

Jorge Mejía Turizo**
Roberto Pérez Caballero***

Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes*

Judicial activism and its effects on the division and balance of powers

Recibido: 12 de diciembre de 2014 / Aceptado: 23 de febrero de 2015

Palabras clave:

Activismo judicial,
Juez legislador positivo y negativo y
Juzgador administrador.

Resumen

Con el presente artículo de reflexión se pretende exponer teóricamente que el fenómeno del activismo judicial desdibuja los límites competenciales del ejercicio de los poderes públicos a favor del juzgador, lo que dependiendo de la óptica de equilibrador o intruso, se puede ver como legítimo o ilegítimo. Asimismo, se sustentará en qué circunstancias un juez crea derecho, asumiendo la condición de legislador positivo, también se ilustrará cuándo actúa como legislador negativo y bajo qué presupuesto como juez-administrador. Finalmente se sostendrá que el sistema actual de frenos y contrapesos en Colombia adolece de un desequilibrio o desbalance provechoso para la judicatura.

Key words:

Judicial activism, Judge positive and
negative legislator and
Judge administrator.

Abstract

With the present paper is to explain theoretically the phenomenon of judicial activism blurs the jurisdictional limits of the exercise of public powers in favor of the judge, so depending on the perspective of balancing or intruder can be seen as legitimate or illegitimate. Also, it will be supported under what circumstances a judge creates law, taking the form of positive legislator, also will illustrate when acting as negative legislator and under what budget as judge-administrator. Finally, we argue the present system of checks and balances in Colombia suffers from an imbalance profitable for the judiciary.

Referencia de este artículo (APA): Mejía, J. & Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. En *Justicia*, 27, 30-41.

* El presente artículo se deriva de las disertaciones investigativas realizadas en la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla.

** Abogado, Docente investigador de la Corporación Universitaria Rafael Núñez, Magíster en Derecho Administrativo, Diplomados en Gestión Pública de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, Exbecario del programa Jóvenes Investigadores e Innovadores de Colciencias. mejiaturizo@gmail.com

*** Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Magíster en Derecho Administrativo, se ha desempeñado como Personero delegado para la defensa y promoción de los derechos humanos del Distrito de Barranquilla, Inspector de policía y actualmente como Secretario de Gobierno del Distrito de Barranquilla. robertoperezcaballero@hotmail.com

INTRODUCCIÓN

Como punto de partida es preciso señalar que este artículo aborda un aspecto que en los últimos años ha adquirido una prolífica producción literaria y que es objeto de discusión en diversos encuentros de disertación jurídica que se llevan a cabo en el contexto latinoamericano, y por supuesto en el global. Pues bien, este aspecto al que se hace referencia, denominado comúnmente como “activismo judicial”, es catalogado por cierto sector de la doctrina especializada como un abuso de poder (Green, 2009; Cabrillo, 2011), mientras en otra orilla, algunos tratadistas sostienen que es la justa intervención del aparato de justicia como equilibrador ante la indolencia y paquidermia de otros órganos de poder (Landau, 2010; López, 2004; Pisarello, 2000).

De cualquier manera, es ostensible que en las últimas décadas la función jurisdiccional ha sufrido una lenta pero sostenida metamorfosis que obliga a repensar en el contenido del rol del juez en la contemporaneidad, pues cada día se hace más visible, o por decirlo de cierta forma, más mediática la labor del juzgador, como si hubiese experimentado una especie de “hipertrofia funcional”. Pero porqué ocurren tales transformaciones, si las reformas judiciales no le dan un viraje profundo a los aspectos competenciales. Lo cierto es que, lentamente se ha ido expandiendo una corriente de pensamiento jurídico que invita al juez a ser más garantista, más osado y audaz en la interpretación de la norma, más irreverente frente a los paradigmas y los dogmas petrificados, lo invita a tener una visión en clave de realidad social material y no de realidad

formal cimentada en recalitrantes y ortodoxos sistemas anquilosados.

Así pues, la estridencia que genera este tópico frente a otros de naturaleza jurisdiccional, ha llevado a que sea considerado en esta oportunidad, para hacer una inmersión en el debate y asumir una postura frente a esta revolucionaria forma de gestión de los asuntos jurisdiccionales. En primer lugar, sea menester señalar, a qué se le viene denominando recientemente activismo judicial, para proporcionar un acercamiento conceptual y contextual. En ese orden de cosas, se empieza por Bolick (2007), para quien esta expresión hace referencia a la práctica y concepción según la cual el juez se convierte en un limitador y actor subsidiario de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de la Constitución y los derechos fundamentales. Por su parte Morello (citado por Aguerre, 2010) lo considera como

“la creatividad de las sentencias, al protagonismo del tribunal y al *aggiornamento* del servicio de justicia, dicho en otros términos, nos encontramos frente al Activismo Judicial, toda vez que los magistrados hacen interpretaciones novedosas sobre el texto constitucional y con esto, envían algún tipo de mensaje a los Poderes del Estado y a la sociedad en general” (p. 4).

Circunscribiendo el activismo judicial al tema puntal de los análisis de constitucionalidad de las normas, arguye que

“en los casos de inexequibilidad de la ley, se requiere la idea de que esos casos tienen una “respuesta correcta”; es decir, de antemano se conoce la respuesta que “debe” tener el caso planteado,

y si la decisión no se ajusta a esa expectativa de corrección se califica como activista” (p. 125).

El mismo autor enseña que se pueden catalogar como manifestaciones de activismos “las decisiones que interpretan el sentido de una norma hasta órdenes dadas a la Administración” (p. 126), concluyendo que el fenómeno *sub examine* se presenta cuando “los jueces constitucionales toman decisiones que remplazan o subrogan en alguna medida la labor de las ramas ejecutiva y legislativa del poder público” (p. 126).

En lo que respecta al autor argentino Maraniello (2008), Activismo es toda “actitud activa, frontal y directa frente a diferentes obstáculos que se pueden presentar en el camino hacia un determinado objetivo” (p. 125) y por consiguiente un juez activista es un “magistrado que desprovisto de toda formalidad brega por el cumplimiento de sus propósitos en búsqueda de la verdad jurídica objetiva con respeto de los derechos constitucionales” (p. 127).

En el sentido de las anteriores apreciaciones doctrinales, el activismo judicial, corresponde al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, asumiendo cierto protagonismo en el tema de reconocimiento y protección de garantías de los ciudadanos y por supuesto promoviendo una dinámica fluida de creación de derecho.

El término fue acuñado por el juez federal norteamericano Wayne, al señalar que el “Judicial Activism” se puede presentar de dos maneras, por un lado de manera jurisprudencial, al declarar judicialmente ciertos valores o conferir determinados derechos a ciertas colectividades sociales; o, de otra forma, al tomar la decisión del juez para defender un derecho quebrantado

argumentando que ese remedio judicial justificable por el apremio *pro homine*, invade la competencia de otros órganos, como el caso de la política (Wayne, 1992, citado por Gálvez, 2010).

Ahora, la actitud de los jueces no siempre ha sido activista, más bien desde el establecimiento del estado de derecho y la consolidación de la división de los poderes públicos, los administradores de justicia habían conservado una posición pasiva, de simple aplicadores del derecho positivo, para lo cual acudían a una simplista fórmula de solución silogística para los casos planteados, se apelaba a la concepción de resolución de controversias teniendo un esquema tarifado, pues la ley era inmensamente previsiva y difícilmente podía pecar por defecto, bajo estas premisas, el juez se limitaba a ser, la boca que apenas pronuncia las palabras de la ley.

Superada la etapa descrita precedentemente se incursiona en un nuevo entorno “neoconstitucionalista”, en el que el juez tiene mayor margen de maniobrabilidad “decisional”, puesto que las reglas cerradas se rompen, dejando espacios para que este pueda realizar abstracciones hermenéuticas y deseche el vetusto esquema de construcciones silogísticas para la solución de casos. Se puede decir que a partir de ello, se vislumbra, un *remake* de la representación simbólica de la justicia ciega, y en su lugar se abre paso una “Temis” que descorre su velo para ver y pronunciar más allá de lo que dice la ley (Mejía, 2010).

El problema que a grandes rasgos se pretende plantear con el presente artículo, es si el fenómeno del activismo judicial produce el efecto de ir desvaneciendo las líneas funcionales que

separan los poderes públicos y si ese sistema de controles recíprocos entre ramas no se está “desbalanceando” a favor de un poder con mayor acento controlador o limitador.

En este punto es pertinente señalar, que el estudio del activismo judicial se justifica a fin de establecer *prima facie* unos límites a la actividad desbordada del juzgador y así determinar cuándo podría considerarse que existe una invasión arbitraria o quizá atenuada a las competencias constitucionales y legales de las demás esferas de poder del amplio aparato estatal. En ese sentido, se determinará cuándo se presenta una válida y justificable creación de derecho vía jurisprudencial, y en qué circunstancias se configura implícita o explícitamente un rompimiento a los principios de separación y equilibrio de poderes.

Activismo judicial y creación de derecho

El activismo judicial presupone que el juez realice, entre otras, una función que en principio solo corresponde al órgano legislativo: crear normas. Pero el juez no crea en el sentido formal y estricto de la palabra una norma, no obstante, sí crea una regla de regulación para similares casos y puede otorgar o extender derechos que taxativamente el sistema jurídico no contemplaba.

Aramburo (2008) en torno al papel creador de derecho del juez plantea un problema político básico: ¿Es ello compatible con la democracia? Y sostiene que el problema, no es nuevo. En los mismos orígenes del constitucionalismo moderno, las fuerzas políticas contramayoritarias, que llevaron la Corte Suprema norteamericana a autoadjudicarse el control de constitucionalidad de las leyes, en la sentencia *Marbury contra Madi-*

son, a comienzos del siglo XIX, se produjo una tensión problemática entre el activismo judicial y el reclamo contra la extralimitación política de los altos tribunales. La tesis triunfadora rehabilitaba una vieja concepción de democracia: al fin y al cabo es el control judicial el único dispositivo que puede preservar la continuidad de ciertos principios que son el núcleo de la vida democrática y que están plasmados en la Constitución.

Por su parte Taruffo (2005) sostiene que la afirmación de que el juez crea derecho ya no es un tema que deba suscitar gran problemática. La potestad creadora del juez no se limita al análisis hermenéutico de las normas, realizada en las distintas sentencias, sino que se vierte en todas las decisiones que debe tomar en el curso del proceso. No se reduce, en ese entendido, a las normas, sino que empieza por la determinación de los hechos de que depende la aplicación de aquellas.

A pesar de la apreciación de Taruffo, respecto a su consideración de no ver la creación judicial del derecho como un problema, puede existir cierto riesgo de arbitrariedad por parte del juzgador a la hora de resolver algunas problematizaciones políticas, o donde no hay delimitación clara en torno a la separación derecho y moral, o en casos donde deba aplicarse una norma que por su contenido se considere de “textura abierta”¹. Así pues, una actitud caprichosa y prejuiciosa de

1 Hart acuñó en la filosofía del derecho la expresión “textura abierta” para referirse a la presencia de un núcleo de certeza y de una penumbra de incertidumbre en la aplicación de palabras generales. Lo que buscaba Hart era otra metáfora que apoyara su idea de la creación del derecho “intersticial”. Ahora, la más adecuada interpretación que puede darse a la expresión “textura abierta” que empleó Hart, es que buscaba un término para referirse a la vaguedad en sentido amplio. (Timothy & Endicott, 2000).

alguien que detenta el uso de la fuerza echa por tierra los valores de una democracia; asimismo, el hecho que las leyes puedan ser efectivamente transformadas en su aplicación anula el debate legislativo. Bajo esta tesis, la creación judicial de derecho sin el señalamiento de unos condicionamientos o límites –que pueden hacerse desde la misma jurisprudencia– traería consigo que las decisiones jurisdiccionales no sean con apego a las normas.

El efecto difuminador del activismo judicial en el principio de división de poderes

La expresión difuminar de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española (2012), es concebida como “Desdibujar los colores o los contornos con el dedo o con un difumino” (p. 20) o en otra acepción “Hacer perder nitidez, claridad o intensidad” (p. 20). Así entonces, cuando hacemos alusión al efecto difuminador –o también podríamos llamarle “desvanecedor”– del activismo judicial frente al principio de división de poderes, se está señalando que cuando el juez asume en sus decisiones una actitud extremadamente activista, que produce injerencia en la esfera competencial de otro poder, –y esto no puede ser contrarrestado²– de alguna manera las líneas o límites que separan funcionalmente las diferentes potestades del Estado, son desdibujadas o son saltadas por un poder judicial que implícitamente administra o legisla.

Así pues, el activismo judicial extremo bo-

rra de un tajo el principio de división tripartita del poder público³, ya que a pesar que existe la consagración de otro principio, el de colaboración armónica, según el cual excepcionalmente las ramas del poder pueden ejercer funciones propias de otra rama, lo cierto es que cuando un juez desborda arbitrariamente su ámbito funcional más allá, incluso del principio de colaboración –el cual es reglado– se desvanecen los límites competenciales de la función pública.

Pero no se debe acusar airadamente a los órganos de administración de justicia de un recalcitrante, obstinado y abusivo activismo judicial. Pues hay que establecer si en realidad se está frente a una intromisión judicial o es una actitud acertada que se debe asumir para llenar el vacío de poder que dejan las autoridades que omiten el cumplimiento de sus cometidos (función equilibradora), y que pudiera traducirse en una forma de expresión del principio del *checks and balances*, sustentada en que la rama Judicial corrige el desequilibrio en la balanza del poder complementado el poco peso que aporta la otra rama. Así justificado el fenómeno, no debe verse entonces, como una patología en la distribución del poder (Mejía, 2010).

En cuanto a este aspecto, el autor norteamericano David Landau (2010) advierte esta situación, cuando en su *paper* intitulado “Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law” sostiene que las condicio-

2 No puede ser contrarrestado muchas veces porque las decisiones judiciales se amparan bajo el ropaje del principio de cosa juzgada.

3 Incluso en Constituciones como la ecuatoriana de 2008 y la boliviana de 2009 no se habla de ramas del poder público sino, de “funciones” e integran otras, como la función de control social y función electoral.

nes políticas y administrativas de Colombia dan licencia para que la Corte Constitucional entre a intervenir en un claro activismo judicial. Señalando además que es quizás la más activista del mundo, que ha actuado en varias ocasiones como sustituto del legislativo, inyectando políticas al sistema, conjurando problemas muy complejos y policéntricos, y desarrollando una amplia concepción de los derechos constitucionales que usa para controlar e incluso reemplazar al poder ejecutivo (Mejía, 2010).

Ahora bien, al juez, algunos autores (Febres, 2010; Fernández Segado, 2012; López Daza, 2011) teniendo en cuenta esa dinámica activista, lo han considerado un verdadero legislador positivo. Por ejemplo, cuando el órgano judicial ejerce el control de constitucionalidad establece algunos parámetros o reglas que en forma *erga omnes* hace vinculantes para los coasociados. Tales reglas vinculantes proferidas judicialmente, se consideran por algunos que debieron ser objeto de regulación por parte del Legislativo.

En el caso colombiano, el control desplegado por la Corte Constitucional le ha generado numerosas críticas, entre otras cosas por modificaciones efectuadas a las leyes por medio de las cuales, ordena la posición de un efecto no previsto por el legislador. Los críticos consideran que la Corte invade los campos del Legislativo y que ella contribuye a crear un clima de inseguridad jurídica (López Daza, 2011).

Asimismo, en el ejercicio del control de constitucionalidad los jueces además de crear reglas (legislador positivo) también anulan normas (legislador negativo). Al respecto de esta

última facultad, Hans Kelsen (1999 a) defendió la existencia de los tribunales constitucionales, con la necesidad de asegurar la supremacía de la Constitución y la regularidad de la normativa vigente. El jurista vienés sostuvo que una Constitución sin garantías de anulación de actos inconstitucionales, no es una Constitución que amerite el título de ser estrictamente vinculante, es por esto que Kelsen (1999 b) concibe el Tribunal Constitucional como un legislador negativo, cuando ejerce la función de anular normas cuando contravengan las disposiciones constitucionales (López Daza, 2011).

El juez además de legislador positivo y negativo también, podría actuar como administrador público. Para ilustrar ese papel, hasta cierto punto, usurpado, de administrador, Landau (2010) resalta el caso de la crisis hipotecaria que afrontó Colombia a finales de la década de los 90, la cual amenazó a miles de propietarios con perder sus viviendas por cuenta de las deudas con el sistema financiero y las alzas en la tasa de interés, fenómeno que se conoció generalizadamente como “la crisis del Upac”. En ese momento la Corte Constitucional intervino avocada por el gran número de tutelas y demandas de constitucionalidad que tuvo que conocer a raíz del debacle financiero, y su actuación fue de un dinamismo inusitado, puesto que convocó reuniones con los actores involucrados en la crisis, resolvió los casos de una manera ponderada y coadyuvó en la redacción y proposición ante el Congreso del texto legal que finalmente logró corregir la dificultad presentada.

Cabe resaltar, en cuanto al juez administra-

dor, el emblemático caso que gira en torno a la situación de desplazamiento forzado que adolecen ciertos grupos poblacionales, frente al cual la Corte Constitucional ha intervenido de manera frontal y consistente, exigiendo al gobierno la toma de medidas estructurales para afrontar ese fenómeno, que está siendo desatendido desde la institucionalidad por la ausencia de una verdadera política en esta materia. Es así, como la Corte Constitucional mediante Sentencia C-025 de 2004 hace un diagnóstico general de la situación de los pueblos desplazados y fija un marco de protección. Las órdenes dadas en esa providencia son de dos tipos: una general dirigida a todos los pueblos y otra especial dirigida a pueblos específicos. Desde ese pronunciamiento la Corte ha expedido alrededor de 84 autos con la finalidad de darles continuidad a las órdenes impartidas en la sentencia, requerir informes y acciones concretas, hacer seguimientos precisos, además de establecer indicadores de gestión y evaluación del grado de cumplimiento de los derechos de los desplazados.

Pero las intervenciones de la rama Judicial en cuestiones que atañen a políticas públicas no se quedan allí, de hecho, la Corte Constitucional mediante una sentencia de tutela, la T-760 de 2008, que en principio debería tener efectos *inter partes*, obliga al gobierno nacional a tomar medidas generales para solventar las dificultades que afronta el sistema de salud y le exige entre otras cosas, reformar los Planes Obligatorios de Salud (POS) del régimen contributivo y subsidiado, asegurar el flujo de los recursos

adoptando un plan de contingencia para realizar los recobros atrasados en el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, ampliar las competencias del Comité Técnico Científico de cada EPS para que se pronuncie sobre si concede o niega solicitudes de servicios médicos, tomar medidas especiales para que no existan obstáculos en la prestación del servicio a los menores de edad.

El efecto de desbalance del activismo judicial en el principio de *checks and balances*

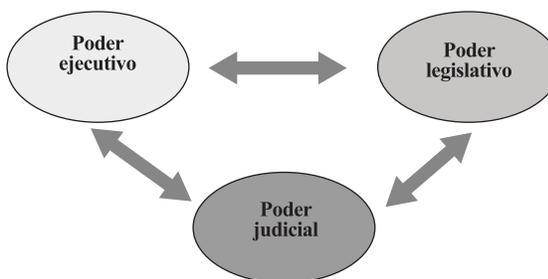
El *checks and balances* es un principio que tiene origen en el constitucionalismo anglosajón, que la doctrina hispano parlante le ha denominado comúnmente el principio de los “frenos y contrapesos” y que consiste en que cada una de las ramas del poder se controlen las unas a las otras, para prevenir que una de estas se convirtiera en suprema, y para inducirlas a cooperar; los sistemas de gobierno que emplean la separación de poderes se crean típicamente con un sistema de *checks and balances* (La Porta, 2003).

En el caso colombiano, los controles a las decisiones de las diferentes ramas de poder es diverso, así, los órganos judiciales controlan vía revisión de constitucionalidad las leyes o decretos con fuerza de ley (Corte Constitucional) o los decretos reglamentarios (Consejo de Estado, control residual difuso). El Ejecutivo puede objetar una ley expedida por el Legislativo por considerarla inconstitucional o inconveniente, por su parte el órgano legislador puede ejercer control político sobre el gobierno y la administración, y a través de este declarar la moción de

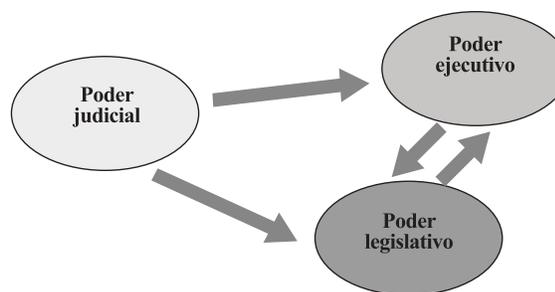
censura sobre ciertos funcionarios del gobierno, procedimiento mediante el cual se busca despojar la investidura a tal funcionario por su defectuosa, ineficiente o inconveniente gestión. Ahora, las decisiones de los jueces no tienen control en otra rama del poder público. Sí existe un control de las decisiones judiciales al interior de la estructura de justicia, es decir, un control endógeno, pero tales decisiones no tienen una forma de control exógeno.

Los anteriores planteamientos son el fundamento para señalar que no existe un verdadero equilibrio en el control de los poderes, puesto que el equilibrio implica que haya unos controles entre ramas. ¿Pero quién controla exógenamente la decisión de la rama Judicial? si después que los fallos o sentencias hacen tránsito a cosa juzgada no tienen control por fuera de la rama, mientras que decisiones de Legislativo y administrativo tienen control de la justicia. En ese sentido, no se puede plantear un equilibrio de poderes, más bien existe un desequilibrio o un desbalance en el que la función jurisdiccional sale aventajada. Ahora, el hecho que los jueces o magistrados sean elegidos o sancionados por otra rama, no quiere decir que se estén equilibrando las cargas, pues esa función nominadora y sancionadora no es estrictamente una función de control de decisiones.

El modelo controles y contrapesos del sistema colombiano se podría representar gráficamente de la siguiente forma, en el que la dirección de las flechas indica cuál rama controla las decisiones de otra:



Un control, en apariencia ideal, en que exista un verdadero equilibrio, un puro, recíproco y cíclico principio de frenos y contrapesos, se podría graficar de la siguiente manera, en el que la dirección de las flechas indica cuál rama controla las decisiones de otra:



En atención a esta desigualdad de control de decisiones no se podría predicar en forma contundente un pleno principio de *checks and balances*, y el activismo judicial es consecuencia de esto, puesto que el órgano judicial puede aprovechar esta posición de privilegio para generar un desbalance a favor de ella. El juzgador se convierte en legislador porque cuando controla esta función, indirectamente o directamente crea una regla vinculante *erga omnes*, y el juzgador se convierte en administrador porque cuando controla esta función, implícita o explícitamente adopta políticas públicas u ordena ejecutar una norma con fuerza de ley. Pero como el Ejecu-

tivo y el Legislativo solo juzgan o administran justicia excepcionalmente en virtud del principio de colaboración armónica, sin controlar las decisiones judiciales, se hallan en posición de desventaja frente al juzgador.

CONCLUSIONES

Cuando se dieron las primeras decisiones activistas en la justicia (Caso Brown vs. Borrad of Education, Suprema Corte de Estados Unidos, 1954), como toda cuestión que irrumpe con frenesí anti-paradigmático, se generó cierta tensión y resistencia, pero lentamente se fue impregnando en el imaginario colectivo, que una sentencia puede ser impredecible y con tinte activista, en la medida que no se limita a la predictiva fórmula de solución silogística. De hecho, Falcón (2010) señala que al principio, el activismo fue visto con cierto recelo por parte de los poderes políticos. Agregando que todavía aquella frase (Montesquieu, citado por Falcón, 2010) *“los jueces no son ni más ni menos que la boca que pronuncia la ley, seres inanimados que no puede mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”* (p. 2) se mantiene férreamente en el pensamiento de muchos operadores jurídicos que niegan que “el derecho pueda ser creado a partir del ejercicio de la magistratura” (p. 2).

Hoy por hoy, el activismo hace parte de la cultura jurídica del aparato judicial, y aunque a veces ello implique que se profieran fallos polémicos, exagerados, insospechados o contramayoritarios, lo cierto es que eso no debe sorprendernos siempre que la decisión no raye en la arbitrariedad y se respeten las garantías y prin-

cipios constitucionales. Lo que preocupa, es que la judicatura sea objeto de influencia de otras ramas de poder, impidiéndole proferir sus fallos con total independencia, y que no se presenten decisiones que con fundamentos sesgados favorezcan, por ejemplo al Ejecutivo, como se ha visto en países suramericanos con tendencia socialista, en los que alguna Alta Corte realiza interpretaciones carentes de adecuación técnica y argumentaciones que dejan notar falacias con claras intenciones ventajistas. Ahora, por tratarse de interpretaciones novedosas pareciera que fuese un fenómeno de activismo judicial, pero claramente es una arbitrariedad y una desviación de poder.

Como pudo advertirse en los asuntos que se relacionaron como casos de activismos, la rama Judicial puede actuar, visto desde cierta óptica, como legislador positivo o como legislador negativo. En el primer escenario, cuando crea condiciones, situaciones, reglas o establece exigencias no contempladas expresamente en una norma, lo cual se puede colegir como una creación de “derecho” en sentido objetivo (Derecho-norma), o como creación de “derechos” desde el punto de vista subjetivo (Derecho-facultad). En cuanto a su carácter de legislador negativo, se ha dicho, que esta condición se desprende de la capacidad que tienen ciertos jueces de retirar del ordenamiento jurídico una disposición o precepto por infracción a la ley fundamental, o podría extender también a los casos en que los jueces inaplican una norma por vía de excepción, esto es, cuando frente a un caso particular y solo respecto a ese caso (efecto inter-partes)

deciden no aplicar una norma por considerarla inconstitucional. Todas estas actuaciones de los jueces, como especie de “pseudo-legislador” (Maeso, 2007, p. 242), ni la doctrina, ni la ley, la han estimado como una forma de ejercicio del principio de colaboración armónica, más bien, son el claro reflejo de una nueva corriente de pensamiento jurídico, en sede propia, del aparato jurisdiccional.

También se ha mencionado, que los jueces, guardando las proporciones funcionales, de alguna manera actúan como administradores públicos, como auténticos actores en el diseño y ejecución de las políticas estatales, que entran en escena para suplir a las autoridades que por su inacción y desgreño dejan una sensación de ausencia de Estado. Pues bien, respecto al papel que puede cumplir los órganos jurisdiccionales en el proceso de formulación de políticas públicas, el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en un documento del año 2006 titulado “Las políticas de las políticas públicas” sustentó que esta rama del poder puede ejercer cuatro funciones: 1. Como actor con poder de vetar decisiones, para evitar la implementación, diseño, modificación o supresión de políticas de manera arbitraria. 2. Como sujeto político proactivo, que ofrece nuevas visiones o interpretaciones respecto de normas existentes y que impone de esta manera sus propias preferencias sobre los resultados o cuestiones atinentes a la política estatal. 3. Como árbitro imparcial, que garantiza el cumplimiento de compromisos. Esta función es presupuesto para la sostenibilidad y sustentabilidad de las políticas públicas en el tiempo,

ya que facilita los acuerdos políticos indispensables para implementar, ejecutar y continuar con tales políticas públicas. 4. Como representante de sectores sociales, teniendo en cuenta que con frecuencia determinados grupos de la sociedad no pueden intervenir, participar o influir en la formación de políticas públicas, y en estos casos las autoridades jurisdiccionales se convierten en un verdadero canal de comunicación y expresión para los sectores relegados y más vulnerables.

A la postre, se menciona que estas intervenciones activas de la justicia en la política pública no es característica peculiar y exclusiva de las Altas Cortes, aunque estas sean sus actores más prominentes, pues también se empiezan a ver jueces investidos de competencias territoriales que a través de sus decisiones, guían los destinos u orientan las políticas frente a determinadas necesidades o problemas sociales. Ante este panorama, podría concluirse que por fortuna o infortuna, asistimos a una nueva época en la gestión de los asuntos jurisdiccionales, teniendo en cuenta que, como se señala Maraniello (2008), el siglo XIX era considerado “el siglo de los Parlamentos” y el siglo XX, el de la “preponderancia del Ejecutivo”, la centuria en la que vivimos será, para utilizar la jerga de Norberto Bobbio, la “era de los jueces”.

Las consideraciones anteriores, son el fundamento para realizar una afirmación categórica, que aunque parezca estrambótica y desatinada, es fiel reflejo de la realidad: *La clásica división de poderes ha venido desapareciendo o lentamente se ha difuminado.*

Para dejar sembrado ciertos cuestionamien-

tos en forma conclusiva, podría preguntarse a la academia y a toda la comunidad jurídica, teniendo en cuenta lo ya esbozado ¿cuáles son los límites de la actividad jurisdiccional? ¿Asistimos a una era del gobierno de los jueces? ¿La división clásica de poderes públicos se ha difuminado? y agregando, si la rama Judicial tuviese la facultad de gestionar sus propios recursos para auto-sostenerse, incluso estableciendo sus tributos especiales ¿se radicalizaría el activismo judicial? ¿Mejoraría el aparato de justicia?

REFERENCIAS

- Aguerre N. (2010). *El activismo judicial ¿Es una herramienta que debilita el sistema?* Argentina: Ed. Universidad de Buenos Aires.
- Aramburo (2008). *El papel del Juez. Una Aproximación teórica.* Bogotá: Ed. Universidad Nacional de Colombia.
- Banco Interamericano de Desarrollo, BID. (2006). *La política de las políticas públicas, progreso económico y social en Latino América informe 2006.* Washington D.C: Ed. David Rockefeller Center for Latin America Studies, Harvard University, Planeta.
- Bolick, C. (2007). *Viva el activismo judicial, Massachusetts.* Extraído de <http://www.elcato.org/viva-el-activismo-judicial>.
- Cabrillo, F. (2011). Un análisis económico de la Administración de Justicia: ¿Qué maximizan los jueces? En *Derecho y economía.* Universidad San Martín de Porres.
- Corte Constitucional de Colombia (2004). Sentencia C-025 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte Constitucional de Colombia (2008). Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Diccionario de la Lengua Española (20^a ed.). (2012). Madrid: Real Academia Española.
- Falcón, J.P. (2010). *El litigio estructural como forma de activismo judicial. Un camino hacia la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.* Buenos Aires: Ed. UBA.
- Febres Lores, F. A. (2010). El Juez Constitucional como Legislador Positivo en el Perú. *Revista jurídica Piélagus*, (9), 159-175.
- Fernández Segado, F. (2012). El Tribunal Constitucional español como legislador positivo. *Revista Pensamiento Constitucional*, Año XV, N° 15/ISSN 1027-6769.
- Gálvez, J.A. (2010). *Activismo judicial.* México: Sitios prodigy.
- Green, C. (2009). An Intellectual history of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58(5), 1208.
- Hart, H.L.A. (1977). *El Concepto de Derecho.* España: Abeledo Perrot.
- Kelsen, H. (1999 a). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Segunda edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- Kelsen, H. (1999 b). *La garantía jurisdiccional de la Constitución.* Madrid: Editorial Tecnos.

- Landau, D. (2010). Political Institutions and Judicial Role in Comparative Constitutional Law. *Harvard International Law Journal*, 51(2).
- La Porta, R. (2003). *Judicial Checks and Balances*. Cambridge: National Bureau of Economic Research.
- López Daza, G. A. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un Gobierno de los jueces? *Revista mexicana de derecho constitucional*, (24), enero-junio.
- López Medina, D. E. (2004). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- Maeso Seco, L.F. (2007). “Medidas cautelares”. Capítulo del libro *Derecho comunitario Europeo*. Valladolid, España: Editorial Lex Nova.
- Maraniello, P. A. (2008). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. En *Revista Pensar en Derecho*. Universidad de Buenos Aires.
- Mejía Turizo, J. (2010). Función jurisdiccional y políticas públicas. *Revista Justicia*, (18), julio-diciembre, 10-15. Barranquilla: Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Montesquieu, C. (1948). El espíritu de las leyes. Citado por J. Falcón (2000), *El litigio estructural como forma de activismo judicial. Un camino hacia la protección de los derechos económicos, sociales y culturales*. Buenos Aires: Ed. UBA.
- Morello, A. M. (1989). *La Corte Suprema en acción*. Buenos Aires: Librería Editora Platense Abeledo Perrot.
- Morello, A. (1989). La Corte Suprema en acción. Citado por N. Aguerre (2010), *El activismo judicial ¿es una herramienta que debilita el sistema?* Argentina: Ed. Universidad de Buenos Aires.
- Pisarello, G. (2000). “Reseña bibliográfica del libro ‘El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos’ de Javier Dorado Porras”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (2).
- Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (1954). *Caso Brown vs. Borrad of Education, Juez Earl Warren 17/5/1954*. Asunto: Discriminación racial en escuelas de Estados Unidos.
- Taruffo, M. (2005). Legalidad y justificación en la decisión judicial. En *Sobre las fronteras. Escritos sobre justicia civil*. Bogotá: Ed. Temis.
- Timothy & Endicott (2000). *La vaguedad en el derecho*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidad Carlos III.
- Wayne, W. (1992). *Two faces of judicial activism*. Estados Unidos: George Washington Law Review.