

Tesis: *El activismo judicial en los márgenes del Estado Constitucional de Derecho: condiciones de actuación para la primacía del Derecho y sus garantías.*

La existencia real de garantías democráticas es un tema siempre vigente en la medida que de ella depende la sostenibilidad del propio sistema. Ciertamente, existirán algunos temas en la dogmática del Derecho Constitucional que no sean nuevos, pero sí, por su forma de abordarlos o su aporte desde diversos enfoques, constituirán una perspectiva crítica necesaria o novedosa que nos hagan reexaminar el desarrollo sentado en la actualidad.

¿A qué nos referimos? A un elemento puntual del Estado Constitucional de Derecho: los mecanismos de control jurisdiccionales y, más en específico, los alcances del control judicial (tanto en la judicatura ordinaria como en la constitucional, en el rol de juez nacional y el internacional).

En uno de los *The Federalist Papers* más citados, Madison expresó claramente que los hombres no somos ángeles y, en consecuencia, debe existir una serie de controles y equilibrios entre los diversos estamentos gubernamentales de modo que no se den usurpaciones de cuotas de poder, sin que ello signifique desconocer la dificultad que conlleva controlar a los gobernados y, a su vez, controlarse a sí mismo.¹

Pues bien, el rol de la protección judicial, donde se ampare tanto al individuo o grupo más fuerte como al más débil, debe estar revestido de una calidad institucional y democrática propias de todo Estado Constitucional de Derecho. Sin embargo, algunas veces, tal rol se ve sujeto a ciertas críticas o amenazas que ponen en cuestionamiento su cumplimiento real y efectivo dentro de un Estado democrático.

Así, por ejemplo, existen amenazas provenientes de crecientes tendencias populistas en Europa y en América que, o bien, usan el poder (político, institucional e, incluso, jurisdiccional) para falsear el respeto de los derechos y otra serie de garantías existentes, o bien, pretenden denostar la protección jurisdiccional acusándola de cumplir un papel

¹ Cf. *The Federalist* N° 51, publicada el 8 de febrero de 1788.

que han dado en denominar de “activismo judicial”, que no se condeciría con las potestades atribuidas en un respetuoso “checks and balance” necesario en un Estado Constitucional de Derecho.

Lo peculiar es que las críticas sobre la existencia de un “activismo judicial” (negativo) se increpan no solo respecto de los tribunales nacionales² sino, también, de los internacionales³ en tanto irrumpirían el ordenamiento con pronunciamientos contrarios al principio de atribución de competencias, constituyendo actos *ultra vires*⁴ o irrespetuosos de la *identidad nacional*⁵ de cada Estado (o, en su vertiente inicial, contrarios a la doctrina de los *contralímites*⁶).⁷

De otro lado, también es cierto que existen algunos que, reconociendo la existencia de un “activismo judicial” (positivo), lo consideran deseable y justificado.⁸ En efecto, existe una corriente doctrinal y jurisprudencial que propugna la protección de los derechos desde una óptica individualista o libertarista exacerbada (contraria al bien común) y que, bajo el argumento del garantismo judicial, promueve un activismo judicial (al cual también se le ha llamado “gobierno de jueces”) que, en no pocas ocasiones, salta lo expresamente recogido en una norma regla fruto de un proceso democrático o, lo que es lo mismo, la finalidad originalmente establecida, sortea los mecanismos interpretativos necesarios o, incluso, genera una “ruptura” constitucional al usurpar prerrogativas y generar una reforma constitucional que solo correspondería al órgano representativo y/o al propio poder constituyente.

² A la Corte Suprema de Estados Unidos se le ha atribuido, en distintas épocas, un presunto activismo judicial. Sobre el impacto de las decisiones judiciales en el ordenamiento norteamericano, ver LEVIN (2005) y, bajo una perspectiva general, GLENDON (1994). Lo mismo se puede decir del Supremo Tribunal Federal de Brasil (KOERNER, 2013) o el TC Federal alemán (ARZOZ, 2016).

³ Sobre la crítica respecto a las cortes internacionales y desde distintas valoraciones puede verse a BALDINI MIRANDA (2020), SANTANO (2020), TERPAN y SAURUGGER (2019), ROCHA DA SILVA y DE QUADROS DANTAS ECHEVARRÍA (2015), GARCÍA y VERDUGO (2011), BINDER (2012), SCHABAS (2008), entre otros.

⁴ Resulta interesante ver la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15 y otros), donde se determina que el programa de compra de activos del Banco Central Europeo y la decisión del TJUE (C-493/17. Caso Weiss y otros) son *ultra vires* y carecen de justificación democrática.

⁵ Para algunos, identidad constitucional. Ver DRINÓCZI (2020), FABBRINI y SAJÓ (2019), BON, (2014).

⁶ Impulsado en su momento por la Corte Constitucional italiana. Ver BON, (2014).

⁷ Cf. FAGGIANI (2018); ARZOZ (2016); PAYANDEH (2011); CORTI, PORRAS Y ROMÁN (2011); BECK (2011); CARTABIA (1998).

⁸ Para autores como Silva Ramos (2010), el activismo judicial de entenderse de forma positiva, como contraria al “pasivismo” de los jueces.

Tal corriente justificativa a la que nos referimos proviene del llamado “constitucionalismo de los derechos” o, más precisamente, del “neoconstitucionalismo”, que, vista desde cierta perspectiva, debilitaría y desnaturalizaría los derechos, convirtiéndolos en subjetivismos que atentan contra la conformación de la sociedad, debilitaría las instituciones democráticas (el papel de la judicatura, entre otros) y la pretensión no individualista de los derechos e, incluso, la identidad constitucional de los Estados; pasando, así, de los derechos humanos o fundamentales a los “derechos del individuo” o, incluso, la imposición de una “justicia” personal, colegiada o minoritaria a todo un grupo de ciudadanos bajo un ordenamiento que prevé otros recorridos jurídicos para hallar una solución.

Para algunos, la “indeterminación” de los conceptos, en el sentido de que puede contener una multiplicidad de significados,⁹ puede conllevar a múltiples interpretaciones. Sin embargo, la cuestión en debate es si las decisiones judiciales continúan siendo válidas pese a que se alejan de una interpretación textual u original del marco jurídico y/o resultan contrarias a un contexto jurídico y nacional (social/cultural) concreto, una tradición específica, es decir, poco leales al sistema o si obedecen a la mera valoración personalista del “juez anarquista” de Raz¹⁰ (distinta del fundamento identitario del ordenamiento concreto); o por el contrario, se recae en un activismo judicial que, en su vertiente extrema, se encuentra limitado y hasta proscrito en el Estado Constitucional de Derecho.

Así, cabría explorar si un activismo judicial, más allá de las ideales causas justas –compartidos o no– que podrían dotar de razonabilidad tal proceder, resulta admisible en un Estado Constitucional de Derecho; pues, adviértase que un argumento finalista o teleológico no es suficiente para pasar por alto las reglas de competencia y atribución existentes o la configuración misma de los derechos, dirigida a proteger no solo la libertad individual sino, también, el bien común como límite válido y necesario en la integración social. Dicho de otro modo, el pragmatismo no puede suponer de algún modo sacrificar

⁹ FINNIS (2000) indica que, dada la multiplicidad de significados de los términos teóricos, se puede diferenciar los casos centrales (*central cases*) de los casos desviados, marginales o periféricos (*peripheral cases*).

¹⁰ A decir de FINNIS (2011), RAZ admite dentro de su concepción jurídica el punto de vista de un “anarquista” que se convierte en juez “*on the ground that if he follows the law most of the time he will be able to disobey it on the few but important occasions when to do so will most undermine it*”.

los parámetros o constructos de limitación del poder, avalando que los objetivos valen más que las formas (con los riesgos que ello significa).

De la investigación realizada hasta el momento, tenemos que el “activismo judicial” –sobre el cual se ha escrito poco en idioma castellano–¹¹: 1) constituye una expresión que, pese a usarse por primera vez en 1947¹² y haberse popularizado su uso en las producciones académicas, no cuenta con una definición cerrada; sin embargo, 2) se utiliza bajo una connotación negativa y hasta peyorativa para referirse a la actuación de los jueces o para atacar una decisión judicial¹³.

No obstante, del análisis de la dogmática-jurídica y de sendos pronunciamientos jurisdiccionales, 3) podemos conceptualizarlo como la superposición de la valoración ideológico o partidista (juicio subjetivo)¹⁴ del juez o tribunal decisor, por sobre el texto o vacío normativo (dotando, modificando o completando), no justificado en el mismo o en las potestades atribuidas,¹⁵ y faltando a la deferencia frente a otras autoridades o actores significativos¹⁶ en una estructura democrática (y, con ello, al *judicial self-restraint*).

De ese modo, 4) el activismo judicial (provenga de la jurisdicción ordinaria, constitucional o, incluso, internacional) no encuentra amparo en un bien entendido Estado Constitucional y Democrático de Derecho, al degradar y deformar institucional y jurídicamente el rol que se ha encomendado a los tribunales jurisdiccionales, pasando de un administrador de justicia a constituirse en un legislador al imponer una interpretación de preferencia partidista que no encuentra plena justificación en la significación textual de la norma interpretada o las competencias asignadas, creando nuevos derechos o teorías o políticas sustantivas, apartándose de la historia o la tradición o fuera de las doctrinas o interpretaciones anteriores y, aún más importante, apartándose de la importante existencia

¹¹ Principalmente, se ha escrito sobre el tema en habla inglesa y portuguesa.

¹² Vocablo usado por primera vez en prensa por Arthur Schlesinger, en un artículo publicado de la revista *Fortune*, para referirse a algunos jueces del Tribunal Supremo de Estados Unidos. Ver, entre otros, SÁ y BONFIM (2015), RUIZ y GOMES (2014), KOERNER (2013), KMEC (2004). Asimismo, se utilizó por primera vez a nivel judicial por el juez Joseph C. Hutcheson Jr., en una opinión judicial de 1959 en el asunto *Theriot vs. Mercer* del Quinto Circuito.

¹³ RAYBURN YUNG (2011).

¹⁴ RUIZ y GOMES (2014).

¹⁵ FEOLI VILLALOBOS (2015).

¹⁶ RAYBURN YUNG (2011); SILVA RAMOS (2010).

de elementos de democracia directa y representativa en la toma de decisiones que demarcan el ordenamiento jurídico.
