

ano 25 – n. 101 | julho/setembro – 2025
Belo Horizonte | p. 1-282 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v25i101
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Thaynara Faleiro Malta

Assistente editorial: Luisa Freitas

Capa: Igor Jamur

Projeto gráfico: Walter Santos

Revisão: Aline Almeida

Diagramação: Reginaldo César de Sousa Pedrosa

Periódico classificado no Estrato A1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2022, a revista foi classificada no estrato A1 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- LatIndex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Un modelo de activismo judicial para Estados constitucionales del sur global*

A “Judicial Activism” Model for Global South Constitutional States

Leonardo García Jaramillo**

Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

lgarciaj@eafit.edu.co

<https://orcid.org/0000-0002-8721-2342>

Recibido/Received: 27.11.2024 / 27 November 2024

Aprobado/Approved: 22.08.2025 / 22 August 2025

Resumen: El fin del Estado constitucional es garantizar los derechos de su población. En países del sur global marcados por la desigualdad económica, la debilidad institucional, la violencia, la falta de cohesión social y los déficits de representación política, los tribunales constitucionales deben, en consecuencia, contribuir a realizar dos mandatos: “De prohibición”, frente a la restricción excesiva de leyes o políticas que intervienen desproporcionadamente sobre los derechos; y “de proactividad”, por acción insuficiente o inacción de leyes o políticas que no garantizan los derechos en grado suficiente de forma justificada. La contribución de la jurisprudencia a reducir la disociación entre la realidad social y los mandatos de los derechos fundamentales depende, en ocasiones, de su orientación activista. A partir de los principales “estratos de significado” (Koselleck) del concepto “activismo judicial”, el objetivo de este artículo es sustentar los lineamientos de un modelo estable y legítimo de esta filosofía judicial para Estados constitucionales del sur global.

Palabras clave: Activismo judicial. Estado constitucional. Sur global. Constitucionalismo transformador. Historia conceptual.

Como citar este artículo/*How to cite this article:* ARAMILLO, Leonardo García. Un modelo de activismo judicial para Estados constitucionales del sur global. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 101, p. 59-87, jul./set. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2034

* La primera versión de este artículo se presentó en el seminario del Instituto Gioja de la Universidad de Buenos Aires y ante el pleno de profesores de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella. Agradezco a mi comentarista en el Gioja, Martín Böhmer, así como a Marcelo Alegre, Federico de Fazio, Ezequiel Monti, Martín Hevia, Horacio Spector, Alejandro Chehtman y Eduardo Rivera López por su generosa hospitalidad y certeras objeciones.

** Profesor Titular (*Full Tenured Professor*) del Área de Políticas y Desarrollo de la Escuela de Finanzas, Economía y Gobierno de la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y Magíster en Derecho por la Universidad de Génova.

Abstract: Rights enforcement is the central purpose of the Constitutional State. In countries of the Global South, this goal faces major challenges, including economic inequality, institutional weakness, violence, lack of social cohesion, and deficits in political representation. In response, constitutional courts must fulfill two mandates: to enforce “prohibition” against laws or policies that disproportionately restrict rights, and to adopt an “activist” judicial approach when laws or policies fail to guarantee rights in a justified manner. This article argues that, by applying jurisprudence guided by judicial activism — as conceptualized through Koselleck’s “layers of meaning”— constitutional courts can bridge the gap between social reality and fundamental rights mandates, providing guidelines for a stable and legitimate model of judicial philosophy in Global South constitutional states.

Keywords: Judicial Activism. Constitutional State. Global South. Transformative constitutionalism. Conceptual history.

Sumario: Introducción — **1** La relevancia del concepto “activismo judicial” — **2** “Activismo judicial” y progreso moral de la sociedad — **3** Estratigrafía histórica del “activismo judicial” — **4** Activismo judicial y transformaciones sociales e institucionales — Conclusión — Referencias

Introducción

El *objetivo* de este artículo es plantear algunos elementos de un *modelo de activismo judicial para Estados constitucionales cuyas democracias se desenvuelven en condiciones menos favorables*. Para que la jurisprudencia constitucional contribuya a transformar a la sociedad, en términos de la reducción de la disociación entre la realidad social y el proyecto axiológico consagrado en las constituciones, implementar un modelo de activismo judicial estable y legítimo —como demuestran ya numerosas experiencias en el sur (pero también en el norte) global(es)— requiere que los tribunales utilicen diversas herramientas e instrumentos, doctrinas y metodologías, pero también que respeten la naturaleza autoritativa del derecho. El modelo se funda en una aproximación a los debates que han formado los principales “estratos de significado” (Koselleck) del concepto de activismo judicial.

El concepto no se reconstruye desde un intento quintaesencial de definirlo, a partir de unas pocas fuentes privilegiadas, para intentar extirpar su ambigüedad constitutiva desde una aproximación lingüística a-histórica y a-contextual, sino teniendo en cuenta que el *concepto* —aun cuando no el *término*— ha acompañado o vertebrado importantes discusiones judiciales, políticas y sociales contemporáneas. Poner un énfasis en la jurisprudencia constitucional colombiana, en el contexto de las lecciones de lo que debe, y no debe, ser un control judicial proactivo —o activismo judicial—, permite reforzar algunos supuestos teóricos de naturaleza normativa y refutar, a su vez, las tesis más fuentes en contra del potencial generador de legitimidad de la justicia constitucional y de su poder transformador de la sociedad.

1 La relevancia del concepto “activismo judicial”

El activismo judicial es una filosofía de la toma de decisiones en virtud de la cual, sobre todo, los tribunales constitucionales trascienden la interpretación literal de las disposiciones constitucionales y utilizan todas las herramientas y metodologías disponibles para adoptar una decisión que desarrolla un derecho y lo aplica a una situación hasta ese entonces inédita, lo cual tradicionalmente correspondería a los organismos políticos. Hasta aquí podría formularse un estrato común de significado¹ entre las conceptualizaciones peyorativa y positiva, dominantes en el norte y en el sur globales, respectivamente. En virtud de las teorías de la autoridad y la interpretación constitucional que se suscriban, así como de la teoría política de la democracia y la constitución, esta filosofía decisional puede representar una deformación patológica de la regla de la mayoría, una afectación desproporcionada al principio de autogobierno colectivo y una alteración indebida al sistema de frenos y contrapesos (norte global), o, por el contrario, una posibilidad institucional democrática para llevar a cabo reformas en materia de enfoque de derechos sobre leyes, políticas y prácticas administrativas que los afectan de manera intensa y desproporcionada por acción, acción insuficiente o inacción (sur global).

Como es claro que podemos usar diferentes *términos* para identificar un mismo *concepto*, “activismo judicial” ha ganado cierto estatus discursivo en la medida en que el concepto o la idea subyace a gran parte de importantes discusiones constitucionales actuales. El planteamiento de Green es extrapolable a los países del sur global: “Gran parte de nuestras discusiones académicas e informales, las cuales no se remiten de manera usual al “activismo judicial”, podrían operar fácilmente bajo esa noción. Desde las discusiones de primer año de facultad, los perfiles mediáticos, las conversaciones informales, las biografías y las historias judiciales, nuestra comunidad jurídica está interpretando y reinterpretando permanentemente el rol judicial. Tal perspectiva amplia del discurso sobre el activismo puede conducir a debates más ricos y productivos sobre la decisión judicial”.² Si bien nuestras discusiones vertebradas o ilustradas por alguno de los estratos de significado del concepto de activismo judicial no se ocupan por regla general de la problemática por su definición –lo cual ha desembocado en

¹ Koselleck utiliza la metáfora geológica de los “estratos del tiempo” referida a que la temporalidad de lo histórico solo se puede representar “a través del movimiento en unidades espaciales”. Cfr.: KOSELLECK, Reinhart. *Futuro pasado*. Para una semántica de los tiempos históricos (Norberto Smilg, trad.). Barcelona: Paidós, 1993; *Los estratos del tiempo* (Eliás Palti, introd.; Daniel Innerarity, trad.). Barcelona: Paidós, 2021.

² Cfr.: GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1196, 2009.

su consabida polisemia— guardan relación estrecha con aspectos relevantes de la discusión constitucional contemporánea. El debate sobre el activismo judicial resulta entonces en algún sentido “inexcusable”³ con independencia de si se utiliza este u otros términos, como “legislación judicial”, “creación judicial de derecho”, “constitucionalización del derecho”, “judicialización de la política” o “control judicial de constitucionalidad”.

“Activismo judicial” captura aspectos importantes de debates relevantes en la actualidad.⁴ Sus usos se registran al discutir la autoridad de la función judicial y el rol trasformador de la jurisprudencia constitucional, así como en casos concretos cuando se crea un derecho a partir de una lectura sistemática de la constitución o cuando se extiende su garantía a supuestos hasta ese entonces impensados. De ello derivan los usos que registra el concepto. En este sentido, el activismo judicial resulta un concepto difícil de definir y medir pero que sin embargo comporta un tema que amerita atención y consideración académicas.⁵ Los términos “activismo” y “judicial” encarnarán un concepto útil en la medida en que identifiquen un fenómeno, lo diferencien de otros afines y lo articulen con fenómenos, experiencias, teorías o hechos relacionales. Todo concepto proviene de un término pero los términos, sobre todo los sociales y políticos, requieren un proceso de dotación de contenido, de atribución de sentido.⁶ En este sentido, ciertos conceptos registran y acumulan experiencias con lo cual desarrollan con el tiempo distintos estratos de significado.

Con independencia de las críticas y cuestionamientos que susciten las circunstancias con las que se asocia el “activismo judicial”, se trata de un buen ejemplo de un “concepto de registro de experiencias” que, con oscilaciones e intensidades contextuales, hace presencia desde hace décadas en el lenguaje jurídico, político y social en países de occidente. Una revisión por motores de búsqueda refleja que se trata de un término ampliamente utilizado. En Google aparecen 125.000 entradas en español y 1.500.000 en inglés, y en Google académico se registran 9.080 y 69.100 resultados, respectivamente. “Activismo judicial”, en portugués, arroja 22.500 resultados. Lo primero relevante por establecer es, entonces, que, a pesar de su ambigüedad o polisemia, se trata de un concepto relevante en nuestro vocabulario jurídico-político.

³ GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, 2009.

⁴ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁵ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

⁶ KOSELLECK, Reinhart. *Futuro pasado*. Para una semántica de los tiempos históricos (Norberto Smilg, trad.). Barcelona: Paidós, 1993. p. 117 y ss.

2 “Activismo judicial” y progreso moral de la sociedad

En el Estado constitucional si bien el texto, la dicción literal, de la constitución importa, también importan sus propósitos y valores, y las consecuencias de los precedentes que la han desarrollado. El desarrollo de la constitución tiene que ver también con escoger una teoría de la interpretación que haga del derecho lo mejor que puede llegar a ser. La teoría elegida y los argumentos sustantivos, muchos de ellos razones morales, para sustentar la atribución de contenido normativo a las disposiciones constitucionales también deben demostrar sensibilidad por los resultados o las consecuencias.⁷ Casos de conflicto por la garantía de derechos se tornan más sensibles, y potencialmente más graves, en países en desarrollo cuyas democracias subsisten en condiciones menos favorables, donde, de un lado, el proceso legislativo evidencia “puntos ciegos” y soporta “cargas de inercia”⁸ que, respectivamente, invisibilizan realidades de minorías ante el abuso de sus derechos o impiden a los órganos políticos responder a sus demandas por la presión de las tradiciones culturales o de grupos de poder, y donde, de otro lado, subsisten patologías como la profunda desigualdad económica, la debilidad institucional, la precariedad en la prestación de servicios, la violencia, la falta de cohesión social y los déficits de representación política que generan o perpetúan inequidad, pobreza y discriminación.

Estos casos reclaman la intervención judicial vía control constitucional como instrumento, aunque excepcional, necesario para conciliar el principio del autogobierno colectivo cuando entra en conflicto con principios constitucionales. En Estados constitucionales (premisa normativa) del sur global (premisa fáctica) los jueces deben contribuir a realizar dos mandatos: “De prohibición” frente a la restricción excesiva de leyes o políticas que intervienen desproporcionadamente sobre los derechos, pero también “De proactividad” por acción insuficiente o inacción de leyes o políticas que no garantizan los derechos en grado suficiente de forma justificada. En tiempos y contextos bien identificados, el activismo judicial ha demostrado su eficacia como mecanismo para empoderar o potenciar a individuos o colectivos sociales tradicionalmente marginados,⁹ y su legitimidad, tanto propia como su papel en la construcción de legitimidad del sistema del que hace parte.

⁷ SUNSTEIN, Cass. How Change Happens. *Harvard Law School Library Book Talk*, Cambridge, 15 abr. 2019.

⁸ “Puntos ciegos democráticos” en la adopción de legislación que beneficie a sectores determinados de la población, y “cargas de inercia democráticas” que bloquean y dilatan de forma injustificada las demandas por cambios constitucionales que impacten en la sociedad. Cfr.: DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

⁹ UPRIMNY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Corte Constitucional y emancipación social en Colombia. In: DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (Coord.). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2004. Sobre el potencial empoderativo del control judicial véase el modelo

En la discusión a favor o en contra del control judicial resulta ya inexcusable adoptar una perspectiva instrumental, si bien fundamentada por una doctrina o teoría normativa, que también dé cuenta de los balances que pueden hacerse acerca de cómo distintos tribunales han implementado esta institución y cuál ha sido la naturaleza de las interacciones que suscita con la sociedad civil y la política. En este sentido, la propuesta de un modelo fundado normativa e instrumentalmente refuta tesis críticas relacionadas con el “peligro” que para el sistema democrático supone el activismo judicial. La principal preocupación que motiva este trabajo responde a las consecuencias negativas, de naturaleza social e incluso política y democrática, de rechazar esta filosofía decisonal en el sur global.¹⁰ Entre las consecuencias negativas de rechazar esta filosofía decisonal pienso sobre todo en la ralentización o el estancamiento del progreso moral de la sociedad.

Nagel analiza la cuestión de qué tipo de cambios en la comprensión, el conocimiento y en el comportamiento morales pueden considerarse progreso en la moralidad de la sociedad.¹¹ La moralidad es un aspecto de la razón práctica: se refiere a aquello que tenemos razones concretas para hacer o no hacer. No debemos pensar en esas razones como objetos astronómicos que siempre han estado ahí en el universo esperando a ser descubiertos. Los hechos acerca de las razones son irreductiblemente verdades normativas sobre nosotros mismos y sobre nuestros semejantes. Si el campo de lo normativo es un campo de razones, el progreso moral se debe identificar con un cambio en la perspectiva moral que hay razones buenas y suficientes para adoptar. Ejemplos históricos de progreso moral están relacionados con el progreso político e institucional, tales como abolir la esclavitud, extender el derecho al voto a todos los ciudadanos, eliminar barreras sociales y laborales a las mujeres y secularizar las instituciones públicas.

Denominar a estos cambios “progreso” implica formular un juicio normativo, es decir, que hay razones morales para erradicar y reemplazar prácticas, actitudes, referentes e imaginarios prevalentes en una sociedad en un tiempo determinado.

normativo de Cristina Lafont, *Democracy without Shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*. Oxford University Press, 2019. chap. 8.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021. WALDRON, Jeremy. La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad. (Leonardo García Jaramillo, trad.). En: *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018; El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. Entrevista por Leonardo García Jaramillo & Vicente Benítez. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 48, p. 171-182, ene./jun., 2018; *Thoughtfulness and the Rule of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2023. LINARES, Sebastián. *Democracia participativa epistémica*. Madrid: Marcial Pons, 2017. ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016. ALTERIO, Micaela. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*, Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2021.

¹¹ NAGEL, Thomas. Moral Reality and Moral Progress. Conferencia. *Colloquium in Legal, Political, and Social Philosophy*, NYU, nov. 29 de 2018.

El progreso moral implica entonces el desarrollo gradual de un sistema pluralista de normas y valores, algunos de los cuales solo están disponibles después de superadas ciertas etapas, tanto normativas como institucionales. Y en este punto Nagel introduce la cuestión, relevante para mi planteamiento, del *acceso a las razones morales* toda vez que el progreso moral depende del desarrollo de formas de pensamiento y justificación que proporcionen razones morales que antes no eran accesibles. Identificar o calificar un cambio como progreso en un momento histórico particular depende de razones que antes no existían, que no podrían haber sido conocidas. De la accesibilidad a nuevas razones morales depende naturalmente que haya razones para fundamentar ciertos cambios que implican progreso moral.

Ahora bien, en países del sur global, pero también en Estados Unidos durante la Corte Warren, por ejemplo, los tribunales constitucionales han demostrado ser actores institucionales fundamentales para elaborar, refinar y articular en la esfera pública, en la discusión social, así como al interior de la acción política misma, razones que han contribuido al progreso moral en términos de una mayor consciencia sobre opiniones, creencias y prácticas discriminatorias que por décadas no solían recibir censura o, incluso, se celebraban. En este sentido, han erradicado o reducido diversas formas de discriminación culturalmente arraigadas, con lo cual han propiciado o acompañado importantes transformaciones sociales.

La forma jurídica y política del Estado constitucional implica una versión sustantiva del ideal del Estado de derecho. Celano sintetiza los dos elementos medulares del Estado constitucional: *sustantivo*, por la incorporación normativa de principios y valores; y *estructural*, por los mecanismos de garantía jurisdiccional de la constitución.¹² Para garantizar los derechos fundamentales, como principal fin del Estado constitucional, las constituciones reivindican los principios de la ideología liberal, e igualitaria en algunos casos, y modifican las conceptualizaciones de la constitución, que adquiere naturaleza normativa; como de los derechos, que no son solo entes programáticos. Esta forma de Estado, contrario al Estado legislativo, suscribe una concepción robusta del ideal del Estado de derecho integrado por tres subideales: el imperio de la ley en sentido formal y procedimental, el autogobierno democrático, y la garantía de los derechos fundamentales.¹³ Al discutir sobre las garantías del Estado de derecho resulta imposible eludir las grandes cuestiones

¹² CELANO, Bruno. Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione. *Analisi e diritto*. P. Comanducci; R. Guastini (Coord.), Turín, p. 53-74, 2004.

¹³ MORESO, Josep Joan. Estado de derecho. En: *Lo normativo*. Variedades y variaciones. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 37 y ss.

normativas que implican la garantía de los mandatos constitucionales. La legitimidad de la constitución del Estado constitucional, por su vocación normativa y los derechos fundamentales con fuerza vinculante que consagra, estriba en un compromiso con la vida digna, la autonomía y la igual consideración y respeto a todos los individuos bajo su jurisdicción. En este sentido resulta ineludible reconocer que la constitución es un documento en esencia normativo. Esta posición parte por revelar que los principios de legalidad y seguridad jurídica son ideales fundamentales pero incompletos; no son condiciones suficientes para la legitimidad y estabilidad de regímenes políticos que se rigen por parámetros democráticos.¹⁴ En Estados constitucionales del sur global, cuyos mandatos exigen garantizar los derechos fundamentales y no solo sancionar sus violaciones, los tribunales constitucionales que implementan una filosofía activista, al desarrollar la densidad normativa material de los derechos, articulan en distintas esferas públicas, políticas y privadas razones morales que contribuyen a cambiar formas de concebir situaciones de discriminación y abuso fundadas en creencias y tradiciones sobre la superioridad de un género, una religión, una raza o un grupo social, por ejemplo.¹⁵

3 Estratigrafía histórica del “activismo judicial”

“Activismo judicial”, por su carga valorativa y sus significaciones implícitas, se califica de forma habitual como un concepto polisémico. Sus elementos esenciales son muchas veces subjetivos o desafían una definición clara y concreta¹⁶ porque ha sido usado de formas disímiles e incluso contradictorias.¹⁷

¹⁴ MORESO, Josep Joan. Estado de derecho. En: *Lo normativo*. Variedades y variaciones. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, p. 157.

¹⁵ La cuestión del acceso a razones morales como expresión del constitucionalismo transformador, en sus dimensiones de cumplimiento pero también de impacto simbólico e indirecto, se relaciona con los documentados efectos pedagógicos de la jurisprudencia. Véase, EISGRUBER, Christopher L. Is the Supreme Court an Educative Institution? En: *New York University Law Review*, Vol. 67, No. 5 (Nov.) 1992. KNOWLES, Helen J. The Supreme Court as Civic Educator. En: *First Amendment Law Review*, Vol. 6, No. 2, 2008. SCHAUER, Frederick. The Supreme Court as Public Educator. En: *University of Colorado Law Review*, Vol. 88, No. 2, 2017. En Estados Unidos se ha estudiado el impacto sobre la población en general de decisiones como *Lawrence v. Texas* (2003), *United States v. Windsor* (2013) y *Obergefell v. Hodges* (2015) en materia de aceptación de orientaciones sexuales no tradicionales.

¹⁶ O’SCANNLAIN, Diarmuid. On Judicial Activism. En: HARRISON, Penny H. (Coord.). *Open Spaces*. Voices from the Northwest, Washington: University of Washington Press, 2011.

¹⁷ KMEIC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, 2004, p. 1443.

3.1 Usos peyorativos. El activismo judicial en el norte global

“*Judicial activism*”, por ilustrar algunas conceptualizaciones representativas, es la práctica de algunos jueces de la Corte Suprema de ignorar precedentes consolidados o incluso principios jurídicos (que favorecen el derecho legislado en vez del derecho constitucional) “para proteger y expandir derechos individuales como pudieran requerir las condiciones políticas, económicas y sociales”.¹⁸ Los jueces activistas utilizan su poder para imponer sus propias perspectivas sobre la justicia social.¹⁹ Un fallo de la jurisprudencia contemporánea que suscitó muchas críticas, fue *Lawrence v. Texas*, de 2003, en el cual la Corte derogó una ley del Estado de Texas que penalizaba las relaciones sexuales consentidas entre hombres. Se criticó, por ejemplo, por representar un ejemplo de la “clásica arrogancia propia del activismo judicial”.²⁰ Políticos conservadores estadounidenses se referían a la práctica de magistrados liberales que invalidaban leyes como esta para crear lo que los liberales consideraban una sociedad más justa.²¹ Learned Hand, famoso juez estadounidense, que se opuso incluso a *Brown v. Board of Education*,²² recriminaba el activismo de la Corte Warren afirmando que empleaba un “velo protector de adjetivos para disfrazar lo que hace y atribuirle un origen mucho más impresionante que sus preferencias políticas personales, *que son lo que en realidad subyace tras la decisión*”.²³

Entre las definiciones lexicales peyorativas más citadas, el *Black’s Law Dictionary* define “*Judicial Activism*” como una filosofía a partir de la cual “los jueces permiten que sus perspectivas personales sobre la política pública, los principios y el derecho constitucional, entre otros factores, guíen sus decisiones, en el sentido de que los fundamentos de la decisión pueden ser las consideraciones morales o políticas personales del juez, en vez del derecho legislativo o jurisprudencial”.²⁴ Así, se conceptualiza también como la práctica judicial de proteger o desarrollar los derechos individuales mediante decisiones

¹⁸ RAYMOND, John. *Dictionary of Politics*. Lawrenceville: Brunswick Publishing, 1992, p. 256.

¹⁹ BELKNAP, Michael. *The Supreme Court under Earl Warren*. Columbia: University of South Carolina Press, 2005, p. 311.

²⁰ LEWIS, Neil. Conservatives Furious Over Court’s Direction. *New York Times*, junio 27 de 2003, p. A19.

²¹ Véase, entre otros, HORWITZ, Morton. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Nueva York: Farrar, Staus & Giroux, 1999. COMPSTON, Christine. *Earl Warren, Justice for All*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

²² Cfr.: LIPTAK, Adam. El jurista trascendente. En: GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Coord. y trad.), *Ronald Dworkin. Una biografía intelectual*. Madrid: Trotta, 2021.

²³ Citado en KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History*. Chicago: University of Chicago Press, 2004, p. 56-57, énfasis añadido.

²⁴ GARNER, Bryan A. (Coord.), *Black’s Law Dictionary*. 11th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019.

que se apartan de precedentes establecidos, son independientes de, o se oponen a, una supuesta intención constitucional o legislativa. Este estrato de significado sintetiza su concepción generalizada en el debate público, político y académico estadounidense y en democracias desarrolladas. Está singularmente presente la vulneración de la naturaleza autoritativa del derecho toda vez que representa a los jueces sustentando sus decisiones en sus propias opiniones políticas en lugar de leyes, precedentes o metodologías aceptadas.²⁵ Están entonces dispuestos a ignorarlos para permitir que sus opiniones, en términos de moralidad política o el deber ser del derecho, orienten sus decisiones.

En este sentido, en España, calificar a un juez o a una de sus decisiones de activista tiene un sentido inequívocamente descalificatorio: un juez activista actúa como no debería actuar un juez. “Un juez activista decide una cuestión jurídica de acuerdo con sus opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el Derecho”.²⁶ El activismo judicial sería entonces una actitud política de algunos jueces tendiente a ampliar el contenido de la constitución mediante las técnicas interpretativas usadas según sus propios planteamientos ideológicos.²⁷ De este modo, como en el contexto anglosajón, se trata de una “acusación” de que los jueces van más allá de sus facultades apropiadas y se involucran en la creación, y no simplemente en la interpretación, del derecho.²⁸ Este estrato de significado, compartido entre democracias estables y países desarrollados, se usa con frecuencia teñido de desprestigio para descalificar una decisión judicial.²⁹

En este contexto, aun cuando no dominante, también se ha sustentado la importancia de reivindicar un estrato positivo de sentido.³⁰ Kmiec afirma que en los primeros años el concepto también se utilizaba con frecuencia con una connotación positiva de forma más cercana al activismo de los derechos civiles

²⁵ WILD, Susan E. (Coord.), *Webster's new world. Law Dictionary*. Hoboken: Wiley Publishing, 2006.

²⁶ ATIENZA, Manuel. Siete tesis sobre el activismo judicial. Conferencia. *Congreso inaugural ICON-S, Colombia*. Bogotá, sept. de 2018, recogida en: www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial (5.06.25).

²⁷ DEL ARCO, Miguel Ángel. *Diccionario Jurídico Básico*. Granada: Comares, 2004.

²⁸ HALL, Kermit. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

²⁹ SMITH, Joseph L. Presidents, Justices, and Deference to Administrative Action. *Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford, v. 23, n. 2, p. 346-364, 2007.

³⁰ HARWOOD, Sterling. *Judicial Activism: A Restrained Defense*. San Francisco: Austin & Winfield, 1996. LEWIS, Fredrick P. *The Context of Judicial Activism: The Endurance of The Warren Court Legacy in A Conservative Age*. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999. MILLER, Arthur S. For Judicial Activism. *The New York Times*, Nueva York, nov. 11, 1979, p. E21. SMITH, Stephen F. Activism as Restraint: Lessons from Criminal Procedure. *Texas Law Review*, Austin, v. 80, n. 5, p. 1057-1115, 2002. BROWN, Rebecca L. Activism is Not a Four-Letter Word. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, n. 4, p. 1257-1273, 2002.

que al juez que abusa de su autoridad.³¹ La protección de los derechos individuales y el decidido propósito con eliminar la segregación racial durante la Corte Warren, así como la garantía de otros derechos derivados del pluralismo social, como la igualdad religiosa, de un lado, generó su asociación con este elemento positivo del concepto pero, de otro lado, la hizo blanco de críticas por su extralimitación de poder. Roger Traynor, exmagistrado de la Corte Suprema de California, defendió el activismo judicial:

La preocupación real no es la posibilidad remota de demasiadas opiniones creativas sino su continua escasez. El desarrollo y la evolución del derecho, lejos de acelerarse de forma indebida por audacia judicial, se obstaculiza indebidamente por un letargo que se disfraza de dignidad.³²

Concebido como el compromiso de las cortes con su deber de vincular al presidente, al congreso y a los gobiernos estatales y locales a sus límites constitucionales, el activismo judicial resulta esencial para proteger la libertad individual y el Estado de derecho. “Si bien el activismo judicial es objeto de ataques enérgicos un problema mucho mayor es la abdicación judicial de su deber constitucional fundamental de proteger los derechos individuales”.³³ En la estratigrafía del concepto en el norte global se encuentra entonces una definición no peyorativa más en consonancia con los usos en el sur global.

3.2 Usos neutros o positivos. El activismo judicial en el sur global

El principal estrato de significado del concepto en el sur global está formado por la motivación del juez hacia los propósitos, principios e ideales del derecho, así como por las consecuencias reales de la jurisprudencia, para adoptar una decisión no meramente formalista sino una contextual, realista y responsable, en el marco del derecho legislativo y jurisprudencial vigente. El juez activista busca una transformación social dentro del respeto a las normas y, así, concibe su función dentro de los causes de lo constitucionalmente prohibido y lo constitucionalmente

³¹ Cfr.: Kmiec, Keenan D. The Origin and Current Meaning of “Judicial Activism”. *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, 2004.

³² TRAYNOR, Roger. Comment on Courts and Lawmaking. En: PAULSEN, Monrad (Coord.) *Legal Institutions Today and Tomorrow*. Nueva York: Columbia University Press, 1959, p. 48 y ss. HARWOOD Sterling. *Judicial Activism: A Restrained Defense*. San Francisco: Austin & Winfield, 1996.

³³ BOLICK, Clint. A Cheer for Judicial Activism. *Wall Street Journal*, Nueva York, abril 3 de 2007.

permitido u ordenado porque entiende que el derecho es una cuestión autoritativa. No se hace justicia por fuera del derecho. Considera el propósito de las normas dentro de la dinámica realidad social y es sensible o receptivo frente a los valores democráticos que buscan preservar a partir, muchas veces, de distintas formas de experimentalismo judicial. En este sentido, las cortes tienen presencia en el diálogo institucional donde imaginan modos de fortalecer su presencia bajo una nueva forma de concebir la división de poderes y la colaboración armónica entre instituciones públicas.

Constituyen ejemplos de decisiones activistas las adoptadas por jueces en la India sobre el acceso a la justicia por parte de los pobres mediante litigio de interés público,³⁴ y en Sudáfrica los casos sobre acceso a albergues de emergencia y a medicamentos a pacientes con VIH. Esta filosofía decisonal se reconoce como una posibilidad admisible dentro del Estado constitucional para garantizar el goce efectivo de los derechos a partir de una noción material del ideal del Estado de derecho.³⁵ Se ha asociado con un rol de defensa de los derechos fundamentales asumido por ciertas cortes de países en vías de consolidación democrática donde las libertades se violan de forma persistente y sistemática, y los derechos sociales padecen de un singular desamparo.³⁶ Se pondera positivamente o se utiliza como un descriptor neutro de jueces, tribunales o decisiones particulares. En contraste con sus usos anglosajones, en Latinoamérica calificar a un juez de activista, como plantea Atienza, supone atribuirle una cualidad positiva porque se toma en serio lo que constituye la función esencial de la jurisdicción: la defensa de los derechos fundamentales.³⁷ Este uso positivo está relacionado con el progresismo en la interpretación constitucional y con otorgar un papel más independiente y principialista a los tribunales.³⁸

³⁴ CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible? *The American Journal of Comparative Law*, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989.

³⁵ CEPEDA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 3, n. 4, p. 529-700, 2004. RODRÍGUEZ, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.

³⁶ VÁZQUES, Luis Daniel; SERRANO, Sandra; ANSOLABEHÉRE, Karina (Coord.) *Los derechos humanos y la violencia*. Bogotá: Universidad de los Andes; FLACSO, 2015.

³⁷ ATIENZA, Manuel. Siete tesis sobre el activismo judicial. Conferencia. *Congreso inaugural ICON-S, Colombia*. Bogotá, sept. de 2018, recogida en: www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial (5.12.24).

³⁸ COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. En: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA; Julio (Coord.) *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

En portugués el concepto “ativismo judicial” se relaciona, en este sentido, con una filosofía de la toma de decisiones y una actitud proactiva de los jueces que la implementan. Se materializa en la ampliación del control judicial y, en concreto, en la concreción de los valores y fines constitucionales mediante interpretaciones constructivas que desarrollan jurisprudencialmente el derecho en el proceso de configurar un Estado democrático de derecho. Para Barroso, el activismo judicial surge ante circunstancias de retraimiento del poder legislativo y de ruptura entre la clase política y la sociedad civil que impide que las demandas sociales sean atendidas de manera efectiva.³⁹ En este proceso se reivindica la naturaleza normativa de la constitución y, así: (a) se garantizan de manera directa sus mandatos, muchas veces, ante situaciones no contempladas expresamente en sus disposiciones; (b) se declaran inconstitucionales acciones u omisiones del legislador; lo cual (c) desemboca en ordenes al poder público, especialmente, en materia de políticas públicas.

En Estados Unidos, un influyente estrato de significado de “*judicial activism*” lo identifica como expresión del control judicial.⁴⁰ Una de las razones que explica la popularidad de esta significación es porque permite racionalizar de forma sencilla u operativa el concepto en estudios e informes publicados en textos académicos y en la prensa. Permite construir y monitorear un indicador preciso, relativo a cuán activista ha sido un tribunal, por el número total de leyes anuladas. El activismo judicial en el sur global también se ha conceptualizado en este sentido, como expresión del control judicial.⁴¹ El concepto se utiliza así para describir o criticar a los tribunales cuando invalidan, o modulan una pieza legislativa. Sin embargo, bajo el modelo del Estado constitucional, no toda acción en virtud del control judicial fuerte constituye una manifestación del activismo judicial. Que un tribunal declare la pérdida de vigencia de una pieza legislativa debido a su intervención severa e injustificada en un derecho fundamental no implica una materialización de la filosofía judicial activista sino el cumplimiento de un deber constitucional y legalmente consagrado. No todo ejercicio de control constitucional se debe considerar expresión de la filosofía judicial activista sino solo en casos puntuales

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 13, Madrid, 2009. Véase también, CITTADINO, Gisele. Poder judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Años II y III, Nos. 2 y 3, 2001-2002. HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Aspectos históricos y conceptuales del activismo judicial, ese ilustre (des)conocido. En: *Activismo judicial. Cómo deciden los tribunales constitucionales en América Latina*. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer – Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2022.

⁴⁰ BOLICK, Clint. A Cheer for Judicial Activism. *Wall Street Journal*, Nueva York, abril 3 de 2007.

⁴¹ VÁZQUES, Luis Daniel; SERRANO, Sandra; ANSOLABEHERE, Karina (Coord.) *Los derechos humanos y la violencia*. Bogotá: Universidad de los Andes; FLACSO, 2015.

debido a los impactos directos e indirectos de decisiones o al desarrollo de la densidad normativa material de un derecho con independencia de la intensidad baja de las órdenes impartidas o de los mecanismos de monitoreo. En otras palabras, el activismo judicial es un epifenómeno del fenómeno del control judicial de constitucionalidad. El activismo judicial, por regla general, solo se corresponde con el control judicial de naturaleza proactiva. Implica estructurar macro-casos, proferir órdenes complejas o establecer mecanismos de monitoreo, así como fundamentar de forma progresiva e incremental la construcción dogmática de las libertades fundamentales y los derechos sociales. En virtud de este tipo de casos se adoptan muchas veces “sentencias estructurales”.⁴² En este sentido radica la excepcionalidad de la filosofía activista.

Como ha sucedido en América Latina, y como lo demuestra el caso indio, cuando cargas inerciales en el parlamento, desidia de acometer reformas por costos electorales o falta de representación política que materialice determinadas iniciativas, el activismo judicial surge en reacción problemas políticos y sociales concretos que no se resuelven dentro del sistema.⁴³ La Corte Suprema de la India reconfiguró su papel institucional para participar activamente en la solución de conflictos en una sociedad diversa y en las respuestas apropiadas a demandas antagónicas de justicia. “En el desempeño de esas tareas difíciles y complejas, con considerable erudición, comprensión y sabiduría, el sistema judicial en su conjunto y los tribunales superiores, en particular, han hecho una contribución importante y duradera a la construcción de la nación”.⁴⁴ Este cambio en su filosofía judicial derivó en un incremento de su poder institucional y prestigio social.⁴⁵ El estrato

⁴² Procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas a los derechos fundamentales. Se caracterizan por: el gran número de personas cuyos derechos son objeto de protección; el bloqueo institucional que precede la situación de vulneración de derechos de manera masiva, reiterada y sin atisbo de mejoría; razón por la cual involucran a múltiples agencias gubernamentales cuyas fallas en las políticas públicas contribuyen a tal vulneración; y por la complejidad de las órdenes impartidas y la posterior promulgación de autos con órdenes puntuales para propender por el cumplimiento de las órdenes complejas. Además, en algunos casos, el “resuelve” de la sentencia no pone fin al caso sino que abre un proceso deliberativo entre el tribunal, los actores, diversos organismos del Estado y especialistas para evaluar el proceso de cumplimiento de las órdenes y realizar ajustes progresivos. Las decisiones estructurales, plantea Rodríguez Garavito, integran de manera destacada una tendencia emergente en el sur global. Cfr.: RODRÍGUEZ, César. *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America*. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011. Las sentencias estructurales constituyen un fenómeno frecuente y, aparentemente, irreversible. Cfr.: GUTIÉRREZ, Andrés. *El amparo estructural de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, p. 31 y ss.

⁴³ VERMA, Arvind. Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. *The Howard Journal*, v. 40, n. 2, p. 148-165, 2001.

⁴⁴ SINGH, Rajkumar. Dimensions of Indian Judicial Activism. *Cross-Cultural Communication*, Montreal, v. 13, n. 1, 2017.

⁴⁵ Ya en 1950, en *A.K Gopalan v. Madras*, ejerció por primera vez un control de constitucionalidad y sostuvo que tal poder está incorporado en la naturaleza misma de una Constitución, en particular, en su artículo 13 que preceptúa que no se proferirán leyes que erosionen o restrinjan los derechos fundamentales.

de significado del activismo judicial predominante en el sur global implica que incluso el que los tribunales no sean activistas en circunstancias determinadas es considerado un incumplimiento de su deber constitucional.⁴⁶

El activismo judicial ha surgido entonces principalmente debido a la inactividad de los otros órganos políticos del gobierno,⁴⁷ a su incapacidad para remediar problemas graves, acuciantes y ampliamente denunciados. La siguiente reflexión sobre la función judicial y la naturaleza remedial del activismo judicial en la India resulta extrapolable a otros países del sur global con constituciones normativas, garantizadas y con un catálogo de derechos vinculantes:

El poder ejecutivo es responsable de la debida aplicación de las leyes promulgadas por el poder legislativo, pero cuando este poder no se toma la molestia de garantizar los derechos y libertades individuales, y el ejecutivo se vuelve apático en la implementación de las leyes, el poder judicial constituye el único mecanismo capaz de actuar como motor del bienestar social para garantizar la justicia para todos en las diversas esferas de la vida, ya sea el trabajo infantil, el medio ambiente o los derechos humanos. El activismo judicial no representa más que un rol ampliado del poder judicial en la medida en que integra con su decisión un espacio vacío dejado por el legislativo. Representa entonces un esfuerzo por revitalizar el sistema al proveer acceso sencillo, rápido y asequible.⁴⁸

Las implicaciones prácticas de esta filosofía judicial se han celebrado como mecanismos de ingeniería del cambio social.⁴⁹ Si bien la reafirmación de esta filosofía judicial ha desafiado la comprensión tradicional de la separación de poderes, se ha considerado justificada por la falta de respuesta del proceso legislativo a las demandas de los grupos marginados.⁵⁰

⁴⁶ BERAT, Lynn. *Courting Justice: A Call for Judicial Activism in a Transformed South Africa*. *Saint Louis University Law Journal*, v. 37, n. 4, 1993.

⁴⁷ SINGH, Rajkumar. Dimensions of Indian Judicial Activism. *Cross-Cultural Communication*, Montreal, v. 13, n. 1, p. 20-24, ene./mar., 2017.

⁴⁸ SEMWAL, M. M.; KHOSLA, Sunil. Judicial Activism. *The Indian Journal of Political Science*, v. LXIX, n. 1, p. 113-126, ene./mar., 2008.

⁴⁹ ANANT, T. C. A.; SINGH, Jaivir. An Economic Analysis of Judicial Activism. *Economic and Political Weekly*, v. 37, n. 43, oct. 26/nov. 1, p. 4433-4439, 2002.

⁵⁰ BHAGWATI, P.N. Judicial Activism and Public Interest Litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, v. 23, n. 3, p. 561-578, 1984. SATHE, S.P. *Judicial Activism in India: Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Oxford: Oxford University Press, 2002. VENKAT, Ayer. *The Supreme Court of India*. En: DICKSON, Bruce (Coord.) *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2007. SWAPNA MANINDRANATH, Deka. *Judicial Activism in Post-emergency Era*. Triplicane-India: Notion Press, 2015, caps. 4 y 5.

4 Activismo judicial y transformaciones sociales e institucionales

La velocidad del cambio social depende de muchos factores: jurídicos y políticos, es decir, institucionales; pero también, psicológicos, familiares y culturales. La manera como un tribunal constitucional desempeñe su función puede influenciar en algún grado el cambio entre dichas velocidades para cumplir los objetivos que como sociedad nos hemos fijado en nuestras constituciones. Estos objetivos, en forma directa, tienen que ver con el goce efectivo de los derechos, en sus facetas positivas y negativas, tanto frente al Estado como frente a los particulares. De forma indirecta o mediata, estos objetivos se relacionan con la creación de una cultura del reconocimiento, de la no discriminación, de la valoración del pluralismo que caracteriza a las sociedades latinoamericanas. Leyes y políticas públicas carecían de enfoque de derechos por eludir enfrentar situaciones de discriminación y abuso que sufrían individuos y colectivos marginados e insulares. Si bien el ejercicio del control judicial de constitucionalidad fuerte sobre las leyes no representa en el Estado constitucional un ejercicio de activismo judicial, sino el cumplimiento de una función constitucional y reglamentaria expresa, el control abstracto se ha estructurado en torno a la protección de los derechos a diferencia de lo que sucedía bajo el Estado legislativo donde predominaba un constitucionalismo reducido a sostener debates formalistas y procedimentales.⁵¹ Numerosas transformaciones sociales, políticas y culturales que ha vivido la sociedad y la institucionalidad colombianas en las tres últimas décadas provienen de la jurisprudencia constitucional, tanto de las decisiones políticas cuya constitucionalidad se analiza (control reactivo), como de las propias decisiones y su cometido transformador (control proactivo).

En el sur global, y en Colombia en particular, el activismo judicial ha catalizado o respaldado y acompañado la *labor de organizaciones de la sociedad civil* en la protección de derechos, el *agendamiento político* de problemas que se hallaban en los puntos ciegos de los organismos del Estado y el *seguimiento mediático* de asuntos que no eran priorizados o cuyo encuadre adolecía de sesgos o estereotipaciones. En algunos casos, entonces, *la jurisprudencia constitucional antecedió al movimiento social* y, luego, los medios de comunicación, la academia y un sector importante de la clase política y de la rama judicial en conjunto,

⁵¹ Agradezco aquí a Manuel José Cepeda. Entrevista semiestructurada, Universidad de Yale, *Wall St. Building*, jueves, 15 de septiembre de 2022.

se empezaron a mover en esa dirección. De forma destacada, (1) catalizó la transformación social y política en materia de *derechos a las personas y parejas del mismo sexo*; y (2) respaldó y acompañó un importante proceso de transformación en materia de *derechos sexuales y reproductivos*. La jurisprudencia constitucional activista contribuyó así al *progreso moral* de la sociedad colombiana en términos de la creación de una mayor conciencia entre funcionarios, formadores de opinión y la ciudadanía en general sobre la discriminación y el déficit estructural en la protección de derechos. La Corte nutrió, proporcionó herramientas y generó puntos de convergencia entre distintos movimientos de la sociedad civil e instituciones públicas.

4.1 Individuos y parejas homosexuales como “igualmente dignos”

La evolución jurisprudencial y los escollos políticos que se debieron sortear en este caso se han estudiado suficientemente bien.⁵² Interesa, para nuestro objetivo específico, destacar un aspecto relacionado con la construcción incremental y, por tanto, deferencial de esta jurisprudencia, y, así, con su configuración activista pero prudente y respetuosa con la democracia. La *primera fase* (1992-1998) estableció, con algunas excepciones, un régimen de heterosexualidad obligatoria⁵³ que, en lo fundamental, ratificaba el déficit de protección de las leyes y políticas a las personas del mismo sexo, como individuos, parejas o padres. Se declaró constitucional que solo un hombre y una mujer pudieran conformar una unión marital de hecho porque la ley estudiada no “discrimina” sino que “diferencia” y porque al legislador corresponde remediar el problema.⁵⁴ Se negó, asimismo, un amparo de cambio de sexo en el registro civil y en la cédula por no ser ordenada por un juez en la medida en que el sexo se consideraba un elemento objetivo de identificación.⁵⁵ La *segunda fase* (1998-2007) avanzó en la garantía de derechos pero de forma circunscrita a los individuos. Se negó así la posibilidad del matrimonio entre

⁵² Véase, BONILLA, Daniel. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. En: VV.AA., *Parejas del mismo sexo el camino hacia la igualdad*. Bogotá: Colombia Diversa; Universidad de los Andes, 2008, p. 11-40. LEMAITRE, Julieta. El amor en tiempos de cólera: derechos LGBT en Colombia. *Sur*, v. 6, n. 11, p. 79-97, dic., 2009. LÓPEZ MEDINA, Diego. *Cómo se construyen los derechos*. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Bogotá: Legis, 2016.

⁵³ Como, entre otros, lo denomina: DÍAZ, María Daniela. Usos discursivos de la sexualidad en la jurisprudencia interamericana. *Serie Documentos de Trabajo*, n. 91, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado, Bogotá, 2015.

⁵⁴ Sentencia C-098 de 1996. Todas las referencias a sentencias C, T y SU se refieren a la Corte Constitucional de Colombia.

⁵⁵ Sentencia T-504 de 1994.

parejas del mismo sexo porque la única familia protegida es la “monogámica y heterosexual”,⁵⁶ pero se amparó el derecho al cambio de nombre para que coincida con la identidad sexual; se declaró inconstitucional la tipificación disciplinaria de la homosexualidad como causal de inhabilidad para acceder a un cargo notarial;⁵⁷ se confirmó un amparo que concedió el derecho a la visita conyugal a una reclusa homosexual;⁵⁸ se erradicó la vulneración de derechos por el acoso de la policía a una persona cuando salía a la playa con sus amigos por las quejas de los comerciantes que alegaban la inconveniencia de tener homosexuales cerca;⁵⁹ y se protegió a un profesor a no ser sancionado disciplinariamente en razón a su orientación sexual.⁶⁰ Esta última sentencia representa el giro definitivo de la fase. Inició la construcción de la categoría según la cual la orientación sexual es un “criterio sospechoso de diferenciación”⁶¹ y constituye uno de los tipos estructurales de discriminación.⁶² Se fundamenta en el desarrollo dogmático progresivo e incremental, y a partir de una interpretación sistemática, de los derechos a la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad, y de la prohibición de discriminación. Finalmente, una *tercera fase* (2007-2015), inicia con la sentencia que extiende a las *parejas* el goce efectivo de derechos al reconocerles el régimen de unión marital de hecho.⁶³

La exclusión legislativa de este régimen a las parejas homosexuales configura un déficit absoluto de protección –porque la ley los excluye de plano– y, por tanto, constituye una omisión inconstitucional generada por las iniciativas legislativas fallidas⁶⁴ y los exhortos desatendidos de manera reiterada. Sin que se hubiese consolidado un movimiento social⁶⁵ llegó un caso a la Corte, mediante acción pública de inconstitucionalidad, contra la ley de unión marital de hecho. La mayoría de la Corte no aceptaba extender a las parejas homosexuales los derechos de las

⁵⁶ Sentencias C-814 de 2001 y T-725 de 2004.

⁵⁷ Sentencia C-373 de 2002. El Decreto disciplinario bajo estudio, sostuvo la sentencia, es el “rezago de un Estado autoritario que no encuentra cabida en una democracia constitucional”.

⁵⁸ Sentencia T-499 de 2003.

⁵⁹ Sentencia T-301 de 2004.

⁶⁰ Sentencia C-481 de 1998.

⁶¹ Sentencias C-075 de 2007, T-716 de 2011 y T-291 de 2016.

⁶² Conceptuado por la Corte en la T-098 de 1994 y desarrollado, por ejemplo, en la T-691 de 2012.

⁶³ Sentencia C-075 de 2007.

⁶⁴ Por falta de voluntad política “se hundieron” entre 2011 y 2015 nueve proyectos de ley presentados en cumplimiento del exhorto de la sentencia C-577 de 2011. Toda vez que la Corte dejó un amplio margen de configuración legislativa, unos proyectos consagraban una nueva “unión civil” con efectos similares al matrimonio, sin llegar a equipararlos, mientras que otros ampliaban el matrimonio a las parejas homosexuales.

⁶⁵ En otros casos los avances jurisprudenciales acontecieron de manera simultánea con el movimiento social y en consonancia con transformaciones culturales, económicas y sociales que irradiaron el discurso político por distintos medios, locales y globales. Uno de los ejemplos más relevantes son los cambios en materia de igualdad de género.

parejas heterosexuales. El argumento medular de esta sentencia unánime no fue el derecho a la igualdad, ya que no generaba consenso, sino la constatación de un “déficit de protección de sujetos igualmente dignos”. El fundamento fue escrupuloso de no incluir la igualdad ni de hacer alusión a una nueva forma de familia homoparental amparada por la Constitución.

Esta construcción dogmática fue incremental y, luego de varias sentencias de amparo y control normativo, se llegó a un consenso más amplio con el reconocimiento del matrimonio igualitario⁶⁶ y con la posibilidad de adoptar en ciertas circunstancias,⁶⁷ en la medida en que la adopción homoparental no afecta el interés superior del menor.⁶⁸ Entre las decisiones de control normativo durante esta fase se destaca la declaratoria de constitucionalidad condicionada de una serie de normas, que discriminan a las parejas homosexuales, de naturaleza penal (no declarar contra compañeros permanentes), civil y comercial (patrimonio inembargable, vivienda familiar), de seguridad social (salud y pensión), política (régimen de inhabilidades en contratación estatal) y otras normas relacionadas con los sujetos pasivos de delitos atroces que se presumen víctimas.⁶⁹ Su constitucionalidad se condicionó a que se interpretaran de forma tal que se aplican también a las parejas homosexuales.

La evolución en el reconocimiento de derechos, como individuos, parejas y padres, de las personas del mismo sexo, demuestra que la intervención judicial de una forma, no obstante activista, compatible con la democracia, puede hacer evolucionar ciertas formas de pensar, modifica las mentalidades y erradica o disminuye estereotipaciones y prejuicios. Las decisiones activistas han contribuido a generar un cambio importante en la consideración de la sociedad colombiana sobre los individuos y las parejas homosexuales. La transformación social se evidencia en el hecho de que las decisiones fueran respaldadas, o por lo menos no cuestionadas, por amplios sectores de la población.⁷⁰ Se evidencian en este sentido dos correlaciones con distintos grados de causalidad. La primera es entre

⁶⁶ Sentencia C-577 de 2011. “La voluntad responsable de conformar la familia es la fuente de otro tipo de familias como la unión marital de hecho o la compuesta por una pareja de homosexuales”, sostuvo. Si bien la sentencia no declaró inconstitucional ninguna de las normas acusadas, exhortó al Congreso para que regulara la existencia de un contrato que les permitiera a las parejas del mismo sexo solemnizar jurídicamente su vínculo, como medio para constituir una familia. Otorgó un plazo de dos años y precisó que si al término no se había expedido la legislación correspondiente, estas parejas podrían acudir ante notario o juez para suscribir un contrato que les permitiera constituir una familia.

⁶⁷ Sentencia SU-617 de 2014.

⁶⁸ Sentencia C-683 de 2015.

⁶⁹ Sentencia C-029 de 2009.

⁷⁰ BONILLA, Daniel. Parejas del mismo sexo en Colombia. Tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, n. 6, p. 183-200, 2010.

las decisiones judiciales activistas y los discursos judicial, político y mediático en general, tanto en el agendamiento del tema como en el cambio progresivo de encuadre afectivo y cognitivo en un sentido menos prejuicioso respecto de esta población como parte integral de la sociedad. La segunda correlación se evidencia entre dichas decisiones y la imagen o percepción pública positiva sobre los derechos de los homosexuales. La encuesta Invamer Gallup refleja una interesante evolución del cambio en la perspectiva de los colombianos, en particular, frente al matrimonio entre parejas del mismo sexo. En marzo de 2015, un 62% estaba en desacuerdo mientras que un 33% estaba de acuerdo. En febrero 2016, el porcentaje en contra se redujo a 55. La aprobación aumentó en un 54%, con un 42% en contra, para agosto de 2021. Esta tendencia continuó y, para mayo de 2023, la aprobación aumentó a un 73% con un 22% en contra.

4.2 Transformación en la percepción social sobre derechos sexuales y reproductivos

Este caso ilustra la distinción entre los efectos simbólicos e instrumentales de la jurisprudencia constitucional⁷¹ y lo articula con el activismo judicial respecto del cambio en nuestros vocabularios normativos y su impacto en la realidad social. La intervención institucional por parte de la Corte Constitucional, al anular la tipificación del aborto como delito en 2022,⁷² cambió el encuadre del debate social y político al intervenir directamente sobre conceptos medulares de nuestro vocabulario normativo. En virtud de esta intervención del Tribunal, no solo sobre el Código Penal sino sobre el uso social y político de importantes piezas normativas de nuestro vocabulario, ha crecido entre la opinión pública el apoyo a la tesis de que las mujeres deben poder ejercer su autonomía en las primeras etapas del embarazo y que, por tanto, nadie debe inmiscuirse en esta decisión, expresamente ni el Estado ni la iglesia católica. En una encuesta realizada en 2023 en Colombia,

⁷¹ Un enfoque exclusivamente cuantitativo para medir la eficacia de las decisiones invisibiliza los distintos aspectos transformadores que han conseguido en la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia y la estabilización del Estado de derecho en el sur global. El *cumplimiento* está ligado a los efectos materiales directos, verificables y en mayor medida delimitables; el *impacto* tiene que ver con los efectos simbólicos indirectos que irradian otras esferas distintas a las partes del caso y a aquellos en la misma situación. El *impacto* es una dimensión esencial para lograr este objetivo, sobre todo, tratándose de tribunales que abordan problemas sistémicos y cuyas órdenes requieren la gestión coordinada de complejos entramados institucionales de los niveles estatal y nacional. Si bien la garantía de los derechos no es una tarea exclusivamente judicial el rol de los tribunales es esencial en este proceso. Véase, BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela; SAAVEDRA, Pablo (Coord.) *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, cit.

⁷² Sentencia C-055 de 2022.

por Cifras y Conceptos, un 42% consideró que el aborto se debe dejar de considerar delito y prestarse como cualquier otro servicio de salud, y para un 67% el aborto debe ser una decisión libre de la mujer, frente a un 18% que se opone.⁷³

La intervención de la Corte, como suele suceder en casos socialmente sensibles, en materia moral o de política pública, trascendió la esfera estrictamente jurídica y contribuyó de forma significativa a cambiar la conversación pública y política. Ante la pregunta por “qué tipo de información ha recibido sobre la interrupción voluntaria del embarazo”, el 55% afirmó que “como derecho”, el 29% “como procedimiento seguro”, el 22% “como crimen” y el 16% “como pecado”. Esta percepción pública ha cambiado en Colombia, sin soslayar la importancia del contexto global en favor de los derechos de las mujeres, debido a que se le asociaba fundamentalmente como delito hasta la intervención de la Corte. En este tipo de circunstancias los individuos tienden más fácilmente a mimetizarse con aquello que no se considera moralmente incorrecto. Los cambios conceptuales en decisiones judiciales constitucionales, tratándose sobre todo del tipo y contenido de delitos y derechos, impactan directamente procesos sociales e identidades políticas.

Los usos de un concepto no solo se dirigen hacia las partes o la comunidad jurídica, sino también hacia los ciudadanos debido a que casos socialmente sensibles impactan la comunicación política diaria y afectan con el tiempo la forma como percibimos la realidad. Los cambios conceptuales son entonces también herramientas importantes para transformar mentalidades en la sociedad. Cuando la fuente de dichos cambios son instituciones poderosas, y en nuestro caso tribunales constitucionales, se generan distintos tipos de impactos sobre procesos sociales e identidades políticas que inciden con el tiempo en cómo percibimos el mundo. Si la información que genera de manera oficial la institucionalidad colombiana es que realizar una acción determinada implica incurrir en una actividad criminal, un delito, los individuos van a tender naturalmente a expresarse en contra. Uno de los argumentos de la demanda que el movimiento “Causa justa” presentó contra el artículo del Código Penal que penaliza el aborto consistió en esgrimir que, a pesar de que en 2006 la Corte condicionó su constitucionalidad a que el aborto se realice dentro de las tres causales bien conocidas, el que siga vigente como delito constituye una causa de estigmatización y, por tanto, de vulneración

⁷³ Cifras y Conceptos. Encuesta Polimétrica, 2023. www.cifrasyconceptos.com/wp-content/uploads/2023/06/Resultados-Polimetrica-junio-2023-V3.pdf (9.6.23).

efectiva del derecho.⁷⁴ Si la categoría normativa con la que se asocia el aborto se transforma de “delito” a “derecho” o “procedimiento seguro” hay un margen mayor para razonar de manera autónoma a partir de nuevos insumos lingüísticos.

a sociedad en general reconoce la influencia de las instituciones públicas sobre la vida social. Los tribunales constitucionales son fuentes de autoridad y sus precedentes ejercen un efecto considerable sobre los referentes culturales que conforman, de manera progresiva, normas sociales. Tienen entonces el potencial de generar cambios paulatinos en creencias y actitudes, individuales y sociales, sobre todo, por dos razones. La primera es el cumplimiento de decisiones concretas que ordenan modificar una situación violatoria de derechos fundamentales; el cambio directo se genera sobre un conjunto relativamente determinable de personas (las partes en un caso o la comunidad inmediata). La otra razón es el impacto indirecto de precedentes que modifican aquello que una persona o conjunto de personas suponen que piensan otras personas o un segmento considerable de la sociedad.⁷⁵ Las personas empiezan a pensar y actuar diferente cuando observan, o incluso cuando creen, que la población está cambiando sus referentes, perspectivas y motivaciones respecto de un fenómeno concreto. En Irán, por ejemplo, a medida que más hombres asumían que otros hombres estaban autorizando a sus esposas a trabajar, luego de que se estableció esa posibilidad, se empezó a volver el patrón de conducta.⁷⁶

Esta percepción generalizada de que las cosas están cambiando, de que una determinada tradición está siendo sometida a nuevas fuerzas que modifican su inercia, tiene efectos sobre los referentes sociales y culturales, y propician cambios de opiniones y actitudes individuales que con el tiempo generan transformaciones sociales más profundas. En la sociedad aumentan los grados de conciencia frente a ciertas opiniones, creencias y prácticas que no solían recibir censura alguna o eran incluso celebradas. A propósito de la decisión en el caso *Obergefell*, que reconoció la constitucionalidad del matrimonio igualitario en Estados Unidos,⁷⁷ discursos en su respaldo del presidente Obama y de la entonces presidenta de la Cámara de Representantes, Nancy Pelosi, enmarcados en una perspectiva amplia

⁷⁴ La primera decisión es la sentencia C-355 de 2006 y la segunda, en virtud de la cual el aborto solo es punible si se practica después de la semana 24 de gestación, es la sentencia C-055 de 2022.

⁷⁵ TANKARD, Margaret E.; PALUCKEN, Elizabeth L. The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes. *Psychological Science*, Princeton, v. 28, n. 9, p. 1334-1344, sept., 2017.

⁷⁶ SUNSTEIN, Cass. How Change Happens. *Harvard Law School Library Book Talk*, Cambridge, abril 15 de 2019.

⁷⁷ *Obergefell v Hodges*, 576 U.S., 2015.

sobre los derechos, la inclusión y el rol del gobierno en la protección de la igual consideración y respeto, enviaron un mensaje sobre la gestación de un cambio, y que adquiere respaldos institucionales cada vez mayores y más importantes. Por la convicción personal o por asumir la inexorabilidad del cambio social, quienes se oponen al matrimonio entre parejas del mismo sexo se encuentran con nuevos referentes con los cuales confrontar sus opiniones y creencias.

Una investigación en el campo de la psicología social demostró los efectos de *Obergefell* en la transformación de las actitudes de los estadounidenses sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo.⁷⁸ Se realizaron encuestas en todo el país, con antelación y posterioridad al anuncio del fallo. Un hallazgo relevante al confrontar la información recogida es que, si bien muchas personas no cambiaron sus propias opiniones sobre el matrimonio homosexual como resultado del fallo, se evidenció un cambio casi inmediato en sus percepciones de las opiniones de los demás. La evidencia experimental demuestra los cambios que generan decisiones de instituciones poderosas en las percepciones de las normas sociales, lo cual puede orientar y guiar el comportamiento, incluso si las opiniones individuales en sí no cambian de manera directa. Independientemente se identificaran como liberales o conservadores, los estadounidenses pensaban que sus compatriotas apoyaban ahora más que antes el matrimonio homosexual, aunque lo único que había cambiado, en realidad, era el criterio y la tesis mayoritaria de una poderosa institución. El fallo y otras manifestaciones políticas generaron entonces la impresión de que más estadounidenses apoyaban el matrimonio homosexual y que probablemente más lo apoyarán en el futuro.⁷⁹ A pesar de la evidencia contradictoria respecto de si las decisiones de las instituciones públicas en general moldean o no nuestras opiniones y criterios sobre las normas sociales que debemos seguir, se encontró que, en particular respecto de los tribunales encargados de los asuntos constitucionales, sus fallos orientan respecto de la actualización o puesta al día de las apreciaciones de dichas normas y las buenas razones que tenemos para seguirlas. La transformación social que genera este fenómeno acontece en parte fundamental por las nuevas razones morales que empiezan a circular y a imponerse en los discursos políticos y sociales.

⁷⁸ TANKARD, Margaret E.; PALUCKEN, Elizabeth L. The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes. *Psychological Science*, Princeton, v. 28, n. 9, p. 1334-1344, sept., 2017.

⁷⁹ TANKARD, Margaret E.; PALUCKEN, Elizabeth L. The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes. *Psychological Science*, Princeton, v. 28, n. 9, p. 1334-1344, sept., 2017.

Conclusión

No es factible sustentar *a priori* un modelo de función judicial a favor del activismo o de la restricción, es decir, sin consideración de las posibilidades jurídicas (tipo de constitución y modelo de Estado) y fácticas (desigualdad, cultura de respeto a los derechos, cohesión social y representatividad popular real) existentes para reconocer la relevancia de adoptar esta filosofía judicial. No es posible precisar una posición óptima de la función judicial en Estados constitucionales en vías de desarrollo sin consideración a las circunstancias del caso concreto. Si los derechos fundamentales son mandatos de optimización porque ordenan que algo sea realizado en su mayor medida posible, la medida ordenada de su cumplimiento depende de las posibilidades fácticas y no sólo de las posibilidades jurídicas. La moderación es la regla general de la función judicial pero no es su fin. Sin embargo, esta doctrina, si se concibe de manera inderrotable, no es consistente con el objetivo fundamental del Estado constitucional⁸⁰ –garantizar el goce efectivo de derechos. En casos concretos de acción, acción insuficiente o inacción, política y legislativa, el tribunal debe ejercer virtudes activistas pero moderadas, respetuosas de la naturaleza autoritativa del derecho, sensibles a los efectos transformadores de la jurisprudencia e impartiendo exhortos pero también órdenes complejas con remedios de intensidad media e incluso leve, pero mecanismos de monitoreo de intensidad más alta. La filosofía activista o moderada estará más o menos justificada de conformidad con tales circunstancias; “connotan direcciones en el *continuum* entre la pasividad y la hegemonía judiciales. *El movimiento en una dirección particular no tiene peso normativo a menos que podamos explicar en ciertos casos por qué ese movimiento ha ido demasiado lejos*”.⁸¹

⁸⁰ Los defensores de la moderación pro-legislativa o de la autorrestricción parten de un supuesto diferente conforme al cual las constituciones políticas del Estado constitucional en los países del sur global, y de América Latina en particular, se fundan en un principio *democrático* mayoritario. Es decir, no reduce el sistema de toma pública de decisiones a una regla de la mayoría sino que exige el cumplimiento de inclusión y deliberación como condiciones también necesarias para su legitimidad. En virtud de este principio la inclusión y apertura discursivas en un proceso mayoritario de toma de decisiones validan y legitiman el resultado de las decisiones con independencia de su contenido y, en concreto, de su conformidad con los derechos constitucionales y con el derecho internacional de los derechos humanos. Para un ejemplo de esta postura, véase, GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso ‘Gelman’. En: *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016. Para una reconstrucción y crítica de algunos aspectos de la obra de Gargarella relacionados con la fundamentación normativa de un modelo de control *débil* de constitucionalidad, véase, GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. ‘El constitucionalismo bloquea’ y ‘el control judicial insulta’ la democracia. Reconstrucción y crítica al intento de superación del ‘activismo judicial’ en Gargarella (I) y (II). *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL) Research Paper*, Heidelberg, Nos. 20 y 21, 2024.

⁸¹ YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*. Boulder, v. 73, n., 4, 2002, p. 1163, énfasis añadido.

Hasta que se deroguen las actuales constituciones que consagran su superioridad y primacía respecto de las leyes –y en Estados Unidos se anule el precedente *Marbury*–, se debe considerar no sólo inevitable sino necesario un cierto grado de *control judicial fuerte* sobre la legislación y la política. En países con las patologías del sur global es, adicionalmente, necesario un cierto grado de activismo judicial, es decir, de control judicial proactivo. La cuestión que nos debemos plantear no es si el activismo judicial es necesario y conveniente, sino en qué circunstancias y qué forma debe adquirir para que sea eficaz, legítimo y estable. La intensidad de la acción judicial, de las órdenes con remedios y controles de cumplimiento, debe graduarse conforme a la afectación de derechos en virtud del respeto al principio de conservación del derecho, a los exhortos al congreso desde su margen para la elección de medios y a las modulaciones de los efectos y el alcance de las sentencias. La intervención judicial sobre la ley y la política no debe acontecer *en todos los casos posibles sino solo en aquellos estrictamente necesarios*, es decir, allí donde la afectación de un derecho o la omisión legislativa relativa genera desproporción por intervención intensa e injustificada o por protección deficiente de derechos constitucionales. La restricción y la moderación del tribunal constitucional contribuyen a la eficacia de sus fallos, muchos de los cuales requieren el concierto de otras instituciones y organismos, y son una fuente importante de su legitimidad sociológica toda vez que generan la percepción social e institucional de su respeto por la democracia.

Resulta, por regla general, más perjudicial individual y colectivamente que los derechos fundamentales sean violados a que sean sobreprotegidos.⁸² Un análisis de la práctica constitucional estadounidense demuestra, para Suzanna Sherry, que muy poco activismo produce peores consecuencias que demasiado activismo.⁸³ El riesgo eventual que para una democracia genuina supone algún amparo indebido u orden exagerada es preferible a debilitar el control judicial. Fallos polémicos antimayoritarios pueden suponer un rechazo puntual hacia el tribunal pero es el conjunto de la jurisprudencia en amplios periodos de tiempo la que genera apoyo y respaldo o escepticismo, rechazo y apatía. Los tribunales constitucionales también hacen parte de las instituciones que soportan el peso de la responsabilidad de mantener la buena salud de la cultura social y política.

⁸² FALLON, Richard H. The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*. Cambridge, v. 121, n. 7, p. 1693- 1736, 2008.

⁸³ SHERRY, Suzanna. Why We need more Judicial Activism. En: ARESHIDZE, Giorgi; CARRESE, Paul O.; SHERRY, Suzanna (Coord.) *Constitutionalism, Executive Power, and the Spirit of Moderation*. Albany: SUNY, 2017.

Referencias

- ALTERIO, Micaela. *Entre lo neo y lo nuevo del constitucionalismo latinoamericano*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2021.
- ANANT, T. C. A.; SINGH, Jaivir. An Economic Analysis of Judicial Activism. *Economic and Political Weekly*, Mumbai, v. 37, n. 43, p. 4433-4439, 26 oct., 1º nov. 2002.
- ATIENZA, Manuel. Siete tesis sobre el activismo judicial. Conferencia. *Congreso inaugural ICON-S, Colombia*. Bogotá, sept. de 2018. recogida en: www.ambitojuridico.com/noticias/analisis/constitucional-y-derechos-humanos/siete-tesis-sobre-el-activismo-judicial. (5.12.24).
- ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BELKNAP, Michael. *The Supreme Court under Earl Warren*. Columbia: University of South Carolina Press, 2005.
- BERAT, Lynn. Courting Justice: A Call for Judicial Activism in a Transformed South Africa. *Saint Louis University Law Journal*, Saint Louis, v. 37, n. 4, p. 849-870, 1993.
- BHAGWATI, P. N. Judicial Activism and Public Interest Litigation. *Columbia Journal of Transnational Law*, Nueva York, v. 23, n. 3, p. 561-578, 1984.
- BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES, Mariela; SAAVEDRA, Pablo (coord.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales, 2019.
- BOLICK, Clint. A Cheer for Judicial Activism. *Wall Street Journal*, Nueva York, 03 abr. 2007.
- BONILLA, Daniel. Igualdad, orientación sexual y derecho de interés público. In: VV.AA. *Parejas del mismo sexo el camino hacia la igualdad*. Bogotá: Colombia Diversa; Universidad de los Andes, 2008.
- BONILLA, Daniel. Parejas del mismo sexo en Colombia. Tres modelos para su reconocimiento jurídico y político. In: *Anuario de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, n. 6, p. 183-200, 2010.
- BROWN, Rebecca L. Activism is Not a Four-Letter Word. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, n. 4, p. 1257-1273, 2002.
- CASSELS, Jamie. Judicial Activism and Public Interest Litigation in India: Attempting the Impossible? *The American Journal of Comparative Law*, Nueva York, v. 37, n. 3, p. 495-519, 1989.
- CELANO, Bruno. Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione. *Analisi e diritto*, Turín, p. 53-74, 2004.
- CEPEDA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role and Impact of the Colombian Constitutional Court. *Washington University Global Studies Law Review*, Washington, v. 3, n. 4, p. 529-700, 2004.
- CHOWDHURY, Nupur. From judicial activism to adventurism. The Godavarman case in the Supreme Court of India. *Asia Pacific Journal of Environmental Law*, v. 17, p. 177-189, nov. 2014.
- COMPSTON, Christine. *Earl Warren, Justice for All*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- COUSO, Javier; HILBINK, Lisa. From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS-FIGUEROA; Julio (coord.). *Courts in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (coord.). *Emancipación social y violencia en Colombia*. Bogotá: Norma, 2004.

DEL ARCO, Miguel Ángel. *Diccionario Jurídico Básico*. Granada: Comares, 2004.

DÍAZ, María Daniela. Usos discursivos de la sexualidad en la jurisprudencia interamericana. *Serie Documentos de Trabajo*, n. 91, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado, Bogotá, 2015.

DIXON, Rosalind. *Responsive Judicial Review*. Oxford: Oxford University Press, 2023.

EASTERBROOK, Frank H. Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, n. 4, p. 1401-1416, 2002.

FALLON, Richard H. The Core of an Uneasy Case for Judicial Review. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 121, n. 7, p. 1693-1736, 2008.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. 'El constitucionalismo bloquea' y 'el control judicial insulta' la democracia. Reconstrucción y crítica al intento de superación del 'activismo judicial' en Gargarella. (I) y (II). *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL) Research Paper*, Heidelberg, n. 20 y 21, 2024. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4888558. Acesso em: 13 out. 2025.

GARGARELLA, Roberto. *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2021.

GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso 'Gelman'. In: *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

GARNER, Bryan A. (coord.). *Black's Law Dictionary*. 11th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2019.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 58, n. 5, p. 1195-1264, 2009.

GUTIÉRREZ, Andrés. *El amparo estructural de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

HALL, Kermit. *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

HARWOOD, Sterling. *Judicial Activism: A Restrained Defense*. San Francisco: Austin & Winfield, 1996.

HORWITZ, Morton. *The Warren Court and the Pursuit of Justice*. Nueva York: Farrar, Staus & Giroux, 1999.

EISGRUBER, Christopher L. Is the Supreme Court an Educative Institution? *New York University Law Review*, v. 67, n. 5, nov. 1992.

KECK, Thomas M. *The Most Activist Supreme Court in History*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.

KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meaning of "Judicial Activism". *California Law Review*, Berkeley, v. 92, n. 5, p. 1441-1478, 2004.

KNOWLES, Helen J. The Supreme Court as Civic Educator. *First Amendment Law Review*, v. 6, n. 2, 2008.

LEMAITRE, Julieta. El amor en tiempos de cólera: derechos LGBT en Colombia. *Sur*, v. 6, n. 11, p. 79-97, dic. 2009.

LEWIS, Fredrick P. *The Context of Judicial Activism: The Endurance of The Warren Court Legacy in A Conservative Age*. Lanham, Md.: Rowman & Littlefield, 1999.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. *Measuring Judicial Activism*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

LIPTAK, Adam. El jurista trascendente. In: GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Ed. y trad.). *Ronald Dworkin*. Una biografía intelectual. Madrid: Trotta, 2021.

LIPTAK, Adam. Court Is 'One of Most Activist,' Ginsburg Says, Vowing to Stay. *The New York Times*, Nueva York, 24 ago. 2013. Disponível em: www.nytimes.com/2013/08/25/us/court-is-one-of-most-activist-ginsburg-says-vowing-to-stay.html. Acesso em: 13 out. 2025.

LÓPEZ MEDINA, Diego. *Cómo se construyen los derechos*. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual. Bogotá: Legis, 2016.

MAZZARESE, Tecla. La justicia del derecho según el constitucionalismo (inter)nacional frente a una pregunta desorientadora. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 51, p. 116-142, jul./dic. 2019.

MILLER, Arthur S. For Judicial Activism. *The New York Times*, Nueva York, Section E, p. 21, 11 nov. 1979.

NAGEL, Thomas. Moral Reality and Moral Progress. Conferencia. *Colloquium in Legal, Political, and Social Philosophy*, NYU, 29 nov. 2018.

O'SCANLAIN, Diarmuid. On Judicial Activism. In: HARRISON, Penny H. (coord.). *Open Spaces*. Voices from the Northwest, Washington: University of Washington Press, 2011.

RODRÍGUEZ, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. *Texas Law Review*, Austin, v. 89, n. 7, p. 1669-1698, 2011.

SATHE, S. P. *Judicial Activism in India: Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Oxford University Press, 2002.

SCHAUER, Frederick. The Supreme Court as Public Educator. *University of Colorado Law Review*, v. 88, n. 2, 2017.

SEMWAL, M. M.; KHOSLA, Sunil. Judicial Activism. *The Indian Journal of Political Science*, v. LXIX, n. 1, p. 113-126, ene./mar. 2008.

SHERRY, Suzanna. Why We need more Judicial Activism. In: ARESHIDZE, Giorgi; CARRESE, Paul O.; SHERRY, Suzanna (coord.). *Constitutionalism, Executive Power, and the Spirit of Moderation*. Albany: SUNY, 2017.

SINGH, Rajkumar. Dimensions of Indian Judicial Activism. *Cross-Cultural Communication*, Montreal, v. 13, n. 1, p. 20-24, ene./mar. 2017.

SMITH, Joseph L. Presidents, Justices, and Deference to Administrative Action. *Journal of Law, Economics, and Organization*, Oxford, v. 23, n. 2, p. 346-364, jun. 2007.

SMITH, Stephen F. Activism as Restraint: Lessons from Criminal Procedure. *Texas Law Review*, Austin, v. 80, n. 5, p. 1057-1116, 2002.

SUNSTEIN, Cass. How Change Happens. *Harvard Law School Library Book Talk*, Cambridge, 15 abr. 2019.

SWAPNA MANINDRANATH, Deka. *Judicial Activism in Post-emergency Era*. Triplicane-India: Notion Press, 2015.

TANKARD, Margaret E.; PALUCKEN, Elizabeth L. The Effect of a Supreme Court Decision Regarding Gay Marriage on Social Norms and Personal Attitudes. *Psychological Science*, Princeton, v. 28, n. 9, p. 1334-1344, sept. 2017.

TRAYNOR, Roger. Comment on Courts and Lawmaking. En: PAULSEN, Monrad (coord.). *Legal Institutions Today and Tomorrow*. Nueva York: Columbia University Press, 1959.

VÁZQUES, Luis Daniel; SERRANO, Sandra; ANSOLABEHERE, Karina (coord.). *Los derechos humanos y la violencia*. Bogotá: Universidad de los Andes; FLACSO, 2015.

VENKAT, Ayer. The Supreme Court of India. In: DICKSON, Bruce (coord.). *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

VERMA, Arvind. Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v. 40, n. 2, p. 148-165, 2001.

WALDRON, Jeremy. La esencia del argumento contra el control judicial de constitucionalidad. (Leonardo García Jaramillo, trad.). In: *Contra el gobierno de los jueces*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2018.

WALDRON, Jeremy. El control judicial le cuesta demasiado a la democracia. Entrevista por Leonardo García Jaramillo & Vicente Benítez. *Isonomía*, Ciudad de México, n. 48, p. 171-182, ene./jun. 2018.

WALDRON, Jeremy. *Thoughtfulness and the Rule of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2023.

WILD, Susan E. (coord.). *Webster's new world. Law Dictionary*. Hoboken: Wiley Publishing, 2006.

YOUNG, Ernest A. Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, oct./dic. 2002.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombiana

T-594 de 1993, T-504 de 1994, T-098 de 1994, C-098 de 1996, C-481 de 1998, C-814 de 2001, C-373 de 2002, T-499 de 2003, T-725 de 2004, T-301 de 2004, C-355 de 2006, C-075 de 2007, C-075 de 2007, C-029 de 2009, T-716 de 2011, C-577 de 2011, SU-617 de 2014, C-683 de 2015, T-291 de 2016, C-233 de 2021, C-055 de 2022 y SU-020 de 2022.

Suprema Corte de los Estados Unidos

Obergefell v Hodges, 576 U.S., 2015.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JARAMILLO, Leonardo García. Un modelo de activismo judicial para Estados constitucionales del sur global. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 25, n. 101, p. 59-87, jul./set. 2025. DOI: 10.21056/aec.v25i101.2034.
