conocido como Tangentopoli; todo surge con el descubrimiento de poderosas redes de corrupción en Milán que vincularon a políticos y funcionarios públicos. Los procesos adquirieron gran relevancia por su fuerte contenido político y generaron un reposicionamiento del Poder Judicial, ver: GUARNIERI, Carlo (2003) *Giustizia e politica: I nodi della Seconda Repubblica*. Bologna: Il Mulino, p. 194. La sentencia 1040/05 de la Corte Constitucional de Colombia mediante la cual se habilitó la reelección presidencial de Álvaro Uribe. Finalmente la resolución del Supremo Tribunal de Brasil dictada en mayo de 2011 que reconoce las uniones civiles entre personas del mismo sexo y las equipara al matrimonio heterosexual, ver: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2011/05/06/actualidad/1304632801_850215.html consultada realizada el 21 de marzo de 2012.

⁴ PÁSARA, LUIS (2004). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, México, Editorial UNAM.

a particularidades regionales que hablaban de democracias débiles, proponer instrumentos para explorar el desempeño de la judicatura cuando debe enfrentarse a actos emanados del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo. Por esta razón, aunque hay autores imprescindibles de mencionar como Dworkin, Epp, Volcansek o Waldron, se dará prioridad a otros estudios que han acometido la reflexión del activismo judicial y de la judicialización de la política en clave latinoamericana.

Si América Latina se ha sometido a reformas de sus aparatos de justicia, económica e institucionalmente significativas, y, además, se habla de casos de activismo, como algunos de los reseñados al comienzo, pareciera aconsejable pensar en algunas herramientas para valorar el desempeño de los jueces en ese ámbito. A esto aspira, en definitiva, el presente trabajo, al diseño de una propuesta para analizar el activismo judicial del juez latinoamericano.

1) JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA

El repertorio de decisiones que, siguiendo a Guarnieri y Perdezoli, las democracias contemporáneas exigen hoy día a los tribunales es inmenso, así: “...*la importancia social y política de la justicia debe ya computarse entre las características que comparten todas las democracias, aunque se manifieste de diversas formas...*”⁵. Lo anterior deja al descubierto un reposicionamiento de los jueces al haber ido adquiriendo mayor relevancia. No es otra cosa que la redefinición de los jueces en la democracia y del uso del poder del que disponen para intervenir en los asuntos públicos.

El fenómeno, es decir el incremento de la incidencia de la magistratura, no es homogéneo, en el sentido de que no ocurre en todas partes del mismo modo y se expresa a través de diferentes manifestaciones⁶. Podría sintetizarse, al menos una parte, en nuevas funciones, al menos en los países que dan cuenta de él desde hace algunas décadas, desempeñadas por el Poder Judicial: a) guardián de la constitución frente a las decisiones políticas –aquí se relaciona con el aumento de las atribuciones a los jueces en materia de jurisdicción constitucional y la posibilidad de anular decisiones del parlamento y del Poder Ejecutivo–, b) árbitro en conflictos en torno a los alcances y límites del poder político –se refiere al incremento de las cuestiones políticas y sociales sobre las que el Poder Judicial puede decidir y al aumento de aquellos ámbitos sobre los que pueden intervenir

⁵ GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia (1997) *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Madrid: Editorial Taurus, pp. 15-16.

⁶ VOLCANSEK, Mary (1992) “Judges, courts and policy-making in Western Europe”, en: Volcansek, Mary, edr. *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*, London, Frank Cass, p. 2.

los jueces, bien en conflictos entre poderes, bien en conflictos entre poder político y ciudadanía— y por último, c) la de fiscalización de la tarea de los políticos —algunos actos se someten a control de las cortes y también hay quienes incluyen aquí el ámbito penal donde ha habido un aumento de causas y procesos en los que funcionarios públicos figuran como encausados—⁷.

En buena medida es esto lo que comúnmente se llama judicialización de la política. De acuerdo a Domingo, la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles. En primer lugar, el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. El tercer nivel, en un ámbito más discursivo, afirma la profesora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del Estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como *rule of law* o derechos fundamentales⁸. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales⁹.

Otros autores comparten esta posición. Por ejemplo, Couso encuentra que la judicialización tiene dos aspectos distintos, pero estrechamente relacionados. De un lado, que muchos tribunales en todo el mundo han adoptado un papel nuevo, que consiste en asumir un perfil más alto, lo que, entre otras consecuencias, les ha permitido participar en importantes debates políticos y sociales. Del otro lado, que haya un crecimiento del uso de la ley y del discurso jurídico. Cada vez es más frecuente que la oposición política, los ciudadanos y los movimientos sociales encuadren sus luchas en el lenguaje del derecho y miren hacia los tribunales para avanzar en ellas¹⁰.

Para Ansolabehere, en el mismo sentido, se está ante un avance de la magistratura sobre el espacio de la política, avance que, indica, se expresa de varias formas: por el aumento de los temas sobre los que la política no

⁷ ANSOLABEHERE, Karina (2005) “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Revista Isonomía*, número 22, abril, pp. 40-63.

⁸ Guillermo O’ Donnell a esto lo llama “juridificación” y no judicialización. El matiz es oportuno en tanto estos discursos legales superan el ámbito judicial y se convierten en criterios legitimadores de la actuación estatal en general. Ver el análisis conclusivo que hace el recientemente fallecido profesor argentino a la obra de: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line and ANGELL, Alan (2005) *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan, pp. 110-112. En igual dirección se pronuncia: NIETO, Alejandro (2007) *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta, p. 154.

⁹ DOMINGO, Pilar (2004) “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent Trends in Latin America”. *Democratization*, volumen 11, número, 1, pp. 110-112.

¹⁰ COUSO, Javier; HUNEEUS, Alexandra and SIEDER, Rachel, eds. (2010) *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*. New York, Cambridge University Press, pp. 8-9.

puede decidir, por el aumento de la capacidad de fiscalización del Poder Judicial sobre los funcionarios públicos, por el aumento de la capacidad de los jueces para la revisión de las normas sancionadas por el poder político a través de la figura del control de constitucionalidad y por el aumento de la resolución de conflictos políticos en sede judicial. En pocas palabras, dice la investigadora argentina, “...en los gobiernos democráticos, el poder judicial controla y revisa las acciones del poder político, de manera tal que se constituye en un actor clave del juego político...”¹¹.

Uprimny indica que judicialización de la política consiste en que “...ciertos asuntos que (...) habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces...”¹². Uprimny, en línea con Tate¹³, da cuenta de un fenómeno en el que los jueces resuelven cuestiones que antes pertenecieron a los ámbitos de competencia ejercidos, con mayor o menor autonomía e incluso discrecionalidad, por los otros poderes del Estado.

Sieder, Schjolden y Angelle, muy de cerca a esta definición, aclaran que la judicialización de la política –o activismo judicial que usan como términos equivalentes– se da cuando asuntos sociales y políticos se resuelven a través de procedimientos judiciales¹⁴. Ferejohn considera que después de la II Guerra Mundial se generó un cambio profundo en el poder político, el cual se ha ido alejando del Poder Legislativo en dirección a las cortes y a otras instituciones del derecho. A este desplazamiento el autor lo denomina judicialización de la política¹⁵.

El cambio es muy relevante, no solo por las consecuencias concretas que una decisión judicial podría suponer, sino porque representa un punto de inflexión en el comportamiento de los jueces y en su vinculación con los otros poderes del Estado. Tradicionalmente la judicatura de influencia europea continental, como la latinoamericana, fue vista como un ente pasivo e huidizo que por distintas causas explicativas, como los procesos de socialización judicial, el sustrato histórico, las garantías de

¹¹ ANSOLABEHERE (2005) 3-5.

¹² UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2008) “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en: Ferejohn, John, Ansolabehere, Karina, Dalla Via, Alberto y Uprimny, Rodrigo. *Los jueces entre el derecho y la política*. Bogotá: Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 81-82

¹³ TATE, Neal (1995) “¿Why the expansion of judicial power?” en: Tate, Neal, and Vallinder, Torbjörn, eds. *The global expansion of judicial power*. New York University Press: pp. 20-24. TATE (1995) 28.

¹⁴ SIEDER, SCHJOLDEN and ANGELL (2005) 3.

¹⁵ FEREJOHN, John (2008) “Judicialización de la política, politización de la ley”, en: Ferejohn, John, Ansolabehere, Karina, Dalla Via, Alberto y Uprimny, Rodrigo. *Los jueces y la política*. Bogotá: Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, p. 9

independencia, etc. se negó a impactar los modelos de sociedad en los que se encontraba inmersa¹⁶.

López Medina comenta que frente a la experiencia de una rama judicial kafkiana y legalista, y poco sensible a las necesidades y a las angustias de quienes acudían a ella, los jueces, o una parte de ellos, han actuado en los últimos tiempos como mecanismos de reivindicación de viejos reclamos sociales que nunca, o al menos poquísimas veces, tuvieron cabida en los ajenos y estrechos marcos del derecho más tradicional¹⁷.

2) JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA Y ACTIVISMO JUDICIAL O LA EXPANSIÓN DE LA JUDICATURA

Este cambio en el papel asumido por los jueces ha sido llamado, como se decía, algunas veces judicialización de la política; en otras ocasiones la literatura habla de activismo judicial¹⁸. Aquí se considera necesario darles un tratamiento diverso, si bien integran un suceso genérico que podría llamarse de expansión judicial¹⁹, cada uno refiere, como se justificará a continuación, dos aspectos distintos de aquel fenómeno.

El juez Wayne, dentro del derecho estadounidense, ha hecho uso del término activismo judicial. Con él ha pretendido describir dos eventos. En primer lugar, la protección que hacen las cortes de grupos históricamente vulnerables –como gays, negros, mujeres, discapacitados, etc.–. Además, cuando al decidir sobre algunas cuestiones sometidas al conocimiento de los jueces se traspasan, con el remedio judicial adoptado, las competencias de los otros poderes del Estado²⁰.

Barak²¹ llama activismo judicial a la tendencia judicial de lograr el equilibrio de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley.

Guastini escribe que el activismo judicial representa una de las formas de entender la interpretación jurídica. En realidad, abunda, la oposición entre *judicial activism* y *judicial restraint*, planteada originalmente en el derecho anglosajón, refleja una discusión más antigua, entre una ideo-

¹⁶ RUIZ PÉREZ, Joaquín (1987) *Juez y Sociedad*. Bogotá: Editorial Temis, p. 39.

¹⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006) *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis, p. 322.

¹⁸ SIEDER, SCHJOLDEN and ANGELL (2005) 3.

¹⁹ GUARNIERI, Carlo and PEDERZOLI, Patricia (2002) *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*. New York: Oxford University, p. 1

²⁰ WAYNE, William (1992) "Two faces of judicial activism", *George Washington Law Review*, número 1, 61, noviembre, pp. 1-13.

²¹ BARAK, Aharon (2006) *The judge in a democracy*. New Jersey, Princeton University, p. 271.

logía dinámica y una ideología estática de la interpretación. La primera se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a la vida social y recomienda una interpretación que atienda a nuevas circunstancias sociales, culturales y políticas. Sugiere cambiar el significado de un texto normativo a la luz de los valores de la sociedad de un momento determinado. La ideología estática se funda en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica y de la certeza del derecho. Por eso aconseja al juez una interpretación estable, fija y constante diacrónicamente, sin grandes modificaciones²².

Establecido el debate, continúa el catedrático italiano de filosofía del derecho, el activismo judicial es una clase de interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual que favorece la creación del derecho por parte de los jueces con el propósito de adaptar los contenidos constitucionales a las necesidades de la vida real. Estas necesidades se reconocerán mediante los sentimientos de justicia de los jueces²³.

El activismo judicial, señala de otro lado Cappelletti, refleja una revolución contra un modo formalista de entender la ley y al juez²⁴. Esta revolución llevaría a que el activismo judicial esté ligado, anota Volcansek, a que los jueces ya no estén restringidos a aplicar mecánicamente la ley sino a que ahora participen del proceso de formulación de políticas públicas –*policy-making by the judiciary*–²⁵.

Sintetizando el concepto, sobre la base de la experiencia estadounidense, Young afirma que con activismo judicial lo que se ha hecho, en distintos momentos, es una descripción de ciertos comportamientos jurisdiccionales. Enumera algunos de ellos; por ejemplo, se vincula el activismo judicial con la anulación, a través del control judicial, de las decisiones tomadas por los poderes del Estado, también cuando los jueces, al aplicar las normas, se apartan de su contenido textual o literal.

Otros casos, citados por Young, de activismo judicial se dan si un tribunal al resolver un asunto no se limita a aplicar una solución concreta, sino que procura crear pautas con alcances generales para casos que se presenten en el futuro. Estrechamente relacionado con lo anterior está lo que el autor denomina remedios judiciales estructurales. Estima el profesor de la Universidad de Texas, que hay activismo judicial allí donde el juez, al decantarse por un pronunciamiento, interviene en las políticas públicas desarrolladas por otras instituciones²⁶.

²² GUASTINI, Riccardo (2008) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. México: Editorial Trotta, pp. 58-61.

²³ GUASTINI (2008) 64-65.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro (1984) *Giudici legislatori?*. Dott. A. Giuffrè Editora, p. 20.

²⁵ VOLCANSEK, Mary (1991) "Judicial activism in Italy", en: Holland, Kenneth, *Judicial activism in comparative perspective*. New York: St. Martin Press, p. 117.

²⁶ YOUNG, Ernest (2002) "Judicial activism and conservative politics", *University of Colorado Law Review*, volume 73, number 4, pp. 1145-1162.

La conceptualización, positiva o negativa, del activismo judicial puede reflejar también las posturas en relación a cuál debe ser el límite de la actuación de los jueces cuando toman decisiones que afectan a los otros poderes del Estado. El andamiaje teórico del activismo judicial se nutre de razones no solo descriptivas, sino además de otras que pretenden justificar axiológicamente un tipo de juez ideal. Por ejemplo, para Bork los jueces activistas son aquellos que deciden casos sin que exista una clara conexión con la ley, o a través de una interpretación abiertamente contradictoria que tergiversa la intención de los que escribieron o votaron una norma²⁷.

Presentada esta revisión del concepto de activismo judicial, junto a la que antes se hizo sobre el referido a judicialización de la política, una pregunta se impone: ¿cuáles serían los rasgos distintivos entre uno y otro concepto?

Apoyados en Fix se puede decir que “...la judicialización de la política no es más que un fenómeno que se presenta de manera creciente y es la consecuencia de limitar y racionalizar los conflictos políticos a través de la vida del derecho...”²⁸. Esta definición pareciera excesivamente aséptica en el sentido de que describe poco el fenómeno y en lo que si lo hace recurre a un riguroso formalismo que da a entender que se trata de un hecho automático sin el involucramiento de actores concretos y las implicaciones reales que esto, en el entramado político y social, puede generar. Sin embargo, existe un elemento que resulta útil a fin de delimitar los conceptos.

Al hilvanar la definición de Fix con otros planteamientos puede establecerse mayor claridad sobre los alcances que tiene la judicialización de la política. Según el profesor mexicano, la judicialización de la política supone la limitación y la racionalización de los conflictos a través del derecho.

De otro lado, se decía, Domingo propone cuatro niveles de análisis de judicialización de la política: el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales, el aumento del discurso jurídico –con conceptos como *rule of law* o derechos fundamentales– como forma de legitimación del Estado y por último, el aumento de la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular a través de demandas judiciales intereses económicos, políticos o sociales²⁹.

El elemento clave es el desplazamiento que se hace hacia el Poder Judicial de algunos temas para que sean evaluados por los jueces. En palabras de Fix, los conflictos políticos se someten al escrutinio del derecho;

²⁷ BORK citado por BARAK (2006) 267.

²⁸ FIX, Héctor (1999) “El Poder Judicial”, *Revista Jurídica UNAM*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, num. 3, p. 170.

²⁹ DOMINGO (2004) 110-112.

para Domingo, cuyo análisis es evidentemente más complejo, se trata de que algunos procesos políticos y sociales, articulados sobre la base de un discurso legal, son llevados a los tribunales para que se resuelvan allí, síntesis de los cuatro niveles desarrollados por la autora.

La judicialización de la política implica, en resumen, dar a las cortes un determinado papel de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se ventilaban en el ámbito del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Este es un hecho generalizado en muchos países del mundo, cuyo ejemplo más claro en países sin fuerte tradición de modelos de *judicial review*, es la creación de cortes constitucionales³⁰.

Lo novedoso no es que los jueces tengan poder porque esto es así, independientemente de cómo se les conceptualice, sino, como dijo Bachof³¹, de que su poder se haya extendido de manera extraordinaria sobre el campo que tradicionalmente pertenecía en exclusividad a los otros poderes del Estado. A mayor abundamiento, escribe Fix, los órganos jurisdiccionales, que durante mucho tiempo se veían como los menos importantes respecto a los otros dos, asumen, dicho genéricamente, una nueva función de participar de las decisiones políticas³².

El activismo judicial, en cambio, atañe a una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. Pese a no decirlo expresamente, Domingo pareciera entender que judicialización de la política y activismo judicial no son lo mismo. Describiendo lo primero apostilla: "...la judicialización de la política requiere además que los jueces estén dispuestos a ejercer un papel más activo en términos de las consecuencias políticas y sociales de sus decisiones..."³³. No es suficiente el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control en sus manos, ni articular un discurso legalista ante ellos. La judicialización de la política lleva a una redefinición de las relaciones entre los poderes; ahora bien, cómo influye en la sociedad, dependerá, amplía Domingo, de jueces

³⁰ FIX, Héctor (2002) "Judicialización de la política", en: *Justicia Constitucional Electoral*, IV Congreso Internacional de derecho electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales de los Estados Unidos Mexicanos, Tomo VII. Morelia, pp. 7-10.

³¹ BACHOF, Otto (1985) *Jueces y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas, p. 27.

³² FIX ZAMUDIO, Héctor (2009) "La legitimación democrática del juez constitucional", en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César, *El Juez Constitucional en el siglo XXI*, Tomo I. México: Editorial UNAM, p. 159.

³³ DOMINGO, Pilar (2007a) "Relaciones de poder: justicia y nuevos actores", en: Pásara Luis, edr. *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca: Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, p. 159.

independientes, receptivos socialmente y dispuestos a ejercer un activismo judicial³⁴.

Para Pásara la necesidad de que los jueces asuman un papel protagónico en el proceso de cambio social es, en parte, lo que se llama activismo judicial. Según el profesor peruano, una magistratura activista se expresa a través de tres formas (i) hace una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad; (ii) expresa su preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto que trasciende a su formulación legal y (iii) el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto a través del diseño de políticas de Estado que no han sido establecidas por el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo³⁵.

Las definiciones de activismo judicial citadas –Barak, Cappelletti, Cruz, Bork, Guastini, Pásara, etc.–, haciendo a un lado los juicios de valor que cada autor puede evidenciar, expresan un rasgo genérico: la prevalencia del criterio de los jueces. No es si las funciones de los jueces aumentan formalmente, es si los jueces pugnan por imponerse. El activismo judicial, apostilla Parodi, es un modo de proceder del juez³⁶.

Los jueces se colocan frente a los otros poderes estatales e intervienen. Esta intervención no estaría sujeta a la voluntad del legislador, ni a la de las autoridades del ejecutivo, tampoco a la textualidad de una disposición normativa; ni siquiera a los precedentes jurisprudenciales de las propias cortes³⁷. La variedad de conductas que la doctrina ha denominado activismo judicial, sin embargo, dado los puntos en común, permite establecer una definición. Así, se propone el siguiente concepto de activismo judicial:

Activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica,

³⁴ DOMINGO, Pilar (2007b) “El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México”, en: Palacio, Juan Manuel y Candioti, Magdalena, eds. *Jueces, políticos y derechos en América Latina*, Buenos Aires: Editorial Prometeo, p. 32

³⁵ PÁSARA PAZOS, Luis (2007) “Estado de derecho y justicia en América Latina”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, tomo 1, número 1, p. 320.

³⁶ PARODI REMÓN, Carlos (2006) “¿Activismo o garantismo judicial?” en: Robles Garzón, Juan Antonio y Ortells Ramos, Manuel, eds. *XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo II. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, p. 474.

³⁷ YOUNG (2002) 1161.

sin apearse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del Estado como la definición de políticas públicas por el propio juez.

En línea con la definición anotada en el párrafo anterior, los jueces activistas son, dicho de la forma más simple, aquellos que determinan los alcances de las normas jurídicas estableciendo significados obligatorios o los que definen –o redefinen– decisiones y políticas públicas diseñadas por los otros poderes del Estado.

El elemento nuclear del activismo judicial reside en que los jueces buscan imponer sus preferencias a los otros brazos del Estado. Incluso si se toman las definiciones de autores críticos con el activismo, como Bork, el *quid* descansa precisamente en que la visión judicial es la que prevalece a contramano de cualquiera otra.

3) ACTIVISMO JUDICIAL: UN CONCEPTO RADIAL

Establecida la definición, habría que decir que el concepto de activismo judicial es lo que Collier y Mahon denominan un concepto radial³⁸. Los conceptos radiales, en oposición a los conceptos clásicos, no poseen un núcleo invariable y rígido de características indispensables. Para efectos de un análisis empírico podrían faltar una o más características que se incluyen en la definición paradigmática. Al realizar una revisión empírica, uno o algunos de ellos podrían no estar presentes lo cual de ningún modo sería obstáculo para considerar que haya activismo judicial³⁹.

Lo anterior significa que activismo judicial es una sucesión de comportamientos realizados por el juez que se acercan, más o menos, al con-

³⁸ COLLIER, David and MAHON, James (1993) “Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis”, *American Political Science Review* 87/4, diciembre, pp. 845-855.

³⁹ Un ejemplo para ilustrar al concepto radial es una tarta de cumpleaños la cual se reconoce como tal aunque le falte una rebanada. Concepto clásico sería democracia. De acuerdo a Dahl, la democracia debe poseer ocho condiciones –libertad de asociación, libertad de expresión, libertad de voto, elegibilidad para el servicio público, derecho de los líderes políticos a buscar apoyo, diversidad de fuentes de información, elecciones libres e imparciales y finalmente instituciones que garanticen que la política del gobierno dependa de los votos y las otras formas de manifestación–. Si faltase una de esas condiciones no podría ya hablarse de democracia, cada condición es imprescindible que esté presente, ver: DAHL, Robert (1989) *La poliarquía*. Madrid, Editorial Tecnos, p. 15. Un concepto radial, en cambio, es *accountability* horizontal que supone la existencia de un deber de dar información, justificar ciertos actos y/o recibir sanciones en caso de conductas impropias. Con solo que se dé uno de esos tres supuestos se podría hablar de formas de rendición de cuentas, ver: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry and PLATTNER, Marc (1999) *Conceptualizing Accountability: The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Londres: Lynne Rienner Publishers, pp. 13-28.

cepto propuesto: interpretación sin ceñirse a la literalidad, anulación de decisiones de los otros poderes del Estado, definición de una política pública, etc. Algunos autores han especificado otros comportamientos que podrían calificarse como activistas. Lo importante, insístase a riesgo de ser reiterativo, es la prevalencia del criterio jurisdiccional.

El activismo judicial varía según el comportamiento que asuma la judicatura. De ahí que suela hablarse de que las decisiones judiciales se mueven en un *continuum* que bascula entre el activismo y la deferencia —o la autorrestricción— hacia el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo.

Uno u otro extremo podrán determinarse en la medida que los tribunales respalden con sus pronunciamientos las decisiones políticas de los demás poderes o, por el contrario, tomen derroteros distintos, separándose del criterio de las otras ramas del gobierno⁴⁰. Algo que deviene importante aclarar es que, como bien apunta Ferejohn, “...*las condiciones para los tribunales activos en la formulación de políticas no están relacionadas con las aspiraciones ideológicas de funcionarios públicos...*”⁴¹. El giro ideológico del activismo puede ser más o menos progresista o más o menos conservador; sin embargo lo definitorio de que una corte ejerza un desempeño activista depende de la imposición de la visión judicial a contrapelo de los demás poderes.

Bien recuerda Couso que cuando se estudia el activismo de las cortes hay una pregunta fundamental por hacer: ¿sobre qué bases se formulan estos juicios? Presumiblemente, prosigue el profesor chileno, las conclusiones nacen de los resultados de investigadores que se sumergen en los contextos legales y políticos estudiados. A partir de allí es posible evaluar el desempeño de los tribunales. Empero, existe un problema insoslayable que debe ser conjurado; con frecuencia quienes diagnostican el comportamiento activista o deferente de la judicatura no explicitan los criterios que fueron utilizados para estos diagnósticos⁴². Por lo dicho, es necesario establecer cuáles son los indicadores que permitirán definir cuándo se está en presencia de activismo judicial. Tomando como base la definición sugerida en los párrafos anteriores es posible establecer una serie de supuestos según los cuales calificar a una sentencia como activista.

Una de las propuestas más conocidas es la de Epp que entiende que hay activismo judicial cuando las cortes generan una revolución de derechos. Dice el autor: “...*the Court had, essentially, proclaimed itself the guardian of the individual rights of the ordinary citizen. In the process, the*

⁴⁰ COURTIS, Christian (2005) “Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en: Ojesto, Fernando, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, eds. *Jueces y Política*. México, Editoria Porrúa-UNAM, p. 60.

⁴¹ FEREJOHN (2008) 14.

⁴² COUSO, Javier (2004) “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencias Políticas de Chile*, volumen 24, número 2, p. 39.

*Court created or expanded a host of new constitutional rights, among them virtually of the rights now regarded as essential to the constitution...*⁴³. En otros trabajos se ha considerado también, a tono con Epp, que es activista la resolución que crea o expande derechos que no estén expresamente contenidos en una norma jurídica⁴⁴.

Cannon es otro que hace una aportación importante que merece ser considerada⁴⁵. Sugiere seis dimensiones para medir el activismo judicial.

1. *Carácter mayoritario*: se refiere al grado en el que las decisiones tomadas en el proceso democrático por los poderes representativos son respetadas por las cortes o, por el contrario, si se revocan judicialmente.

2. *Estabilidad interpretativa*: tiene que ver con los cambios jurisprudenciales; para Cannon a más estabilidad menos activismo.

3. *Fidelidad interpretativa*: esta dimensión procura descubrir si las disposiciones legales se interpretan en forma literal o en un sentido distinto al que señalaron sus autores; a menos fidelidad más activismo judicial.

4. *Distinción entre decisiones sustantivas sobre una política pública y decisiones sobre las reglas del procedimiento democrático*: significa que las cortes al ejercer el control de constitucionalidad pueden definir el contenido de una política pública o pueden limitarse solo a controlar que el proceso democrático deliberativo se haya respetado. Habrá más activismo judicial en la medida que se imponga un criterio sustantivo, sobre criterios procesales, con relación a la decisión examinada.

5. *Especificidad de la política*: el grado de precisión con el que los jueces deciden una política pública, no dejando margen de discrecionalidad para que otros agentes políticos decidan. A mayor especificidad mayor activismo.

6. *Existencia de otros órganos competentes para decidir*: las cortes sustituyen la decisión de otros poderes.

Barak critica la propuesta de Cannon. Reconoce que es un intento valioso, porque busca operacionalizar un concepto polisémico, pero cree que es demasiado complicado y repetitivo. En su opinión, las dimensiones primera –carácter mayoritario–, cuarta –distinción entre aspectos sustantivos y procedimentales–, quinta –especificidad de una política pública– y sexta –existencia de órganos gubernamentales alternativos– se refieren a lo mismo⁴⁶.

Courtis, en la misma línea, plantea algunas debilidades a los criterios de Cannon. También estima que entre las dimensiones cuarta, quinta y

⁴³ EPP, Charles (1998) *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press, p. 2.

⁴⁴ WALTMAN, Jerold (1991) "Judicial activism in England", en: Holland (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, New York, St. Martin Press, p. 43.

⁴⁵ CANNON citado por BARAK (2006) 268-269.

⁴⁶ BARAK (2006) 269.

sexta hay mucha similitud. Para él, en todas ellas el *quid* es preguntarse si las decisiones de los otros poderes se mantienen o se revocan. Luego asevera que hay dimensiones, como la cuarta, que son aplicables al contexto específico de Estados Unidos, pero que difícilmente podrían trasladarse a países como los latinoamericanos⁴⁷.

El profesor de la Universidad de Buenos Aires, tomando como base a Cannon, ajusta las dimensiones y crea cinco indicadores que, afirma, se adaptan mejor a otros contextos. Estos indicadores son:

1. *Confirmación o contestación de los actos de los otros poderes*: consiste en la contestación o confirmación de actos de los poderes electivos o representativos, pero también de otros poderes públicos. La cuestión reside en saber si un tribunal revoca o declara conforme a derecho un acto de otro poder.

2. *Estabilidad interpretativa*: igual que en la propuesta de Cannon, con este indicador se califica una decisión como activista si una corte modifica pronunciamientos e interpretaciones anteriores.

3. *Fidelidad interpretativa*: consiste en que los tribunales tomen decisiones que no están claramente sustentadas en un referente normativo, o cuando la variación del significado literal de la norma aplicada resulta evidente.

4. *Si la decisión es sobre el contenido o más bien sobre el procedimiento*: Para Courtis la distinción entre contenido y procedimiento da cuenta de un comportamiento activista no solo cuando se limita a las reglas del juego democrático. El autor incluye aquí el respeto prioritario a cualquier procedimiento legal –por ejemplo formas de procedimiento administrativo, formas sacramentales, ritos, normas sobre competencia, procedimientos sobre aprobación de normas, etc.–. En este orden, más activista sería un tribunal en la medida que sus decisiones se funden especialmente en aspectos sustantivos y no procedimentales.

5. *Apego a las vinculaciones procesales*: el último de los indicadores de Courtis, afirma él mismo, está pensado particularmente para el contexto latinoamericano y se refiere al grado de apego por parte de los tribunales a las normas procesales que los regulan. En su opinión, un elemento a través del cual se expresa el activismo de los jueces radica, justamente, en la flexibilización de las normas procesales. De este modo, se pasarían por alto las limitaciones o constricciones formales para poder entrar a conocer los casos que suscitan el interés de los jueces⁴⁸.

Efectivamente se considera que los indicadores de Cannon son repetitivos –sobre todo, como ya se ha visto, el primero, el cuarto, el quinto y

⁴⁷ COURTIS (2005) 62-64.

⁴⁸ COURTIS, Christian (2004) “Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales”, en: Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vásquez, Rodolfo, eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*. México, Editorial Porrúa-UNAM, pp. 392-394.

el sexto—. El reajuste de *Courtis*, sin embargo, también adolece de algunas debilidades.

4) **ACTIVISMO JUDICIAL: PROPUESTA DE INDICADORES**

Si, de acuerdo a la definición dada, activismo judicial es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales; corresponde, entonces, establecer cuáles indicadores, tomando como base el diseño de *Courtis* y de otros autores citados, ayudarían a determinar cuándo se está frente a una sentencia activista. A continuación se señalará cada uno de ellos.

4.1.) **PRIMER INDICADOR: CONTESTACIÓN DE LOS ACTOS DE LOS OTROS PODERES**

Se sugerirá como primer indicador de activismo judicial el que *Courtis* y Canon llaman “contestación de los actos de los otros poderes del Estado”. Con él lo que interesa especialmente es que los jueces revierten, más allá de las razones jurídicas que puedan esgrimirse, los actos de los otros poderes. La postura de la judicatura prevalece frente a las demás⁴⁹. Este posicionamiento, de cara a los otros actores políticos, asegura Young, es probablemente la forma más simple de comprender el activismo judicial. El ejemplo típico sería la anulación de leyes y de otras disposiciones jurídicas mediante el control judicial de las normas⁵⁰.

4.2.) **SEGUNDO INDICADOR: RECONOCIMIENTO O EXPANSIÓN DE DERECHOS**

Al delimitar los alcances de las normas jurídicas, se indica en la definición de activismo judicial seguida en este trabajo, los jueces pueden establecer significados que no se encuentran en su literalidad. En obras como las de Epp se asocia activismo judicial con el reconocimiento o la expansión de derechos que no aparecen en la textualidad de un precepto

⁴⁹ BAUM, Lawrence (2005) *The puzzle of judicial behavior*. Estados Unidos, University of Michigan Press, p. 327.

⁵⁰ YOUNG (2002) 1145-1146.

normativo. Por esta razón, se considera oportuno incluir el “reconocimiento o expansión de derechos” como segundo indicador.

4.3.) TERCER INDICADOR: USO DE SENTENCIAS INTERPRETATIVAS

Courtis, como Cannon, propone la estabilidad interpretativa como ejemplo de autorrestricción judicial, es decir cuando hay pocos cambios jurisprudenciales se tendrá un tribunal deferente a los otros órganos del Estado; sin embargo, en *strictu sensu*, las variaciones en los pronunciamientos anteriores solo revelarían niveles de activismo cuando conlleve delimitar los alcances de derechos u orientar políticas públicas. Una corte no debería ser considerada activista si, por ejemplo, un giro en la jurisprudencia entraña, más bien, alinearse a la voluntad del Legislativo o del Ejecutivo. En virtud de lo anterior, se prescindirá de la estabilidad interpretativa como indicador de activismo judicial.

La fidelidad interpretativa, en cambio, puede ser útil tratándose de los tribunales constitucionales. Con todo, conviene hacer algunas precisiones. Para Cannon y Courtis esta dimensión hace referencia a que los jueces hagan o no lecturas literales de las normas o de los actos que se someten a su escrutinio. Empero, atendiendo a las particularidades de las normas constitucionales, que se caracterizan por expresar valores y principios generales, sería altamente dificultoso esperar que la Constitución ofrezca un articulado libre de vaguedades o ambigüedades, con lo cual, al analizar este tipo de disposiciones de la Constitución, se podría caer en el error de concluir que no hay fidelidad interpretativa, sin más, cada vez que el juez las analice. Desde esta perspectiva es necesario buscar otro instrumento que permita concretar, todavía más, la idea de los autores citados.

Por lo dicho, se estima que será más adecuado, en lugar de hablar de fidelidad interpretativa, hacerlo de utilización de sentencias interpretativas o moduladoras, como dimensión de activismo judicial. Las sentencias interpretativas son aquellas en las que un tribunal, al ejercer el control de constitucionalidad, modula los efectos de una disposición normativa examinada. Son sentencias en las que se declara una inconstitucionalidad, pero no se expulsa del ordenamiento jurídico la norma cuestionada, sino que, a partir de un proceso hermenéutico, el juez echa mano a una serie de recursos interpretativos para, mediante ciertos ajustes, conservar la disposición normativa señalando cuál es la forma correcta en qué debe ser entendida⁵¹.

⁵¹ RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER (1997) *Estudios sobre justicia constitucional*. Madrid: Editorial Mc Graw-Hill, p. 131.

Este indicador es más exacto para medir el activismo porque no se busca saber solo si el juez hace lecturas textuales o se ampara en otros criterios, como descubrir cuál fue la intencionalidad del constituyente, algo de por sí casi imposible de descifrar⁵²; sino constatar que el juez, cuando ejerce el control de constitucionalidad, declara una interpretación válida imponiendo su razonamiento, en forma definitiva, lo que incluso podría llevarlo a suprimir o adicionar algunos contenidos de la norma examinada⁵³. Para Olano, las sentencias interpretativas son la muestra más contundente de activismo judicial de parte de un tribunal constitucional. Con ellas el juez reivindica que su papel no es simplemente el de expulsar normas del ordenamiento jurídico. Las sentencias interpretativas han sido vistas como un desafío y una intromisión en los ámbitos tradicionalmente reservados a los otros brazos estatales⁵⁴.

Con este indicador se logra una mayor precisión que con la fidelidad interpretativa que formulan Curtis y Cannon. Evidentemente un tribunal que utilice las sentencias interpretativas, en sus diversas modalidades, no estará haciendo, y por mucho, una interpretación literal de las normas. Se considera que las sentencias interpretativas ofrecen un mejor marco referencial para situar cuándo una corte se aleja de una aplicación textual. Por esta razón el tercer indicador de activismo judicial propuesto será uso de sentencias interpretativas.

4.4.) CUARTO INDICADOR: DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El siguiente indicador, a través del cual una sentencia judicial será categorizada como activista, es la definición de una política pública por parte del juez⁵⁵. Es necesario precisar de qué manera se entenderá en esta propuesta el concepto política pública.

En los sistemas democráticos, recuerda Ferraro, el Estado, y en particular la administración pública, está dirigido por autoridades que tienen la intención de “hacer algo”. Este “hacer algo” en términos ideales sería cumplir el programa con el que se ha ganado un proceso electoral⁵⁶.

⁵² GARGARELLA, Roberto (2006) “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights” en: GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar and ROUX, Theunis, eds. (2006) *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Great Britain: Ashgate, pp. 26-27.

⁵³ MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (2003) *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: CEPC, pp. 389-408.

⁵⁴ OLANO, García (2004) “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, número, 108, diciembre, Bogotá, p. 579.

⁵⁵ BARAK (2006) 268-269.

⁵⁶ FERRARO, Agustín (2009) *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, p. 107.

Normalmente se asocia política pública con las estrategias o acciones que implementan los gobiernos en su quehacer cotidiano para dar respuesta a una gran variedad de áreas, problemas y situaciones⁵⁷. La administración pública, continúa Ferraro, se constituye en el instrumento principal de la política pública. El profesor de la Universidad de Salamanca la conceptualiza como “...cualquier cosa que un gobierno decide hacer o dejar de hacer...”⁵⁸. A la par pueden encontrarse otras definiciones de política pública. Por ejemplo, Muller y Surel la explican como el proceso por el cual se elaboran y se implementan programas de acción pública. Meny y Thoening indican que se trata de un programa de acción gubernamental en un sector de la sociedad⁵⁹.

Aquí se entenderá simplemente como el conjunto de acciones o programas que el Estado procura ejecutar para lograr ciertos objetivos y cubrir ciertas necesidades en distintos ámbitos como salud, educación, cultura, seguridad, relaciones internacionales, etc. De esta forma, habrá definición de una política pública, por parte de un tribunal, cuando en sentencia se ordene a los otros poderes desarrollar acciones o programas, fijados por los jueces, tendientes a cubrir algunas de las necesidades de los ámbitos citados.

El ciclo de las políticas públicas, siguiendo a Ferraro, estaría compuesto por cuatro etapas: formación de agenda, decisión de políticas, puesta en práctica y evaluación. En la formación de agenda muchos actores sociales pueden intervenir, no solo los políticos profesionales. El autor pone como ejemplo al juez que sentencia que una prisión no cumple las condiciones mínimas para garantizar un trato digno a los privados de libertad y ordena que se implemente un programa de renovación y ampliación⁶⁰. Al no perder de vista que tradicionalmente el juez estuvo ajeno a participar de la determinación de las políticas públicas, pues se aceptó que ello correspondía a otros actores, este indicador permitirá también colegir que una sentencia es activista.

4.5.) QUINTO INDICADOR: DECISIÓN *ULTRA PETITA*

Las últimas dos dimensiones propuestas por Courtis –decisión sobre el contenido o sobre el procedimiento y apego a las vinculaciones procesales–, para usar sus propias palabras, tienen una suerte de parentesco⁶¹.

⁵⁷ MASSÉ NARVÁEZ, Carlos y SANDOVAL FORERO, Eduardo (1994) *Política públicas y desarrollo municipal*, México: Colegio Mexiquense, p. 52.

⁵⁸ FERRARO (2009) 107.

⁵⁹ SALAZAR VARGAS, Carlos (1999) *Las políticas públicas*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, p. 50.

⁶⁰ FERRARO (2009) 110.

⁶¹ COURTIS (2005) 62.

Si el objetivo es fijar la atención en la importancia que tiene para un juez ceñirse a las formas y ver en ellas límites infranqueables para pronunciarse sobre aquello que concite su interés, puede entenderse, más bien, que una sentencia es activista cuando dentro del proceso el juez no se restringe a las pretensiones de las partes, llegando, incluso, a gestionar pruebas o a decidir más allá de lo solicitado por los intervinientes⁶².

Hay claramente una forma de activismo judicial, apunta Pásara, cuando el juez resuelve más de lo que le ha sido planteado⁶³. Es la vieja causal de nulidad del derecho civil "*ultra petita*", que aparece normalizada en ciertas decisiones de los tribunales. Al juez no solo le importa aplicar la ley, sino, además, hacer justicia. Para eso debe interesarse en asuntos que sobrepasan los términos que le han sido sometidos a su conocimiento.

En definitiva, los indicadores que se proponen para categorizar a una sentencia activista son los siguientes:

1. Contestación de los actos de los otros poderes.
2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas.
3. Utilización de sentencias interpretativas.
4. Definición o redefinición de una política pública.
5. Decisión *ultra petita*.

Resumiendo, respecto al protagonismo judicial, que apunta la literatura especializada, se encuentran dos fenómenos distintos, aunque no es infrecuente que se les dé un tratamiento similar. Por un lado, está la judicialización de la política y por el otro, el activismo judicial. Hay judicialización de la política si a un órgano judicial se le han dado prerrogativas de control sobre las decisiones de los otros poderes públicos o cuando las cortes son buscadas para dirimir conflictos que antes se resolvían en el ámbito de los otros órganos estatales. El activismo judicial es un tipo de comportamiento del juez.

La operacionalización⁶⁴ del concepto activismo judicial puede sintetizarse diciendo que una decisión judicial es activista cuando contesta

⁶² PARODI (2006) 473-474.

⁶³ PÁSARA (2007) 320.

⁶⁴ Si bien en castellano la palabra operacionalizar no se encuentra admitida, es necesario aclarar que en el lenguaje metodológico de las ciencias sociales se utiliza con frecuencia, hay trabajos jurídicos en los que es, como en este caso que se propone, imprescindible hacer uso de estas técnicas metodológicas. Una regla básica de cualquier investigación, incluidas las de las ciencias sociales, consiste en proporcionar la definición de los conceptos básicos que se han de utilizar. Es el camino que se sigue para simplificar y entender la complejidad de la realidad. La definición de un concepto obliga a seleccionar el objeto que se está estudiando e implica decidir qué propiedades de este se van a investigar. Hay diferentes tipos de conceptos; muchos de ellos, por ejemplo por ser conceptos teóricos o con un alto grado de abstracción, no son observables directamente. Por ello es necesario proceder a operacionalizarlos para su observación o para su medición. Medición quiere decir

los actos de los poderes, reconoce o expande derechos, utiliza sentencias interpretativas para que prevalezca una forma de entender las normas, cuando define una política pública –o corrige u orienta la de algún órgano estatal– o cuando concede más de lo pedido por una parte dentro de un proceso judicial.

Sin embargo, hay que aclarar que estas dimensiones, al ser el activismo judicial, según se advirtió, un concepto radial, no forman un núcleo, en su conjunto, de condiciones necesarias. Cada una por sí sola es suficiente para juzgar una sentencia como activista. Esto es así porque, al referir los indicadores un comportamiento de la judicatura, dirigido a imponerse sobre los otros poderes, sobre sus iniciativas y criterios, cada uno tiene la vocación de expresar el fenómeno.

En el planteamiento teórico del concepto activismo judicial se han trenzado cinco elementos –contestación de los actos de los otros poderes, reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas, utilización de sentencias interpretativas, definición o redefinición de una política pública y decisión *ultra petita*–. No obstante, al realizar una revisión empírica, uno o algunos de ellos podrían no estar presentes lo cual, de ningún modo, sería obstáculo para considerar que haya activismo judicial. A manera de ejemplo, una sentencia sería activista si define una política pública aunque no anule una decisión del Poder Ejecutivo. O bien, si en una resolución un tribunal indica que la única interpretación constitucionalmente válida de un precepto normativo es la que él dispone, excluyendo cualquiera otra, esa sentencia también deberá calificarse como activista, aunque al tiempo no se reconozcan nuevos derechos.

5) A MODO DE CONCLUSIÓN: Y DESPUÉS DE OPERACIONALIZAR EL CONCEPTO, ¿QUÉ?

Durante los últimos años, al hilo de resoluciones judiciales que han tenido formidables secuelas, el interés por el quehacer de los jueces ha aumentado. En especial porque muchas de ellas han supuesto reemplazar la toma de decisiones que antes fue resorte exclusivo del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo y llevarla al ámbito judicial.

establecer criterios para su observación y clasificación de acuerdo con la presencia o ausencia de las propiedades que contenga cada concepto. Con el proceso de operacionalización se eligen uno o varios indicadores para cada variable. Es a través de los indicadores que se pueden observar y medir las variables, allí reside su trascendencia metodológica para cualquier investigación, ver: ANDAUIZA PEREA, Eva; CRESPO MARTÍNEZ, Ismael y MÉNDEZ LAGO Mónica (2009) *Metodología de la ciencia política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, pp. 38-49.

La judicatura heredera del derecho romano y las instituciones jurídicas europeo-continetales, en virtud de aspectos como la estructura organizativa, los mecanismos de acceso, la fuerte cultura legalista, anclada en la creencia de un silogismo judicial, etc. fue entendida como el ejercicio de una función pública destinada a resolver conflictos, especialmente entre particulares. Una consecuencia de aquello fue la dificultad para que, mediante sus pronunciamientos, los jueces incidieran en un nivel más estructural.

La transformación que, se convino, ha experimentado la judicatura en las últimas décadas, incluida la latinoamericana hizo que aparecieran conceptos que intentan describir una forma en la que los jueces se involucran hoy día en los asuntos políticos. El activismo judicial describe una manera específica en la que se implican los jueces en los asuntos públicos mediando, o no, la asignación formal de funciones de control sobre las actuaciones del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo. No basta el desplazamiento de funciones a los jueces, ni la concesión de más instrumentos de control.

El marco conceptual desarrollado constituye una alternativa para que se pueda examinar y calificar con mayor precisión el trabajo de los jueces, especialmente los de América Latina. La aspiración es que sea útil para el análisis de sentencias puntuales, pero también, y quizás más relevante, para, a partir de muestras más amplias y representativas, revisar el desempeño de la judicatura en el tiempo. Este examen, que muchas veces se ha limitado a casos paradigmáticos, como el de Estados Unidos, será el único camino realmente seguro para saber qué hace el juez de otras regiones, sobre todo la nuestra. Pero ese análisis, urgente y necesario, deberá hacer presentado en otro momento.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMOVIST, Jéssica y ESPÓSITO, Carlos (2009) *Justicia transicional en Iberoamérica*. Madrid: CEPC.
- ANDAUIZA PEREA, Eva; CRESPO MARTÍNEZ, Ismael y MÉNDEZ LAGO Mónica (2009) *Metodología de la ciencia política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas
- ANSOLABEHERE, Karina (2005): “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Revista Isonomía*, número 22, abril, pp. 40-63.
- BACHOF, Otto (1985) *Jueces y Constitución*. Madrid: Editorial Civitas.
- BARAK, Aharon (2006) *The judge in a democracy*. New Jersey: Princeton University.

- BAUM, Lawrence (2005) *The puzzle of judicial behavior*. Estados Unidos: University of Michigan Press.
- CAPPELLETTI, Mauro (1984) *Giudici legislatori?*. Dott. A: Giuffré Editora.
- COLLIER, David and Mahon, James (1993) “Conceptual Stretching Revisited: Adapting Categories in Comparative Analysis”, *American Political Science Review* 87/4, diciembre, pp. 845–855.
- COURTIS, Christian (2005) “Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en: Ojesto, Fernando, Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo, eds. *Jueces y Política*. México: Editorial Porrúa-UNAM, pp. 59-84.
- COURTIS, Christian (2004) “Reyes desnudos: algunos ejes de la actividad política de los Tribunales”, en: Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo, eds. *Jueces y derecho: problemas contemporáneos*. México: Editorial Porrúa-UNAM, pp. 389-417.
- COUSO, Javier (2004) “Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política”, *Revista de Ciencias Políticas de Chile*, volumen 24, número 2, pp. 29-48.
- COUSO, Javier, HUNEEUS, Alexandra and SIEDER, Rachel, eds. (2010) *Cultures of legality: judicialization and political activism in Latin America*. New York: Cambridge University Press.
- DAHL, Robert (1989) *La poliarquía*. Madrid: Editorial Tecnos.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (2001) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- DOMINGO, Pilar (2007a) “Relaciones de poder: justicia y nuevos actores”, en: Pásara Luis, edr. *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca: Editorial Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 147-168.
- DOMINGO, Pilar (2007b) “El nuevo perfil de la Suprema Corte en el sistema político de México”, en: Palacio, Juan Manuel y Candiotti, Magdalena, eds. *Jueces, políticos y derechos en América Latina*, Buenos Aires: Editorial Prometeo, pp. 27-44
- DOMINGO, Pilar (2004) “Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary?” *Recent Trends in Latin America. Democratization*, volumen 11, número, 1, pp. 110-112.
- DWORKIN, Ronald (1984) *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel.
- EPP, Charles (1998) *The rights revolution; lawyers, activists and Supreme Courte un Comparative Perspective*, Chicago: University of Chicago Press.
- FEREJOHN, John (2008): “Judicialización de la política, politización de la ley”, en: Ferejohn, John, Ansolabehere, Karina, Dalla

- Via, Alberto y Uprimny, Rodrigo, *Los jueces y la política*. Bogotá: Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 9-39.
- FERRAJOLI, Luigi (2008) *Democracia y Garantismo* Madrid: Editorial Trotta.
 - FERRARO, Agustín (2009) *Reinventando el estado: por una administración pública democrática y profesional en Iberoamérica*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
 - FIX ZAMUDIO, Héctor (2009) “La legitimación democrática del juez constitucional”, en: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Molina Suárez, César, *El Juez Constitucional en el siglo XXI*, Tomo I. México: Editorial UNAM.
 - FIX, Héctor (2002) “Judicialización de la política”, en: _____. *Justicia Constitucional Electoral, IV Congreso Internacional de derecho electoral y IV Congreso Nacional de Tribunales y Salas Estatales Electorales de los Estados Unidos Mexicanos*, Tomo VII. Morelia, pp. 7-10.
 - FIX, Héctor (1999) “El Poder Judicial”, *Revista Jurídica UNAM*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, num. 3, pp. 170-187.
 - GARGARELLA, Roberto (2006) “Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights” en: Gargarella, Roberto, Domingo, Pilar and Roux, Theunis, eds. (2006): *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Great Britain: Ashgate.
 - GARGARELLA, Roberto, DOMINGO, Pilar and ROUX, Theunis, eds. (2006): *Courts and social transformation in new democracies: and institutional voice for the poor?* Great Britain: Ashgate.
 - GUARNIERI, Carlo (2003) *Giustizia e politica: I nodi della Seconda Repubblica*. Bologna: Il Mulino.
 - GUARNIERI, Carlo and PEDERZOLI, Patricia (2002) *The power of judges: a comparative study of courts and democracy*. New York: Oxford University.
 - GUARNIERI, Carlo y PEDERZOLI, Patrizia (1997) *Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia*. Madrid: Editorial Taurus.
 - GUASTINI, Riccardo (2008) *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. México: Editorial Trotta.
 - LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006) *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
 - MARTÍN DE LA VEGA, Augusto (2003) *La sentencia constitucional en Italia*. Madrid: CEPC.
 - MASSÉ NARVÁEZ, Carlos y SANDOVAL FORERO, Eduardo (1994) *Política públicas y desarrollo municipal*. México: Colegio Mexiquense.

- NIETO, Alejandro (2007) *Crítica de la razón jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- NINO, Carlos (1991) “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en: _____, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*. Madrid: CEPC, pp. 125-137.
- OLANO, GARCÍA (2004) “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Vniversitas*, Pontificia Universidad Javeriana, número, 108, diciembre, Bogotá, pp. 571-602.
- PARODI REMÓN, Carlos (2006) “¿Activismo o garantismo judicial? ” en: Robles Garzón, Juan Antonio y Ortells Ramos, Manuel, eds. *XX Jornadas iberoamericanas de derecho procesal: problemas actuales del proceso iberoamericano*, Tomo II. Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación de Málaga, pp. 467-514.
- PÁSARA, Luis (2004). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma en América Latina*, México, Editorial UNAM.
- PÁSARA PAZOS, Luis (2007) “Estado de derecho y justicia en América Latina”, *Revista Oficial del Poder Judicial*, Corte Suprema de Justicia de la República de Perú, tomo 1, número 1, pp. 309-323.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO y JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER (1997) *Estudios sobre justicia constitucional*. Madrid: Editorial Mc Graw-Hill.
- RUIZ PÉREZ, Joaquín (1987) *Juez y Sociedad*. Bogotá: Editorial Temis.
- SALAZAR VARGAS, Carlos (1999) *Las políticas públicas*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- SCHEDLER, Andreas, DIAMOND, Larry and PLATTNER, Marc (1999) *Conceptualizing Accountability: The Self-Restraining State: Power and Accountability in New Democracies*. Londres: Lynne Rienner Publishers.
- SIEDER, Rachel, SCHJOLDEN, Line and ANGELL, Alan (2005) *The judicialization of politics in Latin America*. New York: Palgrave Macmillan.
- TATE, Neal (1995) “¿Why the expansion of judicial power?” en: Tate, Neal, and Vallinder, Torbjörn, eds.: *The global expansion of judicial power*. New York University Press, pp. 20-24.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo (2008) “La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos”, en: Ferejohn, John, Ansolabehere, Karina, Dalla Via, Alberto y Uprimny, Rodrigo, *Los jueces entre el derecho y la política*. Bogotá: Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, pp. 81-95.
- VOLCANSEK, Mary (1992) Judges, courts and policy-making in Western Europe, en: Volcansek, Mary, edr. *Judicial Politics and Policy-Making in Western Europe*. London: Frank Cass.

- VOLCANSEK, Mary (1991) *Judicial activism in Italy*, en: Holland, Kenneth, *Judicial activism in comparative perspective*, New York, St. Martin Press, pp. 117-132.
- WALDRON, Jeremy (1999) *Law and disagreement*. Oxford: Clarendon Press.
- WAYNE, William (1992) "Two faces of judicial activism", *George Washington Law Review*, número, 1, 61, noviembre, pp. 1-13.
- WALTMAN, Jerold (1991). "Judicial activism in England", en: Holland (Kenneth). *Judicial activism in comparative perspective*, St. Martin Press, New York, pp. 33-52.
- YOUNG, Ernest (2002) "Judicial activism and conservative politics", *University of Colorado Law Review*, volume 73, number 4, pp. 1145-1162.