

Intervenir sin sustituir: dos criterios de identificación del activismo judicial en la justicia constitucional latinoamericana

Luis Enrique
Landauri Paredes

Doctor por la Escuela Internacional de Doctorado CEINDO
(Abat Oliba CEU, Cardenal Herrera CEU y San Pablo CEU)

<https://orcid.org/0000-0003-4982-4337>

SUMARIO

- I. Introducción
- II. Contexto latinoamericano y preguntas de investigación
- III. Cortes Constitucionales (I): funcionalidad política
- IV. Cortes Constitucionales (II): activismo judicial en sentido estricto
- V. Activismo judicial latinoamericano (I): bases doctrinales
- VI. Activismo judicial latinoamericano (II): manifestaciones
- VII. Palabras finales

FICHA DE LA TESIS

- **Fecha y lugar de defensa:** 14 de marzo de 2025 (Universidad Abat Oliba CEU)
- **Miembros del tribunal:** Carlos Vidal Prado (Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED), Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Universidad Nacional Autónoma de México – UNAM), Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia – UV), Josep María Castellà Andreu (Universidad de Barcelona – UB) y Patricia Rodríguez-Patrón Rodríguez (Universidad Autónoma de Madrid – UAM).
- **Director y/o tutor:** Pablo Nuevo López
- **Mención internacional:** Sí
- **Libro ya publicado:** No

NOTA BIBLIOGRÁFICA:

Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Abat Oliba CEU. Doctor con mención *Cum Laude* e *internacional*, gracias a la beca Joan Oró de AGAUR. Máster Universitario en Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M) y programa de especialización en la Universidad Pompeu Fabra (UPF). Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Forma parte del Grupo de Estudios sobre la Democracia y Constitucionalismo – GEDECO, consolidado por la Generalitat de Catalunya y vinculado a la cátedra Jean Monnet EUCODEM, y del grupo de investigación Estado de Derecho, Democracia y Derecho Público – IusCEU. Sus líneas de investigación principales son justicia constitucional, democracia constitucional y protección de derechos.

ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL TEMA TRATADO:

La expansión del papel de las cortes constitucionales ha convertido al *activismo judicial* en una de las categorías más invocadas y menos definidas. La literatura norteamericana que acuñó el término oscila entre medirlo empíricamente y

desestimarlo como epíteto sin contenido preciso. La teoría constitucional ha discutido la legitimidad de la intervención judicial desde la dificultad contramayoritaria, la objeción democrática y el diagnóstico de la juristocracia. En América Latina, la discusión llegó asociada a dos fenómenos de signo opuesto: los remedios estructurales para la protección de derechos sociales y el uso del control constitucional como instrumento de erosión democrática, todo ello sobre un sustrato doctrinal que legitima la intervención judicial intensa. Aun así, la región ha empleado la expresión sobre todo como reproche político, sin criterios de identificación independientes del signo del fallo. Ese es el déficit que este trabajo aborda.

PALABRAS CLAVE:

Activismo judicial, constitucionalismo abusivo, sentencias estructurales, deferencia judicial, América Latina

KEYWORDS:

Judicial activism, abusive constitutionalism, structural remedies, judicial deference, Latin America

I. INTRODUCCIÓN

La investigación doctoral que da origen a este artículo parte de una preocupación por el fortalecimiento institucional y los límites de la actividad jurisdiccional como mecanismo efectivo en la protección de derechos. Esta inquietud se vio estimulada por la observación de tribunales cuyo rol creativo supuso la creación de nuevos derechos pero, a su vez, la reconfiguración de las instituciones jurídicas y la sustitución de la lógica interna del propio sistema de protección.

Dicha actuación ha sido calificada como “activismo judicial” (*judicial activism*), en algunos casos para alabar su desempeño y, en otros, para criticar su presunto exceso. El reproche de *activismo* parecía variar en función de cuál era el tipo de decisión que se emitía; incluso, una misma conducta podía pasar de ser elogiada a reprochada. Así, la atribución de la calificación parecía no tener correlación estable entre la técnica jurisdiccional empleada y el signo político del resultado de la decisión. Algunos autores han considerado la expresión de simple epíteto vacío de contenido preciso (EASTERBROOK, GREEN, KMIEC).

De ello, se desprendían dos opciones naturales. Una opción sencilla: descartarla como objeto de estudio o tratarla como mera categoría polémica dirigida a denostar una decisión judicial no compartida. Una línea más compleja: tratar de desentrañar la base común para un uso adecuado de la expresión *activismo judicial*, construyendo un criterio evaluable en abstracto, desde el encuadre institucional y al margen del resultado en concreto de cada fallo, un instrumento útil más allá de intenciones conservadoras o progresistas.

Animado por mi director, decidí seguir una investigación de carácter propositiva; teniendo claro que su falta de caracterización no constituía una posición realmente neutral o escéptica. Su descarte como categoría supone desarmar a las instituciones de criterios diferenciadores entre el ejercicio jurisdiccional y la usurpación de su actividad; lo que un tribunal capturado necesitaría para actuar sin reproche. Por el contrario, la objetivación del concepto, bajo elementos de identificación aplicables más allá del signo del fallo judicial, era condición necesaria para que el ejercicio jurisdiccional siga siendo distinguible de la usurpación de funciones.

Sin perjuicio de ello, aún faltaba por circunscribir el ámbito de investigación: si debiera extenderse a tribunales internacionales o limitarse a cortes nacionales, qué tipos de tribunales nacionales –ordinarios o constitucionales– y respecto de qué países. Se consideró preferible circunscribirlo a cortes constitucionales por dos factores. El primero, la constatación de supuestos de erosión democrática: tribunales constitucionales que antes se erigían como verdaderos límites al poder, se han terminado constituyendo como instrumentos de erosión democrática (*abusive judicial review*), variante jurisdiccional de lo que LANDAU denominó *constitucionalismo abusivo*. Al punto que, como han documentado distintos autores, el control de constitucionalidad puede llegar a operar como instrumento abusivo

del poder en lugar de contenerlo (LANDAU, DIXON, GINSBURG Y HUQ). El segundo, su encaje perfecto con el proyecto “Instrumentos contramayoritarios en el Estado Constitucional” del grupo GEDECO.

En relación con los países sobre los cuales se basaría el análisis de la parte práctica del trabajo, se determinó que versaría sobre países latinoamericanos. Influye también mi formación en la región. Asimismo, América Latina ofrece un laboratorio privilegiado por el tipo de constitucionalismo desarrollado en dicho espacio, una amplia casuística y el escaso desarrollo conceptual de *activismo judicial* en dicho ámbito.

En la línea de lo comentado, la concreción del tema de investigación se debe en gran medida a la dirección de Pablo NUEVO, a quien estoy profundamente agradecido y en deuda permanente. Asimismo, han sido más que fructíferas las conversaciones y el tiempo compartido con cada uno de los integrantes del grupo de investigación GEDECO, tanto profesores como doctorandos. A todos ellos, mi sincera gratitud por su ayuda para concluir exitosamente esta investigación, que no pretende ser un alegato contra los tribunales constitucionales, sino una defensa de la pervivencia de un real defensor de la Constitución.

II. CONTEXTO LATINOAMERICANO Y PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

El constitucionalismo de la posguerra confiere a los jueces constitucionales un protagonismo que ha ido creciendo hasta situarlos en el centro del sistema jurídico. En el ámbito latinoamericano, ese protagonismo se ha traducido en pronunciamientos sobre materias políticas o moralmente divisivas, que un sector de la doctrina celebra como valentía y progresismo y el otro reprocha por carecer de cobertura constitucional. La discusión suele estancarse por dos razones: no hay acuerdo sobre qué significa *activismo judicial* y se confunde la pregunta por su conveniencia político-jurídica con la pregunta por su admisibilidad institucional.

Como ejemplo paradigmático, puede señalarse el caso boliviano. Evo Morales, Presidente de Bolivia desde el 2006, había impulsado la aprobación de la Constitución de 2009 que, entre sus distintas disposiciones, limitaba la reelección presidencial a “una sola vez de manera continua”. Por ello, en febrero de 2016, somete a referéndum el permitir una segunda reelección presidencial y considerar, recién como primera reelección, la del periodo 2015-2020. Si bien la población rechazó la modificación propuesta; en noviembre de 2017, la Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional declara inaplicable la prohibición comentada, fundamentándose en el *principio pro persona* y en la aplicación preferente de la Convención Americana de Derechos Humanos dado que no restringe expresamente la reelección presidencial.

Este tema no sería un caso aislado en aquella parte del hemisferio. Se han pronunciado sobre la reelección presidencial las salas o cortes constitucionales de

países como Argentina, Costa Rica, Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Perú, República Dominicana; sin embargo, el mismo control constitucional ha producido resultados institucionalmente opuestos según quién lo ejerce y con qué propósito. Ese es, precisamente, el objeto de la investigación: la admisibilidad de un modo de ejercer la jurisdicción constitucional, con independencia del mérito de cada fallo.

De otro lado, en un proceso de tutela entablado por un recluso, la corte constitucional colombiana dictó una serie de medidas estructurales a instituciones que no participaron en el proceso; *“con el fin de que pongan en acción sus facultades”* porque, según estima, *“la actitud del Estado ... es siempre reactiva”*: órdenes al Presidente de la república, inclusión de partidas presupuestales en los ejercicios siguientes y elaboración de un plan de construcción y refacción carcelaria en un plazo determinado (sentencia T-153/98). Como ha señalado la ex Presidenta de ese tribunal, se trata de una nueva modalidad de sentencias en las que el juez constitucional interviene de manera directa en problemas sociales de orden estructural.

Tomando en cuenta dicho contexto latinoamericano, la investigación doctoral se ordenó en torno a cuatro preguntas principales: (i) cuál es la concepción actual del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sus implicancias y límites; (ii) cuál es el papel de las cortes constitucionales latinoamericanas dentro de ese marco y cuál el alcance de su discrecionalidad, en esa línea, qué ha de entenderse por *activismo judicial*; (iii) cómo se entiende y cómo opera en la práctica el *activismo judicial* en tribunales o cortes constitucionales de países latinoamericanos; y (iv) si en el marco de ese Estado resulta amparable algún tipo de *activismo judicial* o si se encuentra proscrito.

Dichas preguntas bien podrían resumirse en una duda central: *¿bajo qué condiciones una intervención intensa de las cortes constitucionales latinoamericanas en la concreción de la Constitución y en la relación entre poderes puede considerarse institucionalmente admisible y cuándo se convierte en una forma de ejercicio abusivo de la jurisdicción constitucional?* Examinar en tiempos de normalidad la juridicidad de una institución de control no es un ejercicio ocioso: le imprime vitalidad y legitimidad, y la prepara para tiempos difíciles.

Para responder a cada una de las preguntas, se combinaron distintos enfoques metodológicos. Se empleó un enfoque dogmático-jurídico, con especial atención a lo establecido por la doctrina alemana, española, francesa e italiana; pero, también, otro histórico y normativo, al reconstruir las principales categorías institucionales necesarias y, a su vez, acudir a los principales documentos legislativos. Asimismo, se utilizaron herramientas casuísticas y comparadas al examinar alrededor de 350 pronunciamientos de los máximos órganos de control constitucional de diez países durante treinta años (1994-2023), conforme se detallará en el capítulo VI de este trabajo. En el análisis se procuró mantener un tratamiento

deliberadamente prescriptivo, antes que descriptivo, principalmente en la última de las preguntas señaladas.

Dadas las limitaciones de extensión, nos limitaremos a tratar de forma sucinta las dos preguntas referidas a (ii) y (iii), conforme al orden que refleja el sumario.

III. CORTES CONSTITUCIONALES (I): FUNCIONALIDAD POLÍTICA

La supremacía formal y material de la Constitución justifica la existencia de mecanismos que eviten su manipulación por los poderes constituidos. Ese control se desarrolló en dos modelos (difuso estadounidense y concentrado europeo), ambos dirigidos a garantizar que las leyes y actos públicos no desconozcan la voluntad emanada del poder constituyente. En la Europa continental, el modelo kelseniano de justicia constitucional en cabeza de un órgano independiente –diferenciado del Poder Judicial– ha tenido una amplia difusión, llegando a influir en muchos otros ordenamientos; no obstante, en el ámbito latinoamericano, dicho control lo puede ejercer tanto un tribunal o corte constitucional (como en el caso de Bolivia, Chile, Ecuador, Perú) como una Sala o el Pleno de la Corte Suprema del Poder Judicial (como sucede en Argentina, Costa Rica, México, Panamá, Uruguay) o, incluso, una corte constitucional independiente pero formalmente integrada en la rama judicial (supuesto de Colombia).

A pesar de esa diversidad, lo determinante es que los mecanismos de garantía existan y sean efectivos: sin jurisdicción constitucional, la Constitución quedaría reducida a un mero documento programático, no normativo o a una declaración imperfecta de principios.

Si se admite, desde concepciones enfrentadas, que la Constitución es o bien la manifestación jurídica del equilibrio de fuerzas políticas de la comunidad (KELSEN), o bien la decisión política fundamental (SCHMITT), o bien el orden fundamental de la comunidad (ALEXY), el órgano de control constitucional se convierte en el necesario guardián de lo establecido por el constituyente. En esa línea, su actuación estará dirigida a comportarse como institución contramayoritaria y, de ese modo, a impedir la concentración del poder o el ejercicio anómico y defender a las minorías ante las posibles arbitrariedades de las mayorías coyunturales. De ahí que, en el constitucionalismo norteamericano, se haya hablado del concepto bickeliano de dificultad contramayoritaria (*counter-majoritarian difficulty*) y la necesidad de virtudes pasivas (*passive virtues*).

Sin embargo, más allá de la necesidad o no del ejercicio de aquellas virtudes, es importante ahondar en la virtuosa funcionalidad que tienen asignadas las cortes de control constitucional. Una funcionalidad que, como hemos escrito en otro momento, es de carácter político (en sentido amplio del término); pero no producto de la naturaleza del sujeto que la ejerce o del objeto sobre el cual

recae el control, sino derivado de la naturaleza propia de la Constitución (LANDAURI y NUEVO, 2024). Esto es lo que CASTELLÀ recuerda como el sentido amplio de *indirizzo politico* (2026), pero cabe ver a detalle dicho rol político (no partidista o gubernamental), de carácter derivado y que no impide que mantenga una función eminentemente jurídica (TOMÁS Y VALIENTE, 1995).

Se han invocado tres argumentos para sostener la naturaleza política de los órganos de control constitucional: que forman parte de la estructura estatal (*naturaleza del órgano*), que el control recae sobre la actividad de entidades políticas (*naturaleza del objeto en el cual recae*) y que el propio Derecho Constitucional tiene naturaleza política (*naturaleza de la ciencia aplicada*). Los dos primeros son insuficientes: no todas las entidades comparten el mismo grado de autonomía política (las hay eminentemente técnicas) y, como advierte GARCÍA-PELAYO (1981), no toda acción estatal tiene carácter político. La naturaleza de una institución no puede depender de factores contingentes y externos: el carácter del órgano de control no transmuta en función del acto o la entidad sometidos a examen.

En realidad, los órganos de control constitucional participan de la naturaleza política del Derecho Constitucional de manera derivada de la propia naturaleza de la Constitución, claro está, sin que esto suponga desplazar su carácter jurisdiccional. Es preciso reiterar que las cortes constitucionales no tienen por competencia aplicar cualquier instrucción política, sino aquella que se encuentra plasmada en la misma norma fundamental.

La dimensión política de las cortes constitucionales se proyecta, en primer lugar, en una *función de integración* de la ciudadanía. En línea con GARCÍA-PELAYO y HÄBERLE, el Alto Tribunal puede contribuir a mantener la cohesión del Estado a través de la interpretación y aplicación de la Constitución como orden fundamental que reúne los valores y objetivos de la comunidad. Esta función no supone imponer una cosmovisión: consiste en preservar el núcleo valorativo del consenso constituyente frente al pluralismo, que debe ser defendido como regla general, sin que ese pluralismo devenga factor de atomización o desintegración.

De la función integradora del supremo intérprete constitucional deriva una *función pedagógica* y de *educación político-constitucional*. A través de la motivación pública de sus sentencias, las cortes constitucionales contribuyen al refuerzo de las instituciones y a la estabilidad del sistema político, así como a la legitimación de su propio rol, que depende en gran medida de la fuerza persuasiva y la prudencia de sus sentencias. Los tribunales encargados del control constitucional, en particular, son los que clarifican los alcances de los derechos y los deberes constitucionales y refuerzan la cohesión social integrando las diversas perspectivas de la comunidad política.

Dicha función se proyecta institucionalmente en dos dimensiones. Por un lado, en una labor de *concreción de la teoría jurídica*: como la Constitución no puede prever todas las situaciones futuras, quedan lagunas y principios abiertos que los

tribunales concretan, lo que legitima sus decisiones como continuación lógica del pacto fundamental. Más aún, como se sabe, las Constituciones de los siglos XX y XXI se han ido llenando de cláusulas generales o de “textura abierta” (dignidad, moral pública, interés general, entre otros). Por lo cual, corresponde que las cortes constitucionales las concreten a través del desarrollo de la dogmática de los derechos fundamentales y de las instituciones constitucionales. En expresión de Kelsen, se “continúa el proceso de producción del Derecho” ya iniciado por el constituyente. Claro que esta labor tiene límites claros, la proscripción de actuar como poder constituyente o sustituir la voluntad democrática expresada dentro del marco constitucional.

Por otro, se traduce en un rol de *orientación legislativa*. La jurisprudencia constitucional sirve como directriz legislativa de referencia tanto para el legislador como para los demás órganos del Estado, contribuyendo al desarrollo armónico del sistema normativo. Actuando como árbitro de garantía constitucional, las cortes constitucionales tienen como labor orientar a las demás instituciones sobre el despliegue normativo de los preceptos constitucionales, respetando la discrecionalidad democrática de los órganos con mayor legitimidad representativa. Esta función es especialmente relevante en grandes cuestiones políticas que dividen a la sociedad y que requieren de la más amplia deliberación antes de ser zanjadas normativamente.

Sin perjuicio de lo indicado, conviene tener presente que la *función pedagógica* también delimita el alcance de las cortes constitucionales: no pueden convertirse en un “Tribunal de Escuela” ni imponer un *ethos* que no emane del texto constitucional. Trasladando la expresión de CONSTANT a los órganos de control, GARCÍA-PELAYO (1981) sostiene que las cortes constitucionales actúan como poder neutro (*pouvoir neutre*), no activo, “cuya sola función es evitar las desviaciones” de los poderes. El problema surge cuando esas funciones se exacerban y el tribunal, en defensa de la justicia material, excede el marco institucional que delimita su función. Es en ese punto donde el concepto de *activismo judicial* adquiere relevancia analítica.

IV. CORTES CONSTITUCIONALES (II): ACTIVISMO JUDICIAL EN SENTIDO ESTRICTO

La expresión terminológica de *activismo judicial* como tal no es tan antigua como la genealogía conceptual de la cual deriva, que sí cuenta con una densidad histórica y conviene tener presente. En el ámbito norteamericano, a fines del siglo XVIII, HAMILTON expresaba sus reparos al reconocimiento constitucional de los derechos dada su compleja determinación o concreción, su carácter abstracto, y confiaba su protección “al pueblo y al gobierno” (Federalist Nº 84). A la par, en 1788, BRUTUS (seudónimo de una voz destacada de los antifederalistas) expresaba su preocupación de que la judicatura subvierta de forma silenciosa los poderes,

mediante la ampliación de sus propias competencias a partir de cláusulas constitucionales generales, imprecisas o ambiguas.

Asimismo, a inicios del siglo XIX en Norteamérica, se planteaba legislativamente elevar las mayorías para las tomas de decisiones judiciales (a mayorías cualificadas en la declaración de inconstitucionalidad por parte de la Suprema) y algunos jueces harían un llamado al *self-restraint*. En ese contexto, LINCOLN expresa en 1861 su temor de que sean los tribunales quienes desplacen el centro de la toma de decisiones en cuestiones vitales que afectan a toda la población. Ya en el siglo XX, en su publicación *Government by Judiciary* de 1911, Louis B. BOUDIN cuestionará que el control judicial usurpe las decisiones democráticas. En años posteriores, también se extenderá el uso de expresiones como *judicial oligarchy* o *Government by judges* (similar a la expresión francesa *gouvernement des juges* difundida por LAMBERT).

No obstante, la comentada observación crítica se recoge intuitivamente bajo la expresión de *judicial activism* recién en enero de 1947. En un artículo del historiador Arthur M. Schlesinger Jr., se clasifica a los jueces del Supremo norteamericano de ese momento entre *judicial activists* y *champions of self-restraint* (además de un grupo intermedio). A partir de allí, la expresión se ha popularizado y usado de manera múltiple, pero sin una definición o connotación precisa. Así, KMIEC indica que la expresión *judicial activism* ha tenido un uso cada vez más común pero su significado resulta confuso, incluso, contradictorio.

Para acreditar su difusión, KMIEC sostiene que las expresiones *judicial activism* y *judicial activist* aparecieron 3,815 veces en revistas y artículos jurídicos durante la década de los noventa y fueron invocadas por los jueces en 262 ocasiones; entre 2000 y 2004 figuran en 1,817 artículos, una media de 450 al año. Una consulta exploratoria realizada en julio de 2026 confirma que la tendencia no se ha detenido: más de 34 mil entradas en *HeinOnline*, 10 mil en SSRN y 7 mil en JSTOR. En español, la expresión *activismo judicial* registra 613 documentos en *Dialnet*, de los cuales 52 corresponden a tesis doctorales.

Pese a esa densidad histórica, el concepto sigue siendo notablemente impreciso. Se define de maneras dispares, incluso contradictorias, bajo perspectivas muy variadas o para fines diversos; en el ámbito académico, se reconoce este problema, pero aun así se utiliza esta expresión sin definirla. Resulta necesario, pues, aclarar el significado de *activismo judicial*, más allá de las adjetivaciones con la que a veces se acompaña (moderado, conservador, de derecho o de izquierda).

En el ámbito norteamericano, en donde se origina la expresión, se pueden sistematizar las diversas conceptualizaciones en cuatro que consideramos discutibles y que están dirigidas a reprochar la anulación de leyes, la inconsistencia con precedentes, el presunto error interpretativo o la legislación judicial encubierta. Se tiene (i) el de carácter *derogatorio*, que acusa de *activismo judicial* el mero hecho de anular leyes o decisiones gubernamentales, olvidando que precisamente

es parte de la funcionalidad de un verdadero órgano de control de constitucionalidad. Resulta claro que el mero recuento de invalidaciones no puede ser un criterio para medir ningún *activismo judicial*.

Asimismo, (ii) el *disruptivo*, en la medida en que señala como producto del *activismo judicial* cualquier tipo de decisión que no se ajuste a pronunciamientos anteriores. En este caso, se olvida que la evolución jurisprudencial o cambio de criterio es posible y, en algunos casos, deseable siempre que se encuentre debidamente justificado el *overruling*; lo contrario significaría petrificar la jurisprudencia *in aeternum*, por más que las circunstancias particulares sean muy distintas o, en estricto, se trate de un supuesto no contemplado: *summun jus, summa injuria*.

Adicionalmente, en los casos del (iii) *interpretativo*, se habla de *activismo judicial* para cuestionar una decisión que se considera errónea; pero, éste se enfrenta al problema de presuponer la existencia de una previa, única y correcta lectura del Derecho. Esto desplaza el problema al pedregoso terreno –irresoluble en estos términos– de las teorías de la interpretación constitucional. Por último, (iv) un cuarto supuesto que se puede caracterizar como *legislativo*, donde se reprocha que sea el órgano de control constitucional quien termine concretando cláusulas abstractas y/o se establezcan derechos. Sin embargo, esta cualificación de *activismo judicial* olvida que toda concreción de principios comporta algún grado de creación, de modo que este criterio no distingue lo ordinario de lo excesivo.

En atención a lo indicado, descartamos esas cuatro connotaciones como criterios operativos para una calificación de *activismo judicial* en sentido estricto. Esta determinación no puede depender del mero resultado de la decisión judicial, de su sentido político o ideológico, de que sea progresista o conservadora, de que sea favorable o desfavorable a la ampliación de derechos, de que invalide o no una ley, de que se aparte de un precedente ni de que resulte polémica o se considere errónea. Estos criterios, por sí mismos, no bastan para atribuir dicha calificación.

Queda a salvo lo que podríamos denominar como *activismo judicial actitudinal* para diferenciarlo de las cuatro conceptualizaciones norteamericanas descritas antes o, simplemente, *activismo judicial* en sentido estricto. Éste dependerá del modo en que el tribunal ejerza su competencia, del grado de determinación normativa que asuma, de su relación con las competencias de otros órganos y de la justificación constitucional ofrecida para sostener esa intervención.

Así, a efectos de esta investigación, se entenderá por *activismo judicial* una modalidad de ejercicio de la jurisdicción constitucional caracterizada por una intervención especialmente intensa del tribunal en la determinación del contenido normativo de la Constitución, en la configuración de derechos o en la relación entre los poderes del Estado, cuando dicha intervención produce efectos institucionales que exceden la función ordinaria de control, interpretación y garantía constitucional.

Por tanto, el *activismo judicial* constituye inicialmente una categoría descriptiva de intensidad y alcance institucional. Su carácter abusivo se determinará cuando la intervención transforme el reparto institucional o imponga una opción sustantiva en materias donde existe un desacuerdo razonable, sin apoyo constitucional, sin necesidad demostrada y sin respeto por el margen de decisión de los órganos democráticamente legitimados. La actuación judicial que no calce en esos supuestos no amerita ser calificada como tal.

Esta fórmula encaja con la posibilidad de que la jurisdicción constitucional pueda concretar cláusulas abiertas y, así, continuar el proceso de producción normativa iniciado por el constituyente. Preserva la distinción entre una función judicial creativa, posible en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, y una intervención institucionalmente abusiva donde se actúe como poder constituyente o se sustituya sin justificación la voluntad democrática expresada dentro del marco constitucional.

Su identificación exige, en todo supuesto, un análisis cuidadoso en cada caso concreto, atendiendo al contexto jurídico y político en que se produce la decisión. Para ello, se plantean dos parámetros de identificación que sirvan para evaluar la existencia de *activismo judicial*.

Por un lado, (i) la operación de una *transformación institucional* no suficientemente fundada. Este parámetro concurre cuando el tribunal altera de manera relevante el funcionamiento de otras instituciones, el reparto de competencias o el equilibrio entre órganos constitucionales, mediante órdenes, reglas o directrices que exceden la resolución de la controversia sometida a su conocimiento. La transformación será indicativa cuando el tribunal asuma funciones de diseño, dirección, coordinación o supervisión que corresponden primariamente a otros órganos, sin identificar la habilitación constitucional, legal o jurisprudencial que se lo permite, sin observar la deferencia debida a los órganos representativos y sin justificar por qué una respuesta menos intrusiva resultaría insuficiente. Se trata, en definitiva, de aquellos supuestos en que la intervención judicial genera erosión institucional.

(i.a) Alteración del reparto de competencias y límites al poder: el tribunal decide una cuestión que la Constitución asigna principalmente al legislador, al Ejecutivo, a entidades territoriales, a órganos electorales o altera la distribución del reparto o los límites al poder. (i.b) Órdenes dirigidas a terceros: la sentencia impone obligaciones a autoridades o instituciones que no fueron parte directa del proceso. (i.c) Diseño de políticas públicas: el tribunal determina objetivos, procedimientos, plazos, presupuestos o estructuras administrativas que normalmente corresponden a órganos políticos. (i.d) Alteración del equilibrio institucional: la decisión modifica de hecho la posición o capacidad efectiva de los otros órganos, sin una justificación de por qué esa redistribución resulta necesaria y constitucionalmente admisible. (i.e) Ausencia de remedio menos intrusivo: el tribunal

no explica por qué una declaración de incompatibilidad, una orden dirigida al órgano responsable o el establecimiento de un plazo máximo de cumplimiento no bastarían. (i.f) Supervisión continuada: el tribunal conserva competencia para controlar periódicamente la ejecución de sus órdenes y dirigir su cumplimiento.

Por otro lado, (ii) el establecimiento o *cierre de debate sustantivo* no suficientemente anclado en la Constitución. Este parámetro se da cuando el tribunal fija una concepción controvertida sobre el contenido de un derecho, el orden constitucional o la orientación de una política pública sin una conexión argumentativa acreditada con el texto constitucional, los principios estructurales, los derechos reconocidos, los tratados aplicables o la tradición interpretativa pertinente. Este cierre será indicativo de *activismo judicial* cuando, además, el tribunal sustituya la deliberación constitucionalmente asignada a otros órganos por la preferencia de una mayoría coyuntural de sus integrantes, especialmente si convierte una opción discutible en una regla general sin justificar por qué se deriva jurídicamente de la Constitución y no de una valoración política o moral del tribunal. En cambio, no constituye cierre la decisión que confirma la constitucionalidad de una norma por entender que se sitúa dentro del margen de configuración del legislador: allí el tribunal de control constitucional no constitucionaliza una opción, sino que reconoce que la Constitución admite varias. El reproche no recae sobre el contenido de la opción adoptada, sino sobre el hecho de que una mayoría coyuntural del tribunal la sustraiga de la deliberación pública sin acreditar que la Constitución la imponía.

Como indicadores de este segundo parámetro, se tienen (ii.a) Sustitución de la deliberación democrática: el tribunal resuelve de manera definitiva una cuestión que la Constitución dejaba abierta a la configuración legislativa, sin justificar que exista un derecho o límite constitucional específico que imponga esa solución y excluya las demás. (ii.b) Preferencia sustantiva no explicitada: el tribunal presenta como conclusión jurídica necesaria lo que en realidad es una opción moral, política o prudencial disputada que ha elegido. No se califica la corrección de la opción adoptada sino si se explicita como elección. (ii.c) Salto entre principio y regla: el tribunal extrae de una cláusula abierta una regla concreta que no explica ni deriva. (ii.d) Extensión general de la decisión: una respuesta necesaria para el caso se convierte en una regla amplia para casos futuros sin justificar esa extensión. (ii.e) Cambio de doctrina sin justificación reforzada: el tribunal modifica una interpretación previa sin explicar las razones jurídicas, institucionales o fácticas del cambio. (ii.f) Bajo anclaje normativo: la fundamentación no identifica con precisión las disposiciones, principios o precedentes vinculantes de los que se extrae la solución, o los invoca de manera genérica.

Todos estos indicadores tienen la ventaja de evitar que se considere como mero *activismo judicial* cualquier anulación de leyes, cambio jurisprudencial, interpretación expansiva de un derecho, resultado polémico o con una orientación política específica. Asimismo, permiten incluir tanto activismo progresista como conservador o regresivo, en la línea de quienes advierten que un modelo que

blinde una determinada concepción de moralidad puede blindar con igual rigidez la contraria (MOREIRA, 2019). Además, evitan reducir el rol de los tribunales constitucionales a meros órganos deferentes con cualquier otra autoridad pública o el mismo legislador, lo cual implicaría retroceder a la lógica del Estado liberal (CASTELLÀ, 2026). Lo decisivo no es tanto si el tribunal amplía o restringe derechos. Lo que determina la calificación es que convierta una opción disputada en obligación constitucional sin ofrecer una justificación jurídicamente controlable, o que afecte la estructura institucional vaciándola de contenido.

Ahora bien, no es posible tachar de *activismo judicial* cualquier sentencia que cumpla con solo uno de los indicadores señalados. La concurrencia de un indicador aislado no será suficiente para dicha calificación; se requerirá una intervención intensa, una incidencia apreciable en el ámbito competencial o deliberativo de otros órganos y una justificación constitucional insuficiente para el alcance de la medida adoptada. Estos nos servirán para pasar de la simple dicotomía activismo / no activismo a una categorización que nos permita distinguir tres escenarios: (1) un *control constitucional ordinario*; (2) una *intervención constitucional intensa* pero admisible; y (3) el *activismo judicial* como mecanismo institucionalmente abusivo.

En el primer escenario, el tribunal interpreta y aplica la Constitución, invalida una norma o protege un derecho dentro de sus competencias, con una justificación suficiente y sin sustituir indebidamente a otro órgano. En el segundo, se adopta una interpretación expansiva, un remedio estructural o una orden de alcance amplio, pero identifica con precisión una base constitucional, explica la necesidad de la medida, respeta el margen de decisión de otros órganos y establece límites o mecanismos de revisión. En cambio, en el caso del *activismo judicial*, el tribunal interviene intensamente, altera el reparto competencial o impone una determinación en donde existe un desacuerdo razonable, sin anclaje constitucional, sin justificar la necesidad de la intrusión y sustituyendo en lo esencial la decisión de los órganos constitucionalmente competentes.

V. ACTIVISMO JUDICIAL LATINOAMERICANO (I): BASES DOCTRINALES

Ahora, interesa centrarnos en el *activismo judicial* aplicado de forma puntual al ámbito latinoamericano. Por limitaciones de extensión, nos centraremos en los *constitucionalismos* o, bien dicho, en algunas formas o adjetivaciones de *constitucionalismo*. También, cabe tener presente que el desplazamiento del control constitucional hacia una intervención especialmente intensa no es exclusivo de la región ni deriva inmediatamente de una doctrina activista. Lo que aquí se examina es un factor distinto y añadido: no la tendencia estructural, sino las corrientes doctrinales que en Latinoamérica la favorecen, dotándola de justificación e impulsando su desarrollo.

El constitucionalismo implica el sometimiento del poder político al Derecho y, en primer orden, a la *norma normarum*, los límites que ésta impone, así como los mecanismos contramayoritarios de cara a la defensa de los derechos fundamentales y el respeto de las minorías. No obstante, existen tres tipos de *constitucionalismo* en particular que vale la pena mencionar porque favorecen el *activismo judicial* latinoamericano. Estas corrientes dotan de fundamentación e influyen en las cortes constitucionales de países de la región, en su toma de decisiones e, incluso, en sus Constituciones.

Por un lado, tenemos (i) el denominado *constitucionalismo transformador*. Esta corriente sostiene que a los jueces y tribunales, como aplicadores del Derecho, les corresponde desplegar una actuación promotora de transformaciones sociales profundas y de cambios políticos, superadora del formalismo, apoyada en la plasticidad interpretativa, la persecución de la justicia social y la corrección de las deficiencias institucionales. El riesgo aparece cuando la finalidad transformadora se utiliza para desplazar las reglas de competencia, convertir una obligación de resultado en una autorización judicial general o presumir que los tribunales son institucionalmente superiores a los otros órganos.

La expresión *constitucionalismo transformador* fue acuñada por Karl KLARE, profesor norteamericano exponente de los *Critical Legal Studies*, en su artículo “Legal Culture and Transformative Constitutionalism” (1998). La idea fue elaborada a partir de su seguimiento del proceso de transición sudafricano y de su participación en conferencias de jueces celebradas a mediados de esa década. Formula que la aplicación del Derecho debe contribuir a transformar a gran escala las instituciones políticas y sociales herederas de la desigualdad y la exclusión, asimismo, debe ayudar a cambiar las relaciones de poder. Su diagnóstico apunta a que una Constitución post-liberal o transformadora como la sudafricana de 1996 solo podría desplegar sus efectos con una cultura jurídica que no fuera formalista o interpretativamente conservadora.

Un antecedente directo se encuentra en el profesor sudafricano Etienne MUREINIK. Este autor defendía que la Constitución debía ser un puente entre la “cultura de la autoridad”, asociada al apartheid y la supremacía parlamentaria, hacia la “cultura de la justificación”, donde el poder público se legitima por la solidez de las razones que lo sustentan y ya no por su mera autoridad. En ese sentido, postulaba una nueva cultura legal que genere un cambio de pensamiento y que las decisiones judiciales confronten la estructura parlamentaria.

En América Latina, se recoge y reformula dicha noción a través del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* – ICC-AL, denominado por sus proponentes como “enfoque regional del constitucionalismo transformador”. Esta doctrina no focaliza su propuesta transformadora a regímenes que pasan por transición democrática desde órdenes autoritarios, sino que cambia su ámbito de aplicación: adaptado a contextos democráticos de exclusión y desigualdad estructurales o Estados con capacidad limitada. Así, se considera que los

tribunales deben cumplir un rol activo en la transformación social, a través de la plasticidad interpretativa del Derecho. A este rol protagónico se suma un elemento ausente en el planteamiento original de KLARE: su alcance. Se le dota de una dimensión regional, articulada al ámbito de los países latinoamericanos (incluso a cortes internacionales).

El planteamiento, nacido de forma acotada a la transición democrática sudafricana, se traslada al escenario latinoamericano y a cualquier supuesto que sirva para combatir desigualdades sociales o debilidad institucional, incluso en tiempos de normalidad democrática. Lo problemático del planteamiento pasa, cuando menos, por tres observaciones. Primero, a modo de uso alternativo del Derecho, se eluden consideraciones institucionales, presuponiendo la debilidad de los otros poderes y asumiendo una visión ideal de las cortes como necesariamente fuertes, inevitablemente protectoras y no susceptibles de captura. Segundo, se da por supuesto que el déficit institucional es y será permanente, justificando una intervención judicial no temporal sino duradera, sin considerar el reparto constitucional de competencias ni los mecanismos de contrapeso. Tercero, los tribunales no poseen las cualidades institucionales que los conviertan de modo automático en foros adecuados para sustituir el rol de las otras instituciones.

Por otro lado, (ii) el denominado *constitucionalismo de los derechos* de PRIETO SANCHÍS. Esta propuesta teórica plantea un nuevo constitucionalismo donde la centralidad de los derechos fundamentales, su fuerza normativa y su protección son el eje vertebrador de todo el sistema. De ese modo, opera un *constitucionalismo fuerte* donde la ampliación de la función jurisdiccional y el “Estado de los Derechos” son los límites de la democracia. Así, se aboga por una función judicial donde se apliquen “más principios que reglas; más ponderación que subsunción”, aun cuando ello pueda llevar a una “omnipotencia judicial” (PRIETO SANCHÍS, 2001). Se trata de una propuesta que asume conscientemente ese riesgo, y es precisamente esa asunción la que interesa examinar aquí.

En su teoría puede distinguirse una tensión interna entre una concepción *principialista* y una *garantista* del constitucionalismo, de las que toma elementos para construir lo que cataloga como constitucionalismo positivista abierto a la argumentación moral. Se sitúa así entre un *principialismo* por naturaleza antipositivista, donde existe una conexión necesaria entre Derecho y moral, y un constitucionalismo sin principialismo de orientación positivista.

El *constitucionalismo principialista*, representado por DWORKIN y ALEXI, concibe los derechos como cláusulas abstractas sujetas a argumentación y ponderación, de donde derivan una normatividad débil y una intervención judicial intensa. Para DWORKIN, el Derecho se compone de desacuerdos teóricos abiertos a la mejor interpretación judicial, lo que habilita al juez a realizar determinaciones morales en virtud de la *moral reading* y de las razones que den coherencia al sistema. Para ALEXI, los derechos se fundamentan en sede judicial como mecanismo de racionalización, institucionalización y corrección: las determinaciones morales no se

descartan, se justifican mediante un criterio de corrección moral y una ponderación que ofrezca razones públicas. De este *principialismo*, al que se aproxima de modo especial, PRIETO SANCHÍS admite que los derechos no son reglas cerradas con contenido delimitado *ex ante*, sino principios abiertos de “normatividad más débil”, cuyo contenido se determina con la resolución del conflicto y por ponderación, no por subsunción, sin que exista una única respuesta correcta. De ahí un amplio margen de discrecionalidad judicial y de determinación moral, que no encuentra más límite que el deber de justificar la decisión y, con ello, la posibilidad de una intervención judicial intensa.

El *constitucionalismo garantista*, desarrollado por FERRAJOLI y popularizado en Latinoamérica (PIGOZZI, 2024), plantea un normativismo fuerte que constituye un refuerzo del positivismo jurídico. Los derechos se conciben como producto de conquistas históricas, con un contenido *ex ante* sustraído a cualquier determinación política. No entran en conflicto entre sí, sino que se refuerzan mutuamente; en ese sentido, no resulta aplicable ponderarlos y, además, hacerlo resulta peligroso porque subjetiviza y erosiona la “esfera de lo indecidible”: han de subsumirse como las reglas que son. De este constitucionalismo, PRIETO SANCHÍS conserva la separación conceptual entre Derecho y moral, y que la moral es una creación humana contingente que no determina por sí misma el contenido de los derechos: se requiere un desarrollo legislativo e institucional; pero sin negar su compatibilidad con un sistema abierto a la argumentación moral. De ese modo, considera aplicable la ponderación como juicio de valor racional, disciplinado bajo la técnica jurídica, y que la configuración del contenido del derecho pueda darse de manera *ex post*.

Ahora bien, el *garantismo*, al sustraer el contenido de los derechos a la deliberación pública (la esfera de lo *indecidible*), traslada su configuración del terreno político al jurisdiccional: lo indecidible termina, en realidad, siempre decidido. No conduce a un *activismo judicial* menor que el *principialista*: la diferencia está en que, dada la indeterminación del lenguaje, el juez garantista presenta un argumento moral como dictado de la norma y cierra el debate (LAPORTA, 2011; PINTORE, 2014; MOREIRA, 2019). Ambos constitucionalismos generan un marco de amplia determinación moral por parte de los tribunales, explícito en un caso y encubierto en el otro; de igual modo sucede con el *constitucionalismo de los derechos*, que plantea una tesis funcional para ello (GARCÍA AMADO, 2009).

Por último, tenemos (iii) el *nuevo constitucionalismo latinoamericano* que, aun diferenciándose del *neoconstitucionalismo*, mantiene elementos en común. Mientras esta última corriente teórica se concentra en la fuerza normativa de la Constitución, la centralidad de los derechos, los principios y el control constitucional; la primera añade una marcada preocupación por los procesos constituyentes, la participación popular, la ampliación de derechos, el reconocimiento de la pluralidad cultural y la transformación de las estructuras sociales y políticas. Este alejamiento de esquemas positivistas en aras de la búsqueda de la igualdad (igualitarismo), visualización del Derecho como herramienta de

cambios y el engrosamiento de los catálogos de derechos en Constituciones de detalle conllevan, en la práctica, una fuerte impregnación judicialista.

Este planteamiento teórico resulta discutible respecto de su carácter novedoso (lo de nuevo) y de su alcance geográfico (lo latinoamericano). A decir de algunos autores, se trata de “vino viejo en odre nuevo” (GARGARELLA, 2017) en la medida que pretende recuperar cierto criterio de soberanía popular propio de un “constitucionalismo jacobino” o de corte rousseauiano (VICIANO y MARTÍNEZ, 2010; SALAZAR, 2013): se trataría, si se quiere, de una reformulación o adaptación de viejos postulados. Tampoco sería propiamente latinoamericano porque se limita a unos cuantos países como Bolivia, Ecuador, Venezuela y, solo en cierta medida, Colombia. Es decir, no se extiende a la mayoría de los países de la región sino que se encuentra acotado a un grupo de países bolivarianos: no tendría un carácter representativo que amerite llamarlo “latinoamericano”, al punto que, algunos lo han llegado a denominar como “constitucionalismo transformador andino” (FRÖHLICH, PIGOZZI y UMPIERREZ, 2023) o neo-bolivarianismo.

Asimismo, no sería del todo constitucional (lo de *constitucionalismo*) porque asume que la Constitución tiene un carácter primordialmente político, transformador de la realidad y donde lo procedimental se sujeta a lo sustantivo. En esa línea, será necesario tener presente que cuando prevalece el poder sobre el control, lo político sobre lo jurídico, la voluntad política sobre el Derecho y el Estado “decisionista” sobre el Estado de Derecho, no es posible asignar la calificación de *constitucionalismo*; al contrario, podría hablarse de su negación (ARAGÓN, 2013).

Hechas tales salvedades, conviene advertir que esta corriente se fundamenta sobre unos amplios catálogos de derechos y consideraciones de preeminencia de lo político sobre lo jurídico; con lo cual, más allá de su formulación teórica, en la práctica, los jueces se encuentran dotados de amplios márgenes para un decisionismo judicial que cumpla con un rol populista antes que propiamente jurídico.

VI. ACTIVISMO JUDICIAL LATINOAMERICANO (II): MANIFESTACIONES

Delimitado el concepto y sus indicadores, así como las bases doctrinales que lo impulsan en la región, corresponde exponer sus manifestaciones concretas. Para ello, como adelantamos, se han examinado cerca de 350 pronunciamientos de los tribunales encargados del control constitucional de diez países latinoamericanos, en un lapso de treinta años.

Los países se eligieron atendiendo a su pertenencia a la Organización de Estados Americanos, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, su

calificación en los índices internacionales de calidad democrática¹ y el prestigio de sus cortes. Resultan así un total de diez países: cinco con Tribunal Supremo como órgano de control constitucional (Argentina, Costa Rica, México, Panamá y Uruguay); cinco con Corte o Tribunal Constitucional (Bolivia, Chile, Ecuador, Perú e, incluso, Colombia cuya corte constitucional cuenta con autonomía por más que nominalmente forme parte de la rama judicial).

La deliberada inclusión de países con alta calidad democrática y cortes prestigiadas es metodológicamente relevante: no se trata de examinar regímenes autoritarios donde la captura de sus cortes es evidente, sino de verificar el ajuste institucional en condiciones de normalidad.

El año inicial para el análisis (1994) se justifica en la antigüedad de los máximos tribunales, varios de los cuales comenzaron a funcionar a inicios de los años noventa; la data de los textos constitucionales vigentes; y las reformas que en esos años incorporaron la acción de inconstitucionalidad. Asimismo, la fecha de corte final (2023) responde a la delimitación de un periodo de treinta años, periodo que permite observar la evolución jurisprudencial de cada tribunal a lo largo de varias composiciones y ciclos políticos, y que coincide con el año anterior al depósito de la tesis.

Una vez fijados los países y el periodo a analizar, se seleccionaron las sentencias en virtud de diversos criterios. *Criterio de la división interna* o acusación dentro del propio tribunal: sentencias que eran calificadas de *activismo judicial* en los votos particulares o en sentencias posteriores. *Criterio de expertos nacionales*: sentencias que eran referidas por profesionales de la materia a los cuales se les consultó de forma directa o por la publicación de académicos de la especialidad. *Criterio de la referencia interna*: sentencias que eran aludidas o tenían una vinculación temática con las sentencias previamente seleccionadas. *Criterio de la aproximación*: sentencias de otros países de la región que guardaban vinculación temática con las sentencias seleccionadas anteriormente o que hacían alusión a éstas. Luego de identificados los pronunciamientos judiciales, se trabajó con aquellos pronunciamientos que cumplieran con alguno de los dos parámetros de *activismo judicial* planteados en el capítulo IV del presente.

Dada la extensión disponible, examinaremos dos grupos de casos por cada parámetro. La exposición de los casos más resaltantes sigue un orden cronológico y no alfabético: partimos del tribunal que aborda en primer lugar cada materia y avanzamos hacia los pronunciamientos posteriores. Ese orden permite además apreciar la recepción que ha tenido la medida en otros tribunales de la región.

1. Se han utilizado *Varieties of Democracy*, *Freedom House*, *Democracy Index*, entre otros.

En cuanto al primer parámetro, referido a (i) la existencia de una *transformación institucional* no suficientemente fundada, se han identificado pronunciamientos que varían unilateralmente el modelo institucional o estructural establecido, afectando a los otros poderes del Estado. Así, por ejemplo, tenemos los casos donde se altera la naturaleza del proceso encausado y se direcciona la actuación de los otros poderes, como sucede con las sentencias que se dan bajo la fórmula de la doctrina del Estado de Cosas Inconstitucionales – ECI.

En Colombia, a partir de unos procesos de tutela (amparo) planteados por un grupo de docentes municipales contra dos burgomaestres por la no afiliación al fondo nacional de prestaciones sociales, se dicta en 1997 una serie de órdenes a ministerios, gobernadores, asambleas, alcaldes y concejos municipales ajenos al proceso, con plazos concretos para su cumplimiento, para que brinden una solución generalizada al problema.² Asimismo, se comunica al Procurador General, al Defensor del Pueblo y al Contralor General para que inicien las investigaciones o sanciones que correspondan.

La Corte Constitucional de Colombia aplica la doctrina del ECI también en casos de hacinamiento carcelario. En un pronunciamiento de 1998, dicta una serie de órdenes a instituciones que no participaron en el proceso a efectos de que implementen diversas medidas y bajo plazos específicos.³ Por ejemplo, se dispone la elaboración de un plan de construcción y refacción en tres meses con ejecución máxima de cuatro años, bajo supervigilancia de la Defensoría y la Procuraduría; la inclusión de partidas presupuestales; la suspensión de un contrato de remodelación; y la adopción de medidas por parte del Presidente de la República.

En 2013 y 2015, las Salas Primera⁴ y Quinta de Revisión⁵ vuelven a declarar el ECI en el sistema penitenciario y dictan nuevas órdenes sobre entrega de equipamiento a reclusos, medidas de higiene, el régimen de visitas conyugales, creación de bases de datos y estadísticas, crear un sistema amplio de medidas alternativas a la privación de la libertad, además de obligar a las instituciones a adecuar sus proyectos a los lineamientos fijados en la sentencia. La corte ha continuado imponiendo obligaciones respecto del manejo de centros carcelarios y de detención transitoria.⁶ En otros temas donde ha aplicado el ECI, ha ordenado diseñar políticas públicas, modificar prácticas, reformar el marco jurídico y realizar los trámites presupuestales y de contratación indispensables.⁷

2. Ver sentencia SU-559/97.

3. Ver sentencia T-153/98.

4. Ver sentencia T-388/13.

5. Ver sentencia T-762/15.

6. Ver sentencias SU-122/22 y SU-512/24; autos 1667-25 y 756-26.

7. Ver sentencia T-025/04.

En Perú, el Tribunal Constitucional declaró la aplicación del ECI en un caso del 2004; sin embargo, la medida dictada estaba limitada a la entidad contra la cual se interpuso el proceso, dándole márgenes de decisión para que determine el mejor mecanismo de actuación y focalizado a una actuación muy concreta.⁸ En sentencias posteriores también aplicará el ECI; cabe resaltar uno de 2020 sobre hacinamiento carcelario. Se ordena al Ministerio de Justicia elaborar un nuevo Plan Nacional de Política Penitenciaria en tres meses y reestructurar integralmente la institución a cargo del sistema penitenciario; el cierre de seis cárceles en cinco años; al Ministerio de Economía, asegurar los recursos económicos necesarios; y al Poder Judicial restringir la prisión preventiva a delitos graves, con audiencias públicas de supervisión semestrales a cargo de una comisión del propio tribunal.⁹ Incluso, en un auto de mayo de 2025, se comprobó que algunas de las órdenes establecidas aún no se habían ejecutado y, en ese sentido, se dispuso que la verificación de cumplimiento permanezca abierta hasta el 2030.¹⁰ Asimismo, se ordenó que el instituto a cargo del sistema penitenciario y el Ministerio de Justicia informen de sus avances en enero de cada año.

Argentina ofrece dos pronunciamientos de intensidad creciente. En mayo de 2005, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resuelve un *habeas corpus* colectivo sobre hacinamiento en las comisarías bonaerenses. Afirma que no le corresponde definir cómo subsanar un problema, competencia de la Administración, sino fijar pautas y estándares a partir de los cuales se elabore la política respectiva.¹¹ Pese a esa declaración, ordena el cese de la detención de menores y enfermos en comisarías, instruye a los tribunales provinciales para que cesen cualquier agravamiento de las condiciones de detención, requiere informes al Ejecutivo bonaerense en plazos determinados, exhorta a los poderes locales a adecuar su legislación procesal penal y penitenciaria, y convoca una mesa de diálogo con obligación de informar cada setenta días.

Los votos disidentes de esa sentencia son elocuentes. Basta comentar el voto del juez Boggiano que advertía que diseñar una política carcelaria provincial y reglamentar su ejecución excede las facultades jurisdiccionales del tribunal; asimismo, que las exhortaciones a los poderes provinciales, por apremiantes que sean, no pueden suplir la ley provincial misma.¹² El seguimiento posterior confirma el alcance de la intervención. En 2021, ante la decisión de la Suprema Corte bonaerense de dar por concluida la fase de ejecución, la CSJN revocó ese pronunciamiento por entender que el tribunal provincial se había apartado de la tarea encomendada, llamada a mantenerse vigente mientras persistan las condiciones

8. Ver expediente 02579-2003-HD/TC

9. Ver expediente 05436-2014-PHC/TC.

10. Ver expediente 05436-2014-PHC/TC (auto del 23 de mayo de 2025).

11. Caso *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*. Sentencia de 3 de mayo de 2005. Fallos 328:1146.

12. Voto de *Disidencia del señor Ministro Doctor Don Antonio Boggiano*, fundamento 4, 5 y 10.

carcelarias que motivaron la sentencia originaria:¹³ la obligación de supervisión resulta indisponible incluso para el tribunal que la ejerce. En cumplimiento de lo así resuelto, el tribunal provincial fijó un programa de cumplimiento y creó, en su propio ámbito, una autoridad permanente de implementación y seguimiento.¹⁴

En el segundo caso, en cambio, la intervención pasa de fijar estándares como en el 2005 a determinar el contenido de la política pública. En 2008, al resolver sobre la contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo, la CSJN convirtió en mandato judicial un programa de saneamiento con objetivos, plazos y obras determinados, cuyo incumplimiento está sujeto a multas diarias; atribuyó la responsabilidad de su ejecución al Estado Nacional, la Provincia y la ciudad de Buenos Aires; encomendó a la Auditoría General de la Nación el control de los fondos y de la ejecución presupuestaria; asignó al Defensor del Pueblo la coordinación de la participación ciudadana en el control del cumplimiento; y confirió a un juzgado federal de primera instancia determinado el conocimiento de todas las cuestiones relativas a la ejecución.¹⁵ El tribunal fija el calendario del programa, su régimen sancionador, su control financiero y, además, organiza la estructura encargada de vigilarlo. Concurren los indicadores del primer parámetro; en especial, el referido a la determinación de objetivos, plazos y presupuestos que corresponden a los órganos políticos (i.c).

Estos pronunciamientos, en particular los casos de Colombia y Perú, difieren de los *structural remedies* estadounidenses, en los cuales la supervisión no corresponde a la Corte Suprema sino a los tribunales de distrito y afecta únicamente a instituciones locales, no a instituciones nacionales. Pero, también, contrastan respecto de Chile, Panamá y Uruguay, en donde no se ha podido identificar supuestos similares a los antes detallados.

Contrasta también con los pronunciamientos costarricenses en materia carcelaria. Su Sala Constitucional no ha dispuesto directrices ni planes de cumplimiento, ni ha impuesto obligaciones a terceros ajenos al proceso. En su mayoría se ha limitado a otorgar plazo para que las entidades demandadas formulen su propio proyecto¹⁶ o para que se solvante el hacinamiento del centro concreto¹⁷, a veces limitado a un pabellón o zona carcelaria específica¹⁸. En los casos de intervención más intensa, dispuso que se cautelara el derecho a la salud de los internos, que se respetaran las reglas mínimas de Naciones Unidas (entrega de espumas

13. Verbitsky, Horacio s/ *hábeas corpus* (CSJ 1469/2014/RH1), resolución de 13 de mayo de 2021.

14. Ver causa P. 83.909 y los Acuerdos N° 4064 y 4078, del 2 de junio y 13 de setiembre de 2022.

15. Caso Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios. Sentencia de 8 de julio de 2008.

16. Ver sentencia 10800-2014.

17. Ver sentencias 12963-2015, 14430-2016, 16555-2016 y 11504-2017.

18. Ver sentencias 15088-2012, 19781-2014 y 14508-2016.

de dormir¹⁹, ubicación en lugares de alojamiento²⁰) y que no se admitieran más reclusos hasta reducir la población a la capacidad real²¹.

Como parte de otra temática, dentro de este primer parámetro, cabe mencionar los casos donde se afecta la institucionalidad de las salas o tribunales del Poder Judicial en la medida que el órgano de control constitucional se arroga sus competencias. Este es el supuesto de la Corte Suprema de Argentina que, invocando “poderes implícitos” y la gravedad institucional en 1994, emite un pronunciamiento en vía de apelación a pesar de no contar con la competencia, ni por atribución constitucional ni legal.²² Se revisaba la excarcelación de unos investigados por la incautación de estupefacientes, materia fuera de su competencia. Sin embargo, estima que *“esta corte se encuentra facultada a adoptar, en casos muy especiales, medidas para salvaguardar el correcto ejercicio de la función jurisdiccional”*, por más que eso suponga apartarse de las reglas formales de distribución de jurisdicción, afectar el debido proceso legal y el juez natural.

Bajo una línea similar pero años más tarde, el Tribunal Constitucional peruano en 2010 crea jurisprudencialmente el “recurso de apelación por salto”. De acuerdo a las reglas procesales, la ejecución de sentencias es competencia de las salas superiores del Poder Judicial; sin embargo, el órgano constitucional habilitó su competencia para revisar un caso, sosteniendo el deber de “ade-cuar la exigencia de las formalidades para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales”.²³

En los casos comentados (con excepción del pronunciamiento peruano de 2004 y de los costarricenses, sobre los que se vuelve más adelante), en relación con las sentencias estructurales sobre el ECI (Colombia, Perú y Argentina) y de revisión por salto (Argentina y Perú), se puede observar que los pronunciamientos de las cortes constitucionales han supuesto (i.a) la determinación en cuestiones que competen al legislador y al Ejecutivo, alterando así el reparto de competencias; (i.b) las órdenes han estado dirigidas a instituciones que no han participado del proceso; (i.c) se establecen procedimientos, plazos y conservación de presupuesto, puntos esenciales del diseño de las políticas públicas; (i.d) alterar el equilibrio institucional, a través de órdenes sucesivas, con un contenido cerrado y prolongando en el tiempo su capacidad de supervisión, sin mayor fundamentación que la conveniencia casuística; (i.e) no sustenta la inviabilidad de remedios menos intrusivos que justifique las medidas dispuestas; y (i.f) el tribunal conserva y ejerce mecanismos directos para el control periódico de la ejecución de sus órdenes.

19. Ver sentencia 11765-2012.

20. Ver sentencia 22207-2021.

21. Ver sentencia 7484-2000.

22. Ver caso Reiriz, María G. y Casal, Eduardo E. Fallos: 317:1690.

23. Ver expediente 00004-2009-PA/TC.

Situados en la gradación propuesta, los pronunciamientos peruano de 2004 y costarricenses corresponden a una *intervención intensa pero admisible*: no se determinan políticas públicas sino que se remarcan las obligaciones generales; se brinda a las entidades un margen de configuración para la determinación del diseño acorde a sus competencias; y se limita a las partes del proceso. Los pronunciamientos colombianos, argentinos y peruanos (salvo de 2004) corresponden a un *activismo judicial* en sentido estricto.

Conviene retomar aquí el pronunciamiento con el que se abrió este trabajo. En 2017, el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia declaró inaplicables las propias disposiciones constitucionales que expresamente limitaban la reelección presidencial. El argumento principal fue la presunta protección de los derechos, invocando la aplicación preferente de los derechos de participación política y elección ciudadana reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁴ Años después, el mismo tribunal reprochará que no se puede estar “acudiendo a una serie de artilugios” para reinterpretar una restricción constitucional cuyo tenor gramatical es “contundente”.²⁵ El parámetro planteado identifica que concurren los criterios i.a y i.d en su forma más intensa, pues la decisión altera las reglas constitucionales de acceso al poder fijadas por el constituyente y el límite impuesto. Incluso, desplaza el criterio i.f en la medida que no hace falta supervisión alguna: la intervención agota su efecto en un solo acto. El caso importa porque su orientación es opuesta a la de los anteriores, no amplía derechos realmente ni protege a población alguna; sin embargo, satura los mismos criterios.

En relación con el segundo parámetro, sobre (ii) el *cierre de debate sustantivo* no suficientemente anclado en la Constitución, se identificaron pronunciamientos que van más allá de fijar conceptos objeto de desacuerdo razonable, sustituyendo la deliberación por una regla general. Como ejemplo, tenemos los casos de la determinación del aborto como derecho constitucional a pesar del debate sobre el contenido sustancial y el alcance de dicha determinación.

Colombia ilustra la secuencia completa que va desde el reconocimiento de la potestad legislativa del parlamento, pasando por la despenalización, hasta el establecimiento de derecho constitucional. En línea con su jurisprudencia emitida entre los años 1994 y 2005, en 2001, la corte constitucional confirma la constitucionalidad de la penalización del aborto, sosteniendo que corresponde al Estado definir las conductas punibles y que la decisión legislativa “en manera alguna viola la Carta Política”.²⁶ Sin embargo, en 2006, revirtió esa posición y despenalizó tres

24. Ver sentencia 0084/2017 (Expediente N° 20960-2017-42-AIA).

25. Ver sentencia 1010/2023-S4.

26. Ver sentencia C-647/01.

causales²⁷ y, en 2018, convirtió esas causales en un “derecho constitucional a la interrupción voluntaria del embarazo”²⁸.

En esta sentencia, se desarrollan nueve reglas concretas, entre ellas, el deber de las entidades de informar activamente de las posibilidades de abortar, el plazo máximo de respuesta a la solicitud, la admisión de la denuncia penal como causal habilitante, el derecho del menor a acceder al procedimiento aun contra el consentimiento de padres o representantes legales y la prohibición de objeción de conciencia a personas jurídicas y condiciones restrictivas para la individual siempre que se justifique por escrito y se asegure que otro médico aplique el aborto. Exhorta a regular el aborto como derecho fundamental; ordena que, en un plazo máximo de seis meses, se regule la interrupción del embarazo en los supuestos despenalizados, se incorporen las reglas determinadas en la sentencia y se establezcan las sanciones correspondientes. En 2022, se añade el aborto libre sin causal hasta la semana veinticuatro.²⁹

México muestra el mismo giro. En 2008, la Suprema Corte confirmó la despenalización del aborto en el Distrito Federal como opción legislativa válida.³⁰ En 2021, eliminó ese margen y estableció la existencia de un derecho al aborto gratuito, confidencial y seguro; sosteniendo que la titularidad de los derechos humanos corresponde solo a las personas nacidas y que el embrión no es titular “por no ser persona en el sentido jurídico de la expresión”.³¹ En 2022, equiparó la prestación del aborto a una urgencia médica exigible por cualquier mayor de doce años, en todo el territorio con la sola declaración jurada, sin autorización judicial ni ministerial.³²

Ecuador debatió parlamentariamente sobre la despenalización del aborto en el 2019, pero mantuvo dicha prohibición.³³ Incluso, la corte constitucional declaró por unanimidad que estaba “fuera de la institucionalidad constitucional” examinar dicha norma. No obstante, en 2021, se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de que una cláusula penal excluyera de sanción el aborto por violación únicamente en casos de mujeres con discapacidad mental.³⁴ En esta decisión, la corte extiende la causal de exclusión a todos los supuestos de aborto por violación e incesto, asimismo, establece la posibilidad de que se admita el aborto en casos de malformación y casos de inseminación forzada. En esa línea, se ordena

27. Ver sentencia C-355/06.

28. Ver sentencia SU-096/18.

29. Ver sentencia C-055/22.

30. Ver acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007.

31. Ver acción de inconstitucionalidad 148/2017.

32. Ver controversia constitucional 45/2016.

33. Ver Dictamen N° 4-19-OP/19, aprobado por unanimidad el 26 de noviembre de 2019.

34. Ver sentencia 34-19-IN.

al Defensor del Pueblo que, en un plazo de dos meses, elabore un proyecto de ley que regule el aborto por violación y que la Asamblea Nacional, en un plazo máximo de seis meses, discuta el proyecto conforme a los estándares fijados por la Corte.

La decisión, además, no fue unánime. En sus votos salvados, dos juezas sostuvieron que la configuración penal de las infracciones y las sanciones está sujeta a reserva de ley y, por tanto, su determinación corresponde al legislador; de ahí que la mayoría, al fijarla ella misma, invadiera el ámbito de deliberación democrática.

Una sentencia en mayoría que contrasta, además, con la decisión del Tribunal Constitucional de Chile, donde la configuración del régimen quedó en manos del legislador: el tribunal se limitó a validar, en control preventivo, el proyecto de ley de despenalización en tres causales, que fue aprobado después como Ley 21.030.³⁵ Difiere también, aunque solo en parte, de la actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. En 2012, se cuestionaron los artículos del Código Penal que tipificaban el aborto y sus causales de exclusión, por su eventual conflicto con la Constitución de 2009 que protege los derechos sexuales y reproductivos de hombres y mujeres. La sentencia en mayoría, en 2014, afirmó que el nuevo Estado Plurinacional se reconstruyó sobre la base de paradigmas como el género y la despatriarcalización, asimismo, que “el derecho penal no debe convertirse en un instrumento para sancionar criterios morales”.³⁶

Asimismo, consideró que “no es posible que este Tribunal a través de acciones constitucionales imponga un determinado tipo de moralidad o una concepción de lo bueno o lo malo”. No obstante, estimó que la Constitución “no cobija un supuesto derecho al aborto” y, seguidamente, que el derecho a la vida tiene una protección constitucional pero gradual de acuerdo al desarrollo embrionario. Bajo esas consideraciones exhortó a la Asamblea Legislativa Plurinacional para que, en el marco de sus competencias, desarrollen normas que garanticen el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, exhortó al Ejecutivo para que priorice y ejecute políticas públicas educativas y de salud sobre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. La diferencia, sin embargo, no fue completa. En los casos de aborto por violación, declaró inaplicables tanto la exigencia de haber iniciado previamente la acción penal, para aplicar la causal de exclusión, como el requerimiento de autorización judicial para que un médico pueda practicar el aborto.

Como parte de otra temática, dentro de este segundo parámetro, se tienen los pronunciamientos de las cortes constitucionales en relación con el consumo personal de drogas. En 1994, la Corte Constitucional colombiana declaró

35. Ver sentencia del 28 de agosto de 2017. Rol N° 3729/17.

36. Ver sentencia 0206/2014.

inconstitucional, por cinco votos contra cuatro, la penalización del porte y consumo de dosis personal, previendo que el legislador regule las circunstancias en que resulte prohibido.³⁷ El legislador respondió de forma sostenida durante dos décadas: sancionando el porte y consumo en establecimientos educativos (2002); reformando la Constitución para prohibir el porte y el consumo de estupefacientes o sicotrópicos (2009); tipificando penalmente el portar o conservar estupefacientes, sicotrópicos o drogas sintéticas (2011) –constitucional, siempre que se interprete de forma restringida y sin castigar el consumo personal–³⁸; y prohibiendo el consumo en lugares públicos (2016). En 2019, pese a la reforma constitucional de 2009, la corte declaró inconstitucional la ley de 2016 y afirmó que “existe un derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad que contempla la tenencia, porte y consumo de dosis personales de sustancias psicoactivas”.³⁹

De manera similar, en 2009, la Corte Suprema de Argentina se pronuncia en contra de una ley que sancionaba la posesión de estupefacientes para uso personal. La declara inconstitucional por vulnerar el derecho de privacidad, siempre que se trate de un adulto y no ponga en peligro a terceros.⁴⁰ Luego, en 2022, se establece que las personas privadas de la libertad tienen derecho a la tenencia de drogas en pequeñas cantidades para el uso personal, extendiendo así este derecho incluso a los que permanecen en centros de reclusión.⁴¹

México presenta una situación algo similar. En 2009, se reformaron el Código Penal Federal y la Ley General de Salud con la finalidad de no sancionar a aquella persona farmacodependiente que portara o consumiera narcóticos en cantidades de uso personal. Sin embargo, a través de un proceso de amparo de 2015, la Suprema Corte estableció que el libre desarrollo de la personalidad habilita a que las personas mayores de edad puedan portar y consumir drogas blandas, sean o no farmacodependientes.⁴²

En 2018, declaró inconstitucional, por cuatro votos, el régimen de autorizaciones que limitaba el uso de cannabis solo a fines médicos o científicos; se consideró contrario al libre desarrollo de la personalidad no autorizar en caso de fines lúdicos o recreativos.⁴³ En 2021, el Pleno estableció la obligación de autorizar el consumo personal de cannabis y tetrahidrocannabinol con fines

37. Ver sentencia C-221/94.

38. Ver sentencia C-491/12.

39. Ver sentencia C-253/19.

40. Ver caso *Arriola, Sebastián y otros*. Causa Nº 9080.

41. Ver caso *Salvini, Marcelo Daniel y otros*. Fallos: 345:869.

42. Ver amparo en revisión 237/2014.

43. Ver amparos en revisión 1115/2017, 623/2017, 547/2018 y 548/2018.

lúdicos o recreativos.⁴⁴ Asimismo, se establecen algunas reglas y parámetros precisos para regular la adquisición y el consumo; se exhorta al Congreso a que, sujeto a los lineamientos establecidos en la sentencia, legisle sobre el derecho al autoconsumo recreativo. Fuera de lo discutible que pueda ser la opción final adoptada, se establecen reglas específicas con alcances generales y, en tal sentido, se sustraen del debate parlamentario cuestiones medulares como la aceptación del consumo en espacios públicos y el impacto social o el alcance de la regulación.

Estos pronunciamientos varían respecto del tratamiento dado por los órganos de control constitucional de Bolivia⁴⁵, Costa Rica⁴⁶ y de Perú⁴⁷, que se niegan a establecer por sí mismos un derecho de portar y consumir drogas, sea por temas procedimentales en procesos de control abstracto o no admitir el argumento en procesos de control concreto.

En los casos comentados, en torno a la constitucionalización del derecho al aborto (Colombia, México y Ecuador) y al porte y consumo de drogas (Colombia, Argentina y México), se puede advertir que las sentencias de los órganos constitucionales han implicado (ii.a) la sustitución de la deliberación democrática, acogiendo una opción como la definitiva; (ii.b) acogiendo una opción sin explicitar que se opta por una dentro de las posibles; (ii.c) estableciendo reglas precisas o determinadas de cara a su regulación; (ii.d) con un alcance suficientemente amplio o general; (ii.e) en alguno de los casos cambiando de criterio respecto de pronunciamientos anteriores y sin mayor justificación del cambio; (ii.f) bajo una cobertura normativa genérica o amplia.

En términos de la gradación propuesta, se sitúan en el control ordinario las decisiones colombiana de 2001, mexicana de 2008, ecuatoriana de 2019 y chilena en materia de aborto, así como las negativas de los órganos boliviano, costarricense y peruano en tema de drogas: no sustituyen la deliberación democrática ni establecen reglas concretas a partir de cláusulas abiertas ni extienden genéricamente sus decisiones. La decisión boliviana de 2014 combina la exhortación al legislador con la supresión directa del único requisito para la exclusión de la pena y el único que se solicitaba para aplicar el aborto: se sitúa muy próximo al tercer escenario. Los pronunciamientos colombianos, mexicano y ecuatoriano en materia de aborto, así como colombianos, argentinos y mexicanos en tema de drogas constituyen *activismo judicial* en sentido estricto.

44. Ver amparos en revisión 1115/2017 y 237/2014.

45. Ver sentencias 1919/2012-S1 y 2150/2012-S1, ambas de la Sala Primera.

46. Ver sentencias 14603-2018, 029023-2023 y 032828-2025 (Exp. 18-009655-0007-CO, 23-026204-0007-CO y 25-029268-0007-CO). Se pronunciará sobre el proyecto de ley de control y regulación del cannabis para uso recreativo en la sentencia 035449-2024.

47. Ver casos *Joseph Giancarlo Palomino Flores* (sentencias 930/2021) e *Iván Martín López Fallaque* (Exp. N° 07717-2013-PHC/TC).

VII. PALABRAS FINALES

Lo expuesto permite volver sobre la duda que originó este trabajo. El *activismo judicial* no es un epíteto vacío ni una categoría condenada a la imprecisión; delimitarlo importa por razones que trascienden lo terminológico. Un criterio verificable dota de legitimidad a las decisiones, cautela la institucionalidad y reduce el margen para la erosión democrática; permite que las disidencias se formulen en términos controlables y que la comunidad jurídica evalúe una decisión sin haber resuelto antes si le conviene su desenlace.

Ahora bien, esa delimitación no puede apoyarse en ninguna de las cuatro connotaciones heredadas del debate norteamericano. Ni la mera anulación de leyes, ni el apartamiento del precedente, ni el presunto error interpretativo, ni la concreción de cláusulas abiertas bastan por sí solos: las dos primeras describen funciones ordinarias del control de constitucionalidad, la tercera presupone una única lectura correcta del Derecho y la cuarta no distingue lo ordinario de lo excesivo.

Descartadas esas vías, el concepto solo resulta operativo si se reconstruye como categoría de intensidad y alcance institucional, referida al modo en que el tribunal ejerce su competencia. De ahí los dos parámetros ensayados, que permiten sustituir la dicotomía *activismo / no activismo* por una gradación de tres niveles. Esa gradación preserva el espacio de la creación judicial legítima y reserva el reproche para los supuestos en que la intervención altera el reparto competencial o sustrae de la deliberación pública cuestiones sobre las que existen desacuerdos razonables, sin acreditar que la norma fundamental impusiera esa solución.

Tal desplazamiento no se produce en el vacío. Diversas construcciones doctrinales, por vías teóricas divergentes e incluso enfrentadas entre sí, convergen en atribuir a la judicatura una posición institucional privilegiada, fuera de la estructura competencial y la distribución de poderes, presuponiendo una debilidad estructural de los órganos representativos que se toma por permanente. Cada una aporta la justificación que la intervención intensa necesitaba, y su acumulación explica buena parte de la práctica examinada.

Esa práctica, a su vez, confirma la utilidad de la distinción y su necesidad. Un mismo instrumento produce resultados institucionalmente muy distintos según la carga argumentativa que el tribunal se impone a sí mismo, sin que la calificación resultante dependa de la orientación ideológica del fallo. El dato no es menor, porque responde a la objeción que suele dirigirse contra esta categoría: si los mismos criterios identifican tanto la intervención expansiva como la que habilita la permanencia en el poder. El concepto no está determinado por el signo de la decisión. El *activismo* no es un problema de contenido, sino de modo.

Cabe cerrar con una advertencia que atraviesa todo lo anterior. Objetivar el concepto no debilita a la jurisdicción constitucional: la resguarda. Prescindir de la categoría deja a las instituciones sin herramienta para separar el ejercicio de la

función de su apropiación, y esa confusión es la condición que requiere cualquier tribunal capturado para operar sin censura. Un órgano de control dispuesto a dar razones sobre la intensidad del control y el alcance de aquello que decide resulta más difícil de instrumentalizar y, precisamente por eso, más capaz de sostener la norma fundamental cuando llegue el momento de hacerlo.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, ROBERT. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2007.

ARAGÓN REYES, Manuel. «Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la Constitución». *Cuestiones Constitucionales* núm. 29, julio-diciembre 2013, pp. 3-25.

CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «Tribunal Constitucional: el necesario guardián de la constitución en tiempos populistas». En Catalina Lagos y Marcela Peredo (coords.). *Avances y desafíos de la justicia constitucional a 20 años de la reforma*. Santiago de Chile: Tribunal Constitucional, 2026, pp. 9-28.

DWORKIN, RONALD. *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

EASTERBROOK, Frank H. «Do liberals and conservatives differ in judicial activism?». *University of Colorado Law Review* vol. 73, núm. 4, 2002, pp. 1401-1416.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.

FRÖHLICH, Johanna, Pigozzi, Pier Paolo y Umpierrez, Sebastián. «Measuring Conceptual and Argumentative Diversity by Constitutional Courts in Latin America and the Caribbean. An Introduction to the Special Issue on Constitutional Reasoning in Latin America». *ZöR Zeitschrift für öffentliches Recht: Austrian Journal of Public Law* vol. 78, núm. 3, setiembre 2023, pp. 437-452.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. «Derechos y pretextos. Elementos de crítica del neoconstitucionalismo». En Miguel Carbonell (ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2009, pp. 237-264.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. «El “status” del Tribunal Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 1, enero/abril 1981, pp. 11-34.

GARGARELLA, Roberto. «The “New” Latin American Constitutionalism: Old Wine in New Skins». En Armin Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flávia Piovesan y Ximena Soley (eds.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 211-234.

GINSBURG, Tom y HUQ, Aziz Z. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago: The University of Chicago Press, 2018.

GREEN, Craig. «An intellectual history of judicial activism». *Emory Law Journal* vol. 58, núm. 5, 2009, pp. 1195-1263.

HÄBERLE, Peter. «El Tribunal Constitucional como poder político». *Revista de Estudios Políticos* núm. 125, 2004, pp. 9-37.

KLARE, Karl E. «Legal Culture and Transformative Constitutionalism». *South African Journal on Human Rights* vol. 14, núm. 1, 1998, pp. 146-188.

KMIEC, Keenan D. «The Origin and Current Meanings of “Judicial activism”». *California Law Review* vol. 92, 2004, pp. 1441-1477.

LAMBERT, Edouard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*. Félix De la Fuente (trad.). Madrid: Tecnos, 2010.

LANDAU, David. «Abusive Constitutionalism». *UC Davis Law Review* vol. 47, núm. 1, 2013, pp. 189-260.

LANDAU, David y Dixon, Rosalind. «Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy». *UC Davis Law Review* vol. 53, 2020, pp. 1313-1387.

LANDAURI PAREDES, Luis Enrique y NUEVO LÓPEZ, Pablo. «La dimensión política del Tribunal Constitucional y la defensa de la Constitución». En Josep Maria Castellà Andreu y Enriqueta Expósito (eds.). *Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista*. Madrid: Marcial Pons, 2024, pp. 377-402.

LAPORTA, Francisco. «Sobre Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* núm. 34, 2011, pp. 167-181.

MOREIRA, Pedro da Silva. *Deferencia al legislador: la vinculación del juez a la ley en el Estado Constitucional*. Madrid: CEPC, 2019.

PIGOZZI, Pier Paolo. «Constitutional Tradition in Latin America and the Caribbean». En Johanna Fröhlich (ed.). *Constitutional Reasoning in Latin America and the Caribbean*. Oxford: Hart, 2024, pp. 23-45.

PINTORE, Anna. «Derechos insaciables». En Luigi Ferrajoli, Luca Baccelli, Michelangelo Bovero y otros. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.). Madrid: Trotta, 2014, pp. 243-265.

PRIETO SANCHÍS, Luis. «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid – AFDUAM* vol. 5, 2001, pp. 201-227.

SALAZAR UGARTE, Pedro. «El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)». En Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (coords.). *El*

constitucionalismo contemporáneo. *Homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, 2013, pp. 345-387.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. «La Constitución y el Tribunal Constitucional». En Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y otros (coords.). *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*. Madrid: CEPC, 1995, pp. 13-34.

VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. «Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano». *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, pp. 16-21.
