

ACTIVISMO Y CREATIVISMO LEGAL TEORÍA DE LAS INGENIERÍAS JUDICIALES PARA LA CREACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO*

Luis Miguel Hoyos Rojas**
Profesor nacional invitado

Resumen: los sistemas jurídicos occidentales han venido experimentando cambios relacionados con el origen e interpretación de los derechos fundamentales. La teoría legal buscando comprender la fundamentación e interpretación de aquellos, incluso en sede judicial, conceptualizaba una impenetrable diferencia entre *Common law* y *Civil law* para teorizar características y definir a qué tradición pertenecían. Sin embargo, a finales del siglo XX la tercera ola del constitucionalismo incardinó totalmente el método hermenéutico del derecho occidental a las “epistemologías relacionales” y así viabilizó la caída del positivismo clásico y la dialéctica *Common law vs. Civil law* que los presentaba sin mixidad legal. Hoy observamos la realidad de la “hibridación legal”, un mecanismo producido por los trasplantes, aculturaciones

* El artículo es parte del resultado de la investigación, realizada por el autor en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) en Madrid-España, para alcanzar la titulación de “máster en Derecho en Constitucional” curso 2018/2019 donde el autor fue becario-tipo A. Esta investigación se complementó con una estancia en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

** Profesor de Constitucionalismo, Filosofía moral y política y Teoría del derecho público y privado. Profesor de Régimen legal de las personas con discapacidad en la Especialización en Derecho de familia de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Fue subdirector general del Instituto Nacional para Sordos (INSOR) en el Ministerio de Educación, y consultor de Humanity & Inclusion, así como del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para el Ministerio de Justicia y del Derecho (Colombia). Ha sido par evaluador del Observatorio Colombiano

o apropiaciones selectivas –cruces epistémicos– entre sistemas pertenecientes a distintas familias jurídicas y razas conceptuales. La hibridación conecta el “formalismo neutral” del *Civil law* con la “interseccionalidad dialógica” del *Common law* produciendo criterios interpretativos antes ajenos a las tradiciones conocidas, este es el caso de la experiencia legal colombiana. En el país, la hibridación ha generado “ingenierías judiciales” con sus propios sistemas de producción, interpretación y creación de derechos, identificándose dos que revelan su operación: el activismo o sistema judicial activista –ampliamente conocido– y el creativismismo o sistema judicial creativistista, todavía desierto en la teoría local. Este artículo tiene como propósito presentar una narrativa que, sobre la materia, supere el margen de especulación existente y sin ánimos de generar hipostatizaciones jurídicas, introduzca en la academia un primer debate sobre esta realidad que es perceptible en la experiencia judicial.

Palabras clave: jueces; justicia; activismo; derechos fundamentales; constitucionalismo; interpretación jurídica.

ACTIVISM AND LEGAL CREATIVISM

THEORY OF JUDICIAL ENGINEERING FOR THE CREATION AND INTERPRETATION OF LAW

Abstract: Western legal systems have been undergoing changes related to the origin and interpretation of fundamental rights. Legal theory, seeking to understand the foundation and interpretation of those rights, even in the courts, conceptualized an impenetrable difference between “Common law” and “Civil law” to theorize characteristics and define to which tradition they belonged. However, at the end of the 20th century, the third wave of constitutionalism totally incardinated the hermeneutic method of western law to the “relational epistemologies” making viable the fall of classical positivism and the dialectic “Common law vs. Civil law” that presented them without legal mix. Today we observe the reality of “legal hybridization”, a mechanism produced by transplants, acculturations, or selective appropriations –epistemic crossings– between systems belonging to different legal families and conceptual races. Hybridization connects the “neutral formalism” of civil law with the “dialogic intersectionality” of Common law, producing inter-

de Ciencia y Tecnología (OCyT), la Asociación Colombiana para el Avance de la Ciencia (ACAC) y el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (ScienTI) del Ministerio de Ciencias de Colombia. Actualmente, es par evaluador para proyectos y publicaciones científicas en la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá. Premio Youth Leadership Award (2020) por la Academia Política de Washington D.C., Estados Unidos. Es doctorando en Derecho (Ph. D) en la Universidad Carlos III de Madrid (España) con estancias en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), el Instituto de Políticas y Bienes Públicos de España (2019); el Instituto de Estudios de Género de la Universidad Carlos III de Madrid (2020) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019). Filósofo y abogado con estudios de posgrado en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) y la Universidad de Harvard.

Contacto: hoyoslm@gmail.com / hoyos.luis01@javeriana.edu.co

pretative criteria previously alien to the known traditions, this is the case of the Colombian legal experience. In the country, hybridization has generated “judicial engineering” with its own systems of production, interpretation, and creation of rights, identifying two that reveal its operation: activism or activist judicial system –widely known– and creativism or creativist judicial system still deserted in local theory. The purpose of this article is to present a narrative that, on the matter, overcomes the existing margin of speculation and, without intending to generate legal hypostatizations, introduces in the academy a first debate on this reality that is perceptible in the judicial experience.

Keywords: Judges; Justice; Activism; Fundamental rights; Constitutionalism; Legal interpretation.

Introducción

Ricardo Guastini se refiere a la “interpretación del Derecho” como la extensión de este a todos los espacios del ordenamiento jurídico, de manera que la materia no regulada por una regla encuentre en la Constitución y el sistema jurídico un mínimo de regulación¹, este mismo aspecto lo entrevió Hart al manifestar que las lagunas jurídicas deben ser objeto de interpretación judicial con base en el Derecho². Sea como fuere, el juez debe utilizar la interpretación para encontrar una solución a partir del ordenamiento preexistente, por lo que es innegable que tiene la facultad de buscar una respuesta, o como lo expresó Raúl Canosa, diseñar una que no sea contraria a ninguno de los valores que inspiran al ordenamiento³. Hay momentos donde podemos constatar que la interpretación judicial está sujeta al sistema jurídico de referencia, como lo exponen Guastini, Hart y Canosa, no obstante, hay casos donde las perspectivas sobre política, principios y Derecho –a manera de intersección– guían la interpretación por fuera del marco de referencia. Tal situación nos obliga a asumir dos debates: identificar si la interpretación judicial parte de alguna noción amplia de justicia, o si, partiendo de lo primero, considera los límites o restricciones impuestas por otros poderes públicos. En otras palabras, si la interpretación judicial es producto de una dimensión formal que inspira a los jueces, al tiempo que permite la amplitud o reducción de la

¹ Ricardo GUASTINI, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Estudios de Teoría Constitucional (México: UNAM, 2001), 112.

² H. L. A. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Clarendon Press, 1983), 161.

³ Raúl CANOSA, *Interpretación constitucional y fórmula política* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998), 200.

capacidad interpretativa de aquellos. Esto con el propósito de constatar por qué existen decisiones judiciales que alcanzan a resolver casos sin partir del ordenamiento jurídico y, otras, donde brindando una respuesta innovadora son construidas a partir de aquel. El artículo se enmarca en este debate. El objetivo es explicar desde un enfoque jurídico-constitucional y crítico la existencia de distintas perspectivas interpretativas a la hora de garantizar la eficacia judicial de los derechos para contestar la pregunta: “¿de qué depende la eficacia jurisdiccional de los derechos fundamentales?”

El activismo judicial

Origen y conceptos

El “activismo judicial” aparece en los Estados Unidos⁴ como respuesta a la sucesión de hechos sociales⁵, así lo afirmó Arthur Schlesinger⁶ al definirlo como “conducta política” en manos de jueces que implementan una concepción del bien común⁷. Sobre este origen, Manuel Atienza⁸ señala que la realidad del New Deal de Roosevelt⁹, *Lochner* de 1905¹⁰, *Corte Warren*¹¹ y *Brown vs. Board of Education*¹² permitieron precisar el para-

⁴ Vicki JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, Incorporated, 2013).

⁵ Germán Alfonso LÓPEZ DAZA, “Inactividad parlamentaria y activismo judicial”, *Revista Jurídica Piélagus* 17, n.º 2 (julio de 2018): 8. <https://doi.org/10.25054/16576799.3121>

⁶ Keenan D. KMIEC, “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, *California Law Review* 92, n.º 5 (octubre de 2004): 1141-1478. <https://doi.org/10.2307/3481421>

⁷ Mônia Clarissa HENNIG LEAL, “La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: Existe realmente “un activismo” o “el” activismo””, *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200011>

⁸ Manuel ATIENZA y Juan RUIZ MANERO, *A Theory of Legal Sentences*, 2ed. (New York: Springer, 2012), 7.

⁹ Medidas sociales y económicas puestas en marcha por el presidente Roosevelt entre 1933 y 1937 con el propósito de acabar la grave crisis económica de los años 30. Véase, Rodolfo FIGUEROA G-H, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho* 36, n.º 3 (diciembre de 2009): 45. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372009000300006>

¹⁰ En palabras de Manuel Atienza la sentencia se basó en una teoría económica [*el liberalismo del laissez faire*] que la mayoría no compartió. Véase, ATIENZA, *A Theory of Legal ...*, 9.

¹¹ William H. REHNQUIST, *The Supreme Court* (New York: Vintage Books, 2002), 308.

¹² “El 17 de mayo de 1954, la Suprema Corte de los Estados Unidos estableció por unanimidad que la existencia de la segregación racial en las escuelas públicas del territorio nacional era violatoria de la decimocuarta enmienda de la Constitución federal”. Véase, Charles Payne,

digma activista en los Estados Unidos y, a partir de allí, este identificó la “realidad social”¹³ como contexto de surgimiento o fuente primaria de producción¹⁴. Este último aspecto es destacado por Raúl Canosa al aseverar que el activismo judicial es la institucionalización de una corriente social que permeó el sentido de la interpretación del derecho¹⁵, cuestión ya indicada –ampliamente– por Duncan Kennedy al definirlo como “respuesta política” al saber el logro de una sentencia justa.¹⁶

El activismo judicial¹⁷ ha generado debates en torno a su definición e implementación, así, por ejemplo, en Colombia, tiene una comprensión polisémica que no está del todo acompañada a la connotación jurídico-normativa, su definición está principalmente incardinada a la referencia de presentarlo como parte del cambio social que debe producir la jurisdiccionalidad¹⁸, aspecto que en ocasiones hace entender que el proyecto activista judicial es parte de la deconstrucción –en términos de Derrida– de los derechos en vía judicial. En otras partes, en Europa del Este, Shannon Smitley y John Ishiyama señalan que es el elemento que marca la preferencia hacia factores más políticos que jurídicos¹⁹. Ante la penumbra de

“The Civil Rights Movement as History”, *Equity & Excellence in Education* 19, n° 3-6 (mayo de 1981): 54-60. <https://doi.org/10.1080/0020486820190310>

¹³ “Tres periodos históricos son distinguidos al momento de evaluar el alcance de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. El primer período, de 1803 a 1880, llamado “período constitutivo”; el segundo, entre 1880 y 1936, “período conservador” y, finalmente entre 1936 hasta nuestros días “período protector”, en especial, a partir de 1954, 1969. Véase, Raúl CORREA, *El Control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa* (UEC: México, 1987), 151-153.

¹⁴ Carlos Mario MOLINA BETANCUR y Sergio Orlando SILVA ARROYAVE, “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, n.º 1 (junio de 2020): 117-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>

¹⁵ Raúl CANOSA, *El control de convencionalidad* (Pamplona: Ed. Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2015), 134.

¹⁶ Duncan KENNEDY, *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica* (México: Siglo Veintiuno, 2010), 55. Sobre el particular, véase, Sebastián FIGUEROA RUBIO, “Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica de Duncan Kennedy”, *Derecho y Justicia*, n.º 1 (septiembre de 2012): 199-203. <https://doi.org/10.29344/07196377.1.935>

¹⁷ Arvind VERMA, “Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India”, *Howard Journal of Criminal Justice* 40, n.º 2 (mayo de 2001): 148-165. <https://doi.org/10.1111/1468-2311.00198>

¹⁸ Julieta LEMAITRE RIPOLL, *El Estado siempre llega tarde: La reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra*, 1 ed. (Argentina: Siglo XXI Editores, 2019), 40.

¹⁹ Shannon ISHIYAMA SMITHEY y John ISHIYAMA, “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002): 719. <https://doi.org/10.2307/1512169>

su concepto Kent Roach presenta un esbozo, advierte a la sazón que el activismo judicial es el que tiene su desarrollo al interior de sistemas de “*judicial review*” fuertes²⁰ tesis que, a nuestro juicio, excluye que la fuerza del sistema judicial dependa del rol del juez y no del impulso (débil o fuerte) del control judicial. La postura de Roach es, en ocasiones, compartida hasta cierto punto por Mark Tushnet, cuando avala que los sistemas judiciales débiles pueden transformarse en fuertes si media un catalizador²¹. En el marco epistémico de Tushnet el activismo es ese “catalizador” que asiste a la transformación del rol de los jueces, perspectiva usual en Víctor Ferreres al sostener que la fuerza del modelo de justicia constitucional fue robustecida por el activismo en el *judicial review*.²²

Es válido –por lo menos a partir de esta preliminar exposición– que el activismo judicial es una construcción judicial-política y, como se precisará, está dotado de “extrajuridicidad” por lo que la peculiaridad que permite entender su definición y operación será la tradición o cultura jurídica del sistema donde este se manifieste²³. Este punto ha sido aventurado en España por el maestro Manuel Aragón al señalar la necesidad de identificar si el control judicial de las normas ha sido aceptado válidamente como “legislador negativo”²⁴ o, dicho en otras palabras, si el activismo judicial funciona como modelo de justicia lateral. La orientación del maestro Aragón nos permite, por ejemplo, identificar ordenamientos como el de los Estados

²⁰ Kent ROACH, “Judicial Activism in the Supreme Court of Canada”, en *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts* (Oxford University Press, 2007), 69-120. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199213290.003.0003>

²¹ Mark TUSHNET y Kent ROACH, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33”, *World, University of Toronto Law Journal* 53, n.º 1 (2003): 89. <https://doi.org/10.2307/3650888>

²² Víctor FERRERES COMELLA, “The Justification of Constitutional Review”, en *Constitutional Courts and Democratic Values*, 29-35 (Yale University Press, 2009). DOI:10.12987/yale/9780300148671.001.0001

²³ Este particular hace referencia a la posibilidad que tiene el derecho de ser interpretado desde las teorías formales y antiformalistas. Véanse, Juan Sebastián Alejandro PERILLA GRANADOS, “Alineación iustéorica de las fuentes del derecho comercial”, *Revista de Derecho Privado* 53 (junio de 2015): 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.53.2015.03>

²⁴ Manuel ARAGÓN REYES, “Dos problemas falsos y uno verdadero: “neoconstitucionalismo”, “garantismo” y aplicación judicial de la constitución”. Este trabajo fue expuesto en la ceremonia académica de investidura del doctorado Honoris Causa otorgado al autor por la Universidad Benito Juárez Autónoma de Tabasco, y forma parte del libro en homenaje al doctor Jorge Carpizo, *Cuestiones Constitucionales* 29 (julio de 2013): 3-25. [https://doi.org/10.1016/s1405-9193\(13\)71288-5](https://doi.org/10.1016/s1405-9193(13)71288-5)

Unidos, cuya tradición es “jurisprudencial” o, el de España, perteneciente al *Civil law* de cultura formalista²⁵. Es cierto que desde hace dos décadas –por ejemplo, en Colombia– el debate en torno a “*Civil vs. Common law*” está cerrado, el Occidente jurídico es un sistema legal-civilizatorio donde la “experiencia judicial” crea derechos. Sistemas jurídicos como el colombiano están acompañados a la hibridación judicial contemporánea –cuya correspondencia técnica– apela a las fuentes y criterios del *Civil y del Common law*²⁶. No obstante, la identificación de la tradición jurídica de referencia –que formula el profesor Aragón– no deja de ser un elemento central para precisar si el activismo u otras experiencias jurisprudenciales son productoras de derecho judicial.

En un ejercicio aplicado intentar definir, por ejemplo, el activismo judicial a partir de la cultura jurídica española no será tan útil como hacerlo desde la tradición estadounidense. Los sistemas jurídicos español y colombiano con relación a los Estados Unidos, carecen –en teoría– de elementos que están en la tradición estadounidense y que permitieron la aparición del clásico activismo judicial. Así pues, en la cultura legal de los Estados Unidos:

- a. Hay poco apego a las palabras de la ley.
- b. La Constitución federal es mínima y en sus inicios fue totalmente política, aspecto que amplió el margen activista.
- c. Es una unión federal que se conformó por Estados preexistentes, con distintas realidades constitucionales y socioculturales.
- d. Existieron amenazas secesionistas que obligaron a diseñar una ingeniería judicial multinivel –incluida la juridicidad activista–.
- e. El silogismo jurídico-judicial no sigue la lógica de la ley codificada –como en los sistemas del *Civil law*.

²⁵ Luis María Díez Pícazo, *Sistema de derechos fundamentales* (Cizur Menor-Navarra: Aranzadi, 2013), 120.

²⁶ Luis Miguel Hoyos Rojas, “El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (junio de 2012): 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.03>

- f. La “interseccionalidad dialógica”²⁷—un elemento poco estudiado en la teoría legal colombiana— es un mecanismo que precisa la narrativa sobre lo que el derecho “debe ser” a partir del diálogo-equifonía del sistema legal con fuentes extrajurídicas; de ahí la posibilidad que tuvo la “interseccionalidad” de ser trasplantada al derecho en la realidad teórica, sobre todo a partir del surgimiento de los “Estudios Críticos del Derecho” (*Critical Legal Studies*).

Para ordenamientos del linaje *Civil law* como España²⁸ y —en teoría— Colombia, cuya tradición es “romano-germánica”, el activismo es incompatible o no tendría condición de posibilidad porque no se reúnen los elementos racionales para producirse, como sucedió en los Estados Unidos. No cabría en el diseño delimitado de sistemas codificados y, por ello, definirlo o abrirle una posibilidad —al menos teórica— a partir de la ordenación reglada que parametriza el *Civil law* resultaría ser, en apariencia, un oxímoron legal. El activismo —en el marco de una cultura formal— es una forma “no jurídica” de interpretación²⁹ que no encuentra *velis nolis* posibilidad justificativa porque la codificación ha cerrado el “margen extra y político” de la discrecionalidad judicial, y de ahí que tenga críticas, sobre todo en autores, académicos y jueces defensores de la tradición heredada.

Los profesores Linio Graglia y Manuel Atienza comparten una perspectiva cercana a la explicación preconcebida: el activismo judicial es una cuestión o decisión política con impacto jurídico. Para Graglia es un contexto donde el “juez no permite elecciones de política a otros funcionarios”³⁰ y para Atienza es “una cuestión jurídica solucionada con opiniones de lo que es justo, aunque ello suponga transgredir los límites fijados por el derecho”³¹. En otras palabras, es “elección política” y “opinión de lo justo”, pero, en ambas con una misma particularidad: una “respuesta extrajurídica”.

²⁷ Kimberle CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (julio de 1991): 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

²⁸ Consuelo SIRVENT, *Sistemas jurídicos atípicos* (México: Editorial Porrúa, 2011), 267.

²⁹ Aharon BARAK, *Judge in a Democracy* (Princeton University Press, 2009), 88. <https://www.perlego.com/book/734391/the-judge-in-a-democracy-pdf>.

³⁰ Lino GRAGLIA, “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19, n.º 2 (junio 1995): 223-293.

³¹ Manuel ATIENZA, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003), 9.

Así trazado, el activismo judicial sería una respuesta –en los términos de la teoría normativa– que nada tendría que ver con la “eficacia formal” de los derechos diseñada por el legislador democrático, se trata de una contestación brindada por fuera del marco de referencia normativo, razón por la cual Duncan Kennedy lo calificó no como dirección normativa, sino política que “cambia la norma injusta por una justa”.³²

Defensa principal

Como se manifestó, el activismo judicial presenta una naturaleza política axiomática que, en ciertas culturas jurídicas, como es el caso de los Estados Unidos –y en algunos casos, Colombia– permite a los jueces rebasar los límites fijados por el legislador democrático y acompasar el derecho a la teoría política que sea contemporánea³³. Para llegar a este punto la interpretación activista traslada –casi siempre– un elemento que se convertiría en el método de su defensa básica: la “interseccionalidad dialógica”. Este es un recurso externo que permite el diálogo del derecho con la teoría política, la ética y la justicia social otorgando a los jueces la facultad de comprender el sistema legal no desde el ordenamiento, sino a partir de otras realidades, incluso aquellas cercanas a su propio criterio de lo justo³⁴. Este recurso logra romper los límites teleológicos de la interpretación tradicional instituyéndose como elemento de *rule of law* materialmente identificado en

³² Duncan KENNEDY, *A critique of adjudication [fin de siècle]* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997), 103.

³³ El caso de la Sentencia C-605 de 2012 de la magistrada María Victoria Calle es un ejemplo. La dinámica activista posibilitó superar las barreras del ordenamiento común para situar –pese a la inexistencia de leyes– la condición cultural, educativa, lingüística y social, de las comunidades sordas en el mismo nivel de importancia y protección que las comunidades indígenas del país. Esta sentencia dio origen al llamado “enfoque dual” donde las personas sordas se interpretan como pertenecientes a la comunidad de personas con discapacidad y también como minoría lingüística usuaria de la lengua de señas colombiana (LSC). Esta nivelación inexistente en la legislación, que, en términos de técnica legal hubiera tenido que ser efectuada por el legislador democrático, marcó una realidad única en el constitucionalismo comparado, porque siendo inexistente en otros sistemas, en Colombia ha posibilitado el acceso progresivo de las personas sordas y sus comunidades al goce efectivo de los derechos reconocidos en las leyes 324/1996, 982/2005 y 1618 de 2013. Véase, Luis Miguel HOYOS ROJAS, *Comunidad sorda en disputa: Vindicación de una teoría y tradición política de la Modernidad* (Bogotá: Editorial Ibáñez, 2021).

³⁴ Christian COURTIS, *Desde otra mirada: Textos de Teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires: Publicaciones Eudeba, 2001), 299.

la experiencia jurisprudencial de los Estados Unidos³⁵. La interseccionalidad dialógica, adviértase, poco señalada, y hundida en la *gouvernement des juges*, fue descalificada –sin conocerse técnicamente– en países como Francia y España donde se asumió que las miradas extrajurídicas a sede judicial generaban efectos opuestos al Parlamento. Esto lo explica Marina Gascón³⁶ y Raúl Canosa³⁷ al advertir que las llamadas “perspectivas alternativas del derecho”, basadas en interpretaciones extrajurídicas pueden llevar a concepciones judiciales ignorando al legislador democrático. Sin embargo, la tradición de los Estados Unidos institucionalizó el *gouvernement des juges* como función de su primer diseño judicial, circunstancia que hizo diferente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (en adelante, Scotus). Este elemento, sin la realidad normativa de un derecho completamente escrito, posibilitó una cultura basada en la deconstrucción decidida de la perspectiva formal³⁸ y admitió afirmar la “autolegitimidad” de Scotus –período Warren, por ejemplo– y lograr traer al derecho discursos filosóficos, morales, sociológicos, feministas y políticos para convertir la interpretación judicial en un instrumento de innovación o reforma social. A la sazón, *Marbury vs. Madison* considerado por los “Estudios Críticos del Derecho” (*Critical Legal Studies*) como el más notorio en defensa del activismo judicial³⁹, responde al paradigma precedentemente esbozado. Tal planteamiento se origina a partir de uno de los argumentos utilizados por Scotus para dirimir la situación:

³⁵ La interseccionalidad no viene definida jurídicamente. Su aparición conceptual es producto de Kimberlé Williams. Representa una oportunidad para que los estudios legales identificaran todas y cada una de las identidades e instituciones jurídicas solapadas o interceptadas en un mismo proceso para alcanzar la justicia social. Véase, Kimberlé WILLIAMS CRENSHAW, “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”, *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (julio de 1991): 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>

³⁶ Faustino MARTÍNEZ, “Zagrebelsky, Gustavo, El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia”, 5ª ed. traducida por Marina Gascón, *Revista de estudios histórico-jurídicos* n.º 27 (2005): 134. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552005000100073>

³⁷ Raúl CANOSA USERA, “Un nuevo derecho fundamental en nuestro Ordenamiento”, *Revista de las Cortes Generales* (abril de 1991): 251-58. <https://doi.org/10.33426/rcg/1991/22/1360>

³⁸ Lord EDMUND-DAVIES, “Judicial Activism”, *Current Legal Problems* 28, n.º 1 (1975): 11. <https://doi.org/10.1093/clp/28.1.1>

³⁹ “The Politics of Constitutional Change”, en *Marbury vs. Madison* (University Press of Kansas, s. f.), 68-77. <https://doi.org/10.2307/j.ctvngcs.11>

¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución de los EE. UU., si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno? ¿Si estuviere cerrada sobre él y no pudiera ser inspeccionada por él? Si fuera ese el estado real de las cosas constituiría algo peor que una solemne burla.⁴⁰

En el argumento tomado como referencia para la decisión histórica es indiscutible identificar una apelación a la justicia que es propia de la filosofía moral y política⁴¹. Como es evidente –desde el sentido positivista– carece de identidad normativa y no está basado en la interpretación de un derecho, quizás, por la inexistencia de una regulación directa, lo que es muestra de una exégesis conversada –casi en términos del diálogo intersubjetivo habermasiano⁴²– con la política, la filosofía y la justicia, esto es “interseccionalidad dialógica”. En este caso, no solo se afianzó el valor jurídico de la Constitución de los Estados Unidos como en efecto se estudia, sino que también apareció la “autolegitimidad política” de Scotus para ejercer la potestad de incidir *de facto* en las decisiones de cualquier nivel de la administración. El caso no es solo importante para la *judicial review*, también porque instituyó la autolegitimidad de un tribunal como creador del derecho a partir de lo “justo”⁴³. Los argumentos esgrimidos por Scotus sirvieron de base para la aparición de la interseccionalidad dialógica como elemento central activista en otras latitudes del mundo⁴⁴ y consolidó la

⁴⁰ Traducción del original: “Why does a judge swear to discharge his duties agreeably to the Constitution of the United States if that constitution forms no rule for his government? If it is closed upon him and cannot be inspected by him”. Véase, Secretary of State of the United States. James Madison, Secretary of State of the United States. U. S. Supreme Court, del 24 febrero 1803.

⁴¹ Eugenio BULYGIN, “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 18 (octubre de 2021): 6-25. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.501>

⁴² Jurgen HABERMAS, “On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”, *Ratio Juris* 16, n.º 2 (junio de 2003): 187-94. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00231>

⁴³ Rodrigo UPRIMNY y Sergio CHAPARRO, “Inequality, Human Rights, and Social Rights: Tensions and Complementarities”, *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 10, n.º 3 (2019): 376-94. <https://doi.org/10.1353/hum.2019.0028>

⁴⁴ Argumento que sería utilizado como por ejemplo en América Latina donde la influencia activista tuvo mayor fuerza, porque es una región donde el derecho se acostumbró a hacer lo que no debe: “maltratar a quienes debe cuidar, perseguir a quienes debe proteger, ignorar a quienes debe mayor atención, y servir a quienes debe controlar”. Véase, Roberto Gargarella,

autolegitimación simbólica o actuación autártica⁴⁵ de un tribunal supremo –posteriormente, en tribunales o Cortes Constitucionales– capaz de imprimir juridicidad a decisiones sin elementos jurídicos⁴⁶. Sobre este punto, Francisco Rubio Llorente precisa que, por esta razón, algunos tribunales se preocupan por no perder su legitimidad a la hora de producir derechos; tal función les autolegitima en el escenario jurídico-político.⁴⁷

Crítica clásica

El profesor Francisco Díaz Revorio advierte que no cuidar los límites del derecho en la interpretación hace germinar la subjetividad interpretativa de “lo justo o injusto”⁴⁸; esto que advierte, en su día, inspiró en los Estados Unidos la aparición del “ataque autorrestrictivista”. Frank Cross y Stefanie Lindquist⁴⁹ coinciden con Díaz Revorio en que la generalidad de la Constitución instaló un marco de trascendencia –casi universal– de interpretaciones sobre

“El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, n.º 12 (septiembre de 2011): 44. <https://doi.org/10.5354/0719-2517.2006.16204>

⁴⁵ “Sociedades desiguales encuentran en *Marbury vs. Madison* una idea deliberativa de democracia que encuentra en la interseccionalidad una utilidad del derecho”. Germán Alfonso LÓPEZ DAZA, “Inactividad parlamentaria y activismo judicial”, *Revista Jurídica Piélagus* 17, n.º 2 (julio de 2018): 8. <https://doi.org/10.25054/16576799.3121>

⁴⁶ Importantes casos para mencionar: *The Government of the Republic of South Africa and Others vs. Grootboom*, Irene and others, Tribunal Constitucional de Sudáfrica, 04-10-2000; id., *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township, y, Or. vs. City of Johannesburg and others*; Verbitsky, CSJN, 03-05-2005; *Mendoza Beatriz*, CSJN, 20-06-2006; T-025, Corte Constitucional de Colombia, 22-01-2004. Véase, Carlos Ignacio GIUFFRÉ y Gonzalo SCIVOLETTO, “Diálogo y activismo judicial. Una mirada crítica de la imparcialidad a partir de *El Federalista*”. *Estudios de Filosofía práctica e Historia de las ideas*, 20, n.º 1 (2018): 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6696738>

⁴⁷ Franciso RUBIO LLORENTE, “Constitutional Jurisdiction as Law-Making”, en *Law in the Making*, editado por A. Pizzorusso (Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 1988), 156. https://doi.org/10.1007/978-3-642-73052-8_5

⁴⁸ Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *Revista IUS* 10, n.º 37 (noviembre de 2016): 22. <https://doi.org/10.35487/rius.v10i37.2016.7>.

En el mismo sentido, véase, Marina Gascón, “Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal Supremo”, *Teoría Jurídica Contemporánea* 1, n.º 2 (julio de 2017): 238. <https://doi.org/10.21875/tjc.v1i2.10167>.

⁴⁹ Frank B. CROSS y Stefanie A. Lindquist, “The Scientific Study of Judicial Activism” 1, por Kelleher, H. D., See, K. D. (2007). *Minnesotalawreview.org*. https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf

lo justo⁵⁰ y por ello la labor del juez se ampara en el sinfín de un “texto abierto”; a la sazón, este es un criterio innegable dada la enorme espiral abstracta que heredaron los textos constitucionales por su adscripción al racionalismo ilustrado, este último destacado por estampar universalismo a todos los sistemas producidos en los albores de la Modernidad, incluido el constitucionalismo que tiene su “primera ola” en la Ilustración del siglo XVIII.⁵¹

Ahora bien, en los Estados Unidos Cross y Lindquist introdujeron la crítica para señalar que la interpretación –sin restricción alguna– hacía creer a los jueces que tenían un *positive role* para suscitar reformas sociales constantes. Para los autores, la generalidad-universalidad del texto constitucional y el apego de los jueces a la teoría política para explicar las reformas propuestas permitía amparar la decisión en concepciones de la justicia y no en aspectos jurídicos. La *invectiva* crossiana –lindquistiana recuerda la delimitación entre moral y derecho– como recurso productor de las normas–, que Kant fijó en *La Metafísica de las Costumbres*⁵², separación tomada por Kelsen y presentada en su ampliamente conocida *Teoría pura del Derecho*⁵³. Una crítica similar en España –en el sentido crossiano-lindquistiano– es sostenida por Juan Carlos Bayón, al advertir que el activismo judicial en sentido reformista es un riesgo para la estabilidad democrática y en el derecho para la seguridad jurídica.⁵⁴

Quizás el *judicial restraint* es el rostro más visible del ataque autorrestrictivista⁵⁵, hay que recordar que esta crítica introducida por James Thayer

⁵⁰ C. Herman PRITCHETT, *The American constitutional system*, 5a ed. (New York: McGraw-Hill, 2002), 51-79.

⁵¹ El Constitucionalismo occidental ha pasado por tres olas como teoría política y movimiento jurídico-social: “Constitucionalismo ilustrado” (1700); “Constitucionalismo liberal” (1800) y “Constitucionalismo social progresista” (1900). Aunque la mayoría de los autores no parten de tal estructuración cronológica, sí sientan las bases para su construcción. Véase, Shannon ISHIYAMA SMITHEY y John ISHIYAMA, “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002): 719. <https://doi.org/10.2307/1512169>

⁵² Immanuel KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, 3a ed. (Tecnos S. A., 2005).

⁵³ Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Teoría crítica del Derecho* (Buenos Aires, Madrid: Eudeba, 1996).

⁵⁴ Juan Carlos BAYÓN, “Derechos, democracia y constitución” (Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008).

⁵⁵ Richard A. RESTRAINT, “Activism, Restraint, and the Debate about Judicial Policymaking”, *Policy Studies Journal* 12, n.º 3 (marzo de 1984): 566. <https://doi.org/10.1111/j.1541-0072.1984.tb00334.x>

expone que la función de los jueces no es hacer de la decisión un elemento de dominación política, el autor llama al “autocontrol” y respeto por la separación de poderes⁵⁶ denunciando la ilegitimidad de las decisiones que tienen impacto político y los peligros de la Constitución como libro abierto –nada lejano a lo propuesto por la vindicación crossiana-lindquistiana–. Este planteamiento fue señalado por Edouard Lambert –tradicción francesa– cuando dijo que la actuación judicial genera “disfuncionalidad democrática”, si esta es en suma “lo que los jueces dicen que es la democracia”⁵⁷. En este marco, el activismo judicial se presenta como una amenaza que supone el desapego judicial a la norma legal,⁵⁸ sin que tal crítica niegue la existencia de las llamadas “zonas de penumbra”⁵⁹ o su necesidad⁶⁰. En efecto, lo que denuncia la crítica clásica –pues hay otras⁶¹– es

⁵⁶ James B. THAYER, “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law” 1, en *Bills of Rights* (Routledge, 2017), 293-320. <https://doi.org/10.4324/9781315096339-12>.

⁵⁷ Edouard LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois* (Paris: M. Giard & Cie, 1921), 299.

⁵⁸ Plácido FERNÁNDEZ VIAGAS, *El juez imparcial* (Granada: Comares, 1997), 48.

⁵⁹ H. L. A. HART y Genaro R. CARRIÓ, *El concepto de derecho* (Abeledo-Perrot, 1998), 332.

⁶⁰ Véase sobre el particular los estudios del profesor Juan RUIZ MANERO, *Jurisdicción y normas: Dos estudios sobre función jurisdiccional y Teoría del derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), 94-95.

⁶¹ En la contemporaneidad existen dos críticas –poco revisadas– al planteamiento activista: la democrática, y la económica. La “crítica democrática” consiste en señalar que los jueces carecen de legitimidad y a través de las decisiones capturan la democracia. Identifica el límite que trastoca el juez: el orden democrático. Ofuscado por una actuación que queda en manos de una corporación no electa popularmente, Michael Perry identificó esta superación del límite como actuación “contra-constitucional” porque vincula el quehacer de los jueces con la función democrática, desligando al legislador de dicho encargo. Esta crítica señala la “perversión del constitucionalismo” porque una decisión judicial alcanza la plenitud de la justicia usurpando el lugar del legislador. Esta realidad fue llamada por Lino Graglia “enfermedad ocupacional de los jueces que sirven a la vida y no al derecho”. La crítica democrática denuncia el activismo como elemento que moraliza el orden jurídico y resta al “*accountability*” por que impide a las instituciones cumplir con sus funciones asignadas. En el mismo sentido, lo expresó Karl Loewenstein al advertir que los jueces, al proclamar el derecho políticamente, hacen que el control de otras instituciones se haga discutible. Aspecto compartido por Alexis de Tocqueville al identificar a las que llamó “consecuencias sobre el mal uso de las potestades judiciales”. La “crítica económica” debe de la crítica democrática. Precisa que la respuesta a los problemas económicos se debe construir desde la ciudadanía, la ciencia política u otras disciplinas. Desde este precepto denuncia los “costos insostenibles” de las decisiones cuando los tribunales buscan alcanzar la superación de la desigualdad a partir de la distribución social de lo económico. Plantea que concentrar en la función judicial una posibilidad de distribución económica basada en el activismo es un craso error, porque tal función no ha sido diseñada ni encargada a los jueces.

la omnipotencia del juez para prescindir de los límites del ordenamiento y crear derecho. Sin ánimos de entrar en el debate sobre la legitimidad moral para producir una norma –aspecto que rebasa el objetivo de este escrito– el hecho concreto es que la *judicial-restraint* se convirtió en la principal inyectiva, que pasa por la criba de la razón práctica al planteamiento activista.⁶²

El planteamiento formalista de los derechos

Los derechos fundamentales tienen distintas connotaciones dependiendo de la tradición jurídica. En España, por ejemplo, hacen referencia a los establecidos en el Título I de la Constitución Española (en adelante, CE) “de los derechos y deberes fundamentales” siguiendo para tal efecto a la tradición de la Ley Fundamental de Bonn⁶³. En los Estados Unidos son –teóricamente– inexistentes en la Constitución Federal, no obstante, el “Bill of Rights de 1791” es, en la práctica, un catálogo de derechos fundamentales⁶⁴. Por su parte, Colombia al igual que la CE, los fijó en el Capítulo I

En la misma línea, Kristin Hickman y Richard Pierce denunciaron el problema del activismo como forma de garantizar el costo de los derechos. Estos autores, tomando como referencia al caso *Chevron*, señalaron que los jueces deben ser deferentes a la hora de pretender convertir la justicia en una “autoridad especialista en distribución”, pues el activismo hace que los jueces tomen decisiones sin fundamento económico. Finalmente, se une a esta crítica Cass Sunstein al enfatizar que las llamadas “decisiones judiciales con consecuencias adversas no previstas” son resultado de jueces poco deferentes que ordenan reformas sobre costos inexistentes. Lo planteado por Sunstein tiene sentido en países como Colombia, donde el impacto al presupuesto público por decisiones judiciales ha generado, como expresó Richard Posner, un “sinnúmero de externalidades económicas” no previstas por la legislación.

⁶² M. D. KIRBY, “Judicial Activism”, *Commonwealth Law Bulletin* 23, n.º 3 y 4 (julio de 1997): 1224. <https://doi.org/10.1080/03050718.1997.9986485>.

⁶³ Joaquín Tomás VILLARROYA, *Breve historia del constitucionalismo español*, 4a ed. (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985).

⁶⁴ En el caso *Plessy* la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que obligaba a los negros a ocupar en los trenes vagones distintos a los ocupados por los blancos. En *Sirauder vs. West Virginia*, declaró la inconstitucionalidad de una ley que autorizaba solo a los varones blancos mayores de veintinueve años a ser miembros de los jurados en procesos criminales, y en *Bolling vs. Sharpe* realizó una extensión de la doctrina antisegregacionista al Distrito de Columbia. Véase, María Ángeles MARTÍN. “Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos: nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en Derecho estadounidense”. *Revista Española de Derecho Constitucional* 23, n.º 68 (2003): 151-94. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=716855>.

del Título II “Derechos fundamentales”, una lista originalmente taxativa, que después fue ampliada a través de la interpretación de la Corte Constitucional.

Ahora bien, basado en tales diferencias, no podemos señalar un único concepto de “derecho fundamental”, pues en la tradición estadounidense, por ejemplo, es infecunda tal perspectiva –como en la mayoría de los sistemas del orbe anglosajón–. En un intento por precisar una definición, el profesor Francisco Bastida afirma que las constituciones utilizan disímiles terminologías para precisar el concepto⁶⁵. Siguiendo al autor, aunque no exista una misma connotación, lo indudable es que la definición que utilizamos es todavía formalista –sobre todo, en los sistemas continentales–. A la pregunta, “¿qué permite la fundamentación de un derecho fundamental?”, Bastidas señala que aquellos logran su fundamentalidad por expresa autorización jurídico-constitucional del ordenamiento, lo que él identifica como “apoderamiento jurídico”.

Un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico (contenido del derecho) que la Constitución, atribuye a un sujeto para que pueda defender, asegurar o ejercer determinadas expectativas (objeto del derecho). Ese apoderamiento consistirá en la posibilidad de, con la fuerza normativa de la Constitución, exigir a un tercero, sea un poder público o un particular, el cumplimiento de un deber; de actuar, en unos casos, o de abstenerse de actuar, en otros.⁶⁶

Así mismo lo afirma Luis M. Díez Picazo al declarar que los derechos fundamentales son aquellos garantizados por la Constitución⁶⁷ o en una concepción más amplia “los que un ordenamiento reconoce a todas las personas” como lo declara LUIGI FERRAJOLI⁶⁸. En este marco –estrictamente formal– no son de producción judicial, son potestades subjetivas de origen jurídico-formal que reciben su eficacia y garantía a partir de la Constitu-

⁶⁵ Francisco BASTIDA FREIJEDO, “El fundamento de los derechos fundamentales”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* (Redur), n.º 3 (noviembre de 2005): 41. <https://doi.org/10.18172/redur.3856>.

⁶⁶ Francisco BASTIDAS et al. *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978* (Madrid: Editorial Tecnos, 2004), 55.

⁶⁷ DÍEZ PICAZO, *Sistemas de derechos fundamentales*, 122.

⁶⁸ Luigi FERRAJOLI, *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*, (Madrid: Trotta, 2005), 66.

ción o las normas fijadas por el legislador democrático⁶⁹. Tal perspectiva, aunque pareciera oponerse al paradigma de los derechos en clave material, como señalan Ferrajoli⁷⁰ y, en Colombia, Julieta Lemaitre⁷¹, sin importar la perspectiva que se tenga, la existencia de aquellos “formales o materiales” no será posible sin la presencia o preexistencia de un ordenamiento de referencia, siendo este el “escenario común” en todas las definiciones incluidas, las de Díez Picazo y Bastidas. El concepto de los derechos fundamentales nos permite identificar que estos están bajo la sombrilla de un sistema preestablecido, son una construcción formalista entendiendo por formalismo su sentido “neutral”, que significa que la fundamentalidad y por supuesto eficacia provienen del sistema diseñado por el orden constitucional. Razón que justifica, porque el constituyente los ubicó en el nivel constitucional (más alto) para hacer frente a cualquier acción u omisión contra su disfrute.⁷²

El activismo judicial, caracterizado en ocasiones por una sobredimensión político-subjetiva, abandona esta concepción formal de los derechos invitando a los jueces a prescindir de las “formas jurídicas” preestablecidas⁷³. No se desdeña que hay casos donde ni siquiera existen las formas para fallar, no obstante, la apelación a tal abandono –de las formas– no solamente causa una distorsión en la tradición jurídica de referencia, sino que niega al ordenamiento como fuente formal de los derechos fundamentales y, por tal motivo, activismo y dimensión formal se convierten en planteamientos opuestos –teóricamente– no concordables. Ahora bien, pese a que el fenómeno de la “hibridación” es real, hay una considerable distancia teórica que no se ha abreviado entre “formalismo neutral” y “activismo judicial”, de ahí el choque que otrora fue fuerte en la teoría y práctica legal.

⁶⁹ BASTIDAS, *Teoría general de los Derechos...*, 27.

⁷⁰ FERRAJOLI, *Los derechos fundamentales en...*, 69.

⁷¹ Julieta LEMAITRE RIPOLL, *El derecho como conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2009), 30.

⁷² DÍEZ PICAZO, *Sistemas de derechos fundamentales*, 122.

⁷³ Como se valorará adelante, aunque la jurisprudencia de Scotus inició en el marco de una perspectiva activista un tipo específico de activismo que no responde, por ejemplo, a la realidad judicial latinoamericana y, en específico, a la colombiana Véanse, Susan E. LAWRENCE, “Distorting the Law: Politics, Media, and the Litigation Crisis”, *Perspectives on Politics* 3, n.º 03 (agosto de 2005). <https://doi.org/10.1017/s1537592705450252>

La “hibridación” es un mecanismo de conciliación o intersección entre tradiciones jurídicas, y en nuestro caso, no tiene como propósito cambiar la naturaleza del diseño judicial que es costumbre legal por el texto constitucional –esto corresponde al legislador democrático–, la hibridación referida busca paliar los casos donde la interpretación requiere más de un criterio, que en ocasiones no está en la tradición jurídica de base⁷⁴. No fija optar –como decisión política– por un sistema específico de interpretación basado en el *Civil* o el *Common law*, como se precisó, esto corresponde al legislador democrático o al poder constituyente. El objetivo de la hibridación es que pervivan otras lógicas interpretativas en el diseño preestablecido. Por tal motivo, los juristas y académicos no debemos asumir que la hibridación acortó la distancia entre formalismo y activismo judicial, tal diferencia teórica y jurídica es existente, así por ejemplo, Colombia y los Estados Unidos no se parecen en su interpretación y aplicación del derecho, somos diferentes aun cuando el recurso de la hibridación nos permita tomar del derecho estadounidense –entre otros– ciertas características para concitar una interpretación legal capaz de producir decisiones judiciales idóneas, y con ello estabilizar las realidades que nuestro sistema social requiere, dada la desigualdad, la democracia defectiva y el desarrollo en vía de consolidación que sobrellevamos. Por este motivo, la interpretación judicial que encuentra en el activismo judicial la forma de garantizar la eficacia de los derechos fundamentales logra una elucidación distante a la dimensión formal, aunque en ocasiones, adviértase, este produzca positivos impactos para nuestro avance social y civilizatorio.

⁷⁴ Un caso específico fue la técnica utilizada por la Corte Constitucional para ampliar la cobertura en derechos económicos y maritales –derivados del matrimonio como contrato– a las parejas del mismo sexo en Colombia. La Corte, que apeló a la interseccionalidad dialógica, incorporó al país el “método neoconstitucional de la dignidad del derecho privado”, propio del constitucionalismo civilista europeo, en concreto italiano y español y, en efecto, combinándolo con la dialéctica progresiva y crítica que viene de la “teoría crítica del derecho” propia de los Estados Unidos, horizontalizó el derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo a la par de las parejas heterosexuales. Sin embargo, tal realidad, que diseñó “iconos horizontales” en el tratamiento de las parejas hetero y homosexuales en el mismo nivel de igualdad formal, no cambió el régimen general de la tradición del derecho civil ni tampoco el diseño local de las relaciones de familia, que en Colombia tienen sus fieles en la tradición continental. Véase, Luis Miguel HOYOS ROJAS, “El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (junio de 2012): 1-24. <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.03>

El planteamiento creativista

Creativismo jurídico: una aproximación conceptual

El “creativismo” [no jurídico], definido por Simón Kaplan, es un “mecanismo para la resolución de problemas originados en una realidad precedente”⁷⁵. Howard Gardner afirmó que es la “capacidad de ingenio” que posibilita activamente la solución de un problema usando la realidad preexistente⁷⁶. Ante una indefinición legal del creativismo judicial, en primer lugar, aplicando el concepto de Gardner, podemos admitir que creativismo parte de una “realidad preexistente”, en nuestro caso, tal realidad es el ordenamiento jurídico, o lo que Díez Picazo denominó la “fundamentalidad”. En segundo lugar, aplicando a Kaplan, creativismo es forjar una “idea” acogiendo la noción de innovar o crear, de ahí la locución “(crea)-tivismo”, pero la capacidad de crear o innovar debe partir de una realidad-base, que, para efectos jurídicos, ha sido señalada como el ordenamiento como realidad preexistente. Sobre estas mediaciones teóricas –en sentido hegeliano– descansará la definición que propondremos.

Desde el sentido activista, la creatividad judicial ha sido asociada al creacionismo jurídico, y tal connotación fue presentada, en su día, por el maestro Francisco Laporta⁷⁷. No obstante, desde el planteamiento Gardner-Kaplan consideramos que creacionismo y creatividad jurídicos son realidades distintas: “(crea)-tividad” no puede ser entendida como un planteamiento que otorgue a los jueces la capacidad de crear derecho *per se*, de la nada, concebirlo así, *in toto*, es calcar una falacia de falsa autoridad. Como se dijo, tal competencia reside en legislador democrático; en segundo lugar, la idea de “crear derecho” que se ha presentado desde el activismo judicial como legislar judicialmente, ha sustituido y solapado a la “creatividad jurídica” que es completamente diferente. Así, por ejemplo, los jueces sí pueden crear nuevas concepciones jurídicas a manera de innovaciones,

⁷⁵ Craig A. KAPLAN y A. Simon HERBERT, “In search of insight”, *Cognitive Psychology* 22, n.º 3 (julio de 1990): 374-419. [https://doi.org/10.1016/0010-0285\(90\)90008-r](https://doi.org/10.1016/0010-0285(90)90008-r)

⁷⁶ Howard GARDNER, *Mentes Creativas/ Creating Minds: una anatomía de la creatividad/ an Anatomy of Creativity* (Paidós Transiciones / Transitions) (Ediciones Paidós Ibérica, 1995), 20.

⁷⁷ Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL, “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 1 (noviembre de 1984). <https://doi.org/10.14198/doxa1984.1.29>

pero esto no puede ser entendido como derecho en clave legislativa, pues se rompería la estructura del Estado de derecho⁷⁸. Este planteamiento es compartido por Manuel Atienza al afirmar que en los casos difíciles no es que los jueces creen “estrictamente derecho como el legislador”, sino que aplican una suerte de “derecho implícito”⁷⁹ como igualmente lo vindicaría el maestro Laporta.

En ese orden, si creatividad no es crear derechos en clave legislativa, entonces será la capacidad de crear o innovar a partir de la dimensión formal de los derechos fundamentales. En otras palabras, el “creativismo jurídico” define la capacidad que tiene el juez de innovar o crear el “derecho implícito” a partir del ordenamiento, sin necesidad de suplantar al legislador democrático. Este racionalismo obliga a considerar que el ordenamiento jurídico es la red originaria de información jurídica, el “sistema autopoietico” de Luhmann⁸⁰ de manera que, la realidad social no es la única fuente de respuesta legal, sino un “criterio” de la actividad hermenéutica que informa al juez de los contextos que necesita para lograr el encuadramiento jurídico de la realidad al caso y, no para diseñar o crear el contenido del derecho, tal como lo afirmó André Hauriou al definir el objeto del derecho constitucional.

⁷⁸ “La SC-26828-2005, en sede de Casación Civil, es un ejemplo creativo; en esta sentencia se juridificó una nueva teoría legal de la retrospección de la ley aplicable a una unión marital de hecho ocurrida antes de la expedición de la Ley 54/1990. La Sala Civil asumió como parámetro interpretativo el artículo 58 de la Constitución, pero incardinado a la dimensión formal de los efectos de la Ley 153/1887. La interpretación del caso fijó una “tesis” que precisa que en los casos de anomia jurídica no hay derechos consolidados y que, por tanto, los criterios hermenéuticos de la irretroactividad y la eficacia de la ley deben tener una aplicación inmediata para proteger el derecho constitucional a la propiedad privada del artículo 58 de la carta. Esta tesis tampoco existía y claramente es una nueva regla, que, en efecto, viene a complementar el marco jurídico existente y defiende al mismo tiempo la calidad de sujetos de derechos que el constitucionalismo reconoce a los titulares de la propiedad privada en Colombia” Véase, Yadira ALARCÓN PALACIO y Luis Miguel HOYOS en “La tutela en los asuntos de familia” en *Los Procesos Judiciales ante las Altas Cortes*, III, Corte Suprema de Justicia, editado por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y la Corporación Excelencia a la Justicia (2021).

⁷⁹ Manuel ATIENZA, “Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning”, en *Conceptions and Misconceptions of Legislation* (Cham: Springer International Publishing, 2019), 175-206. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12068-9_8

⁸⁰ Niklas LUHMANN, “Closure and Openness: On Reality in the World of Law”, en *Autopoietic Law - A New Approach to Law and Society*, editado por Gunther Teubner (Berlin, New York: De Gruyter, 1987). <https://doi.org/10.1515/9783110876451.335>

Es creatividad basada en el sistema, cuando el juez descubre el derecho preexistente a partir de las normas en una suerte de develación –que no es autogénesis activista– para fijar nuevos criterios, e incluso normas a partir de las reglas y principios del propio sistema. Es decir, comprender que el derecho es un subsistema dentro del sistema social –de ahí la apelación a Luhmann– y alcanza su plenitud a través de la conexión entre sus normas y, donde también se puede invocar la hibridación para encontrar otros elementos provenientes de sistemas o tradiciones jurídicas distintas. La creatividad es menos “subjetiva” porque apelar a la dimensión formal contribuye a su objetivación –que no es moral ni política– para la estabilización a las fuentes de producción e interpretación del derecho. Por tal razón, a partir de la perspectiva creativista la interpretación, creación e innovación en la decisión judicial es “viable” o constatable por el mismo sistema jurídico de referencia y no construida a partir del *ex nihilo*, como sucede –en ciertas ocasiones– en el activismo judicial.⁸¹

Creativismo judicial y formalismo jurídico

Este procedimiento, que hemos denominado “creativismo judicial”, tiene un hipotético referente en Robert Alexy con su tesis de la “unidad de razonamiento práctico”⁸². En nuestro caso, es la argumentación jurídica que permite en el escenario judicial, integrar el ordenamiento como realidad preexistente o punto de partida con otros elementos necesarios para lograr la decisión judicial, esto también lo precisa Alexy, y, a su manera, Dworkin en su teoría del “ascenso justificatorio”⁸³ que hunde sus raíces en la *Filosofía del Derecho* de Hegel. Ahora bien, distante del planteamiento activista,⁸⁴ el creativismo judicial no plantea la derrota de la ley formal, no invita a los

⁸¹ Afirma Manuel Atienza “donde no se reconoce la autoridad del Derecho, como sucede con la moral no heterónoma del activismo judicial, la necesidad de la interpretación legal desaparece”, se anula el ejercicio creativo del juez para que logre diseñar respuestas a partir del ordenamiento, y surge la creación como forma de interpretación. Véase, Manuel ATIENZA, *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona, España: Editorial Ariel, 1996).

⁸² Robert ALEXY, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris* 17, n.º 2 (junio de 2004): 156-67. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00261.x>.

⁸³ Ronald DWORKIN, *La justicia con toga* (Madrid: Marcial Pons, 2007).

⁸⁴ Duncan Kennedy se distancia del esquema formal de la interpretación en la aplicación del silogismo jurídico. Plantea una aplicación inversa de aquel, donde primero el juez toma la decisión y luego busca las normas que justificaron su adjudicación basada en el mecanismo de

jueces a declarar una “laguna ideológica” no confunde lagunas con aporías y tampoco abre constantes horizontes reflexivos –cual círculo hermenéutico– para aplicar de manera preferencial la interpretación sociopolítica que sustituye el principio implícito de la norma-fuente aplicable al caso. Esta práctica es conocida en teoría en la Unión Europea como “interfaz de conexión” y es, en gran medida, la usanza del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuando interpreta casos donde colisionan –en apariencia– el derecho comunitario con el de los Estados miembros.⁸⁵

El creativismo judicial, por ejemplo, en los casos de la justicia civil –donde se ha manifestado– y en Colombia, a partir de algunos casos en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia⁸⁶, busca la legalidad constitucional del derecho civil como lo plantea el maestro Pietro Perlingieri⁸⁷. Esto es así porque el creativismo permite que el juez civil acompase la interpretación a los principios del derecho privado, reconocidos por el constitucionalismo vigente y, desde allí, innovar en el marco del sistema habilitado, pero no sustituye el margen de apreciación legal por el políticamente extra-jurídico⁸⁸. El creativismo judicial, en tal sentido, no busca crear tampoco mecanismos de control justicieros basados en una teoría política –aunque no lo descarta–, en cambio:

- a. Parte de la dimensión formal de los derechos porque no reduce el derecho exclusivamente a principios.
- b. No busca el conflicto que recarga las conclusiones judiciales y, a partir de una dimensión jurídico-valorativa, considera estimar otras realidades cercanas a la argumentación judicial.

control justiciero, en el marco de una teoría política y ética. Véase, KENNEDY, *A critique of adjudication...*

⁸⁵ Véase, Luis ARROYO, *Empatía constitucional: Derecho de la Unión Europea y Constitución Española* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

⁸⁶ Los profesores Yadira Alarcón Palacio y Luis Miguel Hoyos en “La Tutela en los Asuntos de Familia” conceptualizaron el fenómeno a partir del análisis de la ingeniería activista y creacionista, tomando casos concretos donde ciertas decisiones, siendo innovadoras, no eran activistas sino creativistas con relación al derecho aplicable.

⁸⁷ Pietro PERLINGIERI, *El derecho civil en la legalidad constitucional, según el sistema italo-comunitario de las fuentes* (Madrid: Marcial Pons, 2008), 77.

⁸⁸ Sobre el particular, los estudios de los profesores Yadira Alarcón Palacio y Luis Miguel Hoyos en “La Tutela en los Asuntos de Familia” ilustran sobre la aplicación del sistema creativista judicial en la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

- c. Es un procedimiento que convierte a los jueces en argumentadores jurídicos no estrictamente políticos, porque, al partir de la dimensión formal, estos pueden apelar a la lógica *vazferreiriana* que permite identificar la respuesta creativa desde la diferencia entre condiciones necesarias y suficientes –incluso políticas– para la decisión⁸⁹, y contribuir así al equilibrio razonable entre progresismo y formalidad jurídica.⁹⁰

Así las cosas, queda claro que creación judicial activista es partir de la producción o generación *ex nihilo*, es apelar a la nada jurídica pero sí política, una connotación adanista que, por ejemplo, precisa en ocasiones la deconstrucción del activismo judicial⁹¹. En otras palabras, es aceptar la existencia de un vacío jurídico permanente e injusto, sobre todo tratándose de garantías fundamentales como lo expresa Ernesto Laclau⁹². Creación judicial no puede ser únicamente identificada como *creatio ex materia iuris*, sino creación a partir del ordenamiento que incluso pueda hacer cambiar el sentido interpretativo de la realidad preexistente, este es el planteamiento creativista aquí precisado.

Justicia activista y creativista: construcción de la teoría a partir de sus diferencias

El creacionismo jurídico, al consentir la omnipotencia del juez, revela una potestad que supera los límites de la legitimidad democrática⁹³, es un modelo que contribuye a que la realidad cree derecho –en ocasiones–

⁸⁹ Eduardo VAZ FERREIRA, *Introducción al derecho*, 3a ed. (Montevideo: Editorial Técnica, 1982).

⁹⁰ Cristina LAFONT, “Pluralism and Global Justice”, *Enrahonar. Quaderns de Filosofia* 46 (enero de 2011). <https://doi.org/10.5565/rev/enrahonar/v46.190>

⁹¹ “Contra-cultura jurídica es una forma de interpretación del Derecho que tiene como propósito entender la realidad jurídica fuera del clásico pensamiento dominante, el positivismo hartiano. Una perspectiva crítica constructivista donde el Derecho responde a la moralidad política presupuesta en las normas e instituciones de la comunidad donde operan”. Kennedy, *A critique of Adjudication...*

⁹² Ernesto LACLAU “8.5 ‘Why do empty signifiers matter in politics?’”, en *Deconstruction: A Reader* (Edinburgh University Press, 2001), 405. <https://doi.org/10.1515/9781474470919-047>

⁹³ Para el autor el “caso límite”, donde hay total ausencia de normas para enfrentar una situación que, en consecuencia, no podía ser resuelto sino a través de una decisión pura e incondicionada, se encuentra en Carl SCHMITT, *Legalidad y legitimidad* (Madrid: Aguilar, 1971), 66.

por encima del ordenamiento. Así planteado, “justicia creacionista” es el modelo de protección y eficacia de los derechos fundamentales del planteamiento activista, pues permite el desarrollo de todas las características antes señaladas para el activismo judicial. Se trataría de un sistema donde existe un juez y parámetro de interpretación lejanos a las formas y métodos de la tradicional justicia constitucional o civil. Tal perspectiva encuentra en autores como J. Waldron, Vicki Jackson, Mark Tushnet y Raúl Canosa grandes contendientes. Waldron, por ejemplo, al identificar los excesos del activismo, afirmaría que este modelo encaja en lo que él llamó “sistema de decisión falible” porque produce decisiones aparentemente amparadas en la Constitución⁹⁴; Jackson lo señalaría como ilegítimo “porque no existe justificación para que un grupo de jueces no elegidos democráticamente y sin responsabilidad política directa tomen decisiones como representantes del pueblo”⁹⁵ y, en el mismo sentido, Tushnet, lo definiría como ilegítimo, al no encontrar en el derecho el mejor lugar para construirse⁹⁶. Aspecto que concuerda con Canosa, al afirmar que ningún modelo judicial puede permitir a los jueces crear normas que desplacen al legislador democrático para lograr la “polivalencia” del ordenamiento jurídico.⁹⁷

La “justicia creativista” haría referencia a un modelo que es parte de un sistema de frenos y contrapesos⁹⁸, sería el piloto de protección y eficacia de los derechos fundamentales en el marco de la dimensión formal. Permitiría, a través de la interpretación, moldear el ordenamiento para responder a las necesidades identificadas sin alterar el funcionamiento de las demás ramas del poder público⁹⁹, pues comprende que el derecho puede tener significado, alcance e interpretación a medida que las circunstancias lo demandan

⁹⁴ Jeremy WALDRON, “In defense of legislation”, en *The Rule of Law and the Measure of Property* (Cambridge: Cambridge University Press, s. f.), 76.
<https://doi.org/10.1017/cbo9781139169318.006>

⁹⁵ Vicki JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era* (Oxford University Press, Incorporated, 2013), 605-612.

⁹⁶ Mark TUSHNET, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law* (Princeton University Press, 2009), 69.

⁹⁷ CANOSA, *Interpretación constitucional y fórmula política*, 22.

⁹⁸ JACKSON, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, 609.

⁹⁹ Sobre el particular, Mauricio GARCÍA VILLEGAS, *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957- 1997* (Bogotá: Siglo del Hombre, 2011).

y el sistema jurídico lo permita¹⁰⁰. Materializaría así lo que KONRAD HESSE llamó “invocación de cambios para reinterpretar, sin generar alteración, sustitución o reemplazo de la norma a modo de enmienda”¹⁰¹. No se desecha que en ocasiones el activismo judicial opera como enmienda, pero el creativismo es, directamente, actualización de las normas a partir del propio sistema que ha sido modulado por otros subsistemas jurídicos o la interpretación del juez¹⁰², que apela además al mecanismo de la hibridación. Sin embargo, a diferencia de la justicia creacionista, el modelo de justicia creativista demanda un diseño jurídico que respete lo que Roberto Blanco Valdés llamó “tripartición funcional de los poderes del Estado”¹⁰³ pues legitima la creación judicial del derecho, si solo si la respuesta no invade el ámbito de lo disponible para otros poderes públicos. Dicho hasta aquí, este modelo propende a la deliberación judicial democrática donde la judicatura influya en la gestión de los otros poderes, pero sometida al imperio de la ley –en cualquiera de sus sentidos contemporáneos–. En otras palabras, promueve la identificación del “derecho viviente o vigente” de Ferrajoli o el “derecho implícito” de Laporta, sin que la intervención judicial sea preceptiva de limitaciones a los demás poderes establecidos.

Conclusiones

1. El activismo judicial es un rostro del creacionismo jurídico. La necesidad de creación judicial del derecho es el propósito del creacionismo en el activismo judicial para lograr que los jueces conciban la interpretación como proyecto de reformulación constante que deconstruye el ordenamiento. Esta circunstancia –en ocasiones– se opone al legislador democrático porque usurpa la *interpositio legislatoris* para

¹⁰⁰ Un ejemplo es el manifestado por Yolanda Gómez Lugo en el análisis del caso “Casey” al explicar cómo a partir de ciertas decisiones judiciales los altos tribunales lograron ampliar la dignidad humana; por ejemplo, en cuestiones como la sexualidad por razón de las circunstancias. Yolanda GÓMEZ LUGO, “La dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Dignidad humana y derecho fundamental*, dirigido por R.Chueca (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015), 101.

¹⁰¹ Konrad HESSE, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán* (México: Editorial Porrúa, 2005), 55.

¹⁰² Luis Fernando TORRES, “El Activismo Judicial en la era Neoconstitucional”, *Iuris Dictio* 13, n.º 15 (enero de 2013). <https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.716>

¹⁰³ Roberto BLANCO VALDÉZ, *El valor de la Constitución* (Madrid: Alianza Editorial, 2006), 61.

aplicar una interpretación política que altera el contenido subjetivo del derecho y, por lo tanto, la eficacia de este.

2. Las ingenierías judiciales activistas son creacionistas. Los jueces desempeñan un papel garante de los derechos fundamentales que –a veces– rompe con las limitaciones preestablecidas. Hacen que la eficacia de los derechos no dependa del texto jurídico que prevé su garantía, sino de una cultura de impugnación deconstructiva donde la justiciabilidad crea el contenido de los derechos (este paso es importante en ciertos casos, sin embargo, debe analizarse desde la proporcionalidad y la idoneidad de su pertinencia legal).
3. El creativismo jurídico es un rostro del formalismo neutral. Los jueces logran innovaciones a partir del ordenamiento jurídico. El texto jurídico es tenido en cuenta no solo porque permite la intervención judicial que protege la eficacia de los derechos fundamentales, sino porque logra innovar con sometimiento pleno a la ley. Se trata de un formalismo justo –que no es positivismo excesivo– que indica a los jueces atenerse a sus funciones, integrando la realidad del caso a las posibilidades que brinda la norma sin desdeñar la interpretación social.
4. Las ingenierías judiciales creativistas son activas, no más no activistas. Los jueces desempeñan una práctica judicial activa, pero sometida al imperio de la ley. Interpretan e innovan, pero no apelan a la Constitución como texto vacío, sino que reconocen la preexistencia de disposiciones –principios de regulación interna– como parámetro de interpretación de aquella. En tal sentido, hacen depender la eficacia de los derechos fundamentales a partir de la cultura formalista neutral, donde la decisión judicial tiene correspondencia con el ordenamiento preexistente.
5. El activismo y el creacionismo son evidencias de una práctica judicial que puede vulnerar el Estado de derecho. No se desconocen los cambios positivos introducidos por el activismo judicial, han sido necesarios en un contexto social y político como el colombiano donde la desigualdad estructural es de una extraordinaria ferocidad. No obstante, el activismo y el creacionismo desconocen el aspecto autoritativo del derecho porque son resultado de interpretaciones que

prescinden de las fuentes formales y aplican la Constitución fuera de la estricta juridicidad. Esta práctica, que se advierte, siendo necesaria por las crisis resultantes de un Estado fallido, no deja de transgredir a la tradición jurídica preestablecida. Por tal motivo exigir –exorbitantemente– que los jueces asuman el poder político para resolver las dificultades sociales y garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, es hacer que el Estado sea social, pero jamás de derecho, quizás, “jurisdiccional”. Debe insistirse en que el legislador democrático cumpla su agenda política y la ciudadanía, para ello debe generar mayor incidencia para estimular, cambiar o impulsar las agendas políticas en trámite. Lo anterior para descargar a nuestros jueces de los dilemas sociales, económicos y políticos que, en el ámbito de sus jurisdicciones, les imposibilita cumplir los roles estrictos que para tal efecto diseñó nuestro sistema jurídico de referencia.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. “The Nature of Legal Philosophy”. *Ratio Juris* 17, n.º 2 (junio de 2004): 156-67. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.2004.00261.x>.
- ATIENZA, Manuel. “Legislation and Argumentation: Towards a Model for the Analysis of Legislative Reasoning”. En *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, 175-206. Cham: Springer International Publishing, 2019. https://doi.org/10.1007/978-3-030-12068-9_8
- ATIENZA, Manuel. *Las piezas del Derecho: Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Editorial Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel. *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- BARAK, Aharon. *Judge in a Democracy*. Princeton University Press, 2009.
- BASTIDAFREIJEDO, Francisco. “El fundamento de los derechos fundamentales”. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (Redur)*, n.º 3 (noviembre de 2005). <https://doi.org/10.18172/redur.3856>
- BASTIDAS, Francisco. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. España: Tecnos, 2004.
- BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008.

- BLANCO VALDÉS, Roberto. *El valor de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- BULYGIN, Eugenio. Los jueces ¿crean derecho? *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 18 (octubre de 2021).
<https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i18.501>
- CANOSA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- CANOSA, Raúl. “Un nuevo derecho fundamental en nuestro Ordenamiento”. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 22 (abril de 1991): 251-58.
<https://doi.org/10.33426/rcg/1991/22/1360>
- CANOSA, Raúl. *El control de convencionalidad*. Pamplona: Editorial Pamplona-Civitas Thomson Reuters, 2015.
- CORREA, Raúl. *El control de constitucionalidad en Estados Unidos y Europa*. México: UEC, 1987.
- COURTIS, Christian. *Desde otra mirada: Textos de teoría crítica del derecho*. Buenos Aires: Publicaciones Eudeba, 2001.
- CRENSHAW, Kimberlé. “Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color”. *Stanford Law Review* 43, n.º 6 (julio de 1991): 1241-1299. <https://doi.org/10.2307/1229039>
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier. “Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *Revista IUS* 10, n.º 37 (noviembre de 2016).
<https://doi.org/10.35487/rius.v10i37.2016.7>
- DÍEZ PICAZO, Luis María. *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor-Navarra: Aranzadi, 2013.
- EDMUND DAVIES, Lord. “Judicial Activism”. *Current Legal Problems* 28, n.º 1 (1975). <https://doi.org/10.1093/clp/28.1.1>
- FERNÁNDEZ VIAGAS, Plácido. *El juez imparcial*. Granada: Comares, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.
- FERRERES COMELLA, Víctor. “The Justification of Constitutional Review” En *Constitutional Courts and Democratic Values* (Yale University Press, 2009). <https://doi.org/10.12987/yale/9780300148671.003.0005>
- FIGUEROA RUBIO, Sebastián. “Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica de Duncan Kennedy”. *Derecho y Justicia* n.º 1 (septiembre

- de 2012). <http://ediciones.ucsh.cl/ojs/index.php/derechoyjusticia/article/view/935>
- FIGUEROA, Rodolfo. “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Discusión teórica”. *Revista Chilena de Derecho* 36, n.º 3 (diciembre de 2009): 45. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372009000300006>
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957- 1997*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. “El derecho a la protesta social”, *Derecho y Humanidades*, n.º 12 (septiembre de 2011). <https://doi.org/10.5354/0719-2517.2006.16204>
- GASCÓN, Marina. “Autoprecedente y creación de precedentes en el Tribunal supremo”. *Teoría Jurídica Contemporánea* 1, n.º 2 (diciembre de 2016)
- GARDNER, Howard. *Mentes Creativas: Una Anatomía de la Creatividad*. Madrid: Paidós Ediciones Ibérica, 1995.
- GIUFFRÉ, Carlos Ignacio y Gonzalo Scivoletto. “Diálogo y activismo judicial. Una mirada crítica de la imparcialidad a partir de El Federalista”. *Estudios de Filosofía práctica e Historia de las ideas*, 20 n.º 1 (2018), 3. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6696738>
- GRAGLIA, Lino. “It’s not Constitutionalism, it’s Judicial Activism”. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 19, n.º 2 (junio 1995): 223-293.
- GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*. Estudios de teoría constitucional. México: UNAM, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. “On Law and Disagreement. Some Comments on ‘Interpretative Pluralism’”. *Ratio Juris* 16, n.º 2 (junio de 2003) <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00231>
- HART, H. L. A. *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.
- HAURIOU, André. *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 2a ed. Barcelona: Ariel, 1980.
- HEGEL. *Principios de la filosofía del Derecho*. Edhasa, 2000.
- HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. “La jurisdicción constitucional entre Judicialización y Activismo Judicial: Existe realmente ‘un Activismo’ o ‘el

- Activismo”, *Estudios Constitucionales* 10, n.º 2 (2012): 429. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002012000200011>
- HESSE, Konrad. *Estudios sobre la jurisdicción constitucional: Con especial referencia al Tribunal Constitucional alemán*. México: Editorial Porrúa, 2005.
- HOYOS ROJAS, Luis Miguel. “El método neoconstitucional de la dignidad en el derecho privado: Una aproximación a la igualdad de género en el ámbito de las relaciones familiares homoparentales”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 47 (junio de 2012). <https://doi.org/10.15425/redepriv.47.2012.03>
- ISHIYAMA SMITHEY, Shannon y John Ishiyama. “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002): 719. <https://doi.org/10.2307/1512169>
- JACKSON, Vicki. *Constitutional Engagement in a Transnational Era*. Oxford University Press, Incorporated, 2013.
- KAPLAN, Craig A. y Simon Herbert A. “In search of insight”. *Cognitive Psychology* 22, n.º 3 (julio de 1990). [https://doi.org/10.1016/0010-0285\(90\)90008-r](https://doi.org/10.1016/0010-0285(90)90008-r)
- KEENAN, D. Kmiec. “The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’”, *California Law Review* 92, n.º 5 (octubre de 2004): 1141-1478. <https://doi.org/10.2307/3481421>
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Eudeba, 1996.
- KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication [fin de siècle]*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.
- KENNEDY, Duncan. *Izquierda y Derecho: Ensayos de teoría jurídica crítica*. México: Siglo Veintiuno, 2010.
- KENT, Roach. “Judicial Activism in the Supreme Court of Canada”. En *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, 69-120. Oxford University Press, 2007. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199213290.003.0003>
- LAFONT, Cristina. “Pluralism and Global Justice”, *Enrahonar. Quaderns de Filosofia* 46 (enero de 2011). <https://doi.org/10.5565/rev/enrahonar/v46.190>
- LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis: L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*. Paris: M. Giard & Cie, 1921.

- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier. “Problemas abiertos en la filosofía del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 1 (noviembre de 1984). <https://doi.org/10.14198/doxa1984.1.29>
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El derecho como conjuro: Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2009.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta. *El Estado siempre llega tarde: la reconstrucción de la vida cotidiana después de la guerra*, 1ª ed. Argentina: Siglo XXI Editores, 2019.
- LÓPEZ DAZA, Germán Alfonso. “Inactividad parlamentaria y activismo judicial”, *Revista Jurídica Piélagus* 17, n.º 2 (julio de 2018). <https://doi.org/10.25054/16576799.3121>.
- LUHMANN, Niklas. Closure and Openness: On Reality in the World of Law. En *Autopoietic Law. A New Approach to Law and Society*, editado por Gunther Teubner. Berlin, New York: De Gruyter, 1987. <https://doi.org/10.1515/9783110876451.335>
- KIRBY, M. D. “Judicial activism”, *Commonwealth Law Bulletin* 23, n.º 3-4 (julio de 1997). <https://doi.org/10.1080/03050718.1997.9986485>
- MARTÍNEZ, Faustino, Reseña de “ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia”, traducido por Marina Gascón. *Revista de Estudios Histórico-jurídicos*, n.º 27 (2005): 630-635. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552005000100073>.
- MOLINA BETANCUR, Carlos Mario y Sergio Orlando Silva Arroyave. “El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, n.º 1 (junio de 2020): 117-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>
- PAYNE, Charles. “The Civil Rights Movement as History”. *Equity & Excellence in Education* 19, n.º 3-6 (mayo de 1981): 54-60. <https://doi.org/10.1080/0020486820190310>.
- PERLINGIERI, Pietro. *El derecho civil en la legalidad constitucional, según el sistema italo-comunitario de las fuentes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*. New York: Vintage Books, 2002.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. “Constitutional Jurisdiction as Law-Making”. En *Law in the Making*. Berlin: Springer Berlin Heidelberg, 1988. https://doi.org/10.1007/978-3-642-73052-8_5

- SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar, 1971.
- ISHIYAMA SMITHEY Shannon y John Ishiyama. “Judicial Activism in Post-Communist Politics”. *Law & Society Review* 36, n.º 4 (2002).
<https://doi.org/10.2307/1512169>
- SIRVENT, Consuelo. *Sistemas jurídicos atípicos*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- THAYER, James B. “The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”. En *Bills of Rights*, 293-320. Routledge, 2017.
<https://doi.org/10.4324/9781315096339-12>
- TOMÁS VILLARROYA, Joaquín. *Breve historia del constitucionalismo español*, 4a ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- TORRES, Luis Fernando. “El activismo judicial en la era neoconstitucional”, *Iuris Dictio* 13, n.º 15 (enero de 2013).
<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.716>
- TUSHNET Mark y Roach Ken. “Judicial Activism or Restraint in a Section 33” *World, University of Toronto Law Journal* 53, n.º 1 (2003): 89.
<https://doi.org/10.2307/3650888>
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton University Press, 2009.
- UPRIMNY Rodrigo y Sergio Chaparro. “Inequality, Human Rights, and Social Rights: Tensions and Complementarities”. *Humanity: An International Journal of Human Rights, Humanitarianism, and Development* 10, n.º 3 (2019).
<https://doi.org/10.1353/hum.2019.0028>
- VAZ FERREIRA, Eduardo. *Introducción al derecho*, 3a ed. Montevideo: Editorial Técnica, 1982.
- VERMA, Arvind. “Taking Justice Outside the Courts: Judicial Activism in India”. *Howard Journal of Criminal Justice* 40, n.º 2 (mayo de 2001): 148-165.
<https://doi.org/10.1111/1468-2311.00198>
- WALDRON, Jeremy. “In defense of Legislation”. En *The Rule of Law and the Measure of Property*. Cambridge: Cambridge University Press, s. f. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139169318.006>