

William Iván Gallo Aponte* (Colombia-Brasil)
Alejandro Sanabria Rodelo** (Colombia)

Aproximación a los límites del activismo judicial de los jueces constitucionales: el caso de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil

RESUMEN

El activismo judicial dentro del constitucionalismo moderno genera mitos, adeptos y adversarios. A partir de una metodología deductiva, dialógica comparada, y de una investigación de documentación indirecta, compuesta por doctrina, jurisprudencia y legislación, el presente escrito analiza las actuaciones del Supremo Tribunal Federal y de la Corte Constitucional de Colombia, e intenta una aproximación y proposición sobre los límites del activismo judicial.

Palabras clave: activismo judicial; Corte Constitucional de Colombia; Supremo Tribunal Federal de Brasil.

* Maestrando en Derecho Económico y Desarrollo, Pontificia Universidad Católica del Paraná como becario de la Capes. Miembro del Núcleo de Investigación en Políticas Públicas y Desarrollo Humano, PUCPR. Profesor investigador, Universidad Externado de Colombia. williamg.aponte@gmail.com. william.gallo@uexternado.edu.co. william.aponte@pucpr.edu.br. <https://orcid.org/0000-0001-7157-6291>.

** Abogado, Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como investigador en la Cátedra Unesco de la Universidad Externado de Colombia. Consultor en Derecho Público. sanabria.rodello@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-7716-0940>.

Approach to the limits of the judicial activism of constitutional judges: the case of the Constitutional Court of Colombia and the Supreme Federal Court of Brazil

ABSTRACT

Judicial activism within modern constitutionalism generates myths, adherents and adversaries. Based on a deductive, dialogic comparative methodology, and an investigation of indirect documentation consisting of doctrine, jurisprudence and legislation, this article analyzes the actions of the Supreme Federal Court and the Constitutional Court of Colombia, and attempts an approach and proposition on the limits of judicial activism.

Keywords: Judicial activism; Constitutional Court of Colombia; Supreme Federal Court of Brazil.

Über die Grenzen des juristischen Aktivismus von Verfassungsrichtern/-innen: die Beispiele des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs und des Obersten Bundesgerichts von Brasilien

ZUSAMMENFASSUNG

Der juristische Aktivismus im Rahmen des modernen Konstitutionalismus führt zur Mythenbildung und zur Entstehung von Anhänger- und Gegnerschaft. Ausgehend von einer vergleichenden, dialogbasierten deduktiven Methode analysiert der vorliegende Beitrag zunächst auf der Grundlage einer Erhebung der indirekten Dokumentation aus Doktrin, Rechtsprechung und Gesetzgebung das Vorgehen des Obersten Bundesgerichts und des kolumbianischen Verfassungsgerichtshofs und unternimmt sodann den Versuch, auf der Grundlage einer eingehenderen Betrachtung einen Vorschlag zur Frage der Grenzen des juristischen Aktivismus zu unterbreiten.

Schlagwörter: Juristischer Aktivismus; Kolumbianischer Verfassungsgerichtshof; Brasilianisches Oberstes Bundesgericht.

Introducción

¿Por qué resulta interesante estudiar los fenómenos alrededor de la justicia constitucional en Colombia y en Brasil? Sin duda, la respuesta impone determinadas circunstancias no solo jurídicas, sino también políticas, económicas, sociales y culturales. Por un lado, tanto el Supremo Tribunal Federal de Brasil como la Corte Constitucional de Colombia son instituciones creadas para la salvaguarda de la constitución en contextos marcados por la desigualdad social, donde la garantía de los derechos fundamentales es más prevalente. Por otro lado, porque la justicia constitucional ejercida por ambos tribunales representa un paradigma en materia de control de constitucionalidad, no solo por su composición, sino por la forma en que se ha

venido vinculando el ciudadano en ella. Finalmente, porque sus decisiones han sido objeto de análisis en diferentes latitudes,¹ así como de referencia y adaptación de figuras propias desarrolladas por su jurisprudencia.²

Con este telón de fondo, en este artículo se analiza la actuación de los tribunales constitucionales en el Estado social de derecho, concretamente, de la Corte Constitucional de Colombia y el Supremo Tribunal Federal de Brasil, e intenta una aproximación y proposición inicial sobre los límites del activismo judicial, sobre la base de los principios de separación y el equilibrio de poderes.

Así pues, a partir de una metodología deductiva, dialógica comparada, y de una investigación de documentación indirecta (doctrina, jurisprudencia y legislación) se desarrollan las ideas propuestas en cuatro puntos fundamentales. En primer lugar, se analiza el papel del juez constitucional en el Estado social de derecho; en segundo lugar, se exponen las consideraciones generales alrededor del activismo judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil; finalmente, se proponen algunos límites del mencionado activismo, a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes en la actuación del Supremo y de la Corte.

1. El papel del juez constitucional en el Estado social de derecho

Dentro del Estado social de derecho, el juez constitucional cobra importancia a partir del establecimiento de la *supremacía constitucional*. Esa supremacía se refiere a uno de los pilares del orden político norteamericano, compartido por más de 160 países y varias entidades supranacionales alrededor del mundo. Esa supremacía implica, entre otros, la adaptación de una constitución y de una revisión constitucional

¹ Para un análisis sobre judicialización de la democracia y reforma constitucional en Colombia, véase Rosalind Dixon y Samuel Issacharoff, "Living to Fight Another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy", *Wisconsin Law Review*, n.º 16 (2016), doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>; y David Landau y Rosalind Dixon, "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *Davis Law Review* 53 (2019). Sobre intervención judicial en escenarios de erosión democrática, véase Aziz Z. Huq, "Democratic erosion and the courts: comparative perspectives", *New York University Law Review* 23, n.º 21 (2018). Para un análisis del actual contexto sobre los riesgos constitucionales que implica la presidencia de Jair Bolsonaro, véase, entre otros, Tom Daly, "Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro" (Paper, 14th International Human Rights Researchers' Workshop: 'Democratic Backsliding and Human Rights', 2-3 January 2019).

² Tal es el caso de la figura del "estado de cosas inconstitucional" desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia, en decisiones como las sentencias T-153 de 1998 y T-025 de 2004, esta última adaptada por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en la ADPF 347 de 2015, como se verá más adelante.

con base en una serie de disposiciones, compuesta por elementos explícitos o implícitos, tales como reglas, principios y posiciones jurídicas.³

Así pues, los tribunales y jueces constitucionales emergieron como los principales traductores o intérpretes de esa serie de disposiciones constitucionales, transformándola en directrices para la vida pública, producto de un ejercicio de articulación de cuestiones políticas y jurídicas fundamentales, que, como lo diría Ran Hirschl, “definen las fronteras de lo colectivo o cortan el corazón de las naciones”. En otras palabras, los tribunales y jueces constitucionales son los llamados a practicar y aplicar de forma coherente el contenido de los derechos fundamentales, que, a su vez, es fundante de la fuerza motriz de la constitucionalización.⁴ Sobre esa consideración, este artículo abordará algunas cuestiones alrededor de la función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes, y analizará la Corte Constitucional de Colombia y el Supremo Tribunal Federal de Brasil a la luz de sus constituciones contemporáneas.

1.1. La función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes

El principio de separación de poderes trajo consigo una especialización completa de las funciones estatales, que se manifestó en la independencia de los diferentes órganos del Estado.⁵ De tal manera que cada poder interactúa de forma particular con el orden estatal, aporta la utilidad de su función y contribuye a crear un sistema armónico. La relación entre las ramas clásicas del poder público se complementa y, a su vez, crea límites formales, que se circunscriben a las características de su propia naturaleza.⁶

En este sentido, los sistemas de separación de poderes traen límites implícitos, relacionados con la no interferencia de la función de un poder en el campo de acción de otro. En esta versión clásica de la estricta separación de poderes, a los jueces les está prohibido la creación de normas. No obstante, esta interpretación del principio de separación de poderes parece ser incompatible con el de equilibrio de poderes en estados constitucionales de derecho, en el entendido de que para generar los pesos y contrapesos orientados a materializar los principios y aplicar las normas del ordenamiento jurídico se requiere la interferencia razonable de las ramas del poder público en escenarios que, en principio, no hacen parte de sus atribuciones.

³ Ran Hirschl, “The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism”, en *New Constitutionalism and World Order*, ed. por Stephen Gill y Claire Cutler (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 95.

⁴ Carlos Bernal, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009).

⁵ Riccardo Guastini, “El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo”, *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012-2013): 12-13.

⁶ Por ejemplo, la Constitución Federativa de Brasil de 1988, en su artículo segundo, consagra que los poderes de la Unión son independientes y armónicos entre sí.

No obstante, por más de que cierta interferencia sea razonable o necesaria, no significa que sea ilimitada o difícil de limitar, pues, principalmente para el caso del poder judicial, no está clara la frontera entre la integración institucional armónica y el exceso de poder en las decisiones que no son de estricta naturaleza judicial. Dentro de estas atribuciones se encuentra el control de constitucionalidad, la definición de los derechos constitucionales, la aplicación directa de la constitución y de las normas generales del ordenamiento jurídico.

Para Kelsen,⁷ en términos generales, la función judicial tiene el trabajo de identificar la relación lógica del supuesto fáctico de las normas en abstracto y su aplicación en el caso en concreto. No obstante, desde otra perspectiva, la aplicación de la función judicial tiene tres momentos fundamentales: i) la identificación que debe hacer el juez del fundamento jurídico adecuado para solucionar la controversia; ii) la determinación de la forma sobre la cual los hechos condicionan la aplicación de la norma; y iii) la solución del problema jurídico y la forma en que se van a ejecutar sus consecuencias. Estos tres elementos materializan la función judicial y son la base para la interpretación e integración de las normas por parte de los jueces.⁸

Adicionalmente, los jueces tienen a cargo la responsabilidad de desempeñar el rol de *proteger y vigilar el principio* como elemento de un ordenamiento jurídico integrado,⁹ ya que es el juez, y en particular el juez constitucional, quien está facultado para ser el intérprete último de la constitución, preceptor normativo y estabilizador del orden constitucional. De tal manera, la función judicial, además de las atribuciones naturales de aplicar las normas en casos concretos, tiene la responsabilidad de contribuir al ordenamiento estatal, integrándolo por medio de la aplicación de principios generales establecidos en la carta.

En este sentido, para lograr la *integración* del ordenamiento jurídico, los jueces están dotados de la función judicial de *corrección*, la cual está encaminada a ver el ordenamiento jurídico como una unidad lógica coherente para todos los órganos del Estado, y, dentro de esta unidad, entender los derechos fundamentales como un todo más allá de su dimensión pública subjetiva.¹⁰ La función judicial de corrección en el ámbito de la constitucionalidad de las leyes tiene un matiz descriptivo en todos sus aspectos. Sin embargo, es en el ámbito material de la corrección, dentro de la interpretación judicial, donde se distingue un contexto mucho más amplio de

⁷ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado* (México: UNAM, 1988).

⁸ Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)* (México: Themis, 1996), 172.

⁹ Jorge Ulises Carmona Tinoco, *La interpretación judicial constitucional* (México: UNAM-III, 1995), 175-211. Sobre el desarrollo dogmático de los principios véase Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (São Paulo: Ed. Malheiros, 2014).

¹⁰ Daniel Wunder Hachem, "Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária" (tese doctorado, Universidade Federal do Paraná, 2014), 66-86.

análisis, orientado a buscar las características de la unidad con la constitución y su concordancia práctica.¹¹

Por consiguiente, es posible indicar que la función judicial con relación al principio de equilibrio de poderes, desde una perspectiva kantiana, tiene a cargo la restauración del orden perturbado, mediante la integración de los principios constitucionales y su interpretación conjunta con las normas positivas. Materialmente, esta función otorga verdad o certidumbre legal, mecanismos para la resolución e intervención en controversias o asuntos que involucran sus intereses, y la guarda o la tutela de sus derechos a los ciudadanos.¹²

1.2. La justicia constitucional en Brasil y en Colombia a partir de las constituciones de 1988 y 1991

La justicia constitucional dentro del panorama latinoamericano, principalmente en Colombia y Brasil, tiene ciertas características comunes: i) una *heterogeneidad* por el alto grado de dificultad en sistematizar el universo de cortes constitucionales, tribunales y jueces;¹³ ii) una *apertura al ciudadano* revolucionaria en el establecimiento de acciones constitucionales orientadas a determinar la legitimidad para ejercer el control de constitucionalidad;¹⁴ y iii) un *riesgo del hiperpresidencialismo y del activismo judicial*, que altera los presupuestos clásicos de Montesquieu de división de poderes, y su posterior modificación, en la versión del sistema de frenos y contrapesos de Madison.¹⁵ El objeto de este punto será exponer, a grandes rasgos, las diferentes manifestaciones de las herramientas con las que cuentan la Corte Constitucional y el Supremo Tribunal Federal para el ejercicio de su función judicial constitucional.

¹¹ Edwin Figueroa Gutarra, “Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores”, *Derecho PUCP*, n.º 75 (2015).

¹² Kelsen, *Teoría general...*

¹³ En el caso colombiano, la Corte Constitucional no funge de manera exclusiva como tribunal constitucional. Tanto el Consejo de Estado (máximo órgano de lo contencioso-administrativo) como la Corte Suprema de Justicia (máximo órgano de la justicia ordinaria: civil, penal, laboral y agraria) pueden ejercer funciones constitucionales, pues, al final, todos son jueces constitucionales. Por su parte, en Brasil, aunque el Supremo Tribunal Federal se encuentra en la cúspide de la rama judicial, en esta estructura también se halla el Supremo Tribunal de Justicia, el Supremo Tribunal Electoral, etc.

¹⁴ La manifestación más evidente de esta apertura corresponde con el control ciudadano de constitucionalidad y la posibilidad de que, por ejemplo, en Colombia, cualquier ciudadano pueda ejercer la acción pública de constitucionalidad. Por otro lado, la apertura también puede evidenciarse en las facilidades de acceso a la justicia a través del mecanismo de tutela (Mauricio García y Rodrigo Uprimny, “Tribunal constitucional e emancipação social na Colombia”, en *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, ed. por Boaventura de Souza Santos (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002), <https://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/justconst.html>).

¹⁵ Jorge Ernesto Roa, Magdalena Correa Henao *et al.* *La justicia constitucional en América. Lecciones de derecho constitucional*, Tomo II (Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018), 450-481.

Con la proclamación de la Constitución de 1991 en Colombia nació la Corte Constitucional como un órgano judicial cuyo principal objetivo es *la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución*. No es poca la importancia de la responsabilidad encargada a esta Corte; la materialización de la guarda de los preceptos constitucionales del Estado se encuentra dispersa en varios artículos de la Constitución, a partir de los cuales se pueden manifestar las potestades activistas de los jueces constitucionales y, en especial, de la Corte Constitucional.

En primer lugar, el artículo 86 de la Constitución dispone que los ciudadanos colombianos pueden reclamar sus derechos constitucionales fundamentales a través de acción de tutela.¹⁶ Mediante esta acción, el juez que la conozca podrá emitir órdenes a entidades públicas o privadas para proteger los derechos, evitar que sean vulnerados o impedir que se sigan vulnerando. Esta atribución ha estado directamente relacionada con la definición del contenido y alcance de los derechos fundamentales de los ciudadanos.¹⁷ La acción de tutela representa el mecanismo fundamental y por excelencia a partir del cual los jueces constitucionales en Colombia, y principalmente la Corte Constitucional, tienen notables características de activistas en el ejercicio de la función judicial.

No obstante, la definición concreta del contenido de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela no es la única manifestación de la Corte Constitucional como tribunal activista. Toda vez que la función principal de esta Corte es la guarda de la Constitución, la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes y decretos con fuerza de ley es la herramienta principal de la Corte Constitucional para conservar la coherencia y armonía de las normas como un ordenamiento jurídico unificado. Esta función se materializa en un *dossier* de funciones previstas en el artículo 241 de la Constitución y que permiten a la Corte Constitucional, mediante controles previos, posteriores, automáticos o mediante acciones públicas, declarar la constitucionalidad de las normas y definir el alcance de estas para que se adecúen a los principios y normas constitucionales.¹⁸

¹⁶ La norma que regula la acción de tutela dispone: “Art. 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Cabe destacar que en Colombia todos los jueces son de tutela y tienen competencia para el conocimiento de la acción.

¹⁷ Para efectos de este escrito, se entenderán dentro del concepto de derechos fundamentales, no solo los derechos de libertad, sino también los de naturaleza económica, social y cultural. A los que, de forma errónea, se les ha atribuido su exclusivo carácter prestacional. Se defiende esa errónea atribución porque tanto los derechos de libertad como los de naturaleza económica, social y cultural requieren funciones de abstención, protección y promoción, y ambos afectan las garantías presupuestales del Estado.

¹⁸ Algunas de estas funciones, previstas en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia de 1991, son: 1) Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan

Mediante estas atribuciones, la Corte Constitucional ha expuesto en variadas ocasiones el ejercicio paradigmático de este control. La denominada potestad legislativa negativa¹⁹ y la definición de la interpretación para que las normas puedan ser declaradas inexequibles o conforme a la constitución han contribuido a la materialización de los principios constitucionales y a una aplicación coherente o *relegitimada* de las normas de jerarquía legal. En virtud de esta potestad, la Corte Constitucional ha fallado casos difíciles, como la despenalización parcial del aborto (C-355, 2006), la eutanasia u homicidio por piedad (C-239, 1997), la despenalización del consumo de sustancias psicotrópicas en dosis personales (C-221, 1994) –todas ellas conforme con el derecho al libre desarrollo de la personalidad–, o la creación de figuras jurídicas como el matrimonio igualitario por medio de la aplicación directa de la Constitución (C-577, 2011).

Los anteriores ejemplos representan un claro paradigma del control de constitucionalidad, amparado en una justificación filosófica de la llamada dificultad contramayoritaria. Esta justificación consiste en que si el *constitucionalismo* implica el ejercicio de un poder limitado en atención a los derechos fundamentales, y si la *democracia* significa la manifestación soberana del pueblo y el poder derivado de las mayorías, entre estos dos elementos, es decir, entre constitucionalismo y democracia, se encuentran también elementos que se distinguen entre la razón y la voluntad. Esta distinción impone que entre la garantía de los derechos fundamentales y el respeto del gobierno de las mayorías, el control debe estar orientado integralmente a proteger esos valores y derechos, y a decidir con base en la razón constitucional. Por ejemplo, si hay ocho católicos y dos musulmanes en una sala, no podría el primer grupo deliberar o juzgar sobre lo que consideran los segundos por el simple hecho de ser mayoría.²⁰ En otras palabras, el control orientado a proteger la Constitución supera cualquier consideración de mayorías amparadas en una aparente moral que no está consagrada en la Constitución.

Todas las atribuciones expuestas se materializan en la generación de cambios significativos en las dinámicas sociales y políticas en Colombia. Estas suelen ser empleadas para proteger los derechos de las minorías, ampliar el alcance de los derechos fundamentales y, en general, identificar las dificultades de diferentes grupos o colectivos de personas para ejercer y hacer valer sus derechos.

los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación. 2) Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación. 3) Decidir sobre la constitucionalidad de los referendos sobre leyes, y de las consultas populares y plebiscitos del orden nacional, etc.

¹⁹ Kelsen, *Teoría general...*

²⁰ Luis Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”, *Thesis* 5, n.º 1 (2012): 23-32, <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.

Para la aplicación de estas potestades, la Corte Constitucional se ha dotado de diferentes herramientas en su desarrollo jurisprudencial; una de las más significativas es la denominada *doctrina constitucional*. Según el criterio de la Corte, se hace una distinción entre la *doctrina constitucional integradora* y la *doctrina constitucional interpretativa*, para concluir que la segunda no es vinculante para las autoridades como fuente de derecho, salvo las decisiones que hacen tránsito a la cosa juzgada. Mientras que la primera, determinada como fuente del derecho, suple un vacío en el ordenamiento jurídico y es vinculante para los operadores jurídicos (sentencias T-292, 2006; T-464, 1992; C-083, 1995).

Similar a lo consagrado por la Constitución Política de Colombia de 1991, la Constitución Federal de Brasil de 1988 determina en su artículo 102 que al Supremo Tribunal Federal (STF) le compete la guarda o protección de la Constitución; dentro de esta competencia se enumeran algunas funciones, como procesar y juzgar originariamente, conocer de la acción directa de inconstitucionalidad y de la declaratoria de constitucionalidad de la ley o acto normativo federal o estatal (art. 102 (I)). Asimismo, tiene conocimiento de infracciones penales comunes de funcionarios como el presidente de la República, el vicepresidente, los miembros del Congreso, etc., funciones que para el caso colombiano están en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. También conoce del *habeas corpus* en casos específicos, de determinadas causas de conflicto de competencia, etc.

Así como ocurre en el caso colombiano ya expuesto, para la materialización de la guarda de los preceptos constitucionales del Estado social brasileiro, el orden jurídico constitucional posterior a la expedición de la Constitución de 1988 consagró, además de un amplio catálogo de derechos fundamentales, una caja de herramientas procesales para la garantía de estos derechos y la supremacía constitucional. De esta manera, si para el caso colombiano se consagró la acción de tutela, la acción popular o la acción de grupo, en Brasil se crearon mecanismos como la acción civil pública, la acción popular, el mandato de seguridad colectivo, la acción civil colectiva y el mandato de “injunção”.²¹

Además de estos mecanismos, muchos de ellos incluidos en el artículo 102, o a lo largo del texto constitucional brasileiro, en lo que se refiere al control de constitucionalidad, el orden jurídico brasileiro adoptó –como el caso colombiano– un control mixto de constitucionalidad. Esto es, tanto un control difuso, inspirado en la teoría americana, como un control abstracto de constitucionalidad, propio de la teoría europea, inspirado principalmente en Kelsen. Si bien no es objeto de este estudio profundizar sobre el control de constitucionalidad, es necesario considerar los mecanismos procesales a través de los cuales se ejerce.

²¹ Daniel Wunder Hachem, “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”, *Revista Direitos Fundamentais e Democracia* 14, n.º 14.1 (2013): 656-684.

En el caso de Colombia, la Corte Constitucional tiene la competencia para conocer de la acción pública de inconstitucional, de la excepción de inconstitucionalidad y de la acción de tutela. Del mismo modo, al Consejo de Estado, máximo tribunal contencioso-administrativo, en su calidad de juez constitucional, la Constitución y la ley le otorgaron la misma competencia a través del conocimiento del medio de control de *nulidad simple o general*, la de *nulidad* y la del *restablecimiento del derecho*, al igual que acciones públicas de inconstitucionalidad (art. 135 de la Ley 1437 de 2011). Para el caso de Brasil, en materia de control de constitucionalidad concentrado o concreto posterior, se reconoce el ejercicio ante el STF de cuatro acciones típicas: la acción directa de inconstitucionalidad, la acción directa de inconstitucionalidad por omisión, la acción de declaratoria de inconstitucionalidad y la acción de argumento de incumplimiento de precepto fundamental.

Resulta interesante destacar que estas cuatro acciones legitiman a actores concretos para su ejercicio. De acuerdo con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Federal, estos actores pueden ser universales o con pertinencia temática. Por otro lado, además de lo ya expuesto, se podría indicar que, para el control difuso de constitucionalidad es posible identificar figuras como la cuestión incidental o la acción ordinaria, entre otras.

Por otro lado, resulta relevante la figura brasilera del denominado *mandado de injunção* (art. 102 (q)), también competencia del STF, cuando la elaboración de la norma reglamentaria fuese atribución del presidente, del Congreso, de la Cámara de los Diputados, del Senado, etc. La importancia de esta acción estriba en que actualmente uno de los principales problemas –y que de una u otra manera intenta abordar este escrito– se relaciona con la efectividad de los derechos fundamentales y la inercia de los poderes legislativo y ejecutivo en reglamentarlos. En ese sentido, a través del *mandado de injunção*, el constituyente brasilero le otorgó al ciudadano un mecanismo de ejercicio constitucional; así, cuando se presenta una ausencia en la reglamentación del contenido de los derechos fundamentales, el STF orienta esa laguna o ausencia para garantizar la viabilidad judicial de los derechos fundamentales.²² Esta herramienta se torna necesaria cuando no existe legislación que reglamente el derecho fundamental, o simplemente cuando no hay parámetros mínimos en la Constitución para la especificación del contenido de dicho derecho.

Ahora bien, como en Colombia, el STF decidió casos referidos al paradigma del control de constitucionalidad, amparado en una justificación filosófica de la llamada *dificultad contramayoritaria*, orientada integral y razonablemente a proteger valores, principios y derechos fundamentales sobre cualquier apariencia moral que sin razón se le atribuye al sentido de la Constitución. Así, el STF ha analizado casos principalmente relacionados con la protección jurídica de la vida humana y el libre

²² Daniel Wunder Hachem, *Mandado de Injunção e Direitos fundamentais* (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012); Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária” 155.

desarrollo de la personalidad, como el aborto, cuando el Supremo decidió derogar su criminalización en casos de anencefalia²³ e interrumpir voluntariamente el embarazo durante el primer trimestre, en defensa de los derechos sexuales y reproductivos, así como de la autonomía de la mujer.²⁴ En otro aspecto, y en relación con la eutanasia en Brasil, el STF ha centrado debates alrededor de la dignidad de la persona humana y de la autonomía para la interpretación de la posibilidad de la eutanasia.²⁵ Por último, entre otros ejemplos, el STF reconoció en 2011 la unión estable homosexual, para dar paso a los derechos de la población LGBTI.²⁶

Los casos que representan el paradigma del ejercicio del control de constitucionalidad para la garantía de los derechos fundamentales pueden ser diversos. Dicho paradigma puede incluir o diferenciarse gradualmente del activismo judicial en materia de derechos fundamentales sociales. Lo propuesto en este artículo no permite generar posiciones absolutas sobre la conceptualización del activismo, o sobre su faceta positiva o negativa, por cuanto su reconocimiento dentro del nuevo constitucionalismo no ha sido pacífico. Por el contrario, constituye el inicio de un camino en investigación donde pueden surgir conclusiones similares o diferentes a las aquí expuestas. No obstante, vale la pena hacer algunas consideraciones generales alrededor del activismo judicial en Colombia y en Brasil.

3. Consideraciones generales alrededor del activismo judicial en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia y el Supremo Tribunal Federal de Brasil

3.1. El activismo judicial, su transformación histórica y la proyección de su entendimiento en los procesos constitucionales de 1988 en Brasil y de 1991 en Colombia

Para entender el concepto de activismo judicial podría tomarse como referencia la premisa de Pomed Sánchez sobre la obra de Eduard Lambert. Según Pomed Sánchez, si los principios de separación y de equilibrio de los poderes en Inglaterra y Francia tomaron mayor fuerza en favor del poder legislativo, reconociendo la superioridad de la ley sobre los otros poderes públicos, en los Estados Unidos, la alteración del equilibrio de los poderes fue en favor de un gobierno del poder judicial, denominado el gobierno de los jueces, contribuyendo a la debilidad de la ley.²⁷

²³ Decisión del Supremo Tribunal Federal, ADF 53 de abril de 2012.

²⁴ Decisión del Supremo Tribunal Federal, Acción de *Habeas Corpus* 124.306/RJ.

²⁵ Decisión del Supremo Tribunal Federal, ADI 3510 de mayo de 2005.

²⁶ Decisión del Supremo Tribunal Federal, ADI 4277 y ADPF 132 de 2011.

²⁷ Eduard Lambert, *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes* (Madrid: Editorial Tecnos, 2010).

Por otro lado, más allá de los mitos, las defensas y los rechazos sobre el activismo judicial, es importante tener en cuenta los periodos de actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos expuestos por Pomed Sánchez. A partir de la Decisión *Brown v. Board of Education of Topeka*, con el Tribunal de Warren (1953-1969), se puso fin a la segregación racial en materia de educación y, además, se gestaron importantes avances en la protección de la autonomía del individuo. Por su lado, con el Tribunal de Warren Burger (1969-1986), particularmente con la Decisión *Row v. Wade*, se dio paso a una dinámica liberal, donde la revisión judicial de las leyes representó la impropiedad de cerrar el proceso de escogencia de las decisiones en una sociedad libre y democrática.

Al final, lo destacable de esta remisión a la actuación judicial americana radica, tal como lo indica Lambert,²⁸ en entender que los americanos quisieron desarrollar el dogma constitucional de Montesquieu hasta sus últimas consecuencias lógicas, lo que generó un desequilibrio en favor del poder judicial, con una supremacía a expensas del poder legislativo.

Por otro lado, con una necesaria visión histórica, esa supremacía se correspondió con el desarrollo de un proyecto político de clase, que intentó salvaguardar y legitimar el imperio de la libertad para una minoría, a la par con el establecimiento de ciertas formas de dominación sobre la mayoría. Esto tuvo relación con el entendimiento de la libertad, la propiedad y la seguridad de las élites coloniales durante la Guerra de la independencia de los Estados Unidos. Por ejemplo, en la mente de los colonialistas más ricos, la libertad tiene origen en la acumulación de la riqueza sin ningún límite.²⁹

Ese viejo constitucionalismo liberal –producto de una irracionalidad política y estratégica de los federalistas de élite, centrada en la proyección de una política para suprimir rebeldes y proteger las minorías–, no puso fin a la dominación de clase y racial. Por el contrario, se fortaleció en nuevas formas, por ejemplo, dar atribuciones a un poder constituido para transformar los intereses particulares en un asunto estructural. Así pues, el nuevo constitucionalismo se definió como una maniobra de preservación de la hegemonía conservadora, donde se redujeron los riesgos para una élite gobernante, y la autoridad de traducir las disposiciones constitucionales fue delegada en los tribunales.³⁰ El constitucionalismo se erigió como una herramienta o seguro frente a un ambiente político inestable.³¹ El activismo se desarrolló como un asunto de clase, en favor de minorías con poder y propiedad.

²⁸ Lambert, *El gobierno...*, 21.

²⁹ Stephen Gill y Claire Cutler, eds., “Genealogy, origins and world order”, en *New Constitutionalism and World Order* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 77-79.

³⁰ Gill y Cutler, “Genealogy, origins and world order”.

³¹ Ran Hirschl, “The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism”, en Gill y Cutler, *New Constitutionalism...*, 98.

Desde esta visión histórica, es plausible que la existencia de un activismo judicial en América Latina obedezca a un problema de incertidumbre en la acometividad de un mercado en constante expansión por parte de una agenda ideológica victoriosa. Asimismo, es importante destacar, tal como lo entiende Ran Hirschl, que ese nuevo constitucionalismo, nacido como una especie de seguro para la preservación y garantía de privilegios y preferencias políticas, es compatible con constituciones producto de periodos de transición.³²

Si en Brasil, la Constitución de 1988 fue una respuesta y una transición de la dictadura militar desde 1964 hasta la normalización democrática y la conquista del Estado social de derecho, en Colombia, la Constitución de 1991 también identifica esa transición, caracterizada en múltiples intentos por acrecentar la lucha contra el narcotráfico, la crisis política generada por el monopolio político bipartidista, y la intensificación del conflicto armado interno que involucró una multiplicidad de actores (guerrillas, agentes del Estado y grupos paramilitares). A pesar de las diferencias que existen entre ambas transiciones, en el caso colombiano, el proceso hacia una normalidad democrática ha estado caracterizado por cierta lentitud. Esto se debe a que la instauración de una normalidad democrática, que garantice plenamente los derechos fundamentales, se ha visto desdibujada por proyectos políticos posteriores a la Constitución (periodo político 1992-2010); otros trataron de dar una salida, con un proyecto económico sin amplias garantías sociales (periodo 2010-2018). A pesar de estos últimos intentos, esa normalidad permanece en una oscuridad casi agonizante, principalmente en lo que tiene que ver con la construcción de una paz estable y duradera (periodo político 2018 hasta la actualidad).

De acuerdo con la visión de Ran Hirschl, es evidente que los procesos constitucionales de Brasil y Colombia obedecieron a periodos de transición política, que permitieron el protagonismo de una revisión constitucional para otorgar una red de seguridad a todas las partes, lo que facilitó la transición a la democracia. Este fenómeno llevó, entonces, a la creación de un tribunal constitucional como una institución de seguridad para los riesgos de la negociación democrática. En otras palabras, frente a condiciones de incertidumbre electoral, la revisión constitucional pudo erigirse como una forma de seguro para posibles perdedores electorales durante la disputa constitucional.³³

El problema no es, entonces, que el control constitucional como herramienta por excelencia de la Corte Constitucional y del Supremo Tribunal Federal represente un seguro para las fallas del diseño institucional, que consolide una protección de garantías y principios fundamentales a los participantes del juego democrático. El

³² Hirschl, "The origins of the new constitutionalism: lessons from the 'old' constitutionalism", 100.

³³ Tom Ginsburg, "Economic analysis and design of constitutional courts", *Theoretical Inquiries in Law* 3 (2002), <https://www.degruyter.com/view/journals/til/3/1/article-til.2002.3.1.1042.xml.xml>.

problema del seguro, como es propio de los asuntos jurídicos alrededor del riesgo, es que no se establezcan los límites de manera clara y determinada, pues puede llevar a estructurar litigios lesivos para la democracia.

Con todo, se podría indicar o abrir una discusión sobre la conceptualización del activismo judicial, no solo en relación con la actuación paradigmática de los tribunales constitucionales en el ejercicio del control de constitucionalidad (que sobre la justificación filosófica de la doctrina *contramayoritaria* destaca las virtudes de la hermenéutica constitucional sobre el amparo de derechos fundados en la Constitución), sino como un activismo que aún no responde a clases ni a minorías, ni juega un papel relevante en las reducción de las desigualdades.

Estas minorías y clases ahora son representadas por aquellos que tienen acceso y conocimiento de justicia o saben cómo es posible llegar a ella. Un activismo que es manifiesto en la injerencia del Tribunal Constitucional a partir de sus decisiones, que se encierran en una cápsula de poder y hegemonía ideológica, postulando como justo y legítimo lo que considera como juez-autoridad subjetiva y no como juez-autoridad objetiva y colectiva; un activismo que impide el adecuado desarrollo del programa político de las otras ramas del poder público, actuando como protagonista principal del escenario político. Ese activismo de injerencia, que desconoce un constitucionalismo de diálogo entre las diferentes ramas del poder público, que juzga exclusivamente sobre la dimensión o faceta subjetiva de los derechos fundamentales, dejando de entenderlos como un todo (objetivos, subjetivos, individuales y transindividuales), es el que pone en riesgo la democracia y el gobierno de las mayorías, el gobierno derivado del pueblo.

3.2. Aproximación teórico-fáctica al activismo del Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Colombia³⁴

La posibilidad de exigir judicialmente la garantía de los derechos fundamentales ganó fuerza después de promulgada la Constitución de 1988 en Brasil y la Constitución de 1991 en Colombia. Ambos textos consagraron el Estado social de derecho

³⁴ El protagonismo de la función judicial en el Estado social de derecho se enmarcó dentro del denominado neoconstitucionalismo. Sobre el asunto, Luigi Ferrajoli destaca que en esta corriente neoconstitucionalista ha operado un paradigma que intenta compatibilizar los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho, en donde las constituciones han dejado de ser un simple instrumento para la asignación de competencias, para convertirse en una especie de medio o vehículo, lo que implica una asunción o relevancia de la discrecionalidad judicial, encaminada a hacer efectivas conquistas históricas que no fueron reconocidas [“Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011): 15-53]. Por otro lado, vale la pena destacar que la función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes ha sido causa de diversas transformaciones. Desde una óptica más positiva, Stanley C. Brubaker, en un análisis de la obra de Ronald Dworkin, destaca que este presentaba un favoritismo por el activismo, en nombre de una constitución estrictamente interpretada como el papel apropiado por parte de los tribunales.

y, sobre el amparo de esa cláusula constitucional, la exigibilidad judicial representó una estrategia orientada a cobijar el abandono de una concepción que negaba la fuerza jurídico-normativa de las disposiciones constitucionales; en consecuencia, generaba una situación de desamparo al titular de los derechos fundamentales sociales, cuyo goce no era garantizado por el Estado debido a su inercia u omisión.³⁵

Siguiendo a Luis Roberto Barroso, las normas constitucionales que definen los derechos encajan perfectamente en el esquema conceptual de derecho subjetivo, basado en las ideas de deber jurídico, violación y pretensión. De esa forma, el Estado, al incumplir el deber jurídico constitucionalmente vinculado, violando el derecho otorgado al ciudadano que lo titulariza, otorga a este la posibilidad de postular individualmente el cumplimiento de las prestaciones positivas y negativas que incumben al poder público, incluso mediante acción judicial.³⁶

De esa forma, como lo identifica Daniel Wunder Hachem, en Brasil se vivió un periodo marcado por el activismo judicial desenfrenado, producto de la consideración o centralización del campo de análisis de los derechos fundamentales sociales en la dimensión subjetiva. En ese sentido, un poder judicial convencido de que los derechos sociales, como los otros derechos fundamentales, se encuadraban únicamente como derechos subjetivos pasó a admitir la concesión judicial individualizada de pretensiones jurídicas cuya titularidad era transindividual (difusa o colectiva).³⁷

Esa consideración obedeció a la transformación de un derecho constitucional brasileiro formalista y legalista anterior a la Constitución de 1988, ligado a una perspectiva autoritaria. En ese periodo se cuestionaba la legitimidad democrática del Poder Judicial para concretar las normas de carácter más abstracto, pues se entendía que esa función, la de traer las escogencias políticas y morales de la sociedad, cabía a los representantes electos por el pueblo. Ya con el advenimiento de la Constitución de 1988 y la idea de la supremacía de la carta, con el establecimiento de un derecho

No obstante ese argumento, Dworkin resalta: “La alternativa al pasivismo no es un activismo crudo atado sólo al sentido de justicia de un juez, sino un juicio mucho más discriminatorio y fino que da lugar a varias virtudes políticas pero que, a diferencia del activismo o el pasivismo, deja fuera la tiranía” [Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica* (Barcelona: Editorial Gedisa, 1988), 266]. De acuerdo con el mismo Dworkin, “el programa del activismo judicial sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente ‘vagas’ [...]. Deben elaborar principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte” [*Los derechos en serio* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1984), 127].

³⁵ Daniel Wunder Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia* 13, n.º 13 (2013): 631.

³⁶ Luis Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8.ª ed. (Rio de Janeiro: Renovar, 2006), 100-101.

³⁷ Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, 361.

constitucional de efectividad, se pretendió dar mayor eficacia social a las disposiciones constitucionales.³⁸

No obstante, sin dejar de lado las virtudes que trajo consigo la Constitución de 1988, ese periodo está marcado por una perspectiva individualista del derecho administrativo, donde a pesar de que las normas definidoras de derechos fundamentales sociales vinculan directamente a la administración pública, el problema de su ineffectividad da paso y posibilita la reivindicación individual judicial de las prestaciones para la satisfacción de esos derechos.³⁹

En otras palabras, el entendimiento de la aplicación inmediata de los derechos fundamentales, disposición que se encuentra en la Constitución de Brasil de 1988 y en la Constitución de Colombia de 1991, se orientó a sustentar la posibilidad de exigir judicialmente, frente a las omisiones de la administración pública o del legislativo, la realización plena de los derechos. El Supremo Tribunal Federal acoge esta postura en total compatibilidad con la Corte Constitucional de Colombia.

De esa manera, se abandonó una posición conservadora, que desconfiaba al aceptar la posibilidad de reclamar actuaciones estatales positivas, y se pasó a entender la fundamentalidad de los derechos y a analizarlos como derechos exclusivamente subjetivos, exigibles ante el poder judicial. La adopción de ese entendimiento en la jurisprudencia brasilera, con identidades en el constitucionalismo colombiano posterior a la Constitución de 1991, representó una expresiva ampliación de la intervención judicial, orientada a la concesión de prestaciones estatales positivas dirigidas a la efectividad integral de los derechos fundamentales sociales.⁴⁰

Esa característica de concesión y garantía de prestaciones estatales positivas sobre el análisis de los derechos fundamentales como derechos estrictamente subjetivos constituyó el establecimiento de un activismo judicial. Pero este no es el único caso; de forma aún más general, cuando el STF, frente a la inexistencia de una política pública, toma la potestad creativa para la promoción, ampliación y acceso, desdibujando y confundiendo la idea de derecho social con la de política pública, también está siendo activo, formulando una política pública y vinculando a la administración pública.⁴¹ Lo común en ambos casos consiste en la insistencia en conceder prestaciones individualizadas; en su mayoría, estas son situaciones objetivas, que requieren una prestación universal y espontánea de la administración pública.⁴²

³⁸ Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, 348.

³⁹ Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, 349.

⁴⁰ Hachem, “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”, 450.

⁴¹ Véase Caroline Müller Bitencourt, *Controle jurisdicional de políticas públicas* (Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013).

⁴² No se desconoce aquí la existencia de una dimensión subjetiva de los derechos fundamentales. Por el contrario, existen posiciones jurídicas fundamentales que al tiempo que

Los asuntos de salud y educación son algunos ejemplos sobre los que puede materializarse este activismo. Este es el caso de las decisiones del Supremo Tribunal Federal, donde se concedieron pedidos de tratamientos de salud de alto costo, algunos de ellos en el exterior, sin una debida comprobación de eficacia de los resultados para la curación de enfermedades raras. Daniel Wunder Hachem presenta algunos *leading cases* sobre la materia, en donde, concretamente, un portador de una enfermedad rara de *distrofia muscular de Duchene* argumentó que en los Estados Unidos existía una clínica capaz de curarlo. Con todo, según el autor, estas decisiones se han ido fundamentando más en la emoción que en la razón, son incongruentes y desmedidas, y acaban por dejar en jaque la consecución de las políticas públicas, perjudicando no solo un empleo racional de los recursos públicos, sino la garantía y prestación universal de los derechos fundamentales.⁴³

En Colombia, la situación no es diferente. Los argumentos generales para analizar el activismo del Supremo Tribunal Federal de Brasil son compatibles con el ejercicio que viene desarrollando la Corte Constitucional. En materia de salud, por ejemplo, la Corte, a través de la Sentencia T-760 de 2008, examinó los problemas estructurales del sistema de salud debido al incremento del número de demandas judiciales. En esa ocasión, la Corte ordenó reestructurar una política pública en salud a partir de un enfoque basado en los derechos fundamentales. Esa reestructuración incidió en decisiones de naturaleza administrativa, principalmente en la forma como se venía prestando el servicio público de salud.

De manera concreta, con la decisión se impartieron órdenes generales encaminadas a conjurar las fallas de la regulación respecto a los planes de beneficio, la sostenibilidad financiera, el flujo de recursos del sistema de salud, así como de su cobertura. Dentro de esas órdenes se especificaba la claridad en la definición de beneficios, la realización de auditorías institucionales sobre el desempeño con los usuarios, la conformación de un plan de contingencia para garantizar recobros apropiados y oportunos de costos asociados con el cuidado de salud, etc.⁴⁴ Con todo, esa injerencia de la Corte fue activa por cuanto formula y supera la vinculación de la administración pública en materia de políticas públicas.

son parte de la dimensión objetiva, pueden ser reclamadas individualmente si atienden a razones objetivas (Hachem, “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”. En el mismo sentido, véase Daniel Wunder Hachem, “São os direitos sociais ‘direitos públicos subjetivos’? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 11, n.º 3 (2019): 404-436.

⁴³ Véase análisis de la decisión del Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar 1246 de 1997, ministro Celso de Mello (Hachem, “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”, 345).

⁴⁴ Alicia Ely Yamin y Oscar Parra-Vera, “How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court”, *PLoS Medicine* 6, n.º 2 (2009): 2551, <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pmed.1000032>.

Adicionalmente, la Corte Constitucional reconoció el estado de cosas e hizo lo que a su juicio era necesario para proteger los derechos de los ciudadanos en casos de gran relevancia, como los de las sentencias T-590/98 sobre la deficiencia en la protección de los defensores de derechos humanos; SU-559/97 en lo relacionado con la protección de los derechos a la igualdad del magisterio; y T-068/98 con respecto a los derechos de los jubilados.

En materia de activismo judicial relacionado con derechos sociales, el tratamiento que le ha dado la doctrina colombiana parece insuficiente. Esa insuficiencia radica en que se ha considerado que solo en el caso de sentencias sobre derechos prestacionales en sentido estricto podría hablarse de un verdadero activismo por parte de la Corte, por cuanto las órdenes de este tribunal en todos los demás casos no implican una erogación económica, o, si la hacen, se trata de una erogación ya prevista por una norma, lo que constituye derechos sociales prestacionales de pago de lo debido.⁴⁵ Esta parte de la doctrina desconoce que tanto las sentencias prestaciones en estricto sentido como aquellas erogaciones concedidas en atención al cumplimiento de una norma constitucional pueden superar los límites presupuestales, la invasión en la asignación de escogencia política de los recursos y la estricta consideración del aspecto subjetivo de los derechos fundamentales.

El activismo no solo hace referencia a la injerencia que impide el adecuado desarrollo y ejecución del programa político de las otras ramas del poder público, sino también a la postulación de lo que el juez-autoridad subjetiva considera justo, legítimo y conforme a la constitución, dejando de lado la verdadera autoridad objetiva y colectiva del tribunal, y encerrándose en un poder y hegemonía ideológica. De esta manera, se ha evidenciado que el Supremo Tribunal Federal de Brasil viene actuando de acuerdo con la moralidad subjetiva de sus agentes, conformando así un populismo enemigo de la democracia, que ignora las normas jurídicas para definir lo que es justo.⁴⁶

Ese nuevo populismo ideológico, caracterizado por Eneida Desirée Salgado como un enemigo de la democracia, se manifiesta en el uso de un discurso moralista que va más allá de un intento por atraer votos o de la intención de desdibujar la imagen de los adversarios en las propagandas y en los debates. Ejemplo de esa pérdida de referencia de la Constitución es presentado por Salgado en el control de constitucionalidad sobre la Ley de Ficha Limpia (Ley 135 de 2010). En esa oportunidad, el STF decidió validar la ley pese a los defectos formales que presentaba. Además de este caso, en decisión relacionada con las facultades del presidente de la República para anular la nominación de un ministro de Estado estimada como “inmoral”, uno

⁴⁵ Maria Paula Saffon y Mauricio García Villegas, “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”, *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 75-107.

⁴⁶ Eneida Desirée Salgado, “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos”, *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 117 (2018): 193-217.

de los ministros consideró la existencia de un derecho en superación de un ilícito atípico que no existe en el Estado de derecho. En otras palabras, ignoró la legalidad del Estado sobre una lectura privada moral del juez.⁴⁷

Existe un caso que merece especial atención, por cuanto fue el más representativo del diálogo entre el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Colombia: el estado de cosas inconstitucional, adoptado por la justicia constitucional brasilera a través de la Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 347 de 2015, para tratar de atender y superar los problemas y las deficiencias del sistema carcelario brasilero. Sobre el particular, cabe destacar que en el derecho colombiano se ha venido declarando una pluralidad de estado de cosas inconstitucional, principalmente en materia de cárceles, desplazamientos y salud. Ya se hizo un análisis general sobre salud; vale la pena destacar los otros dos aspectos.

En materia carcelaria, la Corte Constitucional, a través de la Sentencia T-153 de 1998, declaró el estado de cosas inconstitucional en las cárceles de Colombia y ordenó al Estado la creación de una política pública de creación de más cárceles con el objetivo de que los derechos fundamentales de los internos de las instituciones carcelarias no fueran vulnerados. Esta providencia representó un hito en la actividad judicial, puesto que dio órdenes a todas las instituciones encargadas de crear la política pública carcelaria, ante la violación multidimensional de los derechos fundamentales de esta población vulnerable.

Por otro lado, en materia de desplazados, en 2004, luego de resolver diferentes casos relacionados con la tutela de los derechos de las víctimas del desplazamiento forzado, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-025, mediante la cual declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional, al reconocer que existía en Colombia una vulneración sistemática y masiva (de derechos), producto del incumplimiento de las diferentes instituciones del andamiaje estatal. En esta providencia, la Corte reiteró que todas las instituciones del Estado en las diferentes ramas del poder público tenían la obligación constitucional de garantizar los derechos de las personas víctimas de desplazamiento forzado a causa del conflicto armado interno, y de protegerlas en su vida, honra y bienes.

Este episodio de la historia contemporánea constitucional en Colombia es un gran ejemplo de los matices del ejercicio de funciones activo del tribunal constitucional, ya que en este fallo se emitieron diversas órdenes generales y concretas, tal como ocurrió en Brasil, a todas las instituciones estatales en las diferentes esferas de la administración pública, a los funcionarios de la Rama Judicial, e incluso al Congreso de la República, para que estos asumieran sus roles, orientados a la superación

⁴⁷ Algunas decisiones resaltadas por Eneida Desirée Salgado: Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070, ministro Gilmar Mendes, Decisión de 18 de marzo de 2016. Véase también Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Constitucionalidade 29 y 30, voto do ministro Joaquim Barbosa, Julgamento em 16 de fevereiro de 2012; Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 5017, Decisión liminar do ministro presidente Joaquim Barbosa em 17 de julho de 2013.

del estado de cosas. Lo expuesto anteriormente, más allá de dar una aproximación a la estructuración conceptual del activismo judicial, otorga una idea sobre el panorama actual y activo de la justicia en Brasil y en Colombia. Vale la pena proponer unos límites a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes.

4. Los límites del activismo judicial a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes en la actuación de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil⁴⁸

Los Estados que acogen el principio de equilibrio de poderes como piedra angular de su andamiaje institucional suelen estar en un constante debate público sobre las atribuciones de cada una de las ramas del poder público, y su competencia para encargarse de las diferentes funciones estatales. Como se expuso en apartados anteriores, se han superado sistemas de organización estrictamente formalistas que conciben a los órganos del Estado como dispositivos deónticos cuya característica fundamental es excluir la racionalidad práctica de las funciones estatales a fin de evitar extralimitaciones de las instituciones.

En contraposición a estas teorías, los ordenamientos jurídicos modernos han optado por dotar a sus instituciones de realismo jurídico y dialógico para obtener un poder público integrado, que evite la arbitrariedad de cada una de sus funciones y, a su vez, que deje la menor cantidad de vacíos y antinomias para el ejercicio pacífico de los derechos de los ciudadanos. No obstante, estas posiciones modernas pueden poner en riesgo el principio de equilibrio de poderes, al dotar de poderes extraordinarios o enfrentarse ante un escenario de ausencia de límites entre las diferentes ramas del poder público.

Particularmente, por el talante activista de los jueces constitucionales, puede verse en riesgo la circunscripción y el desarrollo de competencias de las demás ramas del poder público, y, por lo tanto, la institucionalidad completa, puesto que, en primer lugar, es imposible asegurar la integridad de los jueces y su independencia total; en segundo lugar, la interferencia de los jueces en cuestiones de decisión estrictamente democrática o de carácter técnico puede provocar peores situaciones de injusticia y desigualdad que las que buscan solucionar. Por consiguiente, aquí se analizarán algunos límites de los jueces activistas, los cuales resultan indispensables para preservar

⁴⁸ Para una propuesta a estos límites, véase Luiz Henrique Diniz Araújo, “O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori”, *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 129-150, doi: 10.5380/rinc.v5i1.56088; véase también Antonio Ezequiel Inácio Barbosa y Martonio Mont’Alverne Barreto Lima, “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo”, *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 109-128, doi: 10.5380/rinc.v5i1.55825.

el principio de equilibrio de poderes, y evitar situaciones de crisis institucional que afecten el ejercicio de los derechos constitucionales. Los límites identificados no responden a criterios estrictos que los jueces deberían acatar, sino, por el contrario, a elementos que deberían tener en cuenta en el ejercicio de su actividad.

Legalidad. Este límite dicta que aunque el juez constitucional tenga que recurrir a los campos de aplicación de los otros poderes públicos, deberá hacerlo con base en las funciones atribuidas por la constitución y la ley. De tal forma que las discusiones surgidas a partir de la actividad de los jueces garantistas, *no podrán desprenderse por ningún motivo de atribuciones autoimpuestas o que no tengan una relación razonable con lo establecido en la ley positiva.*

Como lo señala Jesús Vega, en los ordenamientos jurídicos modernos se aceptan los errores del legislador, incluso las antinomias entre las normas de carácter legal o administrativo, con los preceptos normativos y principios incorporados en la constitución, ya que el juez constitucional tiene la atribución de la salvaguarda del orden jurídico mediante la declaratoria de inconstitucionalidad, o incluso la inaplicabilidad de normas en virtud de principios constitucionales.⁴⁹ No obstante, esto no indica que el juez, en sus providencias, no deba basarse en la ley y en las demás fuentes normativas reconocidas por el ordenamiento jurídico.

Racionalidad. Si los jueces constitucionales deben acogerse a la legalidad para el ejercicio de sus atribuciones, el ejercicio de la función judicial debe estar dotado de racionalidad, despojándose de cualquier tipo de emotividad, con lo que se entiende que la jurisdicción ha de ser una práctica de rango justificativo. Por lo tanto, el deber de motivación implica que la aplicación del derecho en los casos concretos es el resultado de la práctica lógica, en la cual el juez identifica e interpreta la regla aplicable, no como un simple instrumento de réplica de lo proferido por el legislador, sino a partir de la integración de los principios del ordenamiento jurídico, que dé como resultado la práctica de una interpretación con una evidente carga de racionalidad.⁵⁰

La racionalidad como límite a la actividad judicial comprende que los jueces estructuren un razonamiento valorativo primario de juicios, la reformulación de reglas para encontrar su adecuada implantación, la introducción de excepciones en un análisis sistemático del ordenamiento jurídico y la creación de nuevas normas para solucionar casos difíciles no regulados por la ley.⁵¹

Por lo que respecta al equilibrio de poderes, el límite de la racionalidad va encaminado no solo a las motivaciones del juez constitucional sobre la aplicación de normas y principios, sino a la necesidad de una racionalidad que conduzca a

⁴⁹ Jesús de Vega, “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41 (2018).

⁵⁰ Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1969), 366.

⁵¹ Manuel Atienza, “Argumentación y legislación”, en *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, ed. por A. Menéndez (Madrid: Civitas, 2004).

ampliar o circunscribir el alcance de las normas de tal forma que tenga en cuenta la intención del legislador en materia de derechos sociales, y que vaya en línea con decisiones ya expedidas por la misma corporación o ajustándolas racionalmente conforme a la realidad, creando líneas jurisprudenciales uniformes. No obstante, la uniformidad de estas decisiones no puede recaer en la posibilidad de convertirse en un legislador radical a la hora de proteger los derechos. Así, pues, dentro de esta racionalidad, la tecnicidad y un análisis de impacto de la decisión judicial resultan relevantes.

Por último, el límite de la racionalidad debe indicar al juez constitucional cómo abordar el campo del legislador, en el sentido de que no usurpe sus funciones y encuentre soluciones que logren el desarrollo legislativo y la protección del orden jurídico perturbado. De tal forma, la racionalidad aplicada en las providencias judiciales debe evitar la inmersión completa del juez constitucional en el debate político y hacer que su motivación sea suficiente para ser investido de legitimidad.⁵²

Armonía institucional. El juez constitucional, en sus providencias, debe procurar preservar la armonía institucional y dictar providencias que integren las funciones constitucionales de los diferentes órganos del Estado. El juez constitucional que opta por una conducta activista ilimitada puede ocasionar el vaciamiento de la dimensión institucional y la invasión en las funciones de los otros órganos, provocando situaciones de inestabilidad, que están en el borde de la arbitrariedad.⁵³ Por tanto, el juez debe tener en cuenta que el poder público es solo uno y que los diferentes órganos están legitimados para actuar de forma conjunta en la protección de los derechos y el orden constitucional. De no hacerlo, puede causar un desequilibrio de poderes, que atente contra valores fundamentales inmersos en la mayoría de los Estados, como el principio democrático.⁵⁴

Independencia. Mediante el ejercicio de la actividad judicial, los jueces constitucionales deben tener en cuenta que la función judicial no es una función política ordinaria, sino un poder estratégico orientado al cambio del derecho en la sociedad. Este es un poder eminentemente reflexivo, vinculado –como lo vimos con anterioridad– a la idea de corrección.⁵⁵ Por lo tanto, al inmiscuirse en discusiones políticas de forma particular, apartándose de los métodos propios de la actividad judicial, el juez puede propender a la politización de la justicia.⁵⁶ Esto adquiere mayor relevancia cuando los jueces constitucionales se enfrentan a los

⁵² F. Fernando Atria, *La forma del derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2016).

⁵³ Alfonso García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista* (Madrid, Trotta, 2009).

⁵⁴ Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia* (Madrid: CDCP, 2012).

⁵⁵ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia* (Madrid, Trotta, 2016).

⁵⁶ Ran Hirschl, “The Judicialization of Politics”, *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford: Oxfordhandbook, 2013.

casos hito que deben concebirse como medidas temporales y racionales orientadas a dictar los lineamientos de análisis para que las instituciones encargadas definan los vacíos jurídicos. En estos casos, si los jueces constitucionales optaran por la usurpación de poderes representativos, su independencia se vería afectada, puesto que se podrían instrumentalizar para cumplir objetivos particulares dentro del debate político.

Legitimidad. Por último, los jueces constitucionales deben tener en cuenta que la interferencia puede generar situaciones de ilegitimidad institucional en dos sentidos: en primer lugar, frente a las otras ramas del poder público, y, en segundo lugar, frente a sus propias decisiones, al extrapolar *prima facie* sus atribuciones constitucionalmente reconocidas. El vaciamiento de las demás ramas del poder público puede significar para ellas la deslegitimación de la importancia de su actividad en la práctica jurídica. Esta situación se encamina al no acatamiento de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas y legislativas, en vista de que la actividad judicial es suficiente para definir todas las situaciones jurídicas. Por otro lado, la expedición de providencias por fuera de las atribuciones jurídica y socialmente reconocidas puede producir un desacato masivo de las decisiones de los jueces, de fatal efecto para el Estado de derecho.

Conclusiones

Intentar proponer conclusiones a un estudio que pretende aproximarse a los límites del activismo judicial de los jueces constitucionales –concretamente de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil– es un asunto ambicioso. Se prefiere entonces generar provocaciones e iniciar caminos sobre asuntos que requieren ser analizados desde la academia y ser considerados por los operadores públicos.

No obstante, de lo aquí expuesto son deducibles algunas ideas. En primer lugar, la función judicial dentro del esquema de equilibrio de poderes –además de la integración, producto de su función interpretativa– debe no solo garantizar la supremacía constitucional y el cumplimiento de los derechos sociales, sino también ser armónica al considerar la potestad innovadora del legislador y la necesidad de que la administración pública ejecute sus programas y políticas de forma automática, integral y espontánea. Tanto en Brasil como en Colombia es notoria una injerencia del tribunal constitucional en el ejercicio de competencias que le son ajenas por mandato constitucional y legal.

En segundo lugar, el activismo ejercido por ambos tribunales hace referencia a la superación de una actividad judicial sustentada en una fundamentación filosófica de la doctrina contramayoritaria, entendiendo entonces que el activismo que aquí se explica parte del reconocimiento de una posición superior de minorías con acceso a la justicia, que argumentando posiciones jurídicas subjetivas impiden la

objetivación y la universalidad en la garantía de los derechos. Asimismo, ese activismo ha venido minando elementos del populismo, enemigo de la democracia y desestabilizador de los procesos constitucionales.

Finalmente, intentando aproximarnos a los límites del activismo judicial a partir del esquema estatal del equilibrio de poderes en la actuación de la Corte Constitucional de Colombia y del Supremo Tribunal Federal de Brasil, es pertinente priorizar la legalidad, la armonía institucional, la independencia y la legitimidad. Sin duda, este escrito representa el inicio de un estudio amplio sobre el que vale la pena generar un espacio académico para disertar.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014.
- ATIENZA, Manuel. “Argumentación y legislación”. En *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, editado por A. MENÉNDEZ. Madrid: Civitas, 2004.
- ATRIA, Fernando. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- BARBOSA, Antonio Ezequiel Inácio y Martonio MONT’ALVERNE BARRETO LIMA. “Influência das teorias dos diálogos institucionais e da última palavra provisória no pensamento constitucional brasileiro contemporâneo”. *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 109-128. doi: 10.5380/rinc.v5i1.55825.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 8.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- Barroso, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. Thesis 5, n.º 1 (2012). <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>.
- BERNAL, Carlos. *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho: escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BITENCOURT, Caroline Müller. *Controle jurisdicional de políticas públicas*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2013.
- BRUBAKER, Stanley C. “Reconsidering Dworkin’s Case for Judicial Activism”. *American Bar Foundation Research Journal* 12, n.º 1 (1987).
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. *La interpretación judicial constitucional*. México: UNAM-IIJ, 1995.
- DALY, Tom. “Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro”. Paper presentado en el 14th International Human Rights Researchers’ Workshop: ‘Democratic Backsliding and Human Rights’, 2-3 de enero de 2019.
- DE VEGA, Jesús. “Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial”. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* 41 (2018).

- DINIZ ARAÚJO, Luiz Henrique. “O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori”. *Revista de Investigações Constitucionais* 5, n.º 1 (2018): 129-150, doi: [10.5380/rinc.v5i1.56088](https://doi.org/10.5380/rinc.v5i1.56088).
- DIXON, Rosalind y Samuel ISSACHAROFF. “Living to Fight another Day: Judicial Deferral in Defense of Democracy”. *Wisconsin Law Review*, n.º 16 (2016). doi: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2726045>.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1988.
- ELY YAMIN, Alicia y Oscar PARRA-VERA. “How do courts set health policy? The case of the Colombian Constitutional Court”. *PLoS Medicine* 6, n.º 2 (2009). <http://dx.doi.org/10.1371/journal.pmed.1000032>.
- FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 34 (2011).
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia*. Madrid: Trotta, 2016.
- FERRERES, Víctor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrid: CDCP, 2012.
- FIGUEROA, Gutarra Edwin. “Separación de poderes y jueces constitucionales: un enfoque de roles correctores”. *Derecho PUCP* 75 (2015).
- FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press, 1969.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista*. Madrid: Trotta, 2009.
- GARCÍA, Mauricio y Rodrigo UPRIMNY. “Tribunal constitucional e emancipação social na Colombia”. En *Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa*, editado por Boaventura DE SOUZA SANTOS. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. <https://www.ces.uc.pt/emancipa/research/pt/ft/justconst.html>.
- GILL, Stephen y Claire CUTLER, eds. “Genealogy, origins and world order”. En *New Constitutionalism and World Order*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- GINSBURG, Tom. “Economic Analysis and Design of Constitutional Courts”. *Theoretical Inquiries in Law* 3 (2002). <https://www.degruyter.com/view/journals/til/3/1/article-til.2002.3.1.1042.xml.xml>.
- GUASTINI, Riccardo. “El poder judicial bajo el imperio de la ley. Un punto de vista normativo”. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 3 (2012-2013): 12-13.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.
- HACHEM, Daniel Wunder. “A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)* 14, n.º 14.1 (2013).

- HACHEM, Daniel Wunder. “A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento”. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia* 13, n.º 13 (2013).
- HACHEM, Daniel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba. Tese Doctorado. Universidade Federal do Paraná, 2014.
- HACHEM, Daniel Wunder. “São os direitos sociais ‘direitos públicos subjetivos’? Mitos e confusões na teoria dos direitos fundamentais”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* 11, n.º 3 (2019): 404-436.
- HIRSCHL, Ran. “The origins of the new constitutionalism: lessons from the ‘old’ constitutionalism”. En *New Constitutionalism and World Order*, editado por Stephen GILL y Claire CUTLER. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.
- HIRSCHL, Ran. “The Judicialization of Politics”. *The Oxford Handbook of Political Science*, 2011.
- HUQ, Aziz Z. “Democratic erosion and the courts: comparative perspectives”. *New York University Law Review* 23, n.º 21 (2018).
- KELSEN, Hans. *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM, 1988.
- LAMBERT, Eduard. *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos. La experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.
- LANDAU, David and Rosalind DIXON. “Abusive Judicial Review: Courts against Democracy”. *Davis Law Review* 53 (2019).
- ROA, Jorge Ernesto, Magdalena CORREA HENAO et al. *La justicia constitucional en América. Lecciones de derecho constitucional*, Tomo II. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- SAFFON, Maria Paula y Mauricio GARCÍA VILLEGAS. “Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia”. *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 75-107.
- SALGADO, Eneida Desirée. “Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos”. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 117 (2018): 193-217.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*. México: Themis, 1996.

Documentos legales y jurisprudencia

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acción de *Habeas Corpus* 124.306/RJ.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3510 de mayo de 2005.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 4277 y ADPF 132 de 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida Cautelar 1246 de 1997.